

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUSC-SP

João Emmanuel Cordeiro Lima

Controle de constitucionalidade de leis ambientais: harmonização entre a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a discricionariedade legislativa

Mestrado em direito

São Paulo
2016

João Emmanuel Cordeiro Lima

Controle de constitucionalidade de leis ambientais: harmonização entre a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a discricionariedade legislativa

Mestrado em direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção de título de Mestre em Direitos Difusos e Coletivos sob a orientação da Profa. Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida

São Paulo
2016

Banca Examinadora

Aluno bolsista da CAPES

À Professora Dra. Consuelo Yoshida, por ter aceitado o encargo da orientação e por todo o apoio que me deu durante essa jornada.

Aos meus queridos sócios do Nascimento e Mourão, pela amizade e profissionalismo de sempre e por segurar a peteca para que eu pudesse realizar esse sonho.

A Ciça, Pai e Mãe, pelo apoio incondicional e incentivo que só a Família Cordeiro Lima poderia proporcionar.

A Pedro, que além de fazer parte do clã, dedicou horas de seu tempo para discussões e revisões em prazos e horários por mim propostos que nada tinham de civilizados. Coisas de irmão, de sangue e de alma.

A Livia, pela paciência de ter um companheiro que por muitas vezes não pôde acompanhar e pelo amor, carinho e dedicação inigualáveis.

E, finalmente, a João Miguel e João Gabriel, o pequeno-grande e o pequeno-pequeno, que com apenas um sorriso nos faz ver o que é de fato essencial na vida.

Resumo

Esta dissertação tem por objeto identificar parâmetros aptos a viabilizar o exercício do controle de constitucionalidade de leis ambientais harmonizando a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a discricionariedade legislativa. Partimos da hipótese de que o tratamento dado a esse direito pela Constituição e a natureza do bem jurídico por ele protegido tornam esse controle especialmente desafiador, justificando um estudo específico sobre o tema. Para alcançar essa finalidade, buscamos realizar uma progressiva aproximação do objeto principal por meio da fixação de algumas ideias fundamentais. Nesse sentido, o primeiro passo foi identificar os fundamentos da discricionariedade legislativa e sua correlação com a separação dos poderes. Em seguida delimitamos o conceito de leis ambientais e estudamos a distribuição da competência para sua edição na Constituição, tema relevante para os posteriores desenvolvimentos associados ao controle de constitucionalidade formal. Avaliamos em seguida o conteúdo e o status do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição Federal, aspectos cruciais para a posterior fixação de critérios relacionados ao controle de constitucionalidade material. Superadas as questões relacionadas diretamente às leis ambientais e ao direito ao meio ambiente equilibrado, passamos a analisar os fundamentos do controle de constitucionalidade e sua conformação na Constituição Federal de 1988. Meditamos também sobre as questões associadas à legitimidade do controle, tema intimamente correlacionada às discussões sobre os limites entre a atuação judicial e a liberdade de conformação do legislador. Finalizamos o estudo das ideias fundamentais que formam o alicerce do trabalho por meio da análise da interpretação constitucional e sua importância para o exercício do controle. Fixadas essas bases, identificamos parâmetros a serem utilizados para o exercício do controle de constitucionalidade formal e material das leis ambientais. Por fim, analisamos algumas decisões judiciais com vistas a identificar e avaliar o emprego dos parâmetros identificados pelo Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: LEIS AMBIENTAIS. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. CRITÉRIOS. DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

Abstract

This paper aims to identify parameters capable of facilitating the exercise of judicial review of environmental laws harmonizing the effectiveness of the right to an ecologically balanced environment and legislative discretion. In order to achieve this end, we made a gradual rapprochement to the main object by fixing some fundamental ideas. In this sense, the first step was to identify the fundamentals of legislative discretion and its correlation with the separation of powers. Then we delimited the concept of environmental laws and studied the distribution of the competence for its issuance under the constitution, a fundamental subject to the later developments associated with formal judicial review. Then we evaluated the content and status of the right to an ecologically balanced environment in the Federal Constitution, a central theme for the subsequent construction of criteria for material judicial review. After studying this issues directly related to environmental laws and to the environmental right to a balanced environmental, we began to analyze the fundamentals of judicial review and its conformation in the Federal Constitution of 1988. We also evaluated issues related to the legitimacy of judicial review, a theme closely correlated to the discussions about the boundaries between judicial action and legislative discretion. We finished the study of the fundamental ideals that form the foundation of this work through the analysis of constitutional interpretation and its importance to the exercise of judicial review. After we established these bases, we sought to identify specific parameters to be used for the exercise of formal and material judicial review of environmental laws. Finally, we analyze some specific cases in order to test the use of parameters identified by the Judiciary.

KEYWORDS: ENVIRONMENTAL LAWS. JUDICIAL REVIEW. CRITERIA. LEGISLATIVE DISCRECION. FUNDAMENTAL RIGHT TO AN ECOLOGICALLY BALANCED ENVIRONMENT

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. SEPARAÇÃO DOS PODERES	19
1.1. Noção, origem histórica e perspectivas da doutrina da separação de poderes	19
1.2. Elementos da separação dos poderes: especialização funcional e independência orgânica	24
1.3. A separação de poderes na Constituição Federal de 1988	26
1.4. O equilíbrio entre os poderes e as potenciais fricções causadas pelo exercício do controle de constitucionalidade	30
1.5. Os contornos do princípio da separação dos poderes	33
1.6. A liberdade de conformação do legislador como corolário da separação dos poderes	36
2. NORMAS JURÍDICAS, MEIO AMBIENTE E LEIS AMBIENTAIS	42
2.1. Aspectos gerais	42
2.2. Normas jurídicas	42
2.2.1. Leis, enunciados normativos e normas.....	42
2.2.2. Elementos da norma jurídica	46
2.2.3. Classificação	47
2.3. O conceito jurídico de meio ambiente	49
2.3.1. Noção geral	49
2.3.2. Aspectos do meio ambiente.....	52
2.3.3. O meio ambiente como um macrobem e seus elementos como microbens ...	53
2.4. As leis e as normas ambientais	53
2.4.1. Características das normas ambientais	53
2.4.2. A complexidade do meio ambiente, os conceitos pré-jurídicos e as consequências de sua utilização	57
2.4.3. As zonas de intersecção entre as normas ambientais e normas de outra natureza	59
2.4.4. Algumas normas ambientais em espécie	60
3. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA EDIÇÃO DE LEIS AMBIENTAIS	62
3.1. O modelo de federalismo brasileiro	62
3.2. Classificação das competências	64
3.3. Distribuição de competências ambientais na Constituição de 1988	66
3.3.1. As competências da União.....	66
3.3.1.1 Competência executiva exclusiva	66
3.3.1.2 Competência legislativa privativa	67
3.3.2. As competências dos Estados e do Distrito Federal	67
3.3.2.1. Competência executiva exclusiva	68
3.3.2.2. Competência legislativa exclusiva.....	68
3.3.3. As competências dos Municípios.....	68
3.3.3.1. Competência executiva exclusiva	69
3.3.3.2. Competência legislativa exclusiva e suplementar	69
3.3.4. As competências da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios	71
3.3.4.1. Competência legislativa concorrente (normas gerais e competência suplementar)	71
3.3.4.2 Competência administrativa comum.....	73

3.4. Competências legislativas implícitas	75
4. O DIREITO CONSTITUCIONAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO	79
4.1. A fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado	79
4.1.1. Noção de direitos fundamentais e os critérios para sua identificação	79
4.1.2. Características dos direitos fundamentais	83
4.1.3. Dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais	86
4.1.4. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental consagrado pela Constituição Federal de 1988	87
4.1.5. Os reflexos da compreensão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental	93
4.2. Os contornos do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado	96
4.2.1. A estrutura do Título VIII, Capítulo VI, da Constituição Federal	96
4.2.2. A norma-matriz e sua estrutura principiológica	98
4.2.3. As normas-instrumento	102
4.2.3.1. O dever de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas (art. 225, § 1º, I)	103
4.2.3.2. Dever de 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 (art. 225, § 1º, III)	104
4.2.3.3. O dever de 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 (art. 225, § 1º, IV);	107
O Estudo Prévio de Impacto Ambiental, consagrado pela sigla EIA ou EPIA, foi instituído no Brasil por meio da Resolução nº 1, de 23 de janeiro de 1986, do CONAMA, que permanece em vigor. Em seu art. 2º, essa normativa estabelece um rol exemplificativo de atividades cujo licenciamento deveria ser precedido de sua elaboração	107
4.2.3.4. O dever de 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 (art. 225, § 1º, V)	110
4.2.3.5. O dever de promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente (art. 225, § 1º, VI)	112
4.2.3.6. O dever de 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. (art. 225, § 1º, VII)	113
4.2.3.7. Preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético (art. 225, § 1º, II)	115
4.2.4. Determinações específicas	117
4.2.4.1. A exploração de recursos minerais e o dever de recuperação do meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei (art. 225, § 2º)	118
4.2.4.2. 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 (art. 225, § 3º)	120
4.2.4.3. A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira como patrimônio nacional (art. 225, § 4º)	121
4.2.4.4. A indisponibilidade das terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais (art. 225, § 5º)	122
4.2.4.5. A necessidade de lei federal para a definição da localização de usinas que operem com reator nuclear (art. 225, § 6º)	123
5. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	125
5.1. O surgimento do controle de constitucionalidade	125

5.2.. Noção de jurisdição constitucional e os limites da presente abordagem.....	129
5.3. Os pressupostos do controle de constitucionalidade.....	130
5.4. Espécies de inconstitucionalidade.....	134
5.5. Modelos de controle de inconstitucionalidade.....	138
5.5.1. Quanto ao órgão judicial que exerce o controle.....	139
5.5.2. Quanto à forma ou modo de controle judicial.....	141
5.6. Efeitos da declaração de nulidade.....	145
6. A LEGITIMIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E OS PARÂMETROS ADEQUADOS PARA SEU EXERCÍCIO.....	148
6.1. Legitimidade do controle de constitucionalidade.....	148
6.2. O fenômeno do ativismo judicial e as peculiaridades do caso brasileiro ..	151
6.3. Parâmetros para o exercício do controle de constitucionalidade em geral	153
6.3.1. Comparação da capacidade institucional.....	154
6.3.2. O risco de efeitos sistêmicos.....	156
6.3.3. Grau de legitimidade democrática do processo de elaboração do ato normativo questionado.....	157
6.3.4. A proteção dos pressupostos necessários ao funcionamento da Democracia	158
6.3.5. Defesa de minorias vulneráveis.....	159
6.3.6. Época do ato normativo.....	160
6.3.7. A defesa de direitos materialmente fundamentais relativos às condições básicas de vida e liberdades existenciais.....	161
6.3.8. Inconsistência temporal.....	162
6.3.9. O caráter acentuadamente político do controle concentrado.....	164
7. INTERPRETAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	166
7.1. O processo interpretativo e seus principais aspectos: o texto, o intérprete e o problema.....	166
7.2. O texto é sempre o limite.....	168
7.3. Os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios.....	169
7.4. O papel da argumentação na construção da norma adequada e a necessidade de sua explicitação.....	171
7.5. Dever reforçado de fundamentação racional no controle de constitucionalidade.....	175
8. PARÂMETROS PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEIS AMBIENTAIS.....	177
8.1. O controle de constitucionalidade formal das leis ambientais.....	177
8.2. A competência da União para edição de normas gerais.....	179
8.3. A competência do Estado para suprir ou suplementar a legislação federal	191
8.3.1 A inadequação dos critérios da prevalência da norma ambiental mais restritiva/protetiva e do <i>in dubio pro natura</i>	197
8.4. Os contornos da competência municipal para suplementar normas ambientais federais e estaduais.....	203
8.5. Competência municipal para legislar sobre interesse local.....	206
8.6. Competência privativa x competência concorrente.....	208
9. PARÂMETROS PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE LEIS AMBIENTAIS.....	211
9.1. Leis ambientais que envolvem conflitos entre <i>regras</i> e <i>princípios</i> constitucionais e a prevalência das <i>regras</i> como parâmetro decisório.....	212

9.1.1. A regra da exigência de lei específica para a instalação de usinas que operem com reatores nucleares	217
9.1.2. A regra da indisponibilidade de terras devolutas ou arrecadadas essenciais para a proteção de ecossistemas	218
9.1.3. A regra da exigência de estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.....	218
9.1.4. A regra que estabelece o dever de recuperação do meio ambiente degradado por quem explorar recursos minerais, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente.....	219
9.2. Leis ambientais que envolvem conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente e outros direitos fundamentais: a impossibilidade de definição <i>prima facie</i> do direito prevalente e o uso da regra da proporcionalidade como parâmetro decisório.....	219
9.2.1. O suporte fático amplo, restrições e conteúdo mínimo relativo	221
9.2.2. A regra da proporcionalidade e seus elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).....	226
9.2.3. A inexistência de resposta única em <i>hard cases</i>	231
9.3. Leis ambientais que envolvem conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente e outros princípios constitucionais não enquadrados como direitos fundamentais.	232
9.4. Conflito direito entre lei ambiental e princípio ou regra constitucional... 236	236
9.5 O princípio da vedação ao retrocesso ambiental..... 238	238
10. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS AMBIENTAIS EM ESPÉCIE	248
10.1. Julgados que tratam do controle de constitucionalidade formal..... 249	249
10.1.1. Competência da União para edição de normas gerais x competência complementar dos Estados.....	249
10.1.2. Competência concorrente complementar.....	257
10.1.3. Competência concorrente x competência privativa.....	259
10.1.4. Competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse local ...	263
10.1.5. Impossibilidade de exoneração de competência.....	264
10.1.6. Controle de constitucionalidade de lei estadual por violação às regras constitucionais de competência.	265
10.2. Julgados que tratam do controle de constitucionalidade material	268
10.2.1. Leis ambientais que envolvem conflitos entre <i>regras</i> e <i>princípios</i> constitucionais e a prevalência das <i>regras</i> como parâmetro decisório.....	268
10.2.2. Leis que envolvem conflitos entre o <i>direito fundamental ao meio ambiente</i> ecologicamente equilibrado e <i>outros direitos fundamentais</i>	270
10.2.3. Leis ambientais que envolvem conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente e <i>outros princípios constitucionais</i> não enquadrados como direitos fundamentais.	279
10.2.4. Conflito direito entre lei ambiental e princípio ou regra constitucional.....	284
10.2.5. A abrangência da liberdade de conformação do legislador no detalhamento das <i>regras</i> constitucionais ambientais e na estruturação da administração ambiental.....	288
CONCLUSÃO	302
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	309

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 dedicou ao meio ambiente atenção inédita quando comparada com suas antecessoras. Inspirada nos movimentos ambientalistas da década de 1970, que já haviam influenciado a elaboração de várias constituições ao redor do mundo¹ e a produção de documentos internacionais relevantes como a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, o constituinte brasileiro reservou-lhe um capítulo próprio no interior do título que trata da Ordem Social. Ali, em um único e denso dispositivo, o art. 225, consagrou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o qualificou como bem de uso comum de todos essencial à sadia qualidade de vida.

Além de dedicar ao meio ambiente capítulo específico, a Constituição Federal tratou do tema em vários outros momentos. Ao elencar os direitos e garantias fundamentais, por exemplo, instituiu o instrumento da ação popular para anular atos lesivos ao meio ambiente (art. 5º, LXXIII). Na divisão de competências entre os entes federativos, outorgou a todos competências materiais (art. 23) e legislativas (arts. 22, 24 e 30) a ele relacionadas. O cuidado com o meio ambiente foi também manifestado ao se outorgar ao Ministério Público o dever de sua proteção (art. 129), incluir sua defesa entre os princípios da Ordem Econômica (art. 170) e estabelecer que essa proteção deveria ser observada nas atividades de garimpo (art. 174). Ele foi ainda lembrando ao se abordar a função social da propriedade (art. 186), a comunicação social (art. 220) e o funcionamento do sistema único de saúde (art. 200).

De modo a concretizar esse direito consagrado pela Constituição, o Poder Legislativo vem editando inúmeras leis. Para se ter uma ideia, levantamento realizado pela Confederação Nacional da Indústria indica a existência de nada menos do que vinte e sete mil instrumentos jurídicos só em matéria de licenciamento ambiental². Ainda que

¹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: gestão ambiental em foco*. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 958.

² CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Licenciamento ambiental: propostas para aperfeiçoamento*. Brasília: CNI, 2014. p. 10. Disponível em:

esse número abarque também outros atos normativos que não tenham status de lei, é sem dúvida um indicativo da vasta produção normativa que cerca o tema.

Todas essas leis têm naturalmente seu fundamento último na Constituição Federal e a ela devem total respeito. Ao legislador ordinário não resta outro caminho que não o de cumprir a Carta Magna, sob pena de se sujeitar a questionamentos sobre a validade do produto de seu trabalho perante o Poder Judiciário, que vem exercendo esse controle com notável desenvoltura no ordenamento brasileiro. Veja-se, por exemplo, o que ocorreu no debate envolvendo a Lei Federal n.º 12.651, de 25 de maio de 2012, a qual substituiu o antigo Código Florestal. Discutido intensamente nas duas casas do Congresso Nacional, esse processo findou com aprovação de um texto que não agradou integralmente a nenhum dos grandes grupos de interesse que se enfrentaram durante sua tramitação. Ruralistas e ambientalistas reclamaram; os primeiros, do rigor excessivo da lei, que prejudicaria o agronegócio; os segundos, do retrocesso que o texto representaria para a proteção do meio ambiente³. Com a aprovação do texto final, poder-se-ia imaginar que esse processo de discussão estaria concluído, cabendo à Sociedade cumprir o que foi decidido pelo Poder Legislativo. No entanto, logo após o término desse longo caminho, o Ministério Público ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal três ações diretas de inconstitucionalidade⁴, nas quais contestou a compatibilidade da lei aprovada com dispositivos da Carta Magna que consagram o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Chamado a atuar em casos como esse, o Poder Judiciário tem o dever institucional de verificar se o legislador agiu adequadamente e cumpriu os dispositivos constitucionais pertinentes. Contudo, no exercício desse mister, não pode esse Poder confundir o dever de obediência à Constituição com uma suposta obrigação de que o Legislativo siga um único caminho para fazer valer os seus preceitos. Ao mesmo tempo em que impõe limites à atuação do legislador, a Carta Magna também lhe outorga uma

<http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_24/2014/07/22/468/V24_Licenciamentoambiental_web.pdf> . Acesso em: 30 jun. 2015.

³ MARCONDES, DAL. *Código Florestal parece novela mal escrita*. Disponível em:<<http://www.cartacapital.com.br/carta-verde/codigo-florestal-parece-novela-mal-escrita/>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

⁴ As ADIs propostas receberam os números 4901, 4902 e 4903 e estão atualmente sob a relatoria do Ministro Luiz Fux.

margem de escolha para decidir a melhor maneira de regular os temas nela previstos. Se esse espaço inexistisse, razão não haveria para que o Estado mantivesse uma estrutura – no caso brasileiro, uma grande e cara estrutura que se replica em todos os entes da federação - com a função principal de fazer leis. Estando todas as respostas prontas e delineadas na Constituição, bastaria o Judiciário para aplicá-las. Assim, desde que se mantenha dentro desse espaço de escolha legítimo, o legislador pode se mover e até mesmo se equivocar nas escolhas feitas sem que o Poder Judiciário possa legitimamente invalidar o produto de sua atividade sob o pretexto de estar agindo para proteger a Constituição. Se o fizer, estará, na verdade, agindo em desacordo com esta e invadindo espaço reservado ao Legislativo.

No caso acima citado como exemplo, diante dos questionamentos formulados pelo Ministério Público perante o Supremo, o Poder Legislativo tem saído em defesa do texto legal argumentando exatamente que sua construção foi fruto de um processo democrático e que decorreu do *regular exercício* de sua prerrogativa constitucional de definir as regras que devem reger as relações sociais. Sendo assim, não poderia o Judiciário invalidá-lo a pretexto de estar salvaguardando a Constituição Federal. Em artigo no qual se manifestou sobre a questão, o relator do projeto de lei que resultou no texto aprovado, Deputado Aldo Rebelo⁵, queixou-se do que chamou de “tentativa de desqualificação do Congresso” por meio das referidas ações e defendeu “seu papel [do Congresso] soberano e discricionário de legislar unguído da prerrogativa de poder popular por excelência”.

A delimitação do espaço de atuação do Legislativo e do Judiciário no âmbito do controle de constitucionalidade é uma decorrência do princípio da *separação dos poderes* e sua perturbação resulta invariavelmente na violação deste. Ainda que inexista uma noção universal do que seja separação de poderes, tendo cada ordenamento jurídico emprestado uma forma própria a essa doutrina, é inquestionável sua consagração pela Constituição de 1988, a seu modo. Logo, seu desrespeito pelo Judiciário é tão ofensivo à Carta Magna quanto qualquer outra norma, ação ou omissão que viole seus preceitos. Além disso, representa um risco à estabilidade

⁵ REBELO, Aldo. *O MP e o Código Florestal*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,o-mp-e-o-codigo-florestal,1018654,0.htm>>. Acesso em: 9 abr. 2013

institucional ao provocar potenciais choques entre os Poderes.

Para evitar conflitos dessa natureza e ofensa à separação dos poderes, é fundamental que o Poder Judiciário se valha de critérios e técnicas claros e legítimos no controle de constitucionalidade das leis, os quais lhe permita harmonizar o seu dever de concretizar e proteger a Constituição com a liberdade de conformação do legislador. O presente trabalho pretende investigar esses critérios e técnicas especificamente em relação às chamadas leis ambientais, as quais têm como principal função concretizar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Entendemos que essa abordagem específica se justifica tanto em razão de algumas peculiaridades relacionadas ao tratamento constitucional dado ao bem jurídico ambiental como de outras inerentes a esse bem.

A primeira delas diz respeito à própria estrutura das normas extraíveis dos enunciados consagrados na Constituição para garantir esse direito. A Lei Maior valeu-se, para tanto, de dispositivos dos quais é possível obter tanto normas com estrutura de *princípios* como de *regras*. Como mandamentos de otimização que são, os princípios não indicam de forma definitiva os contornos do direito ou dever por eles estatuído, abrindo caminho para que se questione se a lei editada é adequada para realizá-lo. As regras, por seu turno, sinalizam de forma definitiva um direito ou dever, mas em matéria ambiental o constituinte deixou um espaço para complementação cujos limites geram acesos debates.

A segunda peculiaridade está associada à alta conflituosidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com outros direitos (fundamentais e de outra natureza) previstos na Constituição. Para que possa se realizar, esse direito comumente restringe algum outro. É o caso, por exemplo, do direito de propriedade, cuja realização muitas vezes conflita com o direito ao meio ambiente equilibrado. O contrário também ocorre, havendo inúmeros casos em que outros direitos o restringem para se efetivar. Isso exige um especial cuidado do aplicador para o adequado sopesamento dos bens e direitos em jogo e para a definição daquele que deve prevalecer nesses conflitos. A suposta prevalência em abstrato do direito ao meio ambiente equilibrado nessas colisões e o papel desempenhado pelo chamado princípio da vedação ao retrocesso ambiental estão diretamente relacionados a essa segunda peculiaridade.

A terceira particularidade tem relação com a estrutura da federação brasileira, a qual outorga a todos os entes federativos, em alguma medida, competência para editar leis ambientais, mas o faz de forma pouco preciso. Isso exige que o Poder Judiciário atue para verificar se essa *medida* foi efetivamente respeitada na edição de uma lei. Colocam-se aí debates sobre os contornos das *normas gerais*, a complementariedade das leis estaduais, os limites da competência legislativa municipal para tratar de assuntos de interesse local e a validade de máximas como a da prevalência da norma ambiental mais restritiva ou da chamada *in dubio pro natura*.

Por fim, há, como indicado, questões relacionadas à própria natureza do bem jurídico que as leis ambientais pretendem proteger: o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Sua compreensão exige do jurista o recurso constante a outras ciências, seja para entender conceitos pré-jurídicos importados pelos enunciados normativos (inclusive constitucionais) ou para identificar os impactos das atividades humanas sobre ele. Não se consegue saber, por exemplo, o que “são processos ecológicos essenciais”⁶ sem recurso à Ecologia ou a outras ciências correlatas. Tampouco se sabe o alcance e abrangência do impacto de determinada atividade ou empreendimento sobre o meio ambiente sem a elas se recorrer. Além disso, em muitos casos não há consenso científico, ficando o intérprete por vezes cercado de informações ou opiniões inconclusivas. Basta dizer que mesmo em um tema há muito discutido como a influência humana para o aquecimento global ainda se encontra aqui e ali algumas divergências⁷.

Todos esses aspectos imprimem no controle de constitucionalidade das leis ambientais um caráter especialmente desafiador e reforçam a importância de se identificar critérios e técnicas adequados para seu exercício. Guiados por esse objetivo, dividimos o trabalho em três partes. A primeira foi dedicada à fixação das ideias fundamentais que servirão de alicerce para a construção pretendida e foi

⁶ Constituição Federal, art. 225: 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 (...) (grifo nosso).

⁷ MADEIRO, Carlos. “*Não existe aquecimento global*”, diz representante da OMM na América do Sul. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2009/12/11/nao-existe-aquecimento-global-diz-representante-da-omm-na-america-do-sul.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

subdividida em quatro capítulos. No capítulo 1 analisamos a doutrina da separação dos poderes, sua conformação na Constituição de 1988 e sua relação com a discricionariedade do legislador. No capítulo 2 abordamos as leis ambientais, em especial sua estrutura e os tipos de condutas por elas reguladas. No capítulo 3 tratamos da competência para edição das leis ambientais na federação brasileira. No capítulo 4, por sua vez, meditamos sobre o conteúdo e enquadramento dogmático do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A segunda parte da dissertação foi destinada ao controle de constitucionalidade. Ela foi dividida em três capítulos, correspondentes ao quinto, sexto e sétimo. No capítulo 5 tratamos do controle de constitucionalidade de uma forma geral, identificando suas raízes, características, classificações e funcionamento no sistema constitucional brasileiro. No capítulo 6 retratamos as discussões em torno da legitimidade do controle de constitucionalidade e identificamos alguns parâmetros para o seu exercício. Já no capítulo 7 abordamos a importância e influência da interpretação constitucional e da argumentação na verificação da compatibilidade das leis com a Constituição.

A terceira e última parte, que é o núcleo do trabalho, foi dedicada à identificação e sistematização dos parâmetros e técnicas adequados para a solução dos problemas enfrentados no controle de constitucionalidade formal e material das leis ambientais. Essa parte foi dividida em três capítulos. No capítulo 8 buscamos apontar, a partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial, os principais problemas enfrentados no controle formal das leis ambientais e indicamos, a partir do que fora construído ao longo dos capítulos anteriores, critérios e técnicas para sua solução. No capítulo 9 esse mesmo esforço foi feito em relação ao controle de constitucionalidade material. Finalmente, no capítulo 10, analisamos alguns julgados envolvendo a verificação da constitucionalidade das normas ambientais e buscamos associá-los às conclusões que alcançamos ao longo do trabalho.

Por meio da identificação dessas técnicas e critérios adequados para o controle de constitucionalidade das leis ambientais, esperamos contribuir para uma maior harmonização entre a efetividade do direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que deve ser garantida pelo Poder Judiciário, e a

discrecionariade do legislador para editar leis e realizar escolhas políticas legítimas na regulação da conduta humana que impacta ou pode impactar a qualidade do meio ambiente.

1. SEPARAÇÃO DOS PODERES

1.1. Noção, origem histórica e perspectivas da doutrina da separação de poderes

Em obra na qual se dedica a comentar de forma contextualizada a Constituição Federal, ao tratar do art. 2^o⁸, José Afonso da Silva define poder como “uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins”⁹. Trata-se de um conceito relacional, que exige a presença de duas vontades, como destacado por Bobbio, Mateucci e Pasquino ao conceituarem poder social:

Se o entendermos em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o Poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceptual pode ir desde a capacidade geral de agir, até à capacidade do homem de determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem. (...) O Poder social não é uma coisa ou a sua posse: é uma relação entre pessoas.¹⁰

Para o mesmo José Afonso da Silva¹¹, o fenômeno sociocultural do poder é conceito fundamental para o estudo das ciências sociais. Em sentido semelhante é o pensamento de Fábio Konder Comparato, que, fundado nas lições de Bertrand Russell, compara a importância do poder para as ciências sociais com o da energia para a física¹². De fato, sendo o poder uma constante nas relações sociais¹³, o estudo dessas não pode ser feito sem especial atenção a esse fenômeno. Como ensina Russel, “as leis da dinâmica social [...] só podem ser enunciadas em termos de poder, em suas várias formas”¹⁴.

No contexto da ciência política, fala-se em poder para se referir precisamente ao poder político ou estatal. Esse representa a possibilidade de determinado ente impor sua vontade de modo a atingir seus objetivos, o que muitas vezes se dá estipulando

⁸ Art. 2^o São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 45.

¹⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v.2. 13. ed. Brasília: Editora Unb, 2010. p. 933-934.

¹¹ SILVA, José Afonso da. Op. cit. p.45.

¹² COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Prólogo.

¹³ BOBBIO, op. cit. p. 940.

¹⁴ RUSSEL, Bertrand. *O poder: uma análise social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957.p.6.

normas proibindo, prescrevendo ou permitindo determinadas condutas ou exigindo seu atendimento, caso esse não se dê de forma voluntária. Nas palavras de Luiz Carlos Martins Alves Junior, “o poder do Estado é o poder de regular as condutas e comportamentos humanos, bem como os seus interesses e bens. É o poder de intrusão na vida das pessoas e da coletividade”¹⁵.

Nas monarquias absolutistas, essa estipulação e a imposição de regras eram feitas pelo rei, a quem cabia exercer em sua integralidade o poder político sem qualquer amarra. Essa realidade se alterou em decorrência de uma série de fatores econômicos e sociais adiante mencionados, que culminaram com surgimento e consagração da ideia da separação dos poderes, também chamada de divisão de poderes, distinção de poderes, separação de funções ou distinção de funções¹⁶. Os termos são sinônimos, remetendo à ideia de distribuição de funções estatais entre órgãos do Estado *distintos e autônomos*. Optamos por fazer uso da expressão mais clássica, separação dos poderes, em razão de seu uso corrente e de sua adoção pela Constituição Federal de 1988¹⁷. No entanto, é importante desde logo advertir que não se pretende indicar com essa terminologia que o poder político será fracionado, dividido, como poderia parecer se tomada ao pé da letra. A unidade e indivisibilidade do poder estatal é uma de suas notas características¹⁸, e a doutrina da separação não a questiona. O que se separa são as funções do Estado, conforme lições de Celso Ribeiro Bastos:

(...) Vale, entretanto, notar que, qualquer que seja a forma ou o conteúdo dos atos do Estado, eles são sempre fruto de um mesmo poder. Daí ser incorreto afirmar-se a tripartição de poderes estatais, a tomar essa expressão ao pé da letra. É que todo o poder é sempre um só, qualquer que seja a forma por ele assumida. Todas as manifestações de vontade emanadas em nome do Estado reportam-se sempre a um querer único que é próprio das organizações políticas estatais.¹⁹

A doutrina da separação de poderes tem sua gênese associada às mudanças econômicas e sociais ocorridas entre os séculos XVII e XVIII. O século XVII assistiu

¹⁵ ALVES JUNIOR, Luiz Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 35.

¹⁶ *Ibidem*, p. 35.

¹⁷ O art. 60, § 4º, da Constituição dispõe o seguinte: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III - a separação dos Poderes;

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 118.

¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 341.

a consolidação da doutrina da soberania e a ascensão do Estado moderno, o qual sucederia a descentralização política do Estado medieval²⁰. Em um primeiro momento, essa soberania confundia-se com a figura do rei, que passou a exercer de forma absoluta e unificada todo o poder político e a intervir de forma ampla sobre todos os aspectos da vida dos súditos. Entretanto, com a ascensão da burguesia, fruto da superação do feudalismo pelo sistema capitalista, a intervenção estatal excessiva e o exercício de poder político de maneira pessoal e não compartilhada passam a ser vistos como anacronismos injustificáveis. O abismo criado entre o poder econômico e o poder político toma, então, uma proporção antes desconhecida, o que resulta em um combate cada vez mais intenso à figura do monarca e à concentração de poderes que ele representava. Essa estrutura passa a ser associada à opressão das *liberdades individuais*.

É desse caldo econômico e social que brota a doutrina da separação de poderes forjada pelos pensadores modernos, como registra Paulo Bonavides:

Todos os pressupostos estavam formados, pois na ordem social, política e econômica a fim de mudar o eixo do Estado moderno, da concepção doravante retrógrada de um rei que se confunde com o Estado no exercício do poder absoluto, para a postulação de um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da livre iniciativa.²¹

Como se vê, essa construção teórica teve por objetivo *garantir a liberdade dos indivíduos* contra o Estado absolutista por meio de medidas que impedissem a concentração de poderes em uma única pessoa ou entidade - o que historicamente resultava na prática de abusos por parte de seu detentor - e levassem a um equilíbrio entre os poderes²². Em passagem de seu consagrado *O Espírito das Leis*, o Barão de Montesquieu assim coloca a questão:

Mas a experiência constante nos mostra que todo homem investido de poder tende a abusar dele, e realizar a sua autoridade, tanto quanto for possível. Não é estranho, apesar de verdadeiro, dizer que a própria virtude tem necessidade de limites? Para evitar este abuso, é necessário,

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 145.

²¹ Ibidem, p. 146.

²² SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação dos poderes*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 186.

considerando a própria natureza das coisas, que o poder seja controlado.
(Tradução livre)²³

Foi com base nessas premissas que Montesquieu forjou uma teoria que não apenas descrevia as formas de atuar do Estado, mas que servia, conforme lição de Celso Ribeiro Bastos, como “técnica posta a serviço da contenção do poder pelo próprio poder”²⁴. Essa técnica consistia basicamente na atribuição das diferentes funções estatais a órgãos distintos e autônomos, de modo a evitar abusos e garantir o controle de um poder pelo outro. Propunha-se, assim, não apenas uma divisão funcional, mas também orgânica.

O modelo da tripartição dos poderes proposto por Montesquieu é classificado por Celso Antônio Bandeira de Mello como uma das mais engenhosas construções da Teoria do Estado. Como bem lembra esse autor, por mais que não reflita a essência de algo, trata-se de “construção política invulgarmente notável e muito bem sucedida, pois recebeu amplíssima consagração jurídica”²⁵. Essa consagração é facilmente aferível pela análise das constituições dos estados democráticos ocidentais²⁶, que, com alguma variação, adotam-na como um de seus pilares estruturais ao lado da afirmação da soberania popular²⁷.

Apesar do destaque sempre dado ao trabalho de Montesquieu, muito ainda se discute sobre a paternidade dessa doutrina²⁸. Há autores que associam sua gênese a momento histórico distinto do acima indicado e afirmam que pensadores da antiguidade como

²³ SECONDAT, Charles de (Barão de Montesquieu). *The spirit of laws*. Kitchner: Batoche Books, 2001. p.172. No original: “But constant experience shows us that every man invested with power is apt to abuse it, and to carry his authority as far as it will go. Is it not strange, though true, to say that virtue itself has need of limits? To prevent this abuse, it is necessary from the very nature of things that power should be a check to power. A government may be so constituted, as no man shall be compelled to do things to which the law does not oblige him, nor forced to abstain from things which the law permits.”

²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 344.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 29.

²⁶ Veja-se, a título de exemplo, o art. 2º da Constituição da República Portuguesa: “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.”

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. op.cit. p. 344.

²⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 922.

Aristóteles e Platão já tratavam do tema com bastante desenvoltura²⁹. Mesmo entre os autores modernos, discute-se se o grande precursor seria John Locke ou Montesquieu. Seja como for, há razoável consenso de que a obra do Barão de Montesquieu foi a que mais contribuiu para a sistematização e divulgação dessa teoria, sendo também atribuído a ele o pioneirismo na defesa clara da necessidade de atribuição das diversas funções do Estado a órgãos distintos e autônomos³⁰.

Com o surgimento do Estado social no século XX, o esquema classicamente concebido por essa doutrina viria a sofrer alguns temperamentos. Diferentemente do Estado liberal, que era pequeno e focado no resguardo das liberdades individuais, essa nova forma de organização do Estado nascia com a missão de realizar autênticas prestações positivas na forma de direitos sociais, o que demandava uma estrutura estatal significativamente maior. Isso levou a um agigantamento do poder Executivo e a alterações significativas no equilíbrio entre Poderes. Essa ampliação e rearranjo das funções estatais têm levado alguns doutrinadores a entender como superada a clássica divisão tripartite, e a propor novas classificações para as funções do Estado, como registra André Ramos Tavares:

A inclusão de novos “poderes”, ou, mais propriamente, a constatação da existência de funções outras, atribuíveis a certos “poderes” (“órgãos de soberania”) por insuficiência absoluta dos “poderes” tradicionalmente aceitos, pode-se dizer, é uma constante no pensamento mais recente de todos quantos se ocuparam detidamente do tema, o que infirma a possibilidade de uma construção teórica das funções estatais.³¹

No entanto, mesmo diante dos influxos e refluxos da história, a doutrina da separação dos poderes em sua manifestação tripartite segue como elemento comum e central das Constituições ocidentais, ainda que hoje sua feição, na maioria dos lugares, se afaste da clássica concepção de Montesquieu, o que denota seu caráter histórico. É o que ressalta Nelson Saldanha ao tratar das perspectivas dessa teoria, ponderando ainda, com precisão, que por mais que críticas sejam feitas, não se registra qualquer defesa séria para de um retorno a um modelo com total concentração de poderes:

²⁹ ALVES JUNIOR, Luiz Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras. Belo Horizonte: Mandamentos*, 2004. p. 33.

³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 343.

³¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 928.

(...) a fórmula clássica da separação segue válida enquanto permanece, embora todo atravessado de modificações, o tipo de Estado criado pelo constitucionalismo dos séculos XVII e XVIII. O problema da distribuição de funções estatais, de sua recíproca delimitação (distinção, cooperação) e de sua ordenação conjunta certamente subsiste. De qualquer sorte, não parece que os críticos do esquema clássico desejem sugerir o retorno à concentração dos poderes – por mais críticos que pareçam (...) ³²

1.2. Elementos da separação dos poderes: especialização funcional e independência orgânica

Entende-se por elemento “a parte constituinte de um todo” ³³. Em se tratando da separação dos poderes, a doutrina ³⁴ identifica dois elementos fundamentais estruturadores dessa doutrina: i) a especialização funcional e ii) a independência orgânica.

O primeiro está associado à ideia de que cada um dos órgãos a quem a parcela de poder será atribuída será especializado no desempenho dessa atribuição, tendo-a como sua função principal e possuindo os meios necessários para desempenhá-la. Assim, ao Legislativo, como função primordial, cabe a edição de leis; ao Judiciário, a aplicação dessas leis; e ao Executivo, o exercício da atividade administrativa. A questão da especialização funcional tem especial relevância no debate em torno do controle de constitucionalidade e pode servir como critério norteador para se definir a conveniência do Judiciário se imiscuir em determinadas matérias. A ela está intimamente relacionada a ideia de *capacidade institucional*, desenvolvida mais recentemente pela doutrina como critério para definição do alcance desejável para a intervenção do Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade. Trataremos desse tema adiante.

O segundo elemento indica que, além de serem especializados, esses órgãos não devem guardar entre si relação de subordinação, ou seja, devem ser independentes.

³² SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação dos poderes*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 187.

³³ GRANDE DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=elemento>>. Acesso em: 1 de ago. 2015.

³⁴ SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46.

Essa independência significa, segundo José Afonso da Silva³⁵, três coisas: i) que a investidura e permanência das pessoas em um dos poderes não devem depender da confiança e vontade do outro; ii) que cada Poder seja livre para a organização dos respectivos serviços; e iii) que, no exercício de suas atribuições, não dependam de consulta ou autorização dos outros poderes. Evidentemente, essa independência pode ser temperada na forma da Constituição, sendo usual que isso ocorra. Basta dizer, para ficarmos em alguns poucos exemplos, que a nomeação de membros de todos os tribunais do Brasil depende de ato do Poder Executivo; que o poder Legislativo pode conduzir processo de impeachment que leve à destituição do chefe do Executivo; e que o Poder Judiciário pode invalidar leis editadas pelo Legislativo.

A questão da conformação a ser dada ao elemento independência é assunto que não passou despercebido pelos autores que tratam dessa matéria. E nessa temática parece haver consenso de que uma independência absoluta entre os poderes seria absolutamente indesejável. André Ramos Tavares, por exemplo, afirma, de maneira categórica, que “uma separação absoluta dos poderes deve ser considerada inaceitável ou impraticável”³⁶. Paulo Bonavides também é contundente ao relatar que uma separação rígida teve lugar em outro momento histórico para proteção dos indivíduos contra o Estado absolutista, mas não teria espaço na atualidade. Assevera o autor:

A separação foi historicamente necessária quando o poder pendia entre governantes que buscavam recobrar suas prerrogativas absolutas e pessoais e o povo que, representado nos parlamentos, intentava dilatar sua esfera de mando e participação na gerência dos negócios públicos. (...) O princípio perdeu, pois, autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vemo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos do pensamento político incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda.³⁷

No mesmo sentido são as lições de Alexandre de Moraes:

(...) o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia da Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado

³⁵ SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46.

³⁶ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 169.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 158.

que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (checks and balances).³⁸

1.3. A separação de poderes na Constituição Federal de 1988

Na esteira do constitucionalismo moderno, todas as constituições brasileiras adotaram a doutrina da separação de poderes, até mesmo a Carta Imperial de 1824. Entretanto, cada uma o fez ao seu modo e com suas peculiaridades. Essa variação não é um privilégio nacional. Na verdade, pode-se dizer que inexistente aquilo que se possa chamar de um modelo global e uniforme da separação dos poderes. Mesmo havendo alguns aspectos comuns, o que se vê é que as mais diversas constituições emprestam tratamento próprio à matéria.

Esse fato realça o aspecto histórico da separação dos poderes e coloca em cheque qualquer tentativa de enquadrá-la como dogma de validade jusnaturalista-intertemporal, o que impede que o cientista trabalhe com uma ideia pré-concebida e acabada dessa doutrina para examinar uma Constituição. Deve-se, primeiramente, entender o que é a separação de poderes para determinada Carta antes de se avaliar se ela vem sendo ou não respeitada e em que medida. São nesse sentido as lições de Konrad Hesse:

(...) o princípio da divisão de poderes, que se formou sobre a base daquela doutrina, não é um dogma de validez jusnaturalista-intertemporal, senão um princípio histórico. (...) Ele ganha configuração na Constituição e, com a divisão de poderes, tem consideração como um princípio da Constituição, pela qual o princípio obtém sua forma histórica atual e contornos claros. Para tal consideração não decide um dogma abstrato sobre isto, se, e até que ponto, a divisão de poderes na Constituição é ‘realizada completamente’.³⁹

Tanto esse caráter histórico e mutante da separação como a necessidade de sua leitura à luz de cada Constituição são também ressaltados por André Ramos Tavares⁴⁰. Sobre o primeiro aspecto, aponta o autor que “a preferencia por determinado tipo de divisão

³⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 372.

³⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 368.

⁴⁰ TAVARES, *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 924.

funcional do poder estatal está associada com as tradições e experiências de uma nação”. Com relação segundo, ao tratar da teoria das funções estatais, assim se posiciona:

(...) é na Constituição que se encontra o grau de interdependência e colaboração entre diferentes órgãos existentes e suas respectivas atribuições. Nesse caso, tem-se uma teoria da separação de poderes como uma específica teoria acerca do arranjo institucional desenhado em cada Estado pela respectiva constituição.⁴¹

A Constituição Federal de 1988 consagra a ideia da separação de poderes já em seu art. 2º, no interior do título relativo aos princípios fundamentais, ao estabelecer que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Além disso, ainda que não tenha levado a cabo um tratamento sistemático das funções do Estado⁴², o texto constitucional preocupa-se em delimitar as tarefas a serem exercidas por cada um dos Poderes e a estrutura dos órgãos incumbidos de seu exercício. Indo além, estabelece também mecanismos de controle recíprocos a serem acionados nos casos em que haja desvirtuamento dos comandos previstos na Carta Magna.

Vê-se, desde logo, que se adotou no Brasil, com a Constituição de 1988, a teoria da separação dos poderes em sua divisão tripartite⁴³, falando-se em Legislativo, Executivo e Judiciário. Essas palavras servem para representar tanto as funções como os órgãos que as exercem, como adverte José Afonso da Silva⁴⁴. No art. 2º, por exemplo, são utilizadas como sinônimo de órgãos, mas, ao longo do texto constitucional, precisamente em seus arts. 44, 76 e 92, são aplicadas como sinônimo de função legislativa, função executiva e função judiciária.

O constituinte brasileiro também deixou claro sua adesão à ideia da independência orgânica desses poderes. Essa independência se reflete em todo o texto constitucional, no qual consta, por exemplo, que cabe privativamente ao Poder Executivo dispor

⁴¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 927.

⁴² *Ibidem*, p. 929.

⁴³ Não obstante esse seja o modelo mais comum, não é o único. Basta dizer que a Constituição de 1824 adotou um modelo quadripartite, acrescentando aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário o Poder Moderador. Dizia seu art. 10: Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

⁴⁴ SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 44.

sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos (art. 84, VI, a) ou propor projetos de lei com vistas a criar cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração (art. 61, II, e). Igualmente está presente nos arts. 95, 96 e 99, que outorgam ao Poder Judiciário poderes para nomeação de juízes e demais medidas relativas ao seu funcionamento. Como se verá, essa independência é inclusive levada em conta em questões envolvendo o controle de constitucionalidade de leis ambientais que tratam da organização administrativa do Estado para a tutela ambiental.

A Constituição também tratou da especialização funcional de cada um dos Poderes. Nesse sentido, reservou ao Legislativo, precipuamente, as funções de legislar e de fiscalizar⁴⁵, que foram delineadas principalmente nos arts. 48 a 52 e no art. 70, não obstante lhe tenha também atribuído de forma excepcional as funções de julgar crimes de responsabilidade do Presidente da República e de administrar sua estrutura interna. O Executivo foi investido do dever de praticar atos da chefia de estado, de governo e de administração (art. 84), mas também lhe foi incumbida, ainda que de forma excepcional, a função de legislar por meio de medidas provisórias (art. 62). Já ao Judiciário foi atribuído o poder-dever de resolver os conflitos que lhe forem levados por meio da aplicação da lei, ou seja, de julgar (art. 5º, XXXV), mas igualmente nesse caso houve atribuição de funções atípicas como a de administrar e legislar (arts. 96, I e 99).

A independência prevista na Constituição não significa, como já se vê da distribuição de funções atípicas acima apontadas, separação absoluta. Exatamente para que não restasse margem a dúvida quanto a isso, o constituinte fez questão de incluir ao lado da palavra independência o termo harmonia, de modo que ficasse claro que não se pretendia instituir um Estado com ilhas de poderes, mas um Estado no qual esses trabalhem em cooperação para alcançar os objetivos constitucionais elencados no art. 3º⁴⁶.

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 375.

⁴⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a

Essa harmonia deve se manifestar de duas formas. A primeira se dá com o efetivo respeito dos Poderes pelas atribuições e prerrogativas do outro, sem que haja qualquer tentativa de usurpação de espaços. A segunda se manifesta no sistema de *freios e contrapesos*, que permeia todo o texto constitucional. Esse mecanismo prevê situações em que um dos poderes poderá penetrar na esfera funcional tipicamente ocupada pelo outro, garantindo-se um melhor equilíbrio em seu exercício e evitando-se abusos. Sobre o sistema de freios e contrapesos, vale trazer à baila as lições do Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁷:

Dentro desta construção ideológica [divisão tripartite de funções], que ganhou enorme aceitação, é fundamental dividir-se o exercício destas aludidas funções entre diferentes órgãos. Sem embargo, nos vários Direitos Constitucionais positivos – e assim também no brasileiro – sua distribuição não se processa de maneira a preservar com rigidez absoluta a exclusividade de cada órgão no desempenho da função que lhe confere nome. Esta solução normativa de estabelecer contemperamentos resultaria, ao menos no início, do explícito propósito de se compor os chamados ‘freios e contrapesos’, mecanismo por força do qual atribuindo-se a uns, embora restritamente, funções que em tese corresponderiam a outros, pretende-se promover um equilíbrio melhor articulado entre os chamados “poderes”, isto é, entre os órgãos do Poder, pois, na verdade, o Poder é uno.

Inúmeros são os exemplos da consagração dessa ideia no texto constitucional. É o caso da designação de membro do Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário, que exige tanto a indicação do Poder Executivo como a aprovação do Senado Federal (art. 101); da atribuição de iniciativa de projeto de lei ao Poder Executivo (art. 61); do poder de veto que é conferido ao Executivo sobre as leis aprovadas pelo Poder Legislativo (art. 66, §1º). É também aqui onde se enquadra o amplo controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre as leis editadas pelo Poder Legislativo (arts. 102, a, e outros), como pondera Amauri Martins Ferreira:

Um desses mecanismos de *chek* é o controle da constitucionalidade das leis editadas pelo Poder Legislativo e outros atos normativos editados pelos Poderes da União, que cabe ao Poder Judiciário. Esse mecanismo tanto ocorre por intermédio do controle difuso - mediante o exame da constitucionalidade no caso concreto - feito por todos os órgãos do

marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 32.

Judiciário - quanto pelo controle concentrado, de competência exclusiva da Corte Constitucional que, no Brasil, é o Supremo Tribunal Federal (...) ⁴⁸

Apesar dessas previsões constitucionais, que atenuam a separação dos poderes, é indubitável que essa divisão segue sendo a regra, de modo que, fora das hipóteses atípicas previstas na Carta Magna, não poderá um Poder interferir na competência típica do outro. Nesse sentido é a doutrina de Celso Ribeiro Bastos:

Ao contemplar tal princípio o constituinte teve por objetivo – tirante as funções atípicas previstas pela própria Constituição – não permitir que um dos poderes se arrogue o direito de interferir nas competências alheias, portanto não permitindo, por exemplo, que o executivo passe a legislar e também a julgar ou que o legislativo que tem por competência a produção normativa aplique a lei ao caso concreto. ⁴⁹

1.4. O equilíbrio entre os poderes e as potenciais fricções causadas pelo exercício do controle de constitucionalidade

A manutenção do equilíbrio entre os Poderes constituídos é fundamental para garantir a estabilidade do regime democrático brasileiro e a defesa dos direitos fundamentais⁵⁰. Tanto é assim que a Constituição erigiu a separação como um dos componentes do seu núcleo essencial, comumente referido como “cláusulas pétreas”. Para tanto, cada um deve manter sua atuação nos limites que lhe são fixados pela Carta Magna. Violações, por menores que sejam, podem prejudicar os relevantes bens jurídicos protegidos por essa engenhosa construção humana.

Um momento de previsível fricção entre Poderes - e potencial fustigação do princípio da separação de poderes - ocorre no controle de constitucionalidade de leis pelo Poder Judiciário. É que, em tais casos, se tem esse Poder avaliando se os atos praticados por outro (Legislativo ou Executivo) respeitaram os limites estabelecidos pela Constituição, como pontua Luís Roberto Barroso:

⁴⁸ FERREIRA, Antônio Martins. *Poder constituinte, federalismo e controle da constitucionalidade de lei e ato normativo federal ou estadual*. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_73/Amauri_Ferreira.pdf. Acesso em: 1 ago. 2015.

⁴⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 159.

⁵⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 371.

A Constituição confere a ele [Poder Judiciário] competência para solucionar os litígios em geral e é disso que se trata. *A questão ganha em complexidade, todavia, quando o Judiciário atua em disputas que envolvem a validade de atos estatais ou nas quais o Estado – isto é, outros órgãos de Poder – seja parte.* É o que ocorre quando declara inconstitucional a cobrança de um tributo, suspende a execução de uma obra pública por questões ambientais ou determina a um hospital público que realize um tratamento experimental em um paciente que solicitou tal providência em juízo⁵¹ (Grifo nosso).

A relação peculiar entre o controle de constitucionalidade e o princípio da separação de poderes também foi observada por Nelson Saldanha, que chega a enxergar aí um verdadeiro atentado contra o esquema clássico da separação:

Cabe mencionar, como área particularmente ligada ao princípio da separação dos poderes dentro da prática constitucional, o problema do controle de constitucionalidade. Trata-se de uma decorrência da supremacia formal das Constituições, e, por outro lado, de um tipo de problema que ocorre com maior frequência dentro do ritmo e do volume das legislações modernas. Qualquer dos sistemas adotados para embasar e cumprir o mencionado controle constitui, porém, no fundo, um pequeno atentado contra o esquema clássico da separação (...)⁵²

É também essa conexão que explica porque alguns países como a França resistem à adoção do controle de constitucionalidade judicial. Segundo Mauro Cappelletti⁵³, a “ideia que está na base de tal exclusão é, principalmente, a da separação dos poderes e a consequente inoportunidade de qualquer interferência do poder judiciário na atividade legislativa das assembleias populares”.

As fricções entre o Legislativo e o Judiciário inerentes ao controle de constitucionalidade podem levar ao aparecimento do fenômeno que André Ramos Tavares denomina de *legislador desconfiado*. Tal desconfiança se fundamentaria no suposto fato de que o Judiciário, em alguns momentos, age como se fosse um *legislador paralelo*, autoproclamando-se o direito-dever de, sob o pretexto de exercer o controle de constitucionalidade, rever a justiça ou correção da opção tomada pelo legislativo dentro do seu espaço de conformação. O autor assim descreve esse

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 418.

⁵² SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação dos poderes*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 178.

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 31.

fenômeno:

(...) o legislador pode temer o juiz por estar a magistratura a pretender atuar como um legislador paralelo, numa espécie de revisor universal da justiça das leis e, conseqüentemente, criador do Direito a ser aplicado. Esse tipo de situação pode originar-se de inclinações ideológicas da magistratura, mas não apenas isso. Pode ser, também, uma espécie de reação da própria magistratura à fraqueza e estagnação legislativas (o que, mesmo assim, não deixará de causar temor aos legisladores) ⁵⁴.

O legislador desconfiado é muitas vezes uma decorrência do que esse mesmo doutrinador chama de *juiz desconfiado*⁵⁵. A desconfiança nesse caso pode decorrer da inércia do legislador em atuar para garantir direitos constitucionalmente assegurados, obrigando o Judiciário a suprir tais lacunas. Pode também advir da aprovação de leis que claramente não objetivem o interesse público, mas sim o favorecimento de determinados grupos ou até mesmo os próprios legisladores. Ao final, a desconfiança do juiz e do legislador são duas faces de uma mesma moeda e refletem situações de fricção entre poderes.

Parte desse atrito (ou desconfiança) é normal e decorre do simples exercício da função outorgada ao Judiciário pela Constituição. Agindo dentro desses limites, esse Poder em nada prejudica o equilíbrio estabelecido pela separação. Ao contrário, garante sua preservação e promove a estabilidade do Estado e a salvaguarda de valores constitucionais, como ensina Paulo Bonavides:

Não há dúvida de que exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial – a garantia da liberdade humana, a salvaguarda da proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. A introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de Direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis.⁵⁶

Por outro lado, quando, a pretexto de exercer essa função, o Judiciário extrapola os limites constitucionais, coloca em risco o citado equilíbrio e todos os valores por ele garantidos, ofendendo frontalmente o princípio da separação dos poderes. Se isso

⁵⁴ TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 22.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 301.

acontece, é comum que os demais poderes constituídos ou a própria sociedade civil reajam e ponham em dúvida a credibilidade e legitimidade do órgão jurisdicional, o que resulta na instabilidade do sistema como um todo e atinge a paz e a tranquilidade sempre almejadas pela Sociedade.

Exemplo recente ilustra esses momentos de tensão decorrentes de supostos exageros do Judiciário. Sob a justificativa de tentar conter o excessivo ativismo judicial, a Câmara dos Deputados aprovou, em sua Comissão de Constituição e Justiça, proposta de emenda constitucional⁵⁷ que pretende submeter determinadas decisões do Supremo Tribunal Federal, exercidas em controle concentrado de constitucionalidade, à chancela do Legislativo para que passassem a ter eficácia vinculante e efeito *erga omnes*. Medidas dessa natureza sinalizam o incômodo desse poder com os atritos decorrentes da suposta atuação excessiva do Judiciário e os reflexos que podem decorrer dessa fricção⁵⁸.

1.5. Os contornos do princípio da separação dos poderes

Para evitar conflitos dessa ordem, o primeiro passo é sem dúvida delimitar com maior precisão possível o alcance da doutrina da separação dos poderes no ordenamento jurídico pátrio. Porém, antes de se avançar nesse tópico, duas advertências merecem ser registradas. A primeira é que o fato de estarmos buscando identificar o alcance desse princípio na Constituição de 1988 não nos inibe de nos valermos da doutrina estrangeira produzida com semelhante objetivo para um contexto diferente. Nada impede que ideias produzidas em outros locais possam encontrar ressonância e utilidade por aqui. O que não nos parece razoável seria importar acriticamente tais ensinamentos para explicar a manifestação desse princípio no ordenamento brasileiro, o que se buscará evitar. A segunda é que essa delimitação do princípio da separação por si só não resolve o problema aqui estudado como um todo, pois ele se desdobra em outros aspectos que serão abordados adiante. Ainda assim, é fundamental que ela

⁵⁷ Referimo-nos à Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 25 de maio de 2011, apresentada pelo Deputado Federal Nazareno Fonteles.

⁵⁸ O exemplo aqui indicado serve apenas para ilustrar o conflito de poderes que pode resultar do controle de constitucionalidade. Não pretendemos fazer juízo de valor sobre essa proposta específica, tendo em vista a ausência de pertinência com o presente trabalho.

seja feita. Dito isso, volte-se ao tema do presente tópico.

Ao analisar o que chama de compreensão reinante do princípio da separação dos poderes na Alemanha, Konrad Hesse⁵⁹ aponta quatro aspectos fundamentais: a distinção entre funções, a atribuição dessas funções a poderes especiais, a proibição de exercício de funções atribuídas a um poder por outro e o controle recíproco de poderes. Para ele, nessa concepção dita reinante, “o princípio de divisão de poderes aparece como meio de repartição e, com isso, de moderação do poder estatal, que serve à proteção da liberdade particular”.

André Ramos Tavares⁶⁰ registra que o desenvolvimento da teoria da separação dos poderes passou a ter duas matrizes distintas. Uma delas, fiel às bases lançadas por Montesquieu, se pautou no modelo iluminista de lei e na ideia mecanicista da função judicial. A separação serviria, nesse contexto, como forma de garantir o primado do Poder Legislativo e não de efetivamente fomentar um equilíbrio entre os poderes. Escreveu o autor:

No contexto do Estado de Direito legalista, que se constituiu, como já anteriormente demonstrado, para realizar o sentido conferido à lei pelo iluminismo, o princípio da separação dos poderes deveria prestar-se à garantia do primado da lei. Era, na realidade, a busca prática de um monismo de poder, centrado no legislativo. Não há, nessa concepção, qualquer pretensão de equilíbrio de ‘poderes’ ou mesmo de uma separação funcional efetiva⁶¹.

Já a outra matriz teria por objetivo não a garantia do primado do Legislativo e sim o controle do poder estatal para preservação e promoção dos direitos fundamentais. Para o referido autor, enquanto a primeira matriz, de fundamento marcadamente iluminista, teria se mostrado fadada à superação, essa segunda segue sendo a base das reflexões do constitucionalismo moderno. Por isso mesmo, defende ser esse o autêntico “núcleo imutável da separação de poderes”⁶².

⁵⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998. p. 366.

⁶⁰ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 167.

⁶¹ *Ibidem*, p. 168.

⁶² *Ibidem*, p. 168.

Luís Roberto Barroso⁶³ indica como conteúdo nuclear histórico do princípio da separação dos poderes a i) divisão das funções estatais e sua atribuição a órgãos diferentes e ii) a existência de mecanismos de controle recíproco entre esses órgãos. Com base nesse entendimento, ao analisar as cláusulas pétreas da constituição, entende que o conteúdo nuclear desse princípio só seria atingido por uma reforma constitucional se houvesse uma concentração de funções em um poder ou se a inovação introduzida resultasse no esvaziamento da independência orgânica entre os poderes ou de suas competências típicas.

O Supremo Tribunal Federal analisou o alcance do princípio da separação no julgamento de Mandado de Segurança contra ato de Comissão Parlamentar de Inquérito. No caso, a CPI havia determinado, *sem fundamentação*, quebra de sigilo fiscal, bancário e telefônico de determinada pessoa, tendo a Suprema Corte entendida que o ato praticado pelo Poder Legislativo era ilegal e que seu controle pelo Supremo não implicava em ofensa à separação dos poderes. Entendeu-se que a essência do princípio seria a conservação da liberdade dos cidadãos e o meio para garantir a realização de direitos fundamentais. Lê-se na ementa:

A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. (...) O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional.⁶⁴

A partir dessas ideias, entendemos ser possível assumir como *objetivo* central da separação dos poderes a defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos consagrados pela Constituição Federal em face do Estado. Esse objetivo foi o que motivou o nascimento do princípio da separação e segue sendo o pilar no qual ele se sustenta.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 196-197.

⁶⁴ MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086.

Houve, porém, um aumento do alcance da proteção pretendida coerente com a ampliação dos direitos fundamentais consagrados pelas constituições. Avançou-se da simples proteção a direitos fundamentais de primeira geração para a preservação de todos os demais direitos que se consagrariam (segunda, terceira, quarta e quinta geração).

O *instrumento* para alcançar esse objetivo é a separação relativa de funções entre os poderes, de modo a impedir que sejam criadas *instâncias hegemônicas* de Poder que permitam o seu exercício de forma ilimitada, sem controle. Diz-se que a separação é relativa porque ela se dá na forma da Constituição, que pode - e deve - prever mecanismos de interpenetração e controle aptos a impedir que abusos sejam cometidos. É claro, porém, que esses mecanismos só podem ser usados *na forma da Constituição*, sendo também inaceitável que se invoque a suposta necessidade de controle de um Poder pelo outro para se criar canais de interferência não consagrados pelo Poder Constituinte ou para distorcer os canais existentes.

1.6. A liberdade de conformação do legislador como corolário da separação dos poderes

O controle de constitucionalidade das leis é, como visto, um mecanismo de controle do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário criado pela própria Constituição Federal. É uma manifestação do que a doutrina denomina como freios e contrapesos (*checks and balances*). Assim, o só fato de exercê-lo, ainda que represente uma natural fricção entre os poderes, não representa uma violação do princípio da separação dos poderes, ao menos na forma como esse princípio foi consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil.

Na verdade, a recusa do Poder Judiciário em exercer o controle nas situações em que for *legitimamente* chamada a fazê-lo é que deve ser vista como uma violação à separação dos poderes na forma consagrada pela Constituição. Isso porque tal inação poderá resultar na formação de instâncias hegemônicas de poder (no caso, do Poder Legislativo), podendo o órgão hegemônico editar as normas que entender conveniente mesmo nos casos em que isso represente violação a direitos fundamentais, cuja proteção, como visto, é o que, em última instância, justifica a divisão de poderes.

Porém, isso não significa que o controle possa se dar a qualquer custo e sem limites. O primeiro desses limites é sem dúvida a *forma* de seu exercício. A Constituição fixa as regras a serem seguidas para a realização do controle, indicando, por exemplo, quem tem legitimidade para a provocação do Poder Judiciário, os instrumentos que podem ser utilizados, os órgãos do Poder Judiciário que podem realizá-lo, os quóruns de deliberação necessários, dentre outros aspectos. Tudo isso pode e deve ser respeitado, sob pena de inegável violação ao princípio da separação dos poderes.

O segundo desses limites diz respeito à *finalidade* do controle a ser exercido. Como visto, a separação dos poderes visa a garantir a realização de direitos fundamentais e outros valores constitucionais, razão pela qual o controle, como mecanismo de balanceamento dessa separação, não pode fugir dessa finalidade. Ou seja, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes, a intervenção do Poder Judiciário na esfera típica de atuação do Poder Legislativo jamais pode servir como instrumento para ofender direitos fundamentais, e, sim, para protegê-los ou fomentá-los.

Não obstante o fato de o controle ter como objetivo a garantia dos direitos fundamentais e de outros valores constitucionais, esse pretexto por si só não pode servir como escudo para justificar qualquer controle, por mais bem intencionado que seja, ainda que seja manejado por meio de procedimento adequado. Há também um terceiro limite que deve ser observado e cuja verificação é, sem dúvida, a mais complexa de todas e causa das maiores fricções entre os poderes. Referimo-nos aqui ao que podemos chamar de limite da *liberdade de conformação* do legislador.

A ideia por trás desse limite é a de que, na divisão de poderes, o constituinte outorgou ao legislador – e não ao Judiciário – a função de regular a conduta humana por meio de leis. Essas devem, sem dúvida, respeitar os limites constitucionais e buscar a realização dos direitos fundamentais e outros valores constitucionais. Entretanto, a concretização da Constituição pode ser feita de inúmeras formas, cabendo ao legislador optar por aquela que entender mais adequada de acordo com seu *juízo político*.

Sobre essa liberdade de conformação ou discricionariedade do legislador, vale trazer a baila o que escreveu Felipe Lima Gomes e Janaína Sena Taleires:

(...) a expressão “liberdade de conformação do legislador” se consagrou no direito alemão (*Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers*) e, com algumas expressões sinônimas, com discricionariedade do legislador, alude a algo como um “espaço” dentro do qual o legislador pode escolher o conteúdo das decisões a tomar, em um espectro de decisões viáveis, do ponto de vista constitucional (ou de normas que conforme a sua ação, ainda que não tenham cunho constitucional). Essa liberdade significa que é conferido um poder ao legislador para cometer um ato jurídico, mas que a conduta a que são imputados os efeitos jurídicos típicos desse mesmo ato não constitui o conteúdo de um dever jurídico. Essa liberdade implica (e baliza) a atribuição ao legislador de competência para realizar um planejamento estratégico do desenvolvimento legislativo da Constituição, a qual, por sua incompletude, tem de reservar uma quantidade razoavelmente grande de matérias para o trato normativo infraconstitucional.⁶⁵

Um exemplo ajuda a ilustrar o que aqui se diz. A Lei Federal n.º 12.305, de 2 de agosto de 2010, que criou a Política Nacional de Resíduos Sólidos, estabeleceu inúmeras obrigações para o Poder Público e para a sociedade civil relacionadas à gestão integrada e gerenciamento de resíduos sólidos. Trata-se de uma lei que, inegavelmente, promove os direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à saúde. Assim, é certo que quanto mais cedo seus preceitos passassem a ser atendidos, melhor para a realização de tais direitos.

Não obstante isso, em seu art. 54⁶⁶ essa lei fixou um prazo de quatro anos para que fosse implementada de forma definitiva a *disposição final ambientalmente adequada de rejeitos*. Isso significa que até lá os direitos fundamentais em questão seriam atendidos apenas parcialmente. Basta dizer que no momento de edição da lei havia – e ainda há – inúmeros lixões pelo Brasil⁶⁷, nos quais são depositados resíduos sólidos, causando danos à saúde e ao meio ambiente. Essa situação poderia persistir por mais quatro anos em razão da escolha feita pelo legislador. Para piorar, passados quatro

⁶⁵ GOMES, Felipe Lima; TALEIRES, Janaina Sena. *A liberdade de conformação do legislador no âmbito dos direitos fundamentais*. In: Alexandre Walmott Borges; Ilton Norberto R. Filho; Marco Aurélio Marrafon. (Coord.). *Teoria e história do direito constitucional*. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 172-195.

⁶⁶ Art. 54. A disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, observado o disposto no § 1o do art. 9º,9o, deverá ser implantada em até 4 (quatro) anos após a data de publicação desta Lei.

⁶⁷ Reportagem publicado no portal Terra em 2013 indica que o Brasil ainda possuía 2.906 lixões. *O fim dos lixões?* Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/ciencia/infograficos/fim-dos-lixoes/>> Acesso em: 18 ago. 2015.

anos, o Senado Federal aprovou um projeto de lei⁶⁸ que pretende ampliar drasticamente o referido prazo. O texto, que agora aguarda aprovação da Câmara, prevê novas datas para implementação da disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, que podem ir de 2018 até 2021. Além disso, ampliou o prazo para que Estados e Municípios elaborem os seus planos de gestão de resíduos sólidos.

Diante de um cenário como esse, poder-se-ia questionar a constitucionalidade da lei em questão sob o argumento de que os direitos fundamentais acima indicados seriam violados pelo tratamento leniente emprestado pela lei e, especialmente, pelo novo projeto aprovado no Senado caso ele venha a ser confirmado pela Câmara. Diante disso, sob o pretexto de preservar e promover tais direitos, o Poder Judiciário poderia declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos em questão de modo a garantir que a obrigação de disposição final de rejeitos passasse a ser exigível de imediato.

Ocorre que, em tal situação, o prazo pode ter sido considerado essencial para que os Municípios possam obter receitas suficientes para implementar tal medida sem prejudicar outros serviços públicos que garantem direitos igualmente fundamentais. Assim, a exigência do atendimento dessa obrigação imediatamente prejudicaria outras prioridades relevantes. Em casos assim, nos quais se considere haver escolhas legítimas a serem feitas, a opção deve caber ao Poder Legislativo e não ao Judiciário, sob pena de se negar àquele espaço reservado pela Constituição, transferindo-o de

⁶⁸ Trata-se do projeto de lei no 425/2014, aprovado no dia 1.07.2015, com a seguinte redação: Art. 1º Os arts. 54 e 55 da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 54. A disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, observado o disposto no § 1º do art. 9º, deverá ser implantada nos seguintes prazos: I – até 31 de julho de 2018, para capitais de Estados e de Municípios integrantes de Região Metropolitana (RM) ou de Região Integrada de Desenvolvimento (Ride) de capitais; II – até 31 de julho de 2019, para Municípios com população superior a 100.000 (cem mil) habitantes no Censo 2010, bem como para Municípios cuja mancha urbana da sede municipal esteja situada a menos de 20 (vinte) quilômetros da fronteira com outros países limítrofes; III – até 31 de julho de 2020, para Municípios com população entre 50.000 (cinquenta mil) e 100.000 (cem mil) habitantes no Censo 2010; IV – até 31 de julho de 2021, para Municípios com população inferior a 50.000 (cinquenta mil) habitantes no Censo 2010. Parágrafo único. A União editará normas complementares para definição de critérios de priorização de acesso a recursos federais e para implementação de ações vinculadas dentro dos prazos máximos estabelecidos nos incisos do *caput*.” (NR) “Art. 55. O disposto nos arts. 16 e 18 entra em vigor nos seguintes prazos: I – até 31 de julho de 2017, para Estados e para Municípios com população igual ou superior a 50.000 (cinquenta mil) habitantes no Censo 2010; II – até 31 de julho de 2018, para Municípios com população inferior a 50.000 (cinquenta mil) habitantes no Censo 2010. Parágrafo único. Os Estados deverão apoiar os Municípios nos estudos de regionalização, na formação de consórcios públicos e no licenciamento ambiental.” (NR) Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

maneira ilegítima ao Poder Judiciário. Se esse espaço decisório inexistisse, razão não haveria para que o Estado mantivesse uma estrutura – no caso brasileiro, uma grande e cara estrutura que se replica em todos os entes da federação - com a função principal de fazer leis. Estando todas as respostas prontas e delineadas na Constituição, bastaria o Judiciário para aplicá-las.

O Supremo Tribunal Federal em algumas oportunidades já reconheceu o limite ao exercício do controle de constitucionalidade representado pela liberdade de conformação do legislador. Isso se deu, por exemplo, na análise da constitucionalidade da Lei Federal nº. 12.234, de 5 de maio de 2010, que trata da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com base na pena aplicada na sentença. Ao votar pela higidez da lei, o Ministro Dias Toffoli assim se manifestou:

A Lei nº 12.234/10, portanto, se *insere na liberdade de conformação do legislador*, que tem legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados para a consecução de determinados objetivos, desde que eles não lhe sejam vedados pela Constituição nem violem a proporcionalidade. Deve o legislador, ao restringir direitos, realizar uma tarefa de concordância prática justificada pela defesa de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos⁶⁹. (Grifo nosso.)

Esse limite foi também invocado em caso envolvendo a discussão sobre a constitucionalidade de vedação contida na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul que impedia o exercício da advocacia privada pelos procuradores do estado. Lê-se em trecho do voto do Ministro-relator Gilmar Mendes:

No caso em apreço, além de se fazer presente a *liberdade de conformação* do poder constituinte derivado, nota-se que a restrição ao exercício da advocacia fora das atribuições institucionais foi também opção do legislador estadual, de modo que o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal no julgado referido acima é de todo aplicável à hipótese.⁷⁰ (Grifo nosso.)

Não obstante haver consenso sobre a existência desse limite, nem sempre é fácil identificá-lo no caso concreto, daí a importância da identificação de parâmetros e

⁶⁹ HC 122694, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-201.

⁷⁰ ARE 646761 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-231 DIVULG 22-11-2013 PUBLIC 25-11-2013.

técnicas que auxiliem nessa verificação. Essa problemática ganha ares de complexidade ainda maior quando envolvem leis ambientais, tendo em vista as peculiaridades que as cercam. É dessas peculiaridades que trataremos no capítulo seguinte.

2. NORMAS JURÍDICAS, MEIO AMBIENTE E LEIS AMBIENTAIS

2.1. Aspectos gerais

Sendo objeto do presente estudo a busca de critérios para o exercício do controle de constitucionalidade de leis ambientais, necessário identificarmos o que entendemos como tal. A resposta a essa questão passa necessariamente pelo exame de dois elementos prévios: as normas jurídicas e o meio ambiente. A partir da análise desses elementos indicaremos nossa convicção do que configura uma lei ambiental para os fins deste trabalho e examinaremos suas peculiaridades.

2.2. Normas jurídicas

Nossa análise das normas jurídica será dividida em quatro partes. Na primeira abordaremos as diferenças entre leis, enunciados normativos e normas; na segunda buscaremos apresentar a essência das normas jurídicas; na terceira abordaremos seus elementos; e na quarta indicaremos sua classificação.

2.2.1. Leis, enunciados normativos e normas

Antes de tratarmos das normas jurídicas propriamente ditas, necessário se fazer uma distinção entre lei, enunciado normativo e norma para que não haja dúvida quanto aos conceitos que estão aqui sendo utilizados. Essa distinção se mostra especialmente importante porque, como bem ressalta Julio de Melo Ribeiro, o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário recai sobre a norma e não sobre a lei propriamente dita:

(...) não parece haver dúvida de que a norma jurídica é que se submete ao controle de constitucionalidade. Isso porque é a norma, e não o texto, que incide sobre a realidade fática, gerando direitos e obrigações, constituindo e declarando situações jurídicas. No processo de aplicação do Direito, o texto é apenas um ponto de partida. O que se aplica, ao final, é a norma

que se extrai do enunciado linguístico. Daí por que é ela (norma) que deve obediência à Constituição.⁷¹

Na mesma linha é o pensamento de Gilmar Ferreira Mendes:

Cumpra observar que o objeto da declaração de nulidade é a norma, isto é, um princípio jurídico geral de conduta, de modo que, a rigor, não existe declaração parcial de nulidade de uma norma, mas declaração parcial de nulidade de uma lei. Se a norma inconstitucional encontrou expressão linguística autônoma na lei, ainda que, através de palavras, fragmentos de uma frase, então se verifica, com a declaração de nulidade, também eliminação do texto correspondente.⁷²

Maria Helena Diniz⁷³ registra que há pelo menos três acepções para a palavra lei. Uma, que ela chama de *amplíssima*, associa a esse vocábulo quaisquer “normas jurídicas”, sejam elas escritas ou costumeiras. Outra, que ela denomina como *ampla*, liga a essa palavra qualquer “norma jurídica” escrita, podendo ser ela resultado de manifestação do Poder Legislativo ou mesmo de atos do Poder Executivo. Por fim, há a concepção chamada pela autora de estrita ou técnica, que reserva o signo lei para denotar somente a “norma jurídica” elaborada pelo Poder Legislativo. Ou seja, há uma identificação entre lei e norma jurídica.

Miguel Reale⁷⁴ esclarece que a palavra lei em si pode ser usada para significar qualquer relação necessária estabelecida entre dois fatos, seja de ordem funcional ou causal. Entretanto, no âmbito do direito, para que o vocábulo seja utilizado em seu sentido técnico, deverá significar uma regra ou conjunto de regras que “introduz algo de novo com caráter obrigatório no sistema jurídico em vigor, disciplinando comportamentos individuais ou atividades públicas”. O conceito, como se vê, se aproxima daquilo que Maria Helena Diniz também classifica como sentido estrito de lei, identificando-a com norma jurídica.

⁷¹ RIBEIRO, Júlio de Melo. *Controle de constitucionalidade das leis e decisões interpretativas*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242920/000926873.pdf?sequence=3>. Acesso em: 1 ago. 2015.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade na Alemanha (A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme à Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional alemã). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 193, p. 13-32, jul./set. 1993.

⁷³ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito*. 23. ed. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 307-308.

⁷⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 162-163.

Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁷⁵, após registrar as dificuldades inerentes à obtenção de uma noção do vocábulo lei, define-o como “todo ato de legislação, realizado pelo poder competente e obedecidos os requisitos do ordenamento”. Entretanto, o autor faz questão de esclarecer que leis e normas não se confundem, ponderando que “a norma é uma prescrição. A lei é a forma de que se reveste a norma ou um conjunto de normas dentro do ordenamento”⁷⁶. Vê-se, assim, que diferentemente dos primeiros autores, Ferraz Jr. rejeita a identificação plena entre lei e norma jurídica.

Enunciado normativo, segundo Luís Roberto Barroso⁷⁷, “corresponde a uma proposição jurídica no papel, a uma expressão linguística, a um discurso prescritivo que se extrai de um ou mais dispositivos”. Entendimento semelhante é perfilhado por Eros Roberto Grau⁷⁸, para quem o enunciado normativo, que também é referido por ele como texto ou disposição normativa, “é o sinal linguístico”.

Norma, por seu turno, é o resultado do processo de interpretação do enunciado normativo. Sobre o tema, registra Luís Roberto Barroso:

Por isso mesmo a doutrina enfatiza que o texto legislado, ou o enunciado normativo, não se confunde com a norma, que é o produto final da interpretação levada a cabo pelo Judiciário, tanto assim que a partir de um mesmo enunciado podem ser construídas várias normas distintas. É até possível, como acontece no caso aqui em exame, que com o passar do tempo normas diferentes sejam extraídas de um mesmo conjunto de enunciados. Embora a interpretação sempre deva respeito aos limites impostos pelas possibilidades semânticas do texto, a verdade é que apenas após a interpretação judicial será possível dizer qual é a *norma* que o texto realmente produz ou, em outros termos, qual o direito vigente no particular.⁷⁹

⁷⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão dominação*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 200.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 95.

⁷⁶ *Ibidem*, p.199.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 217.

⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 38.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. Segurança Jurídica e Modulação dos efeitos temporais dessas decisões judiciais*. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf > Acesso em: 30 jul. 2015.

Entendimento semelhante é sustentado por Eros Roberto Grau, para quem a norma é o resultado do processo de interpretação que parte do texto (enunciado) normativo, mas nele não se esgota, considerando também a realidade social e o caso a ser solucionado. Ensina o autor:

As disposições, os enunciados, os textos, nada dizem. Passam a dizer algo apenas quando efetivamente convertidos em normas (isto é, quando – através e mediante interpretação) sejam transformados em normas. Por isso, as normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, enquanto disposições, nada dizem: elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem.⁸⁰

Também Humberto Ávila⁸¹ defende essa distinção entre textos e normas, ponderando serem estas “os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. Esclarece, assim, que não existe correspondência entre norma e dispositivo (texto), podendo haver dispositivo sem norma ou norma sem dispositivo; dispositivo do qual resulta várias normas; norma que resulte da combinação de vários dispositivos; e norma sem suporte em dispositivo.

Essa diferenciação é também defendida com vigor pelo alemão Friedrich Muller, que a tem como uma das pedras de toque de sua teoria estruturante do direito. Nas palavras do autor:

A teoria estruturante do direito não é apenas uma nova concepção – é uma concepção inovadora da teoria do direito. Resulta, pela primeira vez, de um conceito pós-positivista de norma jurídica: a norma jurídica não se encontra já pronta nos textos legais; nestes apenas formas primárias, os textos normativos. A norma só será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso, em cada decisão judicial.⁸²

Assim, como base nos conceitos acima expostos, tomaremos por lei o produto da atividade legislativa que contenha enunciados (textos) normativos dos quais seja possível extrair normas jurídicas. Esse produto pode ter a forma de lei ordinária, lei complementar, medida provisória, lei delegada ou qualquer outra admitida no ordenamento jurídico pátrio.

⁸⁰ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 39.

⁸¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22-23.

⁸² MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 291.

2.2.2. Elementos da norma jurídica

Tércio Sampaio Ferraz Jr. identifica dois elementos da norma: o cometimento e o relato. O primeiro corresponderia ao seu caráter vinculante; o segundo, à hipótese normativa mais a consequência jurídica⁸³.

O caráter vinculante da norma decorre de sua imperatividade, ao passo que a hipótese normativa é o recorte da realidade social, uma situação de fato, representado na norma à qual se imputa uma consequência, podendo ser composta por atos ou fatos. A diferença entre um e outro é que o primeiro entra no mundo jurídico sem interferência da vontade humana, seja porque essa nada tem a ver com o fato, seja porque foi excluída. Sobre o tema, leciona Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

Por tradição dogmática, fatos jurídicos são estados das coisas que entram para o mundo jurídico sem interferência da vontade humana. Ou ainda, fatos que presumidamente prescindem da ação da vontade para entrar no campo normativo: por exemplo, a idade de alguém, um terremoto, uma relação de parentesco. (...) Já quando se fala de atos jurídicos, entende a dogmática tratar-se da interferência voluntária no curso da natureza, conforme ou em desconformidade com o que diz a lei, aí incluída a interferência positiva (ato propriamente dito) ou negativa (omissão).⁸⁴

A consequência (ou efeito jurídico), por sua vez, está associada à ocorrência da hipótese normativa que pode ou não ser uma sanção⁸⁵.

Discute-se se são elementos caracterizadores da norma jurídica sua generalidade, seu caráter abstrato e sua bilateralidade. Tércio Sampaio Ferraz Jr. rejeita os dois primeiros como tais, uma vez que, com relação à generalidade, entende que há normas que se dirigem a pessoas específicas e, quanto à abstração, há normas cujo

⁸³ FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão dominação*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 91.

⁸⁴ *Ibidem*, p.91-92.

⁸⁵ Muito se discutiu se a sanção seria elemento da norma. A polêmica extrapola os limites desse trabalho, mas vale registrar que autores como Kelsen defenderam-na como elemento da norma. Atualmente, a doutrina tem sustentado que a sanção não estaria necessariamente associada a toda norma jurídica, o que não significa que essa não preveja necessariamente uma consequência.

conteúdo é marcadamente concreto. A bilateralidade, no entanto, pode ser considerada um elemento da norma se tomada como alteridade⁸⁶.

Buscando apreender todas essas características, o referido autor expõe como a dogmática analítica capta a norma jurídica da seguinte forma:

Em conclusão, podemos dizer que a dogmática analítica capta a norma jurídica como um imperativo despsicologizado. Para evitar confusões com a ideia de comando, melhor seria falar em um diretivo vinculante, coercivo, no sentido de institucionalizado, bilateral, que estatui uma hipótese normativa (*factispecies*) à qual imputa uma consequência jurídica (que pode ser ou não uma sanção), e que funciona como um critério para a tomada de decisão (*decidibilidade*).⁸⁷

2.2.3. Classificação

Quando o assunto é a classificação das normas jurídicas, muitos são os critérios existentes. Não só os critérios mudam, mas também a nomenclatura classificatória utilizada, razão pela qual Arnaldo Vasconcelos afirma tratar-se de “tema em que são raríssimas as unanimidades”⁸⁸. Porém, a existência dessas divergências, por mais que exijam cuidado do estudioso, não afasta a importância de seu estudo. Assim como ocorre nas ciências naturais, as classificações são indispensáveis na ciência jurídica por motivos metodológicos de organização do conhecimento e servem como ponto de referência para permitir uma visão global da matéria jurídica. Além disso, cumprem papel relevante para a decidibilidade dos conflitos.

O fato de haver inúmeras classificações retratando um mesmo fenômeno não indica que apenas uma delas está correta e as demais estão incorretas. Na verdade, como bem resumiu Genaro Carrió⁸⁹ em feliz expressão que vem sendo sempre lembrada pelos doutrinadores nacionais, as classificações não são certas ou erradas, mas úteis ou inúteis. É claro que, do ponto de vista lógico, podemos ter classificações

⁸⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão dominação*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 95.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 95.

⁸⁸ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 171.

⁸⁹ SCAFF, Fernando Facuri. *Contribuições de intervenção e Direitos Humanos de segunda dimensão*. Disponível em < <http://www.idtl.com.br/artigos/121.pdf> > . Acesso em: 1 ago. 2015.

contraditórias por eleger um critério e não o aplicar corretamente. Entretanto, uma vez que se respeite o critério eleito, essa não poderá tida como errada, ainda que possa ser inútil. Sobre as classificações das normas jurídicas, pondera Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

Essas classificações não obedecem também a critérios rigorosos, não podendo encontrar-se um sistema de classificatório no sentido lógico da expressão. Na verdade, os critérios são diversos e tópicos, surgindo em face das necessidades práticas, objetivando antes resolver problemas referentes à identificação de normas como jurídicas, dada sua imprecisão conceitual.⁹⁰

Vejamos algumas classificações apresentadas pela doutrina.

Em obra de introdução ao estudo do direito, Maria Helena Diniz⁹¹ classifica as normas com base nos critérios i) da imperatividade, dividindo-as entre absolutas e relativas; ii) do autorizamento, segregando-as em normas mais que perfeitas, perfeitas, menos que perfeitas e imperfeitas; iii) da hierarquia, separando-as em normas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, decretos regulamentares, normas internas e normas individuais; iv) da natureza das suas disposições, apartando-as entre substantivas e adjetivas; v) da aplicação, distinguindo-as entre as de eficácia absoluta, de eficácia plena, de eficácia relativa restringível e de eficácia relativa complementável; vi) do poder de autonomia, dividindo-as entre nacionais e locais e federais, estaduais e municipais; e vii) de sistematização, dividindo-as entre esparsas, codificadas e consolidadas.

Arnaldo Vasconcelos⁹² prefere destacar em obra específica sobre a teoria das normas jurídicas apenas quatro categorias que considera mais relevantes do ponto de vista prático, quais sejam: i) a que subdivide as normas quanto à sua destinação em normas de direito e de sobredireito; ii) a que as aparta a partir do modo de existência em

⁹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão dominação*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 96.

⁹¹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito*. 23. ed. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 409-417.

⁹² VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 170-235.

normas explícitas e implícitas; iii) a que separa as normas a partir de sua fonte; iv) e a que as divide quanto à matéria.

Por fim, vale lembrar uma distinção feita por Miguel Reale⁹³ das normas quanto à sua estrutura. Para o autor, com base nesse critério, podemos encontrar duas espécies de normas: as de conduta e as de organização. A diferença está no fato de que as primeiras são apresentadas como juízos hipotéticos, ao passo que as segundas são apresentadas como um juízo categórico. Exemplo do primeiro grupo seriam as normas penais em geral; do segundo, as normas constitucionais que outorgam aos entes federativos competência para legislar sobre determinado tema.

Quando falamos em leis ambientais ou normas ambientais, também estamos levando em conta uma classificação que tem como critério a divisão das normas de acordo com os fatos da vida por elas regulados e o ramo do direito que as estuda. Por esse critério, leis trabalhistas, por exemplo, são aquelas que versam sobre a relação entre trabalhador e empregado; leis tributárias tratam dos fatos relacionados à arrecadação de tributos; e leis penais regulam a relação entre estados e indivíduos no que concerne à aplicação de penas.

No controle de constitucionalidade das leis ambientais, estaremos diante tanto do confronto dessas com normas constitucionais de organização como de autênticas normas de conduta, para nos valermos da classificação do professor Miguel Reale. No controle formal, um dos aspectos comumente avaliados é o respeito às normas da Carta Magna que atribuem competência a diferentes entes federativos para legislar sobre o meio ambiente. Já no controle material, esse confronto normalmente ocorre com autênticas normas de conduta, como a que exige a prévia edição de lei para definição da localização de usinas que operem com reatores nucleares (art. 225, § 6º).

2.3. O conceito jurídico de meio ambiente

2.3.1. Noção geral

⁹³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 94.

O dicionário Houaiss conceitua a palavra ambiente como o “que rodeia ou envolve por todos os lados e constitui o meio em que se vive”. Esse conceito, adverte José Afonso da Silva⁹⁴, “contém o sentido da palavra meio”, razão pela qual expressão meio ambiente denotaria redundância, usando-se dois termos sinônimos em conjunto para se referir a uma mesma realidade. Apesar disso, reconhece o mesmo autor que a redundância nesse contexto acaba servindo para reforçar o significado do termo. Seja como for, a expressão consagrou-se na legislação brasileira e até mesmo no texto constitucional (art. 225), não havendo razão para abandoná-la.

E o que seria meio ambiente? José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala⁹⁵ ponderam que essa noção “pode ser construída de diversas perspectivas teóricas e de escala”, dependendo da ciência que estuda tal objeto. Isso se dá em razão do seu caráter interdisciplinar e de constante mutação. Tendo em vista o objeto do presente trabalho, consideraremos o tema em sua perspectiva jurídica, mas sem nos descuidar do fato de que a disciplina jurídica das condutas humanas relacionadas ao meio ambiente é profundamente influenciada por outras ciências que se dedicam a esse objeto.

Sobre essa perspectiva, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981) expressamente definiu meio ambiente em seu art. 3º, I, como “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”. Vê-se aí uma clara opção do legislador que realça, no conceito, a *interdependência* de todas as formas de vida e sua interação.

Ainda no âmbito das definições legais, a Resolução nº. 306, de 5 de julho de 2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), define meio ambiente como “conjunto de condições, leis, influência e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 1.

⁹⁵ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Dano ambiental: do ambiental ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e Prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 79.

suas formas”. Essa definição tem o mérito de agregar expressamente ao conceito legal anteriormente exposto os elementos social, cultural e urbanístico.

Na doutrina, José Afonso da Silva⁹⁶ conceitua o meio ambiente como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

Paulo Affonso Leme Machado⁹⁷ não apresenta conceito próprio, cingindo-se a apresentar o conceito legal previsto na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. A partir da análise desse conceito, conclui que “a definição federal é ampla, pois vai atingir tudo aquilo que permite a vida, que a abriga e rege”.

Toshio Mukai⁹⁸ registra que “a expressão ‘meio ambiente’ tem sido entendida com a interação de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida do homem”.

Édis Milaré⁹⁹ indica duas concepções distintas de meio ambiente, sendo uma denominada de visão estrita e a outra de concepção ampla. Na primeira concepção estariam abrangidos apenas o patrimônio natural e as relações com e entre os seres vivos, ao passo que a segunda abrangeria além do patrimônio natural também o artificial e os bens culturais correlatos.

José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala¹⁰⁰ entendem que “a lei brasileira adotou um conceito amplo de meio ambiente, que envolve a vida em todas as suas formas”. Ainda segundo eles, “o meio ambiente envolve os elementos naturais, artificiais e culturais”.

⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 2.

⁹⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 59.

⁹⁸ MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 3.

⁹⁹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: Doutrina. Jurisprudência. Glossário*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 113.

¹⁰⁰ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Dano ambiental: do ambiental ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 96.

A partir da leitura desses autores, que apresentam conceitos muito próximos, entenderemos por meio ambiente, para os fins desse trabalho, o conjunto de elementos naturais, artificiais ou culturais e de suas interações, que propiciam a existência da vida em todas as suas formas.

2.3.2. Aspectos do meio ambiente

A amplitude do conceito de meio ambiente levou a doutrina¹⁰¹ a identificar quatro *aspectos* distintos em sua composição: o artificial, o cultural, o natural e o do trabalho.

O meio ambiente natural é constituído pelo solo, o subsolo, as águas, o ar atmosférico, a flora, a fauna e pela interação das espécies e dos meios que ocupam. O meio ambiente artificial é composto pelo espaço urbano, subdividindo-se em espaço urbano fechado (edificações) e espaço urbano aberto (equipamentos urbanos como parques, ruas, praças, etc.). O cultural é integrado pelo patrimônio artístico, histórico, paisagístico, arqueológico e turístico. Sua diferença para o meio ambiente artificial está no especial valor que adquiriu, não obstante também seja obra humana¹⁰². O meio ambiente do trabalho, por sua vez, é o local onde o trabalhador desenvolve suas atividades laborativas.

O Supremo Tribunal Federal também já reconheceu esses quatro aspectos no conceito de meio ambiente adotado pela Constituição Federal, tendo registrado em julgamento de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.540 que:

(...) a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...)¹⁰³.

¹⁰¹ Cf. SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 3; FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70-74.

¹⁰² SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 3.

¹⁰³ 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-0052

2.3.3. O meio ambiente como um macrobem e seus elementos como microbens

Discute-se na doutrina se o meio ambiente foi considerado pelo legislador brasileiro como um macrobem ou um microbem. A distinção é feita por José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala¹⁰⁴, que identificam como microbem todos os elementos que compõe o meio ambiente, ao passo que o macrobem seria todos esses elementos tomados de forma integrada, ou seja, como interação.

Segundo esses autores, o legislador brasileiro teria considerado o meio ambiente como um macrobem, uma vez que, ao conceituá-lo no art. 3º, I, da Lei 6.938/1981, identificou-o como o conjunto de relações e interações que condicionam a vida em todas as suas formas. Na condição de relações e interações, o meio ambiente seria um bem imaterial e incorpóreo. Os microbens, por sua vez, seriam materiais e corpóreos. Nesse sentido:

(...)

a) a lei brasileira adotou um conceito de meio ambiente, que envolve a vida em todas as suas formas. O meio ambiente envolve os elementos naturais, artificiais e culturais;

b) o meio ambiente, ecologicamente equilibrado, é um macrobem unitário e integrado. Considerando-o macrobem, tem-se que é um bem incorpóreo e imaterial, com configuração também de microbem;

(...)¹⁰⁵

2.4. As leis e as normas ambientais

2.4.1. Características das normas ambientais

Como já visto, ao nos referirmos a leis, estaremos tratando do produto da atividade do Poder Legislativo que contém enunciados normativos dos quais é possível extrair normas. Essas normas – e as leis que trazem seu enunciado-base –, também como visto, podem ser classificadas com base em inúmeros critérios. Um desses critérios

¹⁰⁴ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Dano ambiental: do ambiental ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 88.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 96.

permite a divisão das normas jurídicas de acordo com os fatos da vida por ela regulados.

Com base nesse parâmetro, as normas podem ser classificadas, por exemplo, como tributárias, caso objetivem a regulação da conduta humana no que concerne à arrecadação de tributos, ou trabalhistas, se essas trouxessem como hipóteses de incidência aspectos variadas da relação de trabalho. A questão que se coloca nesse ponto é quais seriam as características dos fatos da vida regulados por uma norma para que ela possa ser classificada como ambiental.

A discussão sobre a delimitação do objeto das normas ambientais se confunde, em alguma medida, com o debate sobre o objeto do direito ambiental. Isso porque, ao tratar deste tema, os autores buscam exatamente identificar e descrever quais são as normas existentes no ordenamento jurídico que serão estudadas por esse ramo da ciência jurídica e com isso acabam por identificar as normas que passam a chamar de ambientais.

Em trabalho pioneiro sobre o tema, escrito no início da década de 70, Sérgio Ferraz¹⁰⁶ definiu Direito Ecológico como “conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos organicamente estruturados, para assegurar um comportamento que não atente contra a sanidade mínima do meio-ambiente”.

Pouco tempo depois, em obra também precursora sobre a matéria, Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁰⁷ definiu o que chamou na época de Direito Ecológico da seguinte forma “é o conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos sistematizados e informados por princípios apropriados, que tenham por fim a disciplina do comportamento relacionado ao meio-ambiente”.

Interessante notar que tanto Diogo de Figueiredo Moreira Neto como Sérgio Ferraz faziam uso da expressão Direito Ecológico para designar esse ramo do direito, dando

¹⁰⁶ FERRAZ, Sérgio. Direito Ecológico: perspectivas e sugestões. *Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, 2/44, , n.4, 1972.

¹⁰⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense 1977. p. 23.

ênfase apenas ao meio ambiente natural. Essa nomenclatura seria progressivamente substituída por Direito Ambiental, Direito do Meio Ambiente ou Direito do Ambiente, que espelham a ampliação do objeto do estudo desse ramo do direito. Sobre a insuficiência da expressão Direito Ecológico, registra Paulo de Bessa Antunes:

O termo ambiente é, por essência, extremamente amplo e pode abrigar as inúmeras realidades que se encontram no interior da legislação protetora do meio ambiente. Basta que se observe a inserção dos chamados bens culturais no interior do amplíssimo conceito de meio ambiente para que se compreenda as limitações causadas pela designação de nossa disciplina como Direito Ecológico. A insuficiência da denominação demonstra-se evidente.¹⁰⁸

José Afonso da Silva¹⁰⁹ entende que o Direito Ambiental deve ser considerado sobre dois aspectos, como objeto e como ciência. No primeiro sentido, que interessa ao presente capítulo, esclarece consistir no “conjunto de normas jurídicas disciplinadoras da proteção da qualidade do meio ambiente”.

Toshio Mukai¹¹⁰ trata o Direito Ambiental como “um conjunto de normas e institutos jurídicos pertencentes a vários ramos do Direito, reunidos por função instrumental para a disciplina do comportamento humano em relação ao meio ambiente”.

Édis Milaré¹¹¹ define o Direito do Ambiente como “o complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para presentes e futuras gerações”.

Frederico Amado¹¹² define Direito Ambiental como “o ramo do direito público composto por princípios e regras que regulam as condutas humanas que afetem, potencial ou efetivamente, direta ou indiretamente, o meio ambiente, quer o natural, cultural ou artificial”.

¹⁰⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 6.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p.21

¹¹⁰ MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 9-10.

¹¹¹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: gestão ambiental em foco*. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 815.

¹¹² AMADO, Frederico. *Direito Ambiental Esquemático*. 5. ed. São Paulo: Método, 2104. p. 40.

Dos conceitos acima apresentados, podemos ressaltar dois elementos em comum. O primeiro - e mais óbvio deles - é que as normas ambientais regulam condutas ou comportamentos humanos, como de resto faz qualquer norma jurídica. O segundo é que esse comportamento é regulado em relação ao meio ambiente, ou seja, tendo em conta seu impacto, real ou potencial, ao meio ambiente.

Há ainda um terceiro elemento que aparece em algumas definições, mas não em outras. Trata-se da associação de uma *finalidade* específica às normas estudadas pelo Direito Ambiental. Fala-se, assim, em normas que objetivem a proteção da qualidade do meio ambiente (José Afonso da Silva), a sustentabilidade (Édis Milaré) ou a garantia da sanidade mínima do meio ambiente (Sérgio Ferraz). Outros preferem conceitos mais neutros, cingindo-se a falar em regulação de comportamentos em relação ao meio ambiente.

Nesse contexto, é de se indagar se uma norma que resulte em um prejuízo real ou potencial ao meio ambiente pode ser considerada ambiental. Imagine-se, por exemplo, se determinada norma tornasse menos rigoroso o controle de emissão de poluentes por meio da mudança de padrões. Estaríamos diante de uma norma ambiental? Entendemos que sim, pois, mesmo havendo redução de proteção, a norma teria por escopo a regulação do comportamento humano em relação ao meio ambiente e com vistas a atender algum padrão de qualidade ambiental, ainda que mais baixo.

A partir das ideias acima trazidas, podemos identificar como normas ambientais as normas que disciplinam o comportamento humano que possa afetar, direta ou indiretamente, o meio ambiente, podendo resultar em permissões, proibições ou obrigações. Essas normas têm por objetivo garantir a qualidade dos bens naturais, artificiais e culturais e suas interações, já que é isso que proporciona a existência e a qualidade de vida.

Interessante notar que diferentemente do que se dá com normas de outra natureza, como, por exemplo, as trabalhistas ou penais, a Constituição em momento algum faz referência a *normas ambientais* ou a normas de *Direito Ambiental*. O tema é tratado apenas de maneira indireta quando a Carta trata da distribuição da competência legislativa e executiva entre os entes federativos, momento que elenca um rol de matérias que se encontram no âmbito de regulação das normas ambientais que aqui

assumimos. Desse ponto voltaremos a tratar nos capítulos 3 e 8.

2.4.2. A complexidade do meio ambiente, os conceitos pré-jurídicos e as consequências de sua utilização

Para regular as condutas humanas em relação ao meio ambiente de maneira precisa, o legislador se vale muitas vezes de conceitos que a doutrina denomina como pré-jurídicos. Entendem-se como tais aqueles obtidos de outras ciências e que precedem a criação do texto normativo no qual é inserido, que o incorpora de modo a garantir um maior grau de segurança jurídica e precisão.

Na introdução de seu Direito Ambiental Constitucional, José Afonso da Silva¹¹³ registra essa realidade e as dificuldades a ela inerentes. Segundo o autor, “a matéria é repleta de dificuldades para o jurista pelo fato de envolver larga conceituação pré-jurídica das ciências biológicas, que não poderíamos deixar de considerar, sob pena de não fornecer ao leitor esclarecimentos adequados sobre o conteúdo de normas constitucionais e legais que a mencionam”.

O mesmo autor registra a existência de conceitos pré-jurídicos até mesmo no texto da Constituição Federal. Segundo ele, ao falar que ao Poder Público incumbe preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, como fez no art. 225 da Carta Magna, o constituinte se valeu de conceitos tipicamente ecológicos. Assim, adverte ele, seria “inútil buscar a definição desses conceitos no campo da ciência jurídica”¹¹⁴, uma vez que se está diante de conceitos pré-jurídicos, que só podem ser encontrados nas ciências ecobiológicas.

Essa realidade não é uma exclusividade das normas ambientais. Entretanto, parece-nos que aqui ela aparece de maneira mais frequente do que nas normas jurídicas em geral. Isso se dá porque, como visto, a complexidade do meio ambiente dificulta sua compreensão e descrição pelo homem. Para tanto, faz-se necessário uma abordagem multidisciplinar que viabilize o diálogo entre várias ciências, tais como a Ecologia, a Sociologia, a Antropologia, a Economia etc. E ainda assim muitas vezes não é possível apreender todos os aspectos que envolvem esse bem jurídico em sua

¹¹³ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

¹¹⁴ Op. cit. p. 57.

amplitude.

O caráter multidisciplinar imanente à temática do meio ambiente é sempre ressaltado pelos estudiosos do direito ambiental, como faz Paulo de Bessa Antunes na passagem abaixo:

Em matéria de Direito Ambiental, as fronteiras entre os diversos segmentos do conhecimento humano tornam-se cada vez menores. Na análise de uma medida a ser tomada pelo aplicador da lei em matéria ambiental, necessariamente, estão presentes considerações que não são apenas jurídicas, pois, como tem sido visto ao longo de todo este capítulo, é necessário que se observe critérios que não são apenas jurídicos.¹¹⁵

A dificuldade de adequada compreensão de todos os aspectos do meio ambiente acaba por refletir-se também na construção e interpretação das normas ambientais. Como é pressuposto fundamental dessas duas atividades (elaboração normativa e interpretação) o preciso entendimento da realidade de que pretendem tratar, o interprete e o legislador têm grandes chances de se equivocarem no desenvolvimento de suas tarefas, deixando de cumprir o papel constitucional que lhes é atribuído. Tal fato pode também acabar resultando em indevida invasão no campo de atuação de um Poder pelo outro.

Essa realidade acarreta enorme desafio para o Poder Judiciário na busca dos limites entre aquilo que está dentro da discricionariedade do legislador, democraticamente eleito para editar as leis, e o que efetivamente extrapola seus limites, ofendendo o dever de proteção ao meio ambiente garantido pela Constituição Federal. Sobre a complexidade envolvida na análise das normas ambientais pelo Judiciário, convém lembrar as lições de Édis Milaré:

Teoricamente, importa ao magistrado cultivar e exercer a imparcialidade, máxime quando deve decidir entre posições antagônicas, conflitantes sobre o mesmo objeto. A dificuldade para uma posição imparcial varia, naturalmente, segundo o objeto e as circunstâncias. No discernimento da problemática ambiental, porém, cresce a dificuldade na razão direta da complexidade do objeto (...)

Se fosse possível sintetizar o tratamento da questão no que se refere à tutela jurisdicional de direitos relativos ao meio ambiente, diríamos que a processualística necessita de uma visão ao mesmo tempo jurídica, socioeconômica e ecológica. Nesta visão juntam-se as contribuições de

¹¹⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 58.

diferentes ciências que se ocupam do meio ambiente.¹¹⁶

2.4.3. As zonas de intersecção entre as normas ambientais e normas de outra natureza

Em alguns casos a tarefa de se identificar se a norma tem natureza ambiental pode se tornar complexa. É o que ocorre, por exemplo, em situações em que se pretende a proteção da saúde pública, mas acaba-se indiretamente regulando conduta em relação ao meio ambiente. Essa realidade foi bem observada por Paulo de Bessa Antunes ao comentar um julgado envolvendo o controle de constitucionalidade de lei estadual que regulava atividades com amianto:

Um elemento importante que deve ser observado é que não existe uma questão que seja “puramente” ambiental. Ao contrário, o meio ambiente é “mais um” elemento a ser considerado dentro de um rol de temas, que, essencialmente, têm natureza econômica.¹¹⁷

Essa problemática tem especial importância para fins de verificação da constitucionalidade formal de algumas normas. Como se verá, a competência para legislar sobre questões ambientais é, em regra, concorrente, mas há temas correlatos cuja competência cabe à União de forma privativa. Assim, presentes elementos que possam enquadrá-la no terreno da competência privativa e da concorrente, será a natureza atribuída à norma o critério que definirá sua compatibilidade com a Carta Magna.

Um julgado do Supremo Tribunal Federal ilustra o problema. Sob o pretexto de controlar os impactos ambientais decorrentes da expansão desordenada do plantio de eucalipto em seu território para fins de produção de celulose, o Estado do Espírito Santo editou uma lei estadual que vedava o plantio para essa finalidade. A norma seria, assim, resultado do exercício da competência concorrente prevista no art. 24 da Constituição Federal. Essa lei teve sua constitucionalidade questionada sob o argumento de que, entre outras coisas, teria havido usurpação da competência privativa da União de legislar sobre Direito Civil. A corte acolheu o argumento por

¹¹⁶ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambient: gestão ambiental em foco*. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009., p. 1180-1181.

¹¹⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas. p. 172.

entender que não se tratava de norma ambiental, mas de norma de Direito Civil, cuja competência para edição, como dito, é apenas da União (art. 21). O julgado ficou assim ementado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL. PROIBIÇÃO DE PLANTIO DE EUCALIPTO PARA FINS DE PRODUÇÃO DE CELULOSE. DISCRIMINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA AOS POSTULADOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. DIREITO DE PROPRIEDADE. TEMA DE DIREITO CIVIL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. 1. Vedação de plantio de eucalipto no Estado do Espírito Santo, exclusivamente quando destinado à produção de celulose. Ausência de intenção de controle ambiental. Discriminação entre os produtores rurais apenas em face da destinação final do produto da cultura, sem qualquer razão de ordem lógica para tanto. Afronta ao princípio da isonomia. 2. Direito de propriedade. Garantia constitucional. Restrição sem justo motivo. Desvirtuamento dos reais objetivos da função legislativa. Caracterizada a violação ao postulado da proporcionalidade. 3. Norma que regula direito de propriedade. Direito civil. Competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF, artigo 22, I). Precedentes. Presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Pedido cautelar deferido.¹¹⁸

Voltaremos a essa questão adiante quando tratarmos dos parâmetros para controle de constitucionalidade formal de leis ambientais.

2.4.4. Algumas normas ambientais em espécie

De modo a fixar de forma clara o nosso entendimento sobre a aplicação do que acima foi exposto, buscamos adiante identificar alguns enunciados normativos dos quais podem ser extraídas normas ambientais no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando nelas os elementos acima apontados.

A Lei Federal nº. 6.938/1981 dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. O seu art. 10 estabelece o seguinte:

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.

¹¹⁸ ADI 2623 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 14-11-2003 PP-00011 EMENT VOL-02132-13 PP-02472

O dispositivo estabelece que o interessado em construir um estabelecimento utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, *deve se* submeter previamente a um procedimento de licenciamento ambiental. Trata-se de uma regulação da conduta humana claramente em relação ao meio ambiente, na medida em que se submete a determinado procedimento uma atividade passível de afetá-lo para assegurar sua proteção. Sua estrutura lógica pode ser representada da seguinte forma:

Se [instalação de empreendimento], deve ser [prévio licenciamento];
ou
Se [instalação de empreendimento sem prévia obtenção de licença], deve ser Sanção [embargo, p. ex.]

A Lei Federal nº. 5.197, de 3 de janeiro de 1967 dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Seu art. 3º estabelece o seguinte:

Art. 3º. É proibido o comércio de espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem na sua caça, perseguição, destruição ou apanha.

Art. 27. Constitui crime punível com pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos a violação do disposto nos arts. 2º, 3º, 17 e 18 desta lei.

O dispositivo estabelece que o ato de comercialização de espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem na sua caça, perseguição, destruição ou apanha é vedado, ou seja, que o indivíduo deve se abster de praticá-lo. Trata-se de regulação de conduta humana relacionada a um microbem ambiental, as espécies da fauna silvestre. Sua estrutura lógica pode ser representada da seguinte forma:

Se [espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem na sua caça, perseguição, destruição ou apanha.], deve ser [abstenção de prática de comércio];
ou
Se [prática de comércio], deve ser Sanção [reclusão, p. ex.]

Delineados os critérios para classificação e identificação das leis e normas ambientais, passaremos agora a tratar da distribuição de competência constitucional para sua edição.

3. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA EDIÇÃO DE LEIS AMBIENTAIS

Um dos aspectos verificados pelo Poder Judiciário no processo de controle de constitucionalidade formal¹¹⁹ das leis é justamente a competência do ente federativo que a editou. Desse modo, sendo nosso objetivo a identificação de parâmetros adequados para o exercício desse controle em todos os seus aspectos, necessário se faz uma incursão sobre a distribuição de competência para edição de leis ambientais na Constituição Federal de 1988.

3.1. O modelo de federalismo brasileiro

O Brasil é uma República Federativa cuja organização político-administrativa é formada pela União, 26 Estados-membros, Distrito Federal e 5.570 Municípios, todos autônomos. Cada uma dessas unidades representa centros de poder com atribuições próprias definidas no texto constitucional. Essa divisão do poder político entre diversos entes é, aliás, um dos elementos fundamentais de qualquer federação.

O modelo de federação adotado pelo constituinte brasileiro de 1988 foi o de federalismo cooperativo¹²⁰, que se contrapõe ao federalismo dual ou clássico. Enquanto esse último se caracteriza pela repartição horizontal de competência, na qual cada ente exerce atribuições distintas, o federalismo dito cooperativo se distingue pela atuação conjunta dos entes federados, que exercem competências materiais e legislativas comuns. Sobre o tema, leciona Juraci Mourão Lopes Filho:

O federalismo cooperativo se caracteriza por uma atuação conjunta dos entes federados que passam a ter zonas comuns de atuação não só no plano legislativo, mas também material. Abandona-se a compreensão de atuação de esferas paralelas e autônomas de autoridades para se impor uma atuação conjugada em vários setores, permitindo e fomentando inclusive pactos,

¹¹⁹ Em capítulo 5 trataremos das distinções entre controle formal e material e suas peculiaridades.

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.48.

convênios e acordos em áreas que não sejam expressamente compartilhadas no plano constitucional.¹²¹

A criação dessa modalidade de federalismo foi uma decorrência do surgimento do chamado Estado Social, que demandava uma postura mais intervencionista do Estado em prol de valores e fins coletivos. Os desafios decorrentes dessa nova forma de organização estatal tornaram imperativa a superação do modelo de federalismo dual, no qual cada ente exercia sua competência de forma autônoma, e a adoção de um modelo que viabilizasse a união de esforços em torno das mesmas matérias sob a coordenação geral de um ente central.

A história das constituições brasileiras reflete esses diferentes modelos históricos de federalismo. A Carta de 1891, por exemplo, adotou o modelo dual do federalismo americano, não obstante a herança centralizadora da monarquia que precedeu sua edição ter impedido que a descentralização formal por ela proporcionada se verificasse na prática. Já a Constituição de 1988 migrou para um modelo de cooperação, tendo trazido ainda a peculiaridade de incluir no pacto federativo os Municípios, em uma prova da busca de descentralização de poder até então desconhecida em nossa história constitucional.

O federalismo cooperativo construído pela Constituição de 1988 resultou em um arranjo complexo de distribuição de competências. Essas foram repartidas entre os entes federativos de acordo com o chamado princípio da *preponderância do interesse*¹²², reservando-se para a União matérias de interesse geral, nacional, amplo; para os Estados matérias de interesse regional; e para Municípios atribuições de interesse local. Toda essa estrutura, além de fomentar a realização de um federalismo cooperativo, também buscava, segundo alguns doutrinadores¹²³, alcançar um aumento da autonomia dos entes periféricos nunca antes vista.

¹²¹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Competências federativas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. p. 29.

¹²² TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 876.

¹²³ Op. cit., p. 244.

A repartição de competências em matéria ambiental, como não poderia deixar de ser, seguiu exatamente essa estrutura, não tendo merecido um tratamento apartado, como aduz Heline Silvini Ferreira:

Apesar do tratamento amplo e moderno que a CF/88 dispensou ao meio ambiente, a repartição de competências em matéria ambiental não tem uma regulamentação própria e específica. Segue, portanto, os mesmos princípios que o texto constitucional adotou para a repartição de competências em geral.¹²⁴

3.2. Classificação das competências

Costuma-se classificar as competências com base em dois critérios: a *natureza* e a *extensão*¹²⁵.

Tendo em conta a *natureza*, podemos dividir a competência em executiva, administrativa e legislativa. A primeira está associada à ideia de ditar diretrizes, estratégias ou políticas; a segunda se relaciona à efetiva implementação dessas diretrizes, estratégias ou políticas, englobando também o exercício da atividade fiscalizatória; a terceira diz respeito ao poder de editar leis.

Já quanto à *extensão*, a competência pode ser dividida em exclusiva, privativa, comum, concorrente ou suplementar. A primeira se refere aos casos em que se atribui somente a determinado ente federativo o seu exercício, não podendo outro atuar nem mesmo por delegação. A privativa indica as situações onde também se atribui a um único ente seu exercício, mas se admite delegação. A comum se refere às hipóteses em que todos podem atuar em conjunto. A concorrente se aproxima da comum ao permitir que todos atuem, mas reserva espaços específicos para cada ente. Já a suplementar representa a situação em que é possível pormenorizar (complementar) as normas gerais ou supri-la caso essas não existam.

¹²⁴ LEITE, José Rubens Morato (Coord.). *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 150.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 151.

Os dois critérios classificatórios acima são complementares. Assim, seu uso normalmente é feito primeiramente se identificando a competência no primeiro grupo (administrativa, executiva ou legislativa) para em seguida identificá-la no segundo (privativa, exclusiva, concorrente, comum ou suplementar). Especificamente em matéria de edição de leis ambientais, por exemplo, estaremos sempre tratando do exercício da competência legislativa. Essa, por sua vez, se subdividirá em competência privativa, concorrente, exclusiva e suplementar.

A divisão de competência na Constituição Federal de 1988 é matéria de seus arts. 21, 22, 23, 24 e 30. Os arts. 21 e 23 versam sobre competências executivas ou administrativas, ao passo que os arts. 22, 24 e 30 tratam da divisão de competência em matéria legislativa. A partir da análise desses dispositivos, podemos dividir as competências ambientais dos entes federativos da forma indicada nos tópicos seguintes. Vale ressaltar que, em matéria ambiental, diferentemente do que ocorre com outros ramos do direito como o Civil, Penal ou Trabalhista, não houve uma expressa alusão ao ramo em si na repartição de competências feita pela Constituição, tendo-se espalhado os pontos a ele pertinentes ao longo do texto constitucional. É o que assinala Juraci Mourão Lopes Filho:

Outro assunto do art. 24 que exige uma análise sistemática até mais complexa é o Direito Ambiental. A CF/88 não trouxe uma alusão expressa a esse ramo do direito como um todo. Espalhou vários pontos a ele pertinentes ao longo de todo o texto constitucional, resultando em competências privativas exclusivas, comuns, suplementares simples e concorrentes, mesmo porque o art. 225 impõe ao Poder Público de um modo geral o dever de defesa e preservação ambiental.¹²⁶

Esse fato é compreensível na medida em que, em 1988, ano em que foi promulgada a Constituição Federal, o Direito Ambiental ainda engatinhava na busca de sua afirmação como ramo autônomo da ciência jurídica, inexistindo definição precisa de seu objeto¹²⁷. Assim, preferiu o constituinte tratar da competência para edição de leis

¹²⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Competências federativas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. p. 244.

¹²⁷ Para se ter uma ideia, Paulo Affonso Leme Machado noticia que apenas em 2002 o Direito Ambiental passou a constar da lista de disciplinas exigidas no Exame Nacional de Cursos para avaliação dos cursos de graduação em direito (*Direito Ambiental Brasileiro*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 59).

ambientais fazendo referência a aspectos do meio ambiente em relação aos quais a conduta humana seria normatizada (ex. água, florestas, caça, pesca e fauna) ou em fins a serem buscados (ex. conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição).

3.3. Distribuição de competências ambientais na Constituição de 1988

Nos itens abaixo, abordaremos a distribuição das competências ambientais na Constituição de 1988. Não obstante o foco de nosso interesse serem as competências legislativas, indicaremos também como se deu a distribuição das demais competências relacionadas à matéria ambiental. Com isso pretendemos contribuir para uma adequada identificação de cada uma e evitar as recorrentes confusões envolvendo essa matéria e que não raras vezes resultam na aplicação de regras relativas a uma modalidade de competência para reger outra.

3.3.1. As competências da União

As competências da União em matéria ambiental podem ser divididas em executiva exclusiva, legislativa privativa, legislativa concorrente e administrativa comum. Para uma melhor organização da exposição, trataremos das duas primeiras neste tópico e das outras duas adiante, em análise conjunta com outros entes federativos.

3.3.1.1 Competência executiva exclusiva

As competências exclusivas da União estão elencadas no art. 21 da Constituição Federal. Dos 25 incisos contidos nesse dispositivo, cinco tem relação direta com a matéria ambiental, quais sejam: elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (art. 21, IX); planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações (art. 21, XVIII); instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso; (art. 21, XIX); instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive

habitação, saneamento básico e transportes urbanos (art. 21, XX); e explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados (art. 21, XXIII).

O exercício dessas competências não pode ser delegado ou transferido para os Estados, Distrito Federal ou Municípios, tendo em vista a falta de norma constitucional autorizadora, como leciona Juraci Mourão Lopes Filho:

Não é deferida à União a faculdade de simplesmente transferi-las de modo a desincumbir-se da responsabilidade, ou mesmo renunciá-las (aliás, nenhuma competência constitucional é passível disso), pois caracterizam-se verdadeiros deveres a serem adimplidos perante os particulares.¹²⁸

3.3.1.2 Competência legislativa privativa

As competências legislativas privativas da União estão arroladas no art. 22 da Constituição Federal. Apesar de sua amplitude, dos 29 incisos previstos nesse dispositivo, apenas três abordam matérias sobre as quais apenas esse ente federativo pode legislar e que tem relação com a temática ambiental, quais sejam: águas e energia (art. 22, IV); jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia (art. 22, XII); e atividades nucleares de qualquer natureza (art. 22, XXVI).

Como se vê, poucos são os casos em que o legislador outorgou à União, em caráter privativo, a competência para legislar sobre determinada matéria ambiental. A maior parte dessa competência, como se verá, é concorrente. Vale lembrar, ainda, que, em se tratando de competência privativa, lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias aí relacionadas (art. 22, parágrafo único).

3.3.2. As competências dos Estados e do Distrito Federal

¹²⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Competências federativas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. p. 244.

As competências dos Estados e do Distrito Federal em matéria ambiental podem ser divididas em executiva exclusiva, legislativa exclusiva, administrativa comum e legislativa concorrente. Seguindo a mesma lógica proposta quando tratamos da União, trataremos das duas primeiras neste tópico e das outras duas adiante, em análise conjunta com os demais entes federativos.

3.3.2.1. Competência executiva exclusiva

Diferentemente do que ocorre com a União e com os Municípios, a Constituição não apresentou um rol de competências executivas exclusivas para os Estados. Assim o fez, porque o constituinte optou por reservar a esse toda competência que não for atribuída a outro ente federativo e que não lhe for vedada. É o que se convencionou chamar de competência residual, como afirma Heline Silvini Ferreira:

A CF/88 não dispõe de forma específica sobre a competência executiva dos Estados. Todavia, dispondo explicitamente sobre a competência da União e dos Municípios, deixa aos Estados a matéria remanescente. Assim, toda matéria que não for de competência federal ou municipal será, de forma residual competência do Estado, conforme art. 25, §1º, da CF/88.¹²⁹

Assim, toda competência executiva que não for atribuída aos demais entes caberá aos Estados e ao Distrito Federal.

3.3.2.2. Competência legislativa exclusiva

Da mesma forma que ocorre com a competência executiva exclusiva, o constituinte também reservou aos Estados competência legislativa residual. Isso significa que tudo aquilo que não for atribuído a outro ente federativo no âmbito de sua competência para legislar ficará sobre os ombros dos estados.

3.3.3. As competências dos Municípios

¹²⁹ LEITE, José Rubens Morato (Coord.). *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 154.

As competências do Município podem ser divididas em executiva exclusiva, legislativa exclusiva e suplementar e administrativa comum. Seguindo a mesma lógica proposta quando tratamos da União e dos Estados, trataremos das duas primeiras neste tópico e da última adiante, em análise conjunta com os demais entes federativos.

3.3.3.1. Competência executiva exclusiva

As competências legislativas e executivas dos Municípios estão elencadas no art. 30 da Constituição Federal. Dos nove itens aí elencados, é possível extrair dois que dizem respeito à competência executiva exclusiva, quais sejam: a promoção do adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII); e a promoção da proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual (art. 30, IX).

3.3.3.2. Competência legislativa exclusiva e suplementar

O mesmo artigo 30 acima citado elenca uma competência legislativa exclusiva do Município e outra suplementar. São essas: legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I) e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, II).

Muito se discute sobre o efetivo alcance dessas duas competências. No que diz respeito à primeira, questiona-se o que poderia ser enquadrado como interesse local, conceito de conteúdo claramente indeterminado. As constituições anteriores falavam em *peculiar interesse*, expressão que já gozava de certo consenso doutrinário, mas que findou sendo abandonada.

Para resolver essa questão, tem-se invocado o princípio da *predominância de interesses*. A partir desse princípio, entende-se caber ao Município legislar sobre matérias em que seus interesses preponderem sobre o dos demais entes federativos, como aduz Paulo Affonso Leme Machado com apoio em ampla doutrina:

Celso Bastos, José Cretella Junior, Hely Lopes Meirelles, dentre outros de nossos publicistas eminentes, manifestam-se no sentido de que o interesse local não se caracteriza pela exclusividade do interesse, mas pela sua predominância. Examinando-se a jurisprudência estrangeira, encontramos julgado do Tribunal Constitucional da Espanha de 2.2.1991 (rel. D. Rafael Gómez Ferrer y Morant), que se afirma ‘concretizar este interesse em relação a cada matéria não é fácil e, em determinadas ocasiões, só se pode chegar a distribuir a competência sobre a mesma, em função do interesse predominante (...)’¹³⁰

Também André Ramos Tavares¹³¹ defende não ser necessário que o interesse municipal seja exclusivo para que esse ente federativo atue exercendo tal competência. Basta que predomine o “o aspecto local do assunto”.

Já quanto à segunda competência legislativa municipal, de suplementar a legislação federal e estadual, discute-se até que ponto a municipalidade poderia ir a pretexto de promover essa suplementação. Caberia ao Município, por exemplo, inovar em matéria não tratada no âmbito federal ou estadual? Ou estaria ele adstrito a trabalhar sobre essas normas? O entendimento predominante tem sido o de que o poder de suplementação abrange a suplementação propriamente dita e a complementação.

Entende-se compreendido na primeira hipótese a supressão de lacunas existentes na legislação federal ou estadual; já na segunda estariam abarcadas as situações em que há simples detalhamento dessas previsões normativas. Seja em uma situação ou na outra, não caberia ao Município, no exercício dessa competência, inovar por completo no ordenamento quando inexistir norma estadual ou federal prévia. Nesse sentido são as palavras de Heline Silvini Ferreira:

(...) em breve análise das definições acima mencionadas, percebe-se que a norma federal ou estadual deverá preexistir à norma municipal. Diante da inexistência de tais normas, entretanto, não podem os Municípios exercer competência plena e editá-las, pois, muito embora integrem explicitamente a Federação brasileira (art. 1º, *caput*, da CF/88), foram excluídos do exercício de competência legislativa concorrente.¹³²

Na mesma linha é o entendimento de Paulo Affonso Leme Machado:

¹³⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 443.

¹³¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 904.

¹³² LEITE, José Rubens Morato (Coord.). *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 157.

Suplemento é o que supre, ‘a parte que se ajunta a um todo para ampliá-lo ou aperfeiçoá-lo. O que serve para suprir qualquer falta’. Assim, não se suplementa a legislação que não exista. Portanto, quando a competência de pessoa de Direito Público interno for somente complementar a legislação de outro ente, se inexistirem normas, não existirá o poder supletório.¹³³

3.3.4. As competências da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

Como já antecipado, União, Estados e Distrito Federal partilham competências legislativas. Além disso, juntamente com os Municípios, dividem competências administrativas comuns. Tratemos de cada uma dessas categorias.

3.3.4.1. Competência legislativa concorrente (normas gerais e competência suplementar)

As competências legislativas concorrentes estão previstas no art. 24 da Constituição Federal e são atribuídas aos Estados, ao Distrito Federal e à União. Ao Município não foi dado expressamente competência concorrente para editar normas sobre as matérias aí elencadas. Apesar disso, há na doutrina quem defenda que uma leitura conjunta desse dispositivo com o art. 30, I e II autorizariam a inclusão do Município nesse condomínio legislativo. É o que afirmam Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer:

Os dispositivos em questão autorizam, de forma clara e sem a necessidade de grande esforço hermenêutico, a inserção do ente federativo municipal no âmbito da competência legislativa concorrente de um modo geral, e sob o prisma do nosso estudo, em matéria ambiental, bastando, para tanto, uma leitura conjunta da norma inscrita no art. 24, VI, VII e VIII, com o disposto no art. 30, I e II. O art. 30 da CF 88 assegura ao Município legislar sobre assuntos de “interesse local”, de modo que não haveria qualquer razão para que a proteção do ambiente – por exemplo, na hipótese de poluição atmosférica, do solo, hídrica ou mesmo sonora circunscrita à determinada localidade – não fosse acobertada pelo conceito de interesse local.¹³⁴

¹³³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 144.

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.168

Com a devida vênia, não nos parece que esse entendimento seja o mais adequado. É certo que os Municípios têm poderes para legislar em matéria ambiental, como apontado anteriormente. Isso não significa, porém, que esses compartilhem com Estado e União *competência concorrente*. O regime a que se sujeita ao Município é aquele previsto no art. 30, I e II e não o do art. 24, como assevera Heline Silvini Ferreira em passagem acima citada.

De acordo com o art. 24, caberia ao Estado, ao Distrito Federal e à União legislar sobre as seguintes matérias: florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (art. 24, VII); e responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 24, VIII).

Por ser concorrente, o exercício da competência para tratar dessas matérias cabe a qualquer um dos entes federativos aí indicados. Entretanto, de modo que esse exercício e as normas dele decorrentes convivam em harmonia, o constituinte entendeu por bem delimitar o espaço de cada um. Assim, restringiu-se a atuação da União ao estabelecimento do que o constituinte chamou de *normas gerais* e deixou-se a cargo do Estado e do Distrito Federal a suplementação dessas. Além disso, para os casos em que inexistia norma geral editada pela União, o constituinte outorgou ao Estado e ao Distrito Federal competência plena para inovar no ordenamento editando até mesmo normas gerais, de modo a atender suas peculiaridades. A única diferença é que caso uma lei federal sobrevenha, a lei estadual terá sua eficácia suspensa no que for contrária a essa e diga respeito a normas gerais (art. 24, §4º).

A modalidade de competência concorrente adotada pelo constituinte brasileiro é chamada pela doutrina de competência concorrente *não cumulativa*, em oposição à concorrência comum cumulativa que se mostra presente em outros ordenamentos jurídicos. No primeiro caso, há prévia fixação dos limites dentro dos quais cada um dos entes federativos que atuam concorrentemente deve agir, ao passo que no segundo esse limite não é definido, podendo cada ente político legislar indistintamente sobre a matéria. Sobre a opção do legislador brasileiro pela competência concorrente não

cumulativa, após sinalizar a existência de alguma divergência sobre o tema, assim se manifesta Juraci Mourão Lopes Filho:

A razão está com Alexandre de Moraes quando afirmou que a CF/88 utilizou apenas a técnica da competência concorrente não cumulativa. A hipótese do §3º do art. 24 é uma confirmação da regra de predeterminação dos limites de atuação de cada ente federativo, o que é situação bastante diferente de uma indistinta comunhão de competências típicas da competência concorrente cumulativa.¹³⁵

O alcance da expressão normas gerais é polêmico e fonte de incontáveis conflitos, sendo vários os precedentes encontrados nos tribunais discutindo essa questão. O assunto será retomado adiante quando tratarmos sobre os critérios para controle de constitucionalidade formal.

3.3.4.2 *Competência administrativa comum.*

A competência administrativa comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios encontra-se regulada nos doze incisos do art. 23 da Constituição Federal. Ali há previsões que vão desde matérias mais genéricas, como é o caso do dever geral de todos os entes federativos de zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas, até questões mais específicas, caso do fomento à produção agropecuária ou da promoção de programas de construção de moradias.

Cinco desses incisos elencam competências ambientais, atribuindo a todos esses entes o poder-dever de: proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (art. 23, III); impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (art. 23, IV); proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; (art. 23, VI); preservar as florestas, a fauna e a flora (art. 23, VII); e registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios (art. 23, XI).

¹³⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Competências federativas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. p. 232.

É interessante notar que a preocupação do constituinte com a questão ambiental foi de tal ordem que alguns dispositivos aí elencados chegam a ser redundantes. Não há dúvida, por exemplo, de que ao atribuir aos entes federativos o dever de proteger o meio ambiente já se abrangeria a preservação das florestas, fauna e flora. Também ao tratar dos bens culturais, que compõe o meio ambiente cultural, a Constituição se valeu de dois incisos que guardam entre si relação de conteúdo para continente. Isso, porém, em nada prejudica a compreensão do assunto, servindo, até mesmo, para evitar divergências que possam surgir sobre a matéria¹³⁶. Nunca é demais lembrar que a Constituição Federal foi editada no final da década de oitenta, em um momento em que a questão ambiental recebia atenção ainda menor do que a recebida hoje, sendo compreensível o excesso de zelo do constituinte ao tratar do tema em tais dispositivos.

Em se tratando de competência comum, todos os entes federativos podem atuar lado a lado, inexistindo, no texto constitucional, preferência pela atuação de um ou de outro. Entretanto, de modo a evitar conflitos e tornar mais efetiva o exercício dessa competência, o próprio constituinte estabeleceu que “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. 23, parágrafo único). Falou-se em leis¹³⁷, no plural, uma vez que a diversidade de matérias envolvidas entre as competências concorrentes dificultaria que todo esse regramento fosse feito de forma uniforme em uma única lei. Em matéria ambiental, o tema é regido pela Lei Complementar Federal nº. 140, de 8 de dezembro de 2011.

Para finalizar esse tópico, é importante ressaltar que as competências administrativas aqui tratadas não se confundem com as competências legislativas abordadas anteriormente. Aquelas, as legislativas, dizem respeito à distribuição do poder-dever de se elaborar leis, ao passo que essas se relacionam com a implementação de

¹³⁶ LEITE, José Rubens Morato (Coord.). Manual de Direito Ambiental. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 160.

¹³⁷ A redação original da Constituição falava em lei, no singular, tendo sido alterada pela Emenda Constitucional no 53/2006.

diretrizes, políticas e estratégicas. Assim, em regra, não será nas regras sobre as quais ora tratamos que o Poder Judiciário deverá buscar orientação para a verificação da constitucionalidade formal de uma lei, mas nas regras que dividem a competência legislativa.

3.4. Competências legislativas implícitas

No contexto aqui tratado, entende-se por competências implícitas o poder implicitamente atribuído a determinado órgão para que possa desempenhar uma tarefa que lhe foi expressamente atribuída. Trata-se de doutrina desenvolvida pelo juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos John Marshall¹³⁸ no caso *McCULLOCH v. MARYLAND*, no qual justificou possibilidade de atuação da União para legislar sobre determinadas questões mesmo não havendo previsão expressa nesse sentido.

A ideia por trás dessa construção é simples. Se a Constituinte impôs ao ente federativo o dever de atuar para alcançar determinadas finalidades, deve-se entender que também lhe outorgou os meios necessários para tanto. O *leading case* nessa matéria é, como visto, o caso *McCULLOCH v. MARYLAND*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos, seguindo o voto de John Marshall, consagrou essa teoria. Os trechos mais significativos desse voto são os seguintes:

(...) o Congresso, pela Constituição, está investido em determinados poderes, e para seus objetivos, e dentro dos limites desses poderes, é soberano. Mesmo sem o auxílio de uma cláusula geral na constituição, autorizando o congresso a editar todas as leis necessárias e adequadas para levar esses poderes à execução, a concessão de poderes, por si só, necessariamente implica na concessão de todos os meios usuais e adequados para a execução do poder concedido.

(...) o Congresso está autorizado a aprovar todas as leis “necessárias e adequadas” para a execução dos poderes que lhe foram conferidos. Essas palavras “necessária e adequada”, em tal instrumento, devem provavelmente ser consideradas como sinônimas. Necessariamente, poderes devem aqui significar os poderes que forem adequados e se ajustem ao objeto; como sendo o melhor e mais útil em relação ao fim proposto. Se não fosse assim, e se o congresso não pudesse utilizar outros meios que não os que fossem absolutamente indispensáveis para a

¹³⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 906.

existência de um poder maior, o governo dificilmente existiria; pelo menos, seria totalmente inadequado aos propósitos da sua formação.¹³⁹

Diferentemente do que se deu com a Constituição de 1891, a Constituição de 1988 não tratou expressamente da competência implícita, mas isso não tem impedido a doutrina e a jurisprudência de reconhecerem a potencial aplicabilidade dessa doutrina em situações específicas. A ressalva que se faz – e com razão – é que o seu reconhecimento deve se dar partir de cuidadosa análise da Carta de 1988, já que inexistem o que se possa chamar de competências implícitas universais. São nesse sentido as palavras de André Ramos Tavares:

As competências implícitas devem ser reconhecidas a partir do estudo específico da partilha de competências de cada Estado. Não existem competências implícitas universalmente reconhecidas, mas se pode afirmar corretamente que a partir de certas competências expressas, mister se faz reconhecer implicitamente outras, salvo vedação expressa da Constituição ou disposição desta em sentido contrário.¹⁴⁰

O mesmo autor adverte¹⁴¹ que o reconhecimento de competências implícitas deve ser feito excepcionalmente, sob pena de se desnaturar o sistema de competências engendrado pelo constituinte. Essa advertência tem especial relevância em um sistema como o brasileiro, que outorgou aos Estados a chamada competência residual (art. 25, § 1º). Assim, na falta de atribuição expressa a outro federativo, a regra é que a competência fique a cargo dos Estados¹⁴². Por ser excepcional, a competência implícita “deve ser amplamente justificada a partir de competência expressamente reconhecida pela Constituição, diante de realidade viva, de hipóteses concretas que exigem o reconhecimento de um *plus* em relação àquilo que foi reconhecidamente admitido”.¹⁴³

¹³⁹ MARSHALL, C.J., *Opinion of the Court. McCulloch v. Maryland*. CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0017_0316_ZO.html> Acesso em: 10 jan. 2016.

¹⁴⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 907.

¹⁴¹ *Ibidem*, p.907

¹⁴² GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 81.

¹⁴³ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 907.

O tema das *competências implícitas* ganha especial relevo em matéria ambiental porque, como se viu acima, não há plena identidade entre as competências legislativa e administrativa atribuídas a determinados entes federativos. Veja o que se dá no caso do Município. Não obstante tenha recebido ampla competência administrativa para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas e para preservar as florestas, a fauna e a flora (art. 23), o constituinte reservou-lhe competência legislativa limitada à suplementação da legislação federal e à regulação questões de interesse local. Assim, é de se perguntar se o reconhecimento dessa competência administrativa resultaria na aceitação de uma competência ampla para legislar.

Paulo de Bessa Antunes reconhece a existência de interpretações do art. 23 que aparentemente chancelariam a teoria dos poderes implícitos:

Existem, no mínimo, três interpretações possíveis para a norma: (i) o ente federativo dotado de competência para legislar sobre matéria firma convênio com os demais para que eles possam atuar; ou (ii) *entende-se que, se a Constituição estabeleceu uma obrigação de cuidado, necessariamente autorizou a produção de normas para que o cuidado pudesse ser exercido*; ou (iii) os Estados e Municípios atuam diretamente, sem convênio, aplicando a lei federal. (Grifo nosso.)¹⁴⁴

O próprio autor, no entanto, entende que a competência tratada nesse dispositivo “não é legislativa”¹⁴⁵. Esse entendimento também foi manifestado pelo então Ministro Joaquim Barbosa, do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.338/DF, ocasião em que Sua Excelência consignou o seguinte:

O art. 23, VI, da Constituição não cuida de competência legislativa, e sim de competência dos entes federados para atuação em certas áreas. Como já entendeu esta Corte, por ocasião do julgamento da ADI 2.142-MC (rel. Min. Moreira Alves), embora tais competências devam ser entendidas de modo que não entrem em choque, de maneira alguma se pode afirmar que elas se confundem.¹⁴⁶

¹⁴⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 68.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 69.

¹⁴⁶ ADI 3338, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2005, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00036 EMENT VOL-02288-02 PP-00249 REPUBLICAÇÃO: DJe-106 DIVULG 20-09-2007 PUBLIC 21-09-2007 DJ 21-09-2007 PP-00021 RT v. 97, n. 867, 2008, p. 101-109

De fato, parece-nos que, ao menos em matéria ambiental, a Constituição foi exaustiva na distribuição das competências legislativas, não havendo espaço para se sustentar a existência de poderes implícitos de legislar a partir do art. 23 ou de qualquer outro dispositivo. Os espaços reservados para cada ente federativo são aqueles previstos nos arts. 24, 30 e 25, parágrafo primeiro.

Não faria sentido que o constituinte fizesse uma rigorosa repartição de competências entre os entes federativos, instituindo regras específicas para que cada um pudesse identificar sua zona de atuação, para em seguida se ignorar tais regras invocando a teoria dos poderes implícitos. Essa só deve ter espaço quando inexista definição clara no texto constitucional sobre o ente federativo que deve atuar, o que não ocorre em matéria ambiental, como visto ao longo deste capítulo.

De todo modo, ainda que se admita essa possibilidade em alguma remota hipótese, é imperioso que sejam respeitadas cautelas recomendadas pela doutrina e indicadas acima.

4. O DIREITO CONSTITUCIONAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

Abordamos no capítulo anterior a distribuição de competência legislativa em matéria ambiental na Constituição Federal em razão da relevância que o tema possui para o adequado controle de constitucionalidade formal de leis ambientais. O controle, no entanto, não se restringe à verificação da competência do ente responsável pela edição das leis. Ele abarca também a análise da compatibilidade do tratamento dado por essas à questão ambiental com as normas constitucionais de conteúdo material. Diante disso, no presente capítulo, buscaremos analisar a natureza, os contornos e o alcance conferido pela Constituição ao direito material ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Inicialmente, será objeto de nossa atenção a questão do enquadramento desse direito na categoria dogmática dos direitos fundamentais e as consequências desse fato para o controle de constitucionalidade das leis ambientais. Em seguida, examinaremos as disposições constitucionais que buscam conferir conteúdo a esse direito, que tem como seu inegável núcleo normativo o art. 225 da Constituição Federal. Trataremos nesse ponto a natureza dos enunciados normativos encartados nesse dispositivo e do conteúdo específico de cada um deles, buscando identificar também alguns debates envolvidos em sua interpretação e diretrizes que podem ser extraídas para a produção da legislação infraconstitucional e que influenciam no controle de sua constitucionalidade.

4.1. A fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

4.1.1. Noção de direitos fundamentais e os critérios para sua identificação

O surgimento dos direitos fundamentais está intimamente associado às Revoluções Americana e Francesa do século XVIII¹⁴⁷. Esses movimentos são fruto da ascensão da

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 204-205.

burguesia e do descontentamento com as bases em que se estruturavam o Estado absolutista. Germinou nesse contexto a ideia de que alguns direitos nascem com os indivíduos e precedem o próprio Estado, que não pode restringi-los. Eles seriam fundamentais para a realização do homem como homem. São documentos representativos dos ideais dessa época a Declaração de Direitos de Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que arrolam alguns desses direitos como forma de garanti-los.

Para Norberto Bobbio¹⁴⁸, a doutrina dos direitos fundamentais nasce de uma inversão de perspectiva ocorrida no período de formação do Estado moderno. Há aí uma transição de um modelo soberano/súdito, com ênfase nos direitos do soberano e deveres dos súditos, para um modelo Estado/cidadão, no qual se sobressai os direitos dos cidadãos. Essa inversão decorreria de uma visão individualista da sociedade, que busca compreendê-la a partir do indivíduo, no que se opõe à concepção orgânica tradicional. Em passagem na qual explicita esse entendimento, Bobbio assim se expressa:

Concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado; ou melhor, para citar o famoso art. 2º da *Declaração* de 1798, a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem 'é objetivo de toda associação política'. Nessa inversão da relação entre indivíduo e Estado, é invertida também a relação tradicional entre direito e dever. Em relação aos indivíduos, doravante, primeiro vêm os direitos, depois os deveres; em relação ao Estado, primeiro os deveres, depois os direitos.¹⁴⁹

Do século XVIII até a atualidade, a doutrina aponta o surgimento e consagração de uma série de direitos fundamentais. Tomando em conta essa evolução, convencionou-se dividi-los em gerações, o que ressalta a historicidade a eles associada. Fala-se, assim, em três¹⁵⁰, quatro e até cinco gerações¹⁵¹. A primeira está relacionada a direitos associados à preservação de uma esfera de autonomia pessoal e refratária às expansões do Poder. É o caso dos direitos à intimidade, à liberdade de locomoção e à

¹⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 4.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 57.

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 205-206.

¹⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. Malheiros: São Paulo, 2011. p. 579.

propriedade. A segunda representaria os direitos relacionados à busca por justiça social e igualdade, como é o caso do direito à saúde, à educação ou à melhoria nas condições de trabalho. À terceira geração associa-se direitos não voltados à proteção dos indivíduos, mas a toda a sociedade ou a determinados grupos. Estariam aqui os direitos difusos e coletivos por excelência, como é o caso direito ao meio ambiente equilibrado. A quarta geração, para aqueles que a admitem¹⁵², está vinculada à globalização política na esfera da normatividade jurídica, sendo dela representativos o direito à democracia, à informação e ao pluralismo político. Por fim, a quinta e última geração teria como único representante o direito à paz¹⁵³.

Apesar de a doutrina não vacilar em reconhecer a existência de direitos fundamentais e os classificar de forma detalhada nas categorias indicadas acima, questão fundamental e que permanece muito debatida diz respeito à definição de critérios aptos a qualificar um determinado direito como fundamental, independentemente da geração da qual faça parte. O assunto apresenta interesse prático inquestionável, especialmente para a análise das situações em que o direito em debate não se encontra expressamente classificado como tal pelo ordenamento jurídico, ou seja, que não tenha sido *formalmente* reconhecido como parte dessa categoria dogmática. É exatamente esse o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto na Constituição Federal, que não consta do rol dos direitos e garantias fundamentais indicado no seu Título II.

Após reconhecer as dificuldades inerentes ao tema, Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Mendes¹⁵⁴ identificam os direitos e garantias fundamentais como as “pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.” No entanto, os próprios autores reconhecem que essa proposta não resolve o problema da identificação desses direitos de forma definitiva, pois deixa a cargo do interprete definir as pretensões que poderiam ser associadas como exigências desse valor (dignidade da pessoa humana) em determinado momento.

¹⁵² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. Malheiros: São Paulo, 2011. p. 570-572.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 579-594.

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 210.

Vários autores definem o que entendem por direitos fundamentais, ressaltando em tais definições as características necessárias para que um direito seja assim classificado. Uadi Lammêgo Bulos, por exemplo, define os direitos fundamentais da seguinte forma:

(...) conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.¹⁵⁵

Como se vê, assim como os já citados Paulo Gustavo Gonet Branco, esse autor também identifica seu fundamento com a proteção da dignidade da pessoa humana.

José Afonso da Silva¹⁵⁶ entende por direitos fundamentais do homem “situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”.

André Ramos Tavares, citando Peces-Barba, apresenta o seguinte conceito de direitos fundamentais:

‘Faculdade de proteção que a norma atribui à pessoa ou que se refere à sua vida, a sua liberdade, à igualdade, a sua participação política ou social, ou a qualquer outro aspecto fundamental que afete o seu desenvolvimento integral como pessoa, em uma comunidade de homens livres, exigindo respeito aos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com possibilidade de pôr marcha o aparato coativo do Estado em caso de infração.’¹⁵⁷

Em trabalho dedicado a investigar a fundamentalidade do direito ao meio ambiente equilibrado, Ney de Bello Barros Filho¹⁵⁸ propõe o uso de um teste formal e um teste material para identificação de determinado enunciado normativo como de direito fundamental. Um possível critério puramente formal, alerta, seria identificar como tais apenas os direitos expressamente arrolados no Título II da Constituição de 1988.

¹⁵⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 225.

¹⁵⁶ DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 179.

¹⁵⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.357

¹⁵⁸ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao Ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 38.

Essa ideia é desde logo afastada por ele porque o próprio texto constitucional a desabona ao indicar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, §2º)¹⁵⁹.

Em razão disso, propõe o autor que para passar pelo teste de formalidade eleito pelo constituinte, um direito fundamental deve estar no rol aí previsto *ou* decorrer do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Caso conste no referido rol, não há que se falar em teste de materialidade, uma vez que a opção pelo reconhecimento de um direito como fundamental já terá sido feita de forma inquestionável pelo constituinte. No entanto, não havendo expressa indicação, faz-se necessário a aplicação do teste de materialidade.

Ainda segundo Ney de Barros Bello Filho, o teste de materialidade “tem relação com a justificação jusfundamental para a decorrência de tal norma do regime ou dos princípios fundamentais”.¹⁶⁰ Em outras palavras, a verificação de materialidade se dará sempre que for possível demonstrar que a norma fonte do direito fundamental investigado decorre desses princípios ou do regime escolhido pela Constituição. Adiante nos valeremos desses critérios para exame da fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

4.1.2. Características dos direitos fundamentais

Apesar de reconhecer que inexistente uniformidade nesta temática, a doutrina costuma identificar algumas características que se mostram presentes em alguns direitos fundamentais. As mais comuns são a universalidade, historicidade,

¹⁵⁹ A previsão não é uma novidade trazida pela Constituição de 1988. A Carta de 1969, forjada em plena ditadura militar, já apresentava previsão semelhante no § 36 do art. 153: “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. No caso da Carta de 1988, o reconhecimento de direitos fundamentais fora do rol taxativo do título II já foi feito pelo Supremo Tribunal Federal em algumas situações. Exemplo disso se deu no julgamento da ADI-MC 939.

¹⁶⁰ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao Ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 38.

inalienabilidade/indisponibilidade, constitucionalização, vinculação dos poderes públicos e aplicabilidade imediata¹⁶¹. A adequada compreensão desses aspectos é relevante, pois daí será possível extrair algumas das consequências decorrentes do reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio como um direito fundamental.

Fala-se em universalidade¹⁶² para denotar o fato de que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade desses direitos. Tal fato não significa que todas as pessoas, independentemente da situação em que se encontrem, sejam titulares de todos os direitos, como bem registra Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁶³. Há situações em que determinado direito se liga a papéis exercidos pelo indivíduo na sociedade, de modo que só aqueles que exerçam tais papéis poderão invocá-los. É o caso, por exemplo, dos direitos voltados aos trabalhadores previstos no art. 7º da Constituição. Quem não desempenha o papel social de trabalhador não poderá invocá-los, não deixando eles, por isso, de serem direitos fundamentais dotados de universalidade.

A historicidade está associada à ideia de que esses direitos são produto do caminhar da sociedade, podendo surgir e desaparecer, o que afasta qualquer conexão ou justificativa de sua existência a partir de princípios de direito natural. Além disso, serve para indicar que a análise do contexto histórico em que surgiram é importante para compreender seu alcance, mas esse pode sofrer influxos do caminhar da história que alterem sua conformação. Sobre a historicidade, leciona Norberto Bobbio:

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 210.

¹⁶² Apesar de seguir sendo apresentada por parte da doutrina como uma característica dos direitos fundamentais, vale registrar que a concepção universalista desses direitos vem sendo objeto de críticas. Essa ideia, afirma-se, ignora as relevantes diferenças entre os valores morais do Ocidente e do Oriente e tem servido mais à realização de interesses econômicos do que à busca de valores efetivamente comuns aos diferentes povos. Sobre o tema, adverte André Ramos Tavares: “Não obstante essa rala diferença, tanto a teoria da universalidade quanto a da universalização são rechaçadas, quer seja por estudiosos, quer seja, principalmente, pelos países que adotam diferentes direitos e culturas diametralmente opostos, na medida em que almejam uma única e mesma coisa: impor seus valores culturais. A tese de direitos humanos universais seria denotadora, nessa medida, simplesmente, dos ideais morais do Ocidente, em detrimento de uma concepção oriental. (...) Há, como sempre houve, um importante vetor econômico, o qual parece ter motivado, de maneira velada, a maior parte das pretensões universalizantes de expansão” (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.370-371)

¹⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 213.

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.¹⁶⁴

A inalienabilidade/indisponibilidade refere-se ao fato de que o indivíduo não pode dispor jurídica ou materialmente desse direito, de forma gratuita ou onerosa. Isso não significa que esses direitos não possam ter seu alcance episodicamente restringido em prol de outra finalidade albergada no ordenamento jurídico. O que não se admite é que se abra mão deles de forma ampla, irrestrita e injustificável, já que eles estão associados à própria possibilidade de o ser humano existir como tal.

A ideia de constitucionalização serve para indicar que esses direitos estão consagrados como preceitos de ordem jurídica pela Constituição Federal. Como já visto, por força de expressa previsão contida no art. 5º, §2º, isso pode decorrer tanto de sua indicação no texto constitucional e nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, como decorrer do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna. Esse fato traz como principal consequência a vinculação de todos os Poderes a esses direitos.

A vinculação dos poderes, que é uma decorrência da constitucionalização, significa que todos os poderes da república devem respeito aos direitos fundamentais, que se tornam parâmetros de organização do Estado e de limitação desses poderes constituídos. Eles funcionam como um elemento de *limitação* e de *direção*, na medida em que impedem que sejam restringidos de forma desarrazoada e indicam que devem ser promovidos. Na verdade, não apenas os poderes estatais, mas até mesmo os particulares são alcançados ou vinculados a esses direitos. É nesse sentido que a doutrina fala em eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹⁶⁵ e defende que eles têm como finalidade não apenas proteger os indivíduos contra o Estado, mas contra qualquer centro de poder. Sobre o tema, vale registro as lições de Ney de Barros Bello Filho:

¹⁶⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5.

¹⁶⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 380.

Esta constatação implica a convicção de que os direitos fundamentais na pós-modernidade devem ter a função de proteger os cidadãos não apenas do Estado, mas principalmente de todos os centros que de diversas formas acumulem poder e realizem discursos fortes, cuja tendência seja a subjugação dos fracos.¹⁶⁶

Por fim, a aplicabilidade imediata. Esse atributo dos direitos fundamentais expressamente consagrado pelo §1º do art. 5º tem como principal decorrência lógica o fato de que tais direitos independem de outras normas para que possam ser exigidos. Ou seja, independem de interferência do Poder Legislativo para emprestar-lhes o conteúdo necessário para seu exercício. Não obstante essa seja a regra, a doutrina alerta para a existência de situações em que a baixa densidade normativa impede que se identifique um direito subjetivo passível de ser garantido. Nessa direção são os ensinamentos de Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Mendes:

Essa característica indicada pela própria Constituição, entretanto, não significa que, sempre, de forma automática, os direitos fundamentais geram direitos subjetivos, concretos e definitivos. Há normas constitucionais, relativas a direitos fundamentais, que, evidentemente, não são autoaplicáveis. Carecem da interposição do legislador para que produzam todos os seus efeitos. As normas que dispõem sobre direitos fundamentais de índole social, usualmente, têm a sua plena eficácia condicionada a uma complementação pelo legislador. É o que acontece, por exemplo, com o direito à educação, como disposto no art. 205 da Lei Maior, ou com o direito ao lazer, de que cuida o art. 6º do Diploma.¹⁶⁷

4.1.3. Dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

A doutrina identifica duas dimensões nos direitos fundamentais, uma subjetiva e outra objetiva. A primeira está intimamente associada à ideia de que esses direitos são autênticos direitos subjetivos, viabilizando uma pretensão ao seu titular contra alguém para garantir a sua realização caso isso não ocorra espontaneamente. A segunda designa a influência ou papel exercido pelo direito fundamental como direcionador e limitador do ordenamento jurídico. Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes assim distingue essas categorias:

¹⁶⁶ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao Ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 15.

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 227.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou em menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou se expresse no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas. (...)

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.¹⁶⁸

Há quem admita que alguns direitos fundamentais têm dimensão exclusivamente objetiva, não atribuindo autêntico direito subjetivo a seu titular¹⁶⁹. Isso não lhes impediria de servir como direcionador e limitador dos demais poderes, mas não viabilizaria o uso do caminho judicial para correção de rumos caso venha a ser violado, atributo que seria reservado aos direitos com dimensão subjetiva. A sua aplicação pelo Poder Judiciário até seria possível, mas apenas para declarar a inconstitucionalidade de uma omissão estatal que ofenda bem jurídico por ele protegido ou de uma lei que o viole¹⁷⁰. Assim, essa dimensão por si só já viabiliza o controle de constitucionalidade de leis ambientais por suposta violação a esse direito.

Admitindo-se a hipótese de existência de direitos fundamentais com dimensão exclusivamente objetiva, assume especial relevo o enquadramento de determinado direito em uma ou outra categoria, uma vez que tal fato será definitivo para se concluir pela possibilidade ou não de seu titular pleitear provimento jurisdicional para sanar eventual violação.

4.1.4. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental consagrado pela Constituição Federal de 1988

¹⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 242-243.

¹⁶⁹ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao Ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 23.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 45.

Não há dúvida quanto ao reconhecimento constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem a ser tutelado. A Constituição Federal de 1988 não só consagrou sua proteção como lhe dedicou um capítulo próprio, no qual se encontra o art. 225. No entanto, esse fato por si só não é suficiente para consagrá-lo como um direito fundamental, uma vez que nem todos os direitos previstos na carta magna alcançam semelhante *status*. Como adverte Ney de Barros Bello Filho¹⁷¹, apesar de sua clareza, o art. 225 “pouco diz acerca da natureza jurídica do postulado e das consequências dessa positivação”. Diante disso, cabe ao intérprete verificar a possibilidade de seu enquadramento na categoria dogmática dos direitos fundamentais, do que resulta consequências de extrema relevância que serão abordadas adiante.

Conforme indicado anteriormente (4.1.1.), o próprio Ney de Barros Bello Filho propõe como mecanismo/critério para o enquadramento de um direito como fundamental a realização do teste de formalidade e de materialidade. O primeiro serviria para verificar se a norma em análise figura do rol explícito ou, ainda que potencialmente, de sua decorrência em razão de cláusula aberta. O segundo teria por objetivo, no caso de direitos decorrentes da cláusula aberta, verificar se os critérios materiais nela previstas foram preenchidos.

Como a Constituição Federal consagrou a ideia de cláusula aberta, é fácil verificar que o direito ao meio ambiente equilibrado previsto no art. 225 não tem dificuldade de passar pela verificação do critério formal, cuja avaliação acaba se mostrando dispensável. Assim, a definição recai exclusivamente sobre a averiguação dos critérios materiais trazidos pela cláusula aberta, já que ele não consta expressamente do rol de direitos fundamentais. Essa, como já demonstrado, trata como fundamentais os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, §2º).

¹⁷¹ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao Ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 17.

Firme nessa premissa, Ney de Barros Bello Filho conclui que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, decorrente do enunciado normativo encartado no art. 225, deve ser entendido como direito fundamental, pois passaria em ambos os testes. Esse direito seria uma decorrência dos princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Leciona o autor:

Por esta razão, é possível justificar a natureza fundamental do enunciado normativo do art. 225 da Constituição Federal, admitindo-se que ele expressa uma norma de direito fundamental que assim o é em razão de ser decorrente dos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. O último constante do catálogo de princípios fundamentais da CF/88, e os dois primeiros insertos no texto fora do catálogo de princípios, mas que nem por isso deixam de ser princípios que fundamentam normas jusfundamentais.¹⁷²

Semelhante conclusão é compartilhada por vários outros autores, ainda que invocando razões um pouco distintas.

Em trabalho dedicado à prova na jurisdição ambiental, Pery Saraiva Neto¹⁷³ apresenta quatro razões que justificariam a aceitação do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado como direito fundamental. Em primeiro lugar, valendo-se de uma espécie de critério *quantitativo*, sinaliza que a questão parece evidente, tantos são os enfoques e mecanismos dedicados pela Constituição Federal à questão ambiental. Em segundo lugar, argumenta que a sadia qualidade de vida é requisito para se alcançar a dignidade da pessoa humana, sendo esta referida como fundamento do Estado Brasileiro. Em terceiro lugar, sustenta que a própria Constituição, em seu art. 5º, §2º, consagrou uma fórmula ampla de direitos fundamentais que abrangem outros não expressamente previstos em seu rol, tendo até mesmo a Convenção da ONU sobre Meio Ambiente de 1972 reconhecido sua essencialidade. Por fim, como quarto argumento, avalia que, considerando-se um conceito amplo e material de direitos humanos, deve-se considerar como fundamentais todos os direitos que servem para garantir o Estado democrático e a dignidade da pessoa humana, caso do direito em questão.

¹⁷² BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao Ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 40.

¹⁷³ SARAIVA NETO, Pery. *A prova na jurisdição ambiental*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 40.

José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala¹⁷⁴ também classificam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental e lastreiam sua conclusão em dois argumentos principais. O primeiro é o de que a leitura global dos diversos preceitos previstos na Constituição de 1988 relacionados à proteção ambiental levariam ao entendimento de que o constituinte consagrou uma política ambiental e um dever jurídico atribuído ao estado. O segundo se pauta na interpretação gramatical do art. 225, que indica que “todos têm direito” para em seguida impor deveres ao Estado e à coletividade. A menção a “direito” nesse enunciado seria mais uma demonstração de que a Constituição conferiu ao direito ao meio ambiente status de direito fundamental.

Romeu Thomé¹⁷⁵ segue o mesmo caminho e fundamenta sua conclusão citando outros exemplos de direitos fundamentais que não fazem parte do rol do Título II da Constituição, caso da anterioridade eleitoral e da irretroatividade tributária, e afirmando que a fundamentalidade estaria associada ao fato de todos “repercutirem sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, caracterizando a chamada fundamentalidade material”.

Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer¹⁷⁶ também reconhecem o direito de se viver em um ambiente equilibrado como direito fundamental. Sustentam, com esteio em Perez Luño, que o que justificaria sua classificação como tal seria “a incidência direta do ambiente na existência humana (sua transcendência para o seu desenvolvimento ou mesmo possibilidade)”.

Vladmir de Passos Freitas¹⁷⁷ empresta semelhante tratamento a esse direito. Ele ressalta que sua ausência no rol no art. 5º não impede seu reconhecimento e,

¹⁷⁴ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do ambiental ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e Prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 92.

¹⁷⁵ THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 119.

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 45.

¹⁷⁷ FREITAS, Vladmir Passos. *A Constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.23.

invocando as lições do já citado Ingo Wolfgang Sarlet, enquadra-o entre os direitos fundamentais de terceira dimensão.

Édis Milaré¹⁷⁸ também reconhece a fundamentalidade desse direito, mas não apresenta os argumentos que embasam seu entendimento, afirmando apenas que, como todo direito fundamental, também esse seria indisponível.

Marco Aurélio Mello¹⁷⁹ é igualmente categórico a reconhecer o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado como direito fundamental. Para ele, esse direito seria “fundado a partir do valor solidariedade” e seria dotado de “altíssimo teor de humanismo e universalidade”.

No mesmo sentido é o posicionamento de Anizio Pires Avião Filho¹⁸⁰. Seus argumentos apresentados em defesa desse enquadramento são a própria literalidade do art. 225, que fala em direito de todos, e o fato de que a norma desse artigo vincula todos os Poderes, o que permite o controle jurisdicional da realização do direito.

Em sentido idêntico entendeu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3540, ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face do art. 4º e §§ 1º a 7º da Lei Federal nº. 4.771, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal). O Tribunal rejeitou a Ação, mas o voto do Ministro-relator Celso de Melo deixou assentado o exposto reconhecimento do direito ao meio ambiente equilibrado como um direito fundamental de terceira geração. Escreveu Sua Excelência:

Todos sabemos que os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política traduzem, na concreção de seu alcance, a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa, que se qualifica por seu caráter de metaindividualidade, consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente

¹⁷⁸ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: gestão ambiental em foco*. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.156-157.

¹⁷⁹ MELLO, Marco Aurélio. Prefácio. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coord.) *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.

¹⁸⁰ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 37.

ecologicamente equilibrado. *Trata-se, consoante já proclamou o Supremo Tribunal Federal (RTJ 158/205-206, Rel. Min CELSO DE MELO), com apoio em douda lição expendida por CELSO LAFER (“A reconstrução dos Direitos Humanos, p. 131/132, 1988, Companhia das Letras”.), de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) (...)* (Grifo nosso.)

Sendo praticamente consenso o reconhecimento desse direito como fundamental, pode-se questionar se ele teria dimensão subjetiva e objetiva ou apenas objetiva. As consequências, como já visto, são relevantes, uma vez a inclusão em uma ou outra empresta mais ou menos força a esse direito, mas não impactam de modo relevante o tema central desse trabalho, que é o controle de constitucionalidade das leis ambientais. Isso porque, como visto, o reconhecimento da dimensão objetiva é por si só suficiente para viabilizar a atuação do Judiciário nessa seara..

Ingo Wolfgang Sarlet, Tiago Fensterseifer¹⁸¹, Anizio Pires Gavião Filho¹⁸² e Ney de Barros Bello Filho¹⁸³ enquadram esse direito entre aqueles que possuem dimensão objetiva e subjetiva. Este último faz uma ressalva apenas quanto às gerações futuras. Nesse caso, entende que a norma estaria tratando apenas de interesses juridicamente protegidos, sendo inviável se admitir subjetividade sem sujeito. Assim, no que concerne às futuras gerações, a norma teria dimensão exclusivamente objetiva.¹⁸⁴

O reconhecimento de uma dimensão subjetiva a esse direito nos parece acertada se considerarmos uma configuração alargada da categoria dogmática dos direitos subjetivos que admita também a presença de direitos difusos. Isso que nos parece adequado especialmente em um ordenamento como o nosso em que o indivíduo tem instrumentos processuais para defender esse direito difuso e essencialmente indivisível, como é o caso da ação popular.

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 67.

¹⁸² GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 39.

¹⁸³ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao Ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 53.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 52-53.

Por tudo o que foi dito, verifica-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser tratado como um direito fundamental com dimensão objetiva e subjetiva. Apesar de não figurar no rol contido no Título II da Constituição Federal, ele decorre inegavelmente dos princípios consagrados pela Carta Magna, em especial da dignidade da pessoa humana. Há também, como visto, quem o associe a outros princípios como o da liberdade e da igualdade e até mesmo ao fato de repercutir na estrutura básica do Estado e da Sociedade. Trata-se de um típico direito fundamental de terceira geração, como doutrina Norberto Bobbio:

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.¹⁸⁵

4.1.5. Os reflexos da compreensão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental

O reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental acarreta uma série de consequências. A primeira delas diz respeito ao fato de que, como é regra nos direitos fundamentais, ele terá aplicabilidade imediata e plena, independentemente da necessidade de atuação de qualquer dos poderes, em especial do Poder Legislativo.

Uma aplicação prática desse entendimento pelo STF pôde ser vista no julgamento de Recurso Extraordinário que discutia a constitucionalidade da chamada “farra do boi”. Discutia-se a violação do art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, que tem a seguinte redação:

Art. 225. (...)
 § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
 (...)
 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*. (Grifo nosso.)

¹⁸⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.5.

Apesar de inexistir a lei referida no dispositivo, a Corte Suprema aplicou-o diretamente para reconhecer a crueldade dessa prática e decretar sua incompatibilidade com a Constituição. O acórdão ficou assim ementado:

COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi"¹⁸⁶.

A segunda consequência é a vinculação (também imediata) de todos os Poderes a esse direito, que funciona como um elemento de limitação e de direção, na medida em que impede que seja restringido de forma desarrazoada e indica que deve ser promovido. No sentido de limitação, o direito ao meio ambiente equilibrado funciona como autêntica garantia contramajoritária, atributo típico dos direitos fundamentais, impedindo práticas abusivas do Legislativo que o desnaturem de acordo com a maioria de momento, como argumenta Ney de Barros Bello Filho:

O que diferencia a compreensão do enunciado normativo que protege o bem jurídico ambiente como um enunciado jusfundamental daquelas outras que o tomam como simples norma programática ou como norma meramente dirigente é também seus efeitos que, no caso em questão, jogam como garantias contramajoritárias que impedem o exercício abusivo do Legislativo, e se impõe malgrado a inércia daquele Poder.¹⁸⁷

No sentido de direção, passa a obrigar todos os Poderes, seja ele o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, a atuar para obter a maior eficácia e efetividade possível dos direitos e deveres socioambientais, como sustenta Pery Saraiva Neto:

(...) a inclusão do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, no patamar de direito fundamental, importa em atribuir novos encargos ao Estado, na medida em que "o atual perfil constitucional do Estado (socioambiental) de Direito brasileiro, delineado pela Lei Fundamental de 1988, dá forma a um Estado "guardião e amigo" dos direitos fundamentais, estando, portanto, todos os poderes e órgãos estatais vinculados à concretização dos direitos fundamentais, especialmente no que guarda uma direta relação com a

¹⁸⁶ RE 153531, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 03/06/1997, DJ 13-03-1998 PP-00013 EMENT VOL-01902-02 PP-00388

¹⁸⁷ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao Ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 41.

dignidade da pessoa humana. Tal perspectiva coloca o Estado brasileiro, além da proibição de interferir no âmbito de proteção de determinado direito fundamental a ponto de violá-lo, também a missão constitucional de promover e garantir em termos prestacionais o desfrute do direito, quando tal se fizer necessário.¹⁸⁸

A importância da atuação conjunta dos três Poderes para uma maior eficácia e efetividade na tutela do meio ambiente é também ressaltada por Consuelo Yatsuda Maromizato Yoshida¹⁸⁹. Para tanto, fazem-se necessárias edições de leis adequadas, atuação coordenada e eficaz dos órgãos da Administração e “a intervenção do Judiciário, sempre que necessário, para fazer valer as disposições constitucionais e legais de proteção ambiental, quando não observadas espontaneamente, e não suficiente a atuação do poder de polícia administrativa”.

A terceira consequência está diretamente associada ao fato de entendermos ter a norma de direito fundamental em questão tanto uma dimensão objetiva como uma dimensão subjetiva. Essa segunda dimensão assegurará todos os titulares desse direito a possibilidade de obter um provimento judicial para a obtenção de sua satisfação caso ele venha a ser violado.

A quarta e última consequência diz respeito ao fato de que, na condição de direito fundamental, os enunciados normativos que o asseguram passam a ser considerados cláusulas pétreas nos termos do art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal¹⁹⁰. Logo, não podem ser alterados para que seu âmbito de proteção seja reduzido.

Em suma, tendo o direito ao meio ambiente sido alçado à categoria dos direitos fundamentais pela Constituição Federal, todos os Poderes devem (vinculação) atuar para concretizá-lo imediatamente (aplicação imediata). O Executivo deve fazê-lo por meio da implementação de políticas públicas e o Legislativo pela edição de leis que regulem condutas que possam, efetiva ou potencialmente, impactar o meio ambiente. Tudo isso deve se dar em respeito aos parâmetros fixados na Constituição (dimensão

¹⁸⁸ NETO, Pery Saraiva. *A prova na jurisdição ambiental*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 39.

¹⁸⁹ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Maromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 177.

¹⁹⁰ SARAIVA NETO. *A prova na jurisdição ambiental*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 38.

objetiva). Entretanto, havendo omissão ou má atuação desses Poderes, o Judiciário tem o dever de, sendo provocado, operar a necessária correção, invalidando atos normativos (inclusive emendas constitucionais atentatórias a cláusulas pétreas) e medidas incompatíveis com a Carta Magna (dimensão objetiva) ou determinando que ações sejam tomadas.

Vale ressaltar, como faz Fernando Reverendo Vidal Akaoui, que ao atuar no âmbito do controle de constitucionalidade das leis, o Poder Judiciário inevitavelmente estará tutelando direitos difusos constitucionalmente assegurados, como é o caso do direito ao meio ambiente equilibrado. Essa tutela se mostra especialmente intensa em casos de controle concentrado, na medida em que impede que uma norma ilegal incida sobre determinadas condutas. Leciona o autor:

Sob nossa ótica, portanto, toda tutela da integridade e superioridade da Constituição se traduz numa tutela de interesses difusos e coletivos, porque, ao extirpar do ordenamento jurídico o ato normativo inquinado de inconstitucional, estará o Poder Judiciário beneficiando não apenas um ou alguns indivíduos, mas todos aqueles que estejam sob a esfera de incidência da norma, que, em se tratando de Constituição Federal, são pessoas indeterminadas ou, se determináveis, pertencentes a grupo, categoria ou classe.¹⁹¹

4.2. Os contornos do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

4.2.1. A estrutura do Título VIII, Capítulo VI, da Constituição Federal

Como já demonstrado, muitos são os dispositivos constitucionais que versam sobre o meio ambiente. No entanto, não há dúvida de que o núcleo normativo¹⁹² da matéria se encontra em seu art. 225¹⁹³, que figura solitário no capítulo intitulado de “Do meio

¹⁹¹ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Verbatin, 2009. p.35.

¹⁹² DA SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 29.

¹⁹³ 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,

ambiente”, localizado no interior do título da Ordem Social. Essa localização topográfica, vale registrar, leva autores a classificar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito social do homem¹⁹⁴.

De acordo com José Afonso da Silva¹⁹⁵, esse dispositivo congregaria três conjuntos de normas. O primeiro seria extraível do *caput*, no qual consta a consagração do meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de todos. Estaria aí o que o autor denomina de *norma-matriz* ou *norma-princípio*. O segundo congregaria o §1º e seus incisos, que atribuem deveres específicos ao Poder Público para assegurar o direito previsto no *caput*. As normas aí previstas seriam verdadeiras *normas-instrumento*, na medida em que buscam realizar a *norma-princípio* estabelecendo direitos e obrigações relativos ao aspecto do meio ambiente sobre o qual versam. O terceiro conjunto de normas seria obtido das heterogêneas previsões contidas nos §2º a 6º e formam um conjunto de *determinações particulares* que regulam temas de elevado conteúdo ecológico.

Sendo o art. 225 o *núcleo normativo* conformador do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, seu adequado exame e compreensão é medida que se impõe em um estudo que almeja identificar parâmetros para o exercício do controle de constitucionalidade como o presente. Em razão disso, nos tópicos adiante

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.

¹⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 855.

¹⁹⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 31.

trataremos desses três conjuntos de normas (norma-princípio, normas-instrumento e determinações particulares) buscando delimitar seu possível conteúdo e alcance.

4.2.2. A norma-matriz e sua estrutura principiológica

O *caput* do art. 225 da Constituição de 1988 dispõe 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”. Essa fórmula tem clara inspiração na Constituição Portuguesa de 1976, que no n° 1 do seu art. 66 estabelece que “todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”.

Apesar da semelhança, algumas diferenças entre os dispositivos merecem ser realçadas. Em primeiro lugar, nota-se que a Carta de 1988 classificou o meio ambiente como um bem de categoria especial, que não se enquadra como público nem como privado, preocupação não demonstrada pelo dispositivo lusitano. Sobre a peculiaridade dessa categoria de bens, manifesta-se Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

Dessa forma, em contraposição ao Estado e aos cidadãos, ao público e ao privado, iniciou-se no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, uma nova categoria de bens: os de uso comum do povo e essenciais à sadia qualidade de vida. Esses bens não se confundem com os denominados bens públicos, tampouco com os denominados bens particulares (ou privados).¹⁹⁶

Além disso, o enunciado nacional teve uma preocupação especial com as futuras gerações que não se via¹⁹⁷ na redação original da Carta Portuguesa. Ao impor o dever de defesa e preservação ao Poder Público e à coletividade, a Carta Magna teve o cuidado de deixar claro que esse dever tem como beneficiário tanto as gerações presentes como as futuras. Entendem Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer que

¹⁹⁶ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 141.

¹⁹⁷ Em 1997, a alínea “d” do n° 2 do art. 66 da Constituição portuguesa foi alterado e passou a fazer expressa menção ao princípio da solidariedade entre gerações.

estaria aí a consagração do chamado princípio da solidariedade intergeracional, cujo conteúdo seria o seguinte:

O princípio da solidariedade intergeracional estabelece responsabilidades (morais e jurídicos) para gerações humanas presentes em vista da ideia de justiça intergeracional, ou seja, justiça (e equidade) entre gerações humanas distintas. As gerações futuras nada podem fazer hoje para preservar o ambiente, razão pela qual toda a responsabilidade (e deveres correspondentes) de preservação da vida e da qualidade ambiental para o futuro recai sobre as gerações presentes.¹⁹⁸

Se essas diferenças não podem ser negadas, o mesmo se diga para as semelhanças. Tanto o dispositivo português como o brasileiro consagram a expressão ecologicamente equilibrado. Para José Afonso da Silva, o termo *ecologicamente* não está incluído no texto constitucional em vão. Um meio ambiente ecologicamente equilibrado é mais do que um simples meio ambiente equilibrado. Com essa previsão, o que a Constituição quis evitar é “a ideia, possível, de um meio ambiente equilibrado sem qualificação ecológica, isto é, sem relações essenciais dos seres vivos entre si e deles com o meio ambiente”¹⁹⁹.

Também o dever genérico imposto a todos de defender o meio ambiente é encontrado nas duas Cartas. A única diferença é que o texto português se satisfaz com o uso da palavra *todos*, ao passo que o brasileiro é mais específico e deixa claro que esse dever cabe tanto ao Poder Público como à coletividade. O efeito, no entanto, é o mesmo, tendo o texto nacional a vantagem de afastar qualquer questionamento sobre os destinatários desse dever.

A doutrina enxerga no *caput* do art. 225 a efetiva consagração do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como já vimos. No entanto, o seu conteúdo é matéria difícil de se aferir por completo em abstrato. Há, como já indicado, algumas indicações desse conteúdo ao se estabelecer a natureza do meio ambiente (bem de uso comum do povo), os destinatários de sua proteção (todos) e a obrigatoriedade do Poder Público e da coletividade de preservá-lo e conservá-lo.

¹⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 74.

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 857.

Porém, não há uma indicação clara e definitiva do que o Poder Público ou a coletividade devem fazer para assegurar essa preservação ou conservação. Tampouco há indicação do que se deve entender como um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A partir desse dever genérico, é de se indagar, por exemplo, se seria possível entender que todo e qualquer cidadão estaria obrigado a movimentar suas economias para tratar as águas de um rio poluído ou para remediar um solo contaminado, ainda que não tenha qualquer relação com a poluição causada. Ou se seria possível exigir a atuação do Poder Público para tomar todas as medidas necessárias para recuperar a qualidade do meio ambiente, independentemente do custo que isso possa ter. Pode-se questionar também até que ponto se pode entender que o meio ambiente está ecologicamente equilibrado ou, dito de outro modo, qual nível de desequilíbrio pode ser tolerado.

Parte dessas dúvidas é sanada nas chamadas *normas-instrumento* e nas *determinações específicas* previstas nos parágrafos 1º a 6º do art. 225. Há nesses dispositivos, como veremos nos tópicos seguintes, autênticas *regras* a serem seguidas pelo Poder Público e pela coletividade. Entretanto, muitas questões não são abordadas diretamente, permanecendo a dúvida sobre a possibilidade ou não de invocação do art. 225 para justificar determinadas decisões e para controlar a constitucionalidade de leis. O que desde logo se pode registrar é que essa falta de detalhamento inegavelmente tende a resultar em uma maior liberdade de conformação para o Legislador.

Essa falta de precisão tem levado à invocação do *caput* do art. 225 como panaceia para todos os males. Esgrimindo-o, é comum que o Judiciário imponha ao Poder Público deveres específicos. Em decisão tomada no Recurso Extraordinário nº. 417408²⁰⁰, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal chancelou julgado que determinou a realização de obras para que se restabelecesse o equilíbrio ambiental e fosse resguardada a saúde pública, que eram ameaçados pelo lançamento de esgoto em determinado rio. Tudo isso sob o manto do art. 225.

²⁰⁰ RE 417408 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 20/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012 RTJ VOL-00223-01 PP-00512.

O mesmo dispositivo é também comumente chamado para justificar a invalidação de leis que supostamente poderiam ofender o dever geral nele previsto. Foi o que ocorreu no julgamento de arguição de inconstitucionalidade do art. 67²⁰¹ da Lei Federal nº. 12.651/2012 pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Dentre os fundamentos invocados para sustentar procedência da arguição, a corte mineira entendeu que houve violação “do dever geral de proteção ambiental previsto no art. 225, *caput*, da Constituição da República”²⁰².

Analisando o *caput* do art. 225, Ney Barros Bello Filho²⁰³ conclui que a estrutura utilizada pela Constituição para consagrar o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado enquadra-se no que Robert Alexy classifica como norma-princípio e, por isso, funcionaria como *mandado de otimização*. Por outro lado, os enunciados previstos nos seus parágrafos 1º a 6º, ao menos na maioria dos casos, se assemelham ao que esse autor alemão trata como regra. Sobre essa distinção, vale trazer à baila as lições do próprio Alexy:

Uma primeira característica importante que decorre do que foi dito até agora é o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios apresentam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre a razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação de extensão do seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de

²⁰¹ Art. 67. Nos imóveis rurais que detinham, em 22 de julho de 2008, área de até 4 (quatro) módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores ao previsto no art. 12, a Reserva Legal será constituída com a área ocupada com a vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008, vedadas novas conversões para uso alternativo do solo.

²⁰² Arg Inconstitucionalidade Nº 1.0144.11.003964-7/002 - COMARCA DE Carmo do Rio Claro - Requerente(s): 1ª CÂMARA CÍVEL – Requerido (a)(s): ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - Interessado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, SINEZIA MARIA DA SILVA SANTOS, PAULO MARCELO DOS SANTOS.

²⁰³ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao Ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 59.

impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, vale definitivamente o que a regra prescreve.²⁰⁴

Na condição de mandado de otimização, não seria possível definir de forma abstrata todo o conteúdo desse direito fundamental, cuja realização se dá a partir de diferentes graus e depende das possibilidades jurídicas e fáticas. Nas palavras do já citado Ney Barros Bello Filho:

(...) o cumprimento de uma obrigação decorrente de um direito fundamental ao ambiente não se realiza desde um padrão fixo segundo o modelo de regras, mas sim a partir de uma ponderação e uma proporcionalização dos direitos, bens e valores que estão em jogo quando do caso concreto.²⁰⁵

Por isso mesmo, o citado autor²⁰⁶ adverte que somente de forma aproximada, ou *prima facie*, seria possível extrair o conteúdo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ainda segundo ele, somente “o resultado do confronto de um amálgama de posições empíricas, normativas e analíticas, tendo por base um caso concreto e exercidas a utilização do instrumento da ponderação propõe um direito fundamental ao ambiente aplicável ao caso”. Voltaremos a essa discussão ao tratarmos da identificação de parâmetros para verificação da compatibilidade de determinadas leis com esta norma-matriz.

4.2.3. As normas-instrumento

Buscando emprestar densidade ao direito ao meio ambiente equilibrado e melhor realizar a norma-matriz, o constituinte estabeleceu algumas *regras* específicas com vistas a garantir a qualidade ambiental. Parte delas está incluída entre o que chamaremos de *normas-instrumento*, instituídas pelo § 1º do art. 225.

²⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p.103-104.

²⁰⁵ BELLO FILHO, Ney de Barros. Op. cit., p. 59.

²⁰⁶ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao Ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 67.

4.2.3.1. *O dever de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas (art. 225, § 1º, I).*

O dispositivo em questão impõe ao poder público tanto o dever de *preservar* como o de *restaurar* alguns elementos do meio ambiente. Preservar é manter no estado original e impedir que ocorram modificações. Tecnicamente, esse vocábulo distingue-se de *conservar*, que serve para designar a proteção de determinados recursos com utilização racional, sustentável. *Restaurar*, por sua vez, é recuperar aquilo que sofreu modificações para que retorne, na medida do possível, à sua condição original²⁰⁷.

Os elementos a serem preservados e restaurados pelo Poder Público são os processos ecológicos essenciais. José Afonso da Silva²⁰⁸ e Édis Milaré²⁰⁹ registram que, apesar de sua inegável aparência técnica, essa expressão não é encontrada na literatura especializada ou nos manuais de Ecologia. Não obstante, a partir do texto constitucional, este último defende que ela deve ser entendida como aqueles processos “que garantem o funcionamento dos ecossistemas e contribuem para a salubridade e hígidez do meio ambiente”.

Em artigo dedicado à avaliação de fragilidade ambiental, Maísa dos Santos Guapyassú e Leticia Peret Antunes Hardt definem esses processos da seguinte forma:

Os processos ecológicos essenciais são aqueles responsáveis pela manutenção da dinâmica dos ecossistemas, incluindo-se aí os mecanismos de auto-regulação e homeostase. Uma vez que estes processos sejam alterados, tem-se como resultado os processos de degradação ambiental que muitas vezes são irreversíveis, ou provocam efeitos de difícil reversibilidade, com raios de ação bastante significativos.²¹⁰

Além de exigir a preservação e restauração dos processos ecossistêmicos essenciais, esse dispositivo também demanda que o poder público promova o manejo ecológico

²⁰⁷ THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 150.

²⁰⁸ DA SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 61.

²⁰⁹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: gestão ambiental em foco*. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 158.

²¹⁰ GUAPYASSU, Maísa dos Santos; HARDT, Leticia Peret Antunes. *Avaliação de Fragilidade Ambiental: Uma Nova Abordagem Metodológica para Unidades de Conservação de Uso Indireto em Áreas Urbanas*. IN: Floresta e Ambiente, vol.5, jan./dez. UFRRJ. 1998. p. 56.

das espécies e ecossistemas. Édis Milaré²¹¹ defende que a primeira e segunda partes do artigo formam um todo unitário e entende que prover manejo ecológico das espécies “significa lidar com elas de modo a conservá-las e, se possível, recuperá-las”.

Assim, tem-se nesse dispositivo um dever geral dirigido ao Poder Público para que preserve não apenas essa ou aquela espécie, mas tudo o que for necessário para garantir os processos ecológicos essenciais. Para tanto, deve se valer do manejo adequado das espécies e dos ecossistemas. O dispositivo, no entanto, não estabelece os meios a serem utilizados para alcançar essa finalidade, tarefa deixada a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo.

Tampouco se define quais seriam os processos ecológicos essenciais. Nesse caso, parece-nos que também aos Poderes Executivo e Legislativo caberá a identificação correta dos processos que demandam proteção. Essa escolha, porém, não poderá ser arbitrária, devendo ser justificada por meio de argumentos técnicos que fundamentem sua essencialidade para a manutenção dos ecossistemas. Não havendo esse cuidado, tanto as leis editadas como as políticas públicas adotadas poderão ter sua constitucionalidade questionada.

4.2.3.2. Dever de 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 (art. 225, § 1º, III)

O Brasil é o quinto maior país do mundo em área territorial²¹², totalizando 8.515.767,049 km². Essa extensa área possui solos e climas variados, levando à existência de seis diferentes biomas terrestres espalhados pelos diferentes estados da

²¹¹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: gestão ambiental em foco*. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 159.

²¹² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/cartografia/default_territ_area.shtm. Acesso em: 15 ago. 2015.

federação, quais sejam, Amazônia, Cerrado, Caatinga, Mata Atlântica, Pantanal e Pampa.

A manutenção desses biomas em seu estado original seria medida incompatível com a ocupação humana e com o desenvolvimento econômico e social. Por outro lado, sua completa devastação pode resultar em desequilíbrios ecológicos cujos efeitos sequer é possível antever com precisão. Visando a evitar que isso pudesse ocorrer, a Constituição atribuiu ao Poder Público o dever de instituir espaços especialmente protegidos em *todas* as unidades da federação com vistas a preservar, ainda que parcialmente, esses biomas.

Para regular esse tema em âmbito nacional, editou-se a Lei Federal nº. 9.985, de 18 de julho de 2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação. Em seu art. 2º, I, essa lei definiu unidade de conservação como “o espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção”.

Discute-se se o conceito de espaços territoriais especialmente protegidos indicados na Constituição abrangeria qualquer espaço territorial criado com finalidade de proteger determinados componentes ou apenas as unidades de conservação. A discussão tem especial relevância na medida em que tanto serve para aferir o cumprimento de um dever constitucional como da definição do regime jurídico a que fica submetido o espaço, em especial no que diz respeito à sua alteração e à vedação de qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Em obra conjunta, os coautores José Morato Leite, Patryck de Araújo Ayala, Germana Parente Neiva Belchior e Heline Sivini Ferreira inclinam-se pela primeira opção, asseverando o seguinte:

As Unidades de Conservação, sejam elas de Proteção Integral ou de Uso Sustentável, encontram-se inseridas no amplo conceito de espaços territoriais especialmente protegidos. *Assim sendo, é possível afirmar que*

*toda Unidade de Conservação constitui espaço territorial protegido, muito embora a recíproca não seja verdadeira.*²¹³ (Grifo nosso)

Édis Milaré, por seu turno, defende posição contrária. Para o autor, o conceito de espaço territorial especialmente protegido previsto na Constituição aplica-se, exclusivamente, às unidades de conservação, como se pode ver na passagem abaixo:

Desse breve enfoque da questão, parece-nos possível e didático sustentar que no conceito de espaços territoriais especialmente protegidos, em sentido estrito (*strictu sensu*), tal qual enunciado na Constituição Federal, se subsumem apenas as Unidades de Conservação típicas, isto é, previstas expressamente na Lei 9.985/2000, e, por igual, aquelas áreas que, embora não expressamente arroladas, apresentam características que se amoldam ao conceito enunciado no art. 2º, I, da Lei 9.985/2000, que seriam então chamadas de Unidade de Conservação atípicas.²¹⁴

O debate é relevante na medida em que a posição adotada pelos primeiros implica em uma *menor liberdade de conformação* do legislador para o tratamento de qualquer área com algum tipo de proteção, como é o caso das áreas de preservação permanente. Esse estaria impedido, por exemplo, de estabelecer uma lei geral que admita alteração desses espaços em determinadas situações, como se dá no atual Código Florestal, já que a proteção constitucional tem por objetivo justamente garantir um debate e uma decisão legislativa para cada alteração ou supressão.

Acreditamos que a razão está com Édis Milaré nesse debate. Primeiro, porque ao falar na criação de espaços em cada unidade, o texto constitucional sinaliza no sentido de que objetiva era proteger algo específico e previamente delimitado existente em cada local e não criar um regime geral de proteção que abarcasse qualquer área sujeita a restrições. Fosse essa a ideia, razão não haveria para se falar em espaços em cada unidade da federação, o que denota ideia muito mais próxima à de criação de unidades de conservação, e sim em uma vedação à alteração de qualquer área sujeita a proteção ambiental. Segundo, porque a vedação geral poderia levar ao absurdo de se exigir a aprovação de uma lei específica para cada intervenção realizada, por

²¹³ LEITE, José Rubens Morato. (Coord.). *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 63

²¹⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: gestão ambiental em foco*. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 166.

exemplo, em áreas de preservação permanente, prejudicando severamente o direito ao desenvolvimento.

Assim, em termos de atribuição de conteúdo ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pode-se dizer que a Constituição estipulou o direito dos cidadãos de viver em unidades da federação nos quais haja espaços territoriais especialmente protegidos. Também definiu que a alteração desses espaços, que podem ser criados por meio de atos infralegais, fica sujeita à edição de lei específica e que sua utilização não poderá comprometer a integridade dos atributos que justificam sua proteção.

4.2.3.3 O dever de 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 (art. 225, § 1º, IV);

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental, consagrado pela sigla EIA ou EPIA, foi instituído no Brasil por meio da Resolução nº 1, de 23 de janeiro de 1986, do CONAMA, que permanece em vigor. Em seu art. 2º, essa normativa estabelece um rol exemplificativo²¹⁵ de atividades cujo licenciamento deveria ser precedido de sua elaboração.

José Afonso da Silva²¹⁶ aponta que o EIA tem origem no direito americano, onde é exigido desde 1969 para projetos de obras do governo federal que pudessem impactar a qualidade do meio ambiente. Sua função é a de prevenir consequências danosas ao meio ambiente, o que é feito por meio de um diagnóstico adequado da área impactada, da identificação dos impactos, da definição de medidas mitigadoras e da elaboração de um programa de acompanhamento.

Reconhecendo a importância desse estudo para a adequada gestão do meio ambiente, a Constituição Federal consagrou-o e impôs ao poder público o dever de exigí-lo, na

²¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 199.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 197.

forma da lei, para obras ou atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente. Determinou ainda que a esse estudo se deveria dar publicidade.

A Carta Magna não delimitou o conteúdo do EIA nem detalhou as hipóteses em que ele seria exigido, deixando, propositadamente, essa tarefa a cargo do legislador ordinário. Teve, porém, o cuidado de indicar o critério a ser utilizado por este na definição dessas hipóteses: a *significativa* degradação do meio ambiente. Atualmente, em âmbito federal, a matéria segue sendo regulada pela citada resolução do CONAMA.

A expressão significativa degradação ao meio ambiente é de conteúdo indeterminado, com zonas de certeza positiva e negativa. Parece evidente, por exemplo, que a implementação de atividade de mineração em uma vasta área na qual se encontra um ecossistema sensível estará inevitavelmente aí incluída. Do mesmo modo, a simples implementação de uma banca de jornal em uma praça certamente estará excluída. Entretanto, há situações que tanto poderiam estar incluídas como excluídas.

Veja-se, por exemplo, o caso dos empreendimentos de geração de energia eólica. Quando começaram a ganhar força no Brasil, muito se discutiu se esses deveriam ou não ser precedidos de EIA. De um lado, havia quem defendesse que a exigência teria sentido por força do que determinava o art. 2º, XI, da Resolução nº 1/86 do CONAMA²¹⁷. De outro, havia quem argumentasse que a norma em questão fora pensada para outras formas de geração de energia, sendo inaplicável a tais empreendimentos, os quais não tinham o condão de causar significativo impacto.

Nessas zonas de incerteza, parece-nos que a escolha foi outorgada pela Constituição ao legislador para estabelecer se o estudo deve ou não ser exigido. Isso não significa, porém, que esse possa atribuir ao comando constitucional o sentido que bem entender.

²¹⁷ Artigo 2º - Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA eIn caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como: (...) XI - Usinas de geração de eletricidade, qualquer que seja a fonte de energia primária, acima de 10MW.;

Como dito, nos casos de certeza positiva, a lei deverá exigir o estudo; nos de certeza negativa, não deverá exigí-lo. A liberdade de conformação existirá apenas nas situações em que o texto constitucional for incapaz de fornecer solução.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1086²¹⁸, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão relativa à liberdade do legislador ao avaliar a constitucionalidade de dispositivo da Constituição do Estado de Santa Catarina que dispensava do EIA atividades de florestamento e reflorestamento. A Corte entendeu que havia inconstitucionalidade, invocando para tanto três razões. Em primeiro lugar, sustentou que a atividade em questão poderia sim causar impacto significativo, não podendo ser isentada de apresentar EIA. Em segundo lugar, indicou que só lei federal poderia excluir hipótese de incidência do EIA, pois se trataria de matéria a ser tratada por norma geral. Em terceiro lugar, apontou que não poderia o Estado invocar competência plena para legislar sobre normas gerais, tendo em vista a falta de peculiaridade local.

Já quanto à necessidade de se dar publicidade a esse estudo, trata-se de norma que, a princípio, não pode ser afastada pelo legislador. Segundo Romeu Thomé, o objetivo dessa exigência é “possibilitar aos interessados tempo suficiente para tomar as providências administrativas e/ou judiciais cabíveis nos casos de irregularidades no licenciamento de atividades com potencial degradador”²¹⁹.

Assim, em termos de atribuição de sentido ao direito ao meio ambiente equilibrado, pode-se extrair desse dispositivo uma obrigação para o Poder Público de exigir o EIA sempre que estiver diante de uma obra ou atividade potencialmente causadora de *significativa* degradação ambiental. O estudo deve ser exigido na forma da lei e a ele deve ser dado publicidade, havendo margem de conformação do legislador na delimitação do que seja significativa degradação. Naturalmente, se ao poder público cabe exigir, ao responsável pela obra ou atividade cabe cumprir essa exigência, seja ele um ente público ou privado.

²¹⁸ ADI 1086, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2001, DJ 10-08-2001 PP-00002 EMENT VOL-02038-01 PP-00083.

²¹⁹ THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 152.

4.2.3.4 O dever de 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 (art. 225, § 1º, V)

Apesar de úteis e aptas a satisfazer interesses da sociedade, algumas técnicas, métodos e substâncias, pela sua natureza, oferecem risco à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente. Veja-se, por exemplo, o que se dá com os agrotóxicos. Apesar de trazerem inegáveis benefícios para a produtividade no campo, o uso desordenado dessas substâncias pode causar sérios problemas à saúde humana e ao meio ambiente.

Outro exemplo diz respeito ao emprego de técnicas relacionadas a organismos geneticamente modificados. Seus benefícios para homem com desenvolvimentos de medicamentos ou do aumento da produção de alimentos são incontestáveis. Entretanto, seu uso descontrolado pode trazer consequências nefastas como a erosão genética, o surgimento de superervas daninhas ou de insetos imunes a pesticidas²²⁰.

Diante dos riscos inerentes a essas técnicas, métodos ou substâncias, é recomendável que o Poder Público exerça seu poder de polícia preventivo para controlá-las. Nesse sentido, a Constituição determina que tanto sua produção e comercialização (caso das substâncias) como seu emprego (caso das técnicas e métodos) sejam controlados. No caso dos agrotóxicos, por exemplo, todas as atividades a ele relacionadas são rigidamente controladas, nos termos da Lei Federal nº. 7.802, de 11 de julho de 1989. No caso dos OGMs, a legislação de regência é a Lei Federal nº. 11.105, 24 de março de 2005.

Para Paulo Affonso Leme Machado, essa obrigação imposta ao Poder Público é uma das manifestações de preocupação do constituinte sobre o risco das atividades humanas ao meio ambiente. Essa especial atenção aos fatores de risco seria uma posição inovadora e também estaria presente em outras partes do texto constitucional. Doutrina o autor:

²²⁰ LEITE, Marcelo. *Os alimentos transgênicos*. São Paulo: Publifolha, 2000. p. 52-59.

O risco para a vida, a qualidade de vida, a fauna e a flora – enfim, o risco para o meio ambiente – foi objeto de um posicionamento de vanguarda dos constituintes de 1988. O Poder Público precisa prevenir na origem os problemas de poluição e de degradação da Natureza. (...) A constituição incorporou a metodologia das medidas liminares, indicando o *periculum in mora* como um dos critérios para antecipar a ação administrativa eficiente para proteger o homem e a biota.²²¹

Esse controle, assim como qualquer outra manifestação do poder de polícia estatal, representa uma limitação da liberdade dos indivíduos. Como leciona Édis Milaré²²², “permite-se, aqui, a interferência do Poder Público nas atividades econômicas do domínio privado para impedir práticas danosas à saúde da população, à saúde ambiental e ao meio ambiente em seu conjunto”.

Interessante notar que, diferentemente do que ocorrem em outros dispositivos, a Constituição não se vale aqui da expressão na *forma da lei* para limitar a atuação do Poder Público no exercício dessas atividades de controle. Diante disso, é de se perguntar se poderia a Administração definir diretamente os controles que entender pertinentes por meio de atos normativos infralegais, promovendo uma execução direta do texto constitucional por meio, por exemplo, de regulamentos autônomos. No entanto, não obstante a omissão da referida expressão (na forma da lei) nesse dispositivo, parece-nos que deve valer aqui a regra geral insculpida no art. 5º, II, da Carta Magna, que assegura a todos o direito de não se sujeitar ao dever fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Em termos de atribuição de sentido ao direito ao meio ambiente equilibrado, temos que o poder público deve exercer algum tipo de controle sobre atividades de produção, comercialização e emprego de técnicas e substâncias que oferecem risco à vida e ao meio ambiente. O constituinte não define, porém, que tipo de controle deve ser implementado, tarefa que é deixada a cargo do legislador. Assim, resta também aqui uma inegável margem de conformação.

²²¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 162.

²²² MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 168.

4.2.3.5. *O dever de promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente (art. 225, § 1º, VI)*

A evolução de qualquer sociedade e a mudança de patamares civilizatórios está intimamente associada à educação de seus membros. A harmonização entre as diversas atividades humanas e o meio ambiente jamais será alcançada apenas por meio de ações estatais de controle, por mais eficientes e bem intencionadas que essas possam ser. Somente uma conscientização geral sobre a importância do equilíbrio dessa relação permitirá que esse objetivo seja alcançado.

Ciente disso, a Constituição impôs de forma clara ao poder público o dever de promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino, bem como a conscientização pública para a preservação do meio ambiente. Explicando as razões que levaram o constituinte a seguir por esse caminho, doutrina Édis Milaré:

A sustentabilidade do Planeta está, sem dúvida, nas mãos do homem, o único ser capaz de, com suas ações, romper o equilíbrio dinâmico produzido espontaneamente pela interdependência das forças da natureza e modificar os mecanismos reguladores que, em condições normais, mantêm ou renovam os recursos naturais e a vida na terra. (...) Foi, por certo, tendo em mente esse cenário – no qual o homem paulatinamente redescobre que é parte integrante do mundo natural – que o legislador brasileiro consagrou a Constituição de 1988 o princípio e a determinação de que a educação ambiental permeie os currículos de todos os níveis de ensino, e que a população em geral seja conscientizada acerca da necessidade de preservar o meio ambiente.²²³

Não se delineou no texto constitucional o conteúdo do que se chama de educação ambiental ou as ações de conscientização a serem realizadas, ficando essa tarefa a cargo do legislador e do administrador. Entretanto, a obrigação de que alguma educação ambiental seja promovida em todos os níveis de ensino é inafastável e independe da boa vontade dos Poderes Executivo e Legislativo. O mesmo se diga para alguma ação de conscientização.

De modo a dar rendimento a esse dispositivo foi editada a Lei Federal nº. 9.795, de 27 de abril de 1999, que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental. Em seu

²²³ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 171.

art. °1, essa lei define como educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

Vale ressaltar que, antes mesmo da Constituição, a Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei Federal nº. 6.938/1981, previa entre seus princípios a educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente (art. 2º, X).

4.2.3.6. O dever de 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. (art. 225, § 1º, VII)

O meio ambiente é composto de inúmeros elementos bióticos e abióticos. Os primeiros, representados por todos os seres vivos, são classificados pela Biologia em cinco reinos: monera, protista, plantae, animalia e fungi. Os segundos são compostos pelos fatores físicos e químicos de um ecossistema. Tanto os elementos bióticos como os abióticos desempenham papel fundamental para manutenção da sadia qualidade de vida.

O art. 225, § 1º, I da Constituição versa especificamente sobre a proteção fauna e da flora, impondo tal dever ao poder público. O termo fauna serve para designar o conjunto de animais que vive em determinada região, ambiente ou período biológico. Flora, por sua vez, é um coletivo que se refere a todas as espécies vegetais existentes em uma localidade ou país. Houve, como se vê, uma preocupação constitucional específica voltada a dois reinos que compõe os elementos bióticos, o animalia e o plantae, tendo em vista sua especial importância e o maior risco a quem vem sendo historicamente submetido.

De forma complementar à exigência de proteção da fauna e da flora, esse dispositivo também estabeleceu uma vedação a qualquer prática que coloque em risco a sua

função ecológica, provoque a extinção de espécies ou submeta os animais a crueldade. Função ecológica é a função desempenhada por determinada espécie em um ecossistema. As abelhas, por exemplo, têm como uma de suas funções a polinização das flores. Como leciona Édís Milaré²²⁴, “ao vedar as práticas que coloquem em risco a função ecológica tanto da fauna quanto da flora, a Constituição estende a proteção para além do ser vivo, abrangendo suas relações ecossistêmicas com o entorno”.

Ao lado da preocupação com a função ecológica está a preocupação do constituinte com a extinção das espécies, ou seja, com seu desaparecimento. As questões estão interrelacionadas, já que a extinção da espécie prejudicará necessariamente sua função. É inegável que o processo de evolução natural dos seres vivos acarreta a extinção de algumas espécies independentemente da ação humana. O caso dos dinossauros é um exemplo disso. Entretanto, as atividades humanas sobre a terra têm acelerado esse processo, gerando sérios desequilíbrios nos ecossistemas. É sobre essas ações - e não sobre o processo natural de extinção - que repousa a maior preocupação constitucional.

Há também uma preocupação do constituinte com ações humanas que resultem em crueldade contra animais, ainda que isso não leve à extinção de espécies ou à perda de sua função ecológica. Nesse caso, a preocupação parece estar mais associada ao reconhecimento de um valor em si aos animais pelo ser humano e da necessidade de respeito a eles. Essa proteção é dirigida pela Carta Magna especificamente aos animais e não a todas as espécies que compõe a biodiversidade.

Instado a se manifestar sobre o tema em diversas situações em sede de controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal vem julgando inconstitucionais leis estaduais que consagram práticas entendidas como cruéis. Foi o que aconteceu com as leis fluminense e catarinense que tentaram regular as chamadas brigas de galo. A

²²⁴ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: gestão ambiental em foco*. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 175.

primeira foi avaliada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1856²²⁵ e a segunda na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2514²²⁶.

Em termos de atribuição de conteúdo ao direito ao meio ambiente equilibrado, extrai-se desse dispositivo um dever concreto dirigido ao poder público de proteger a fauna e a flora e de vedar práticas que possam acarretar extinção de espécies, perda de sua função ou crueldade contra animais. Essa vedação deve ser feita na forma da lei, ou seja, cabe ao legislador ordinário estabelecer os mecanismos adequados para alcançar esses objetivos. No entanto, até que essa lei seja editada, há quem defenda, como Paulo Affonso Leme Machado, que a norma constitucional seja aplicada diretamente. Comentando julgado do STF, assim se posiciona o autor:

A interpretação da Corte Constitucional brasileira não deixa uma norma constitucional inerte e sem possibilidade de ser aplicada se a legislação infraconstitucional não lhe der forma. Omitindo-se a legislação ordinária ou a Administração Pública, importa é o conteúdo da norma constitucional, que é autoaplicável.²²⁷

4.2.3.7. Preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético (art. 225, § 1º, II)

O patrimônio genético de uma país é o conjunto de genes de todos os seres vivos existentes em seu território. Abrangem desde os materiais genéticos presentes nas formas mais simples de vida, como os organismos unicelulares, até as mais complexas, como os seres humanos.

Um país megabiodiverso como o Brasil, no qual existem inúmeras formas de vida, é naturalmente agraciado por uma diversidade genética substancial, o que amplia e enriquece seu patrimônio genético. Essa diversidade decorre tanto da variedade de

²²⁵ ADI 1856, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011, DJE-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-02 PP-00275 RTJ VOL-00220-PP-00018 RT v. 101, n. 915, 2012, p. 379-413.

²²⁶ ADI 2514, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2005, DJ 09-12-2005 PP-00004 EMENT VOL-02217-01 PP-00163 LEXSTF v. 27, n. 324, 2005, p. 42-47.

²²⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 164.

espécies existentes, como das variações genéticas que ocorrem entre as próprias espécies.

A manutenção da *integridade* desse patrimônio genético e de sua *diversidade* são fundamentais para garantir o equilíbrio dos ecossistemas e a sobrevivência das espécies. Sem diversidade entre espécies, sua capacidade de adaptação reduz-se drasticamente, o que pode levar a seu desaparecimento em caso de eventos adversos²²⁸. Sem integridade, o desequilíbrio do ecossistema tende a ser imediato.

Além do valor do patrimônio genético para a manutenção desse equilíbrio, é inegável que ele é também fonte de inúmeras possibilidades para a produção de bens que atendem os interesses humanos. É de pesquisas com organismos vivos que comumente surgem novas soluções nos setores farmacêutico, cosmético, químico, agrícola e muitos outros.

Diante dessas importantes funções desempenhadas pelo patrimônio genético nacional, a Carta Magna teve por bem impor ao Poder Público o dever de preservar a sua diversidade e integridade. O atendimento dos outros deveres previstos entre as normas-instrumentos por si só contribuem substancialmente para o cumprimento desse objetivo. Ao proteger a fauna e a flora, por exemplo, o dever de preservação do patrimônio genético presente nos animais e plantas estará sendo, em alguma medida, atendido. Entretanto, a Carta Magna foi além, e teve por bem eleger o patrimônio como objeto de proteção especial e independente de outros deveres.

Além do dever geral de preservação, o art. 225, § 1º, II traz um dever específico voltado à fiscalização de atividades de pesquisa e manipulação de material genético. Trata-se, sem dúvida, de uma resposta do constituinte às dúvidas que existiam - e ainda existem - sobre os efeitos que essas atividades podem ter sobre a integridade e diversidade do patrimônio genético.

²²⁸ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 163.

Essas dúvidas estão intimamente associadas a algumas tecnologias desenvolvidas e aplicadas pelo setor de biotecnologia com vistas a obter organismos mais eficientes para o atendimento das necessidades humanas. A principal delas é a chamada técnica do DNA recombinante²²⁹, também conhecida como engenharia genética, que permite o recorte e inserção de novos genes em um organismo para que esse desempenhe uma função desejada. O problema é que essas alterações genéticas promovidas artificialmente pelo homem podem trazer efeitos não desejados, o que justifica a adoção de medidas de controle²³⁰.

Em suma, extrai-se desse dispositivo um dever específico voltado ao Poder Público: a preservação da integridade e diversidade do patrimônio genético. Para tanto, dentre outras medidas, esse deverá fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético. A forma de realização dessa fiscalização não foi definida pela Carta Magna.

4.2.4. Determinações específicas

O terceiro conjunto de enunciados normativos previstos no art. 225 estão indicados nos parágrafos 2º a 6º. Como se verá, são regras específicas sobre temas variados que

²²⁹ Sobre o tema, ensina Pedro Canisio Binsfeld: “A engenharia genética para fins de produção de organismos geneticamente modificados baseia-se num conjunto de técnicas e ferramentas que permitem a intervenção seletiva no genoma de um organismo. Esta intervenção permite recortar ou inserir novos genes para novas características no organismo, visando aumentar sua utilidade. (...) Ter o controle sobre recortar e colar as sequências de DNA nos genomas dos organismos permitiu a transferência de genes entre distintos genomas, o que possibilitou a obtenção de organismos geneticamente modificados com características novas, pela adição ou deleção de genes.” (BINSFELD, Pedro Canisio. *Biotecnologia e biossegurança*. In: BINSFELD, Pedro Canisio (org.). *Fundamentos técnicos e o sistema nacional de biossegurança em biotecnologia*. Rio de Janeiro: Editora Interciência, 2015.p.8)

²³⁰ Nesse sentido são as ponderações de Pedro Binsfeld: “A engenharia genética permite a transposição de barreiras naturais de reprodução e transferência de genes. Dessa transferência gênica decorrem efeitos intencionais, correspondentes às características desejadas, ou efeitos não intencionais. Os potenciais riscos estão associados ao novo DNA transferido para o organismo, ao produto de expressão (a proteína) ou, ainda, a efeitos inesperados, decorrentes da inserção do novo gene no genoma do organismo. (...) Contudo, as incertezas associadas aos OGMs, manifestadas pelos próprios cientistas desde o início do desenvolvimento da engenharia genética, que persistem até hoje, exigem adoção de medidas técnicas e regulatórias de biossegurança, considerando que a biotecnologia moderna deve ser parte da solução dos grandes desafios para o desenvolvimento sustentável.” (BINSFELD, Pedro Canisio. *Biotecnologia e biossegurança*. In: BINSFELD, Pedro Canisio (org.). *Fundamentos técnicos e o sistema nacional de biossegurança em biotecnologia*. Rio de Janeiro: Editora Interciência, 2015. p.10.)

mereceram atenção da Constituição pela importância que representam e por já ter o constituinte maior clareza e consenso sobre como regulá-lo.

4.2.4.1. A exploração de recursos minerais e o dever de recuperação do meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei (art. 225, § 2º).

De uma maneira geral, a mineração pode ser definida como a extração de minerais existentes nas rochas e/ou no solo²³¹. Pela sua própria natureza, essa atividade causa inevitáveis impactos ambientais, afinal, para extrair o minério de rochas e/ou do solo, normalmente há necessidade de supressão da vegetação existente no local, escavação do terreno, deposição de rejeitos em determinado local, etc. Isso sem falar nos impactos causados para a implantação e operação da infraestrutura necessária para viabilizar economicamente essa atividade, como é o caso de estradas, minerodutos, usinas, etc.

Os impactos decorrentes dessa atividade são há muito conhecidos no Brasil. Nossa tradição na produção de minérios remonta os tempos de colônia, tendo a exploração do ouro sido a principal atividade econômica desenvolvida em território nacional no século XXVIII, período em que a produção de açúcar experimentava franca decadência. Sobre a relevância dessa atividade, registra Celso Furtado:

A exportação do ouro cresceu em toda a primeira metade do século XVIII e alcançou seu ponto máximo em torno de 1760, quando atingiu cerca de 2,5 milhões de libras. Entretanto, o declínio no terceiro quartel do século foi rápido e, já por volta de 1780, não alcançava 1 milhão de libras. O decênio compreendido entre 1750 e 1760 constituiu o apogeu da economia mineira, e a exportação se manteve então em torno de 2 milhões de libras.²³²

Em razão disso, a Constituição teve um cuidado de reservar a essa atividade tratamento próprio e de impor aos responsáveis pela exploração de recursos minerais

²³¹ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL. Disponível em: <<http://www.dnpm-pe.gov.br/Geologia/Mineracao.php>> Acesso em: 30 de set. 2015.

²³² FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 124.

o dever de reparar o meio ambiente degradado. Essa reparação jamais terá o condão de retornar o meio ambiente ao *status quo ante*, mas deverá seguir a solução técnica exigida pelo órgão ambiental, na forma da lei. Mais uma vez, delegou-se ao legislador a tarefa de definir em lei a solução técnica adequada para essa reparação.

Atualmente, a obrigação de recuperação das áreas degradadas é regulada pela Lei Federal nº. 6.938/1981 e pelo Decreto Federal nº. 97.632, de 10 de abril de 1989. Em seu art. 1º, esse regulamento impõe ao responsável pelo empreendimento minerário o dever de submeter ao órgão ambiental, juntamente com o EIA, um plano de recuperação de áreas degradadas. Essa recuperação terá por objetivo o retorno do sítio degradado a uma forma de utilização, de acordo com um plano preestabelecido para o uso do solo, visando à obtenção de uma estabilidade do meio ambiente.

Vê-se, assim, que esse dispositivo constitucional impõe ao responsável pela exploração de recursos minerais um dever inarredável de reparar a degradação provocada por sua atividade. Esse dever independe da legalidade desta, como bem observa Édis Milaré:

Não se condiciona, a bem ver, a obrigação de reparar o ambiente degradado à apuração de culpa, já que 'o constituinte quis reconhecer desde logo que essa atividade, pelo seu simples exercício, provoca degradação ambiental, pelo que, independentemente do regime permissionário de sua exploração, na forma prevista no capítulo da ordem econômica, e sem embargo do cumprimento de todas as normas e padrões fixados no ato administrativo que a autorizou, restaria a obrigação de recuperar o meio ambiente.²³³

Por outro lado, a Constituição outorgou ao legislador a faculdade de definir os critérios para a definição da solução técnica pelo órgão competente estabeleceu que, caso concreto, será ele a indicar o caminho a ser tomado pelo empreendedor. Assim, não parece haver espaço, por exemplo, para que determinada lei outorgue a entes que façam parte de outros Poderes (Legislativo, por exemplo), o direito de resolver sobre a solução a ser tomada nesse ou naquele caso. A atuação do legislador termina com a delimitação dos parâmetros.

²³³ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: gestão ambiental em foco*. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 180.

4.2.4.2. 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 (art. 225, § 3º)

Buscando garantir a efetiva realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição reprimiu expressamente toda e qualquer conduta potencialmente danosa a esse bem jurídico tão relevante. E o fez de forma vigorosa, valendo-se de várias técnicas existentes, ao estabelecer que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitariam os infratores a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Consagrou-se aí o que a doutrina passou a denominar de *tríplice responsabilidade*²³⁴ em matéria ambiental, já que violações nessa área passaram a acarretar potencialmente consequências de ordem cível, criminal e administrativa.

O coração dessa *tríplice responsabilidade* encontra-se no art. 225, § 3º. Esse dispositivo é claramente voltado para a regulação das sanções penais e administrativas decorrentes de condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente. Daí se pode extrair a possibilidade de responsabilização das pessoas físicas e jurídicas e de cumulação de sanções penais e administrativas. Entretanto, impossível se promover uma aplicação direta dessas a partir do texto constitucional, que sequer indica que penalidades seriam essas. A sua instituição fica a cargo do legislador ordinário, que, em âmbito federal, deu rendimento a esse dispositivo por meio da edição da Lei Federal nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

O dever de reparar os danos causados é, também, ressalvado no referido dispositivo para que não se pudesse entender que esse poderia ser substituído pelas demais sanções. Pelo texto constitucional, esse é, independente das sanções aplicadas, um dever dos infratores.

Assim, extrai-se desse dispositivo o poder-dever de o Legislativo estabelecer sanções penais e administrativas contra atividades lesivas ao meio ambiente. A delimitação dessas sanções fica dentro de sua liberdade de conformação.

²³⁴ THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. p. 571.

4.2.4.3. *A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira como patrimônio nacional (art. 225, § 4º)*

A Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são biomas existentes no território nacional cuja preservação é vital para garantir o equilíbrio dos ecossistemas e a variabilidade genética. A Serra do Mar, curiosamente incluída ao lado desses biomas, é uma cadeia montanhosa que se estende ao longo do litoral do Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná e Santa Catarina, na qual predomina a Mata Atlântica.

De modo a assegurar a preservação desses relevantes biomas, a Constituição atribuiu a eles o status de *patrimônio nacional*, e estabeleceu que sua utilização se daria, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. Com isso, a Carta Magna buscou assegurar uma proteção específica para esses biomas, outorgando ao legislador o poder de limitar sua utilização para garantir esse objetivo.

Interessante notar que a atribuição do status de patrimônio nacional nesses casos não teve por objetivo estatizar esses biomas e transformá-los em patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios. Essa questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de Recurso Extraordinário que discutia o direito a indenização de proprietário que teve área desapropriada para a constituição de unidade de conservação na Serra do Mar. Na ementa desse julgado, colhe-se o seguinte:

A norma inscrita no art. 225, § 4º, da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5º, XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis a atividade estatal. 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, 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 à preservação ambiental.²³⁵

4.2.4.4. A indisponibilidade das terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais (art. 225, § 5º)

O conceito de terras devolutas é alcançado por exclusão. Consideram-se como tais todas as áreas existentes no território nacional que integram o patrimônio das pessoas federativas, mas não estejam afetadas para qualquer uso público. Nesse sentido são as lições de José dos Santos Carvalho Filho:

Terras devolutas são as áreas que, integrando o patrimônio das pessoas federativas, não são utilizadas para quaisquer finalidades públicas específicas. Fazem parte do domínio terrestre da União, dos Estados e Municípios e, enquanto devolutas, não têm uso para serviços administrativos.²³⁶

Para delimitar e separar essas terras das propriedades dos particulares, o ente público pode se valer da chamada ação discriminatória, que é regulada pela Lei Federal nº. 6.383, de 7 de dezembro de 1976. Essa demanda tem como desfecho a delimitação das linhas demarcatórias do domínio público e privado.

De modo a promover a proteção ambiental, a Constituição optou por tornar todas as terras devolutas, estejam elas discriminadas ou não, indisponíveis sempre que elas forem necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. Sendo assim, não poderá o Poder Público aliená-las a terceiros sempre que estiverem associadas a essa finalidade. É como se nesses casos houvesse uma afetação automática desses bens ao atendimento desse objetivo.

²³⁵ RE 134.297, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-1995, Primeira Turma, DJ de 22-9-1995.

²³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1016.

4.2.4.5. *A necessidade de lei federal para a definição da localização de usinas que operem com reator nuclear (art. 225, § 6º)*

Os acidentes nucleares ocorridos no curso da história, em especial o maior deles, Chernobyl, levou o constituinte a reservar ao tema da energia nuclear um dispositivo próprio. Nesse, com o claro objetivo de garantir um maior controle sobre esse tipo de empreendimento e assegurar um debate nacional sobre a conveniência de sua utilização, exigiu-se que a definição da localização das usinas que operem com reator nuclear seja feita por meio de lei federal, o que garante a participação de todos os entes que compõe a federação brasileira nessa tomada de decisão.

Em termos de conformação do direito ao meio ambiente equilibrado, esse dispositivo estabelece um controle claro ao uso de reatores nucleares por meio da exigência de lei federal para determinar a localização de um empreendimento. Sua aplicabilidade é direta e imediata e não há espaço para escolha do legislador ordinário quanto à pertinência ou não de se exigir a edição dessa lei. Entretanto, como registra Édis Milare²³⁷, há discussões sobre o conteúdo da lei em questão, se geral, fixando os critérios a serem seguidos para a definição da localização, ou específica, devendo haver uma lei para cada instalação.

4.2.5. O alcance da liberdade de conformação do legislador nos dispositivos constitucionais e sua influência no controle de constitucionalidade

Como se espera ter demonstrado ao longo desse item 4.2, o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado foi consagrado na Constituição por meio de enunciados dos quais é possível extrair tanto princípios como regras. A liberdade de conformação do legislador na concretização desse direito varia de acordo com essa estrutura, sendo maior nas situações em que a regulação se dará sobre tema não tratado por regras constitucionais, fundando-se apenas na norma-matriz, e menor na edição de leis baseadas nas normas-instrumento ou nas determinações particulares, onde predomina a estrutura de regras.

²³⁷ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: gestão ambiental em foco*. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 188.

Mesmo entre as regras, a liberdade de conformação varia significativamente. No caso específico do EIA, por exemplo, o espaço do legislador fica restrito ao alcance dado ao termo significativo e à forma do estudo. No entanto, esse não poderá excluir empreendimentos de significativo impacto, ainda que tenha para tanto as melhores razões. Por outro lado, há larga margem de conformação na definição das penalidades aplicáveis a atividades lesivas ao meio ambiente.

É fundamental que no controle de constitucionalidade de leis o Judiciário atente para essa realidade e não reduza a liberdade que a Constituição outorgou ao Legislativo. Isso não significa que se defenda aqui a não atuação desse Poder em qualquer dessas hipóteses. A questão é que essa atuação precisará ser calibrada na forma da Constituição, ora se admitindo um maior grau de intervenção, ora se exigindo uma maior autocontenção. O que não se pode admitir em hipótese alguma é a substituição da escolha política do Legislativo pela do Judiciário. Sobre o espaço de conformação do legislador na concretização de direitos fundamentais, veja-se as lições de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Respeita-se, contudo, em princípio, a liberdade de conformação do legislador, a quem se reconhece discricionariedade na opção normativa tida como mais oportuna para a proteção dos direitos fundamentais. Cabe aos órgãos políticos, e não ao Judiciário, indicar qual a medida a ser adotada para proteger os bens jurídicos abrigados pelas normas definidoras de direitos fundamentais. A dimensão objetiva cria um direito a prestação associado a direito de defesa, e esse direito a prestação há de se sujeitar à liberdade de conformação dos órgãos políticos e ao condicionamento da reserva do possível.²³⁸

²³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.205-206.

5. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No caminho em busca de parâmetros adequados para o controle de constitucionalidade de leis ambientais que harmonizem a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a discricionariedade legislativa, traçamos até aqui os traços distintivos das leis ambientais, da distribuição de competências feita pela Constituição para sua edição e dos contornos dados por esta ao direito ao meio ambiente equilibrado. Nosso próximo passo, antes de chegar ao destino pretendido, será explorar o funcionamento do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Essa segunda parte do trabalho foi dividida em três capítulos, correspondentes ao quinto, sexto e sétimo. Neste, trataremos do controle de constitucionalidade de uma forma geral, identificando suas raízes, características, classificações e funcionamento no sistema constitucional brasileiro. Demonstramos ainda sua específica atuação sobre as normas ambientais. No capítulo 6 abordaremos a importância e influência da interpretação constitucional e da argumentação no exercício do controle. Já no capítulo 7 discutiremos as discussões em torno da legitimidade do controle de constitucionalidade e sua relevância para a definição dos parâmetros de controle.

5.1. O surgimento do controle de constitucionalidade

Atribui-se o surgimento do controle de constitucionalidade à prática da Suprema Corte dos Estados Unidos, e sua elaboração definitiva ao juiz Marshall no julgamento do caso *Marbury v. Madison*²³⁹. Entretanto, antes desse precedente emblemático, outros interessantes casos já lançavam as bases para a construção que viria a ser lapidada e exposta com clareza e rigor por Marshall. Nesse sentido, basta dizer que, em levantamento sobre o assunto, Mauro Cappelletti identifica as origens remotas

²³⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 397.

dessa doutrina na Antiguidade, especificamente em Atenas, e faz também menção às contribuições colhidas na Idade Média²⁴⁰.

Um dos antecedentes históricos mais citados nessa linha é o chamado Dr. Bonham's Case, julgado na Inglaterra em 1610. O caso envolveu um conflito entre Dr. Bonham, médico graduado na universidade de Cambridge, e o Conselho de Medicina de Londres. A legislação local estabelecia que para atuar nessa cidade o médico deveria se submeter a um exame do Conselho para obter uma licença específica, o que ele fez, mas não foi aprovado. Apesar disso, seguiu atuando em violação às normas aplicáveis, pois entendia que não poderia esse órgão fiscalizar um médico formado em Cambrigde.

Por seu desrespeito à lei, Dr. Bonham foi primeiro multado e intimado a cessar sua atuação. Como não o fez, acabou sendo detido por seus pares, o que era teoricamente possível de acordo com a legislação local. Diante disso, ele decidiu questionar a validade de sua prisão perante a *Court of Common Pleas*, tendo seu caso sido analisado por Sir. Edward Coke.

Em voto que entraria para a história, Coke reconheceu possibilidade de controle e anulação de leis emanadas do parlamento pelo Judiciário. O parâmetro invocado para controle, no entanto, foi a *common law* e não a constituição, como viria a ocorrer no caso *Marbury v. Madison*, do qual adiante falaremos. Lê-se nesse conhecido voto:

E aparece em nossos livros que, em muitos casos, a *common law* controlará atos do parlamento, e algumas vezes os julgará completamente nulos: quando um ato do parlamento é contrário ao que é comumente tido como certo e razoável, ou é repugnante ou é impossível de ser executado, a *common law* o controlará, atribuindo a ele a qualificação de nulo (tradução livre).²⁴¹

²⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabric Editor, 1992. p. 45.

²⁴¹ Trecho do voto: "And it appears in our books, that in many cases, the common law will control acts of parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such act to be void."". Disponível em: < http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendV_due_process1.html>. Acesso em: 6 de out. 2015 .

Quase 200 anos depois, precisamente em 1803, a doutrina iniciada por Coke seria sedimentada por Marshal em *Marbury v. Madison*. Assim como o *Bonham's Case*, esse caso não parecia talhado para ser o grande precedente que se tornou. Tratava-se de uma ação movida por William Marbury em face do Secretário de Estado dos Estados Unidos, James Madison, na qual buscava obter uma ordem que garantisse sua nomeação para o cargo de juiz de paz. Marbury havia sido nomeado para esse cargo pelo presidente John Adams, mas Madison, que era Secretário de Estado do presidente Thomas Jefferson, sucessor de Adams, se recusou a entregar a Marbury o ato de investidura. Assim agiu por ordem de Jefferson, que queria evitar a ampliação da influência do governo que o antecederia no Poder Judiciário por meio da investidura dos juízes nomeados pelo ex-presidente Adams.

O pedido formulado por Madison diretamente à Suprema Corte tinha por fundamento uma lei de 1789, que havia lhe atribuído competência originária para julgar ações como a proposta por Madison. Essa competência não estava prevista originalmente entre aquelas atribuídas à corte pela Constituição americana, tendo sido criada pela referida lei. A Corte rejeitou o pedido de Madison, ficando a redação do voto que representou a decisão a cargo do juiz Marshal.

Em seu denso arrazoado, após reconhecer que Marbury tinha direito à nomeação e que, havendo tal direito, caberia ao Judiciário garantir sua realização, Marshal passa a avaliar se tal direito poderia ser garantido pela Suprema Corte. Para tanto, examina primeiramente a compatibilidade entre a lei que atribuiu a ela competência para conhecer ações desse tipo e a Constituição americana. Isso porque, como visto, tal competência não estava prevista originalmente em seu texto. Nessa avaliação, que conclui pela inconstitucionalidade da lei, Marshal fixa princípios elementares que lastreariam sua conclusão e que fundamentam o controle de constitucionalidade.

O primeiro desses princípios é o de que todos aqueles que redigem constituições as têm como a lei fundamental de uma nação. O segundo é o de que toda lei contrária à Constituição deve ser nula. Essa ideia estaria, segundo ele, associada à própria noção das constituições escritas e, por isso, deveria ser considerada como um dos princípios

básicos da sociedade americana²⁴². O terceiro princípio fixado foi de que em caso de conflito entre a lei e a Constituição, se ambas se aplicassem ao caso, caberia ao Poder Judiciário decidir qual delas deveria ser aplicada. Tal definição seria da essência da função judicial²⁴³. Como a constituição seria superior à lei, esta deveria reger o caso nessas situações de conflito²⁴⁴. Assim, por entender que a lei que atribuiu competência originária à Suprema Corte para julgar a ação de Marbury seria contrária à Constituição, o seu pedido foi negado.

Sobre a importância da decisão em questão, após fazer uma rica análise do contexto político em que foi proferida, assim se manifestou Luís Roberto Barroso:

Marbury v. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham.²⁴⁵

Porém, se é certo que a construção de John Marshall no magistral voto proferido nesse caso tem o mérito de ter iniciado algo inegavelmente novo, é igualmente incontestável que tal não se deu como ato de improvisação e sim como um amadurecimento e aperfeiçoamento das construções de outros que os antecederam, como é o caso de Sir. Edward Coke. É o que adverte Mauro Cappelletti em obra na

²⁴² Trecho do voto: “Certainly all those who have framed written Constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be that an act of the Legislature repugnant to the Constitution is void. This theory is essentially attached to a written Constitution, and is consequently to be considered by this Court as one of the fundamental principles of our society. It is not, therefore, to be lost sight of in the further consideration of this subject.” (Disponível em :< <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>> . Acesso em: 30 de mar. 2015.

²⁴³ Trecho do voto: “So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.” (Disponível em :< <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>> . Acesso em: 30 de mar. 2015.

²⁴⁴ Trecho do voto: “If, then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.” (Disponível em :< <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>> . Acesso em: 30 de mar. 2015.

²⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32.

qual se dedica ao estudo do controle judicial de constitucionalidade no direito comparado:

Se esta corajosa, decidida afirmação de John Marshall efetivamente iniciou, na América e no mundo, algo de novo e de importante, ela foi, porém, ao mesmo tempo, como já me pareceu ter exaustivamente demonstrado, não um gesto de improvisação, mas, antes, um ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal.²⁴⁶

5.2.. Noção de jurisdição constitucional e os limites da presente abordagem

O termo jurisdição constitucional designa a aplicação da constituição por juízes e tribunais. O controle de constitucionalidade se dá inegavelmente nesse contexto, já que envolve a análise da compatibilidade da lei com a Constituição realizada pelo Poder Judiciário. Entretanto, esse termo engloba outras atividades que extrapolam o controle de constitucionalidade, abrangendo também a aplicação direta da Constituição pelo Poder Judiciário.

Imagine-se, por exemplo, que um cidadão ajuíze uma ação popular com o objetivo de anular determinada licença ambiental concedida para a instalação de empreendimento em desacordo com a legislação vigente. O Judiciário deverá processar a ação pela aplicação direta do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, mas nem por isso estará realizando controle de constitucionalidade.

Outro exemplo de atuação do judiciário no exercício da jurisdição constitucional sem envolver controle de constitucionalidade se dá no julgamento de ações visando à implementação de políticas públicas com vistas a promover o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Foi o que se deu no julgamento no Recurso Extraordinário nº. 254.764²⁴⁷, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a

²⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 63.

²⁴⁷ AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MEIO AMBIENTE – ESGOTO – LANÇAMENTO EM RIO – VIABILIDADE. Mostra-se consentâneo com a ordem jurídica vir o Ministério Público a ajuizar ação civil pública visando ao tratamento de esgoto a ser jogado em rio. Nesse caso, não cabe cogitar da impossibilidade jurídica do pedido e da extinção do processo sem julgamento do mérito. (RE 254764, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 24/08/2010, DJe-034 DIVULG 18-02-2011 PUBLIC 21-02-2011 EMENT VOL-02467-01 PP-00207 RTJ VOL-00219- PP-00582 LEXSTF v. 33, n. 386, 2011, p. 155-159)

possibilidade de atuação do Poder Judiciário para obrigar determinado Município a realizar prévio tratamento antes de lançar esgoto em rio.

Assim, vê-se que a jurisdição constitucional, como expressão utilizada para designar amplamente a aplicação da constituição pelos tribunais, é gênero que comporta também o controle de constitucionalidade, mas não só ele. Nesse sentido são os ensinamentos de Mauro Cappelletti:

Na verdade, parece oportuno precisar, desde agora, que o tema do controle da constitucionalidade das leis não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição constitucional, a *Verfassungsgerichtsbarkeit* dos alemães. Ele, ao contrário, não representa senão um dos vários possíveis aspectos da assim chamada *justiça constitucional*, e, não obstante, um dos aspectos certamente mais importantes.²⁴⁸

No presente trabalho, não trataremos da jurisdição constitucional em geral, mas apenas de uma de suas manifestações, que é o controle de constitucionalidade de leis. Assim, não será objeto de nossa preocupação situações como a descrita acima, na qual o Poder Judiciário simplesmente aplica uma regra ou princípio extraído da Carta Magna para a solução de um conflito. Trataremos apenas dos casos em que esse é chamado a falar sobre a compatibilidade de uma lei com a Constituição.

Sendo assim, também não abordaremos aqui o controle de constitucionalidade exercido preventiva ou repressivamente por outros órgãos que não o Poder Judiciário. É o que ocorre, por exemplo, quando Poder Executivo exercita o poder de veto (art. 66, parágrafo primeiro, da CF) ou quando o Legislativo rejeita um projeto por meio das Comissões de Constituição e Justiça, susta atos do Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa, ou ainda quando rejeita medida provisória por inconstitucionalidade.

5.3. Os pressupostos do controle de constitucionalidade

²⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p.23-24. Na mesma linha: BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25.

O Dicionário Houaiss define como pressuposto “circunstância ou fato em que se considera um antecedente necessário de outro”²⁴⁹. Segundo Luís Roberto Barroso²⁵⁰, o controle de constitucionalidade lastreia-se em dois pressupostos fundamentais: a supremacia da Constituição e a rigidez constitucional. Ausentes esses pressupostos, não teremos as condições mínimas necessárias para a existência de mecanismos de controle de constitucionalidade.

Entende-se por supremacia a superioridade hierárquica de que é dotada a Constituição em relação a todas as demais leis e atos normativos existentes no sistema. Por força dessa ideia, esses atos jamais poderão subsistir se estiverem em confronto com a Constituição, já que ela é o fundamento de validade de todo o sistema. Caso conflitem com ela, serão considerados inválidos.

Sem que o sistema admita que a Constituição seja superior às demais leis, não haveria sentido em se falar em controle de constitucionalidade. Esse só existe para verificar se uma lei superveniente é compatível com outra que a antecede, de modo a definir se aquela deve subsistir ou ser rejeitada pelo sistema no qual pretende se inserir. Se a primeira não fosse superior à segunda, não haveria que se falar na rejeição dessa, pois não haveria fundamento para tanto. A nova lei, sendo de mesma hierarquia, revogaria a primeira ou com ela conviveria lado a lado em uma situação de absoluta disfunção do sistema, já que ambas poderiam ser aplicadas a critério do intérprete.

Sobre a essencialidade da supremacia para a existência do controle de constitucionalidade, leciona Celso Ribeiro Bastos:

O que não padece de dúvida é a absoluta necessidade de coexistirem como realidades autônomas as normas controladas e o padrão em função do qual elas vão ser aferidas, isto é, as leis ordinárias e as leis constitucionais. Isso porque, se em algum momento elas deixarem de existir com características próprias que se apartem entre si, desaparecida estará a possibilidade de qualquer controle ou exame de constitucionalidade das leis. Niveladas juridicamente, não há mais que falar em verificação de adequação de

²⁴⁹ GRANDE DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA BETA. Disponível em:<<http://houaiss.uol.com.br>>. Acesso em: 9 abr. 2015.

²⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 24.

umas às outras, processo que implica a existência de superioridade de umas em relação às outras, relação essa extinta pela ocorrida nivelção.²⁵¹

O segundo pressuposto fundamental para a existência do controle de constitucionalidade é a rigidez constitucional. Em sua acepção geral, rígido é o que não maleável, que é duro. É o antônimo de flexível. No contexto da dogmática constitucional, a ideia é justamente esta. O termo rigidez constitucional é utilizado para designar o fato de que a alteração da Constituição ou não é possível, como ocorre com as cláusulas pétreas, ou está sujeita a um procedimento mais complexo, distinto daquele aplicado para a geração de normas infraconstitucionais. Isso significa que processo ordinário de criação de atos normativos jamais poderá resultar alteração do texto constitucional. Sobre a rigidez constitucional, pontua o mesmo Celso Ribeiro Bastos:

Consectário essencial da superioridade que se atribuiu às normas constitucionais sobre as demais foi a prescrição de um processo especial para sua elaboração. Essa circunstância de serem as leis constitucionais elaboradas segundo um processo mais dificultoso que aquele previsto para leis comuns constitui a denominada rigidez constitucional.²⁵²

A aceitação desse pressuposto é necessária porque se a Constituição não for rígida, podendo ser alterada pelo processo ordinário previsto para a produção das leis em geral, jamais se poderia falar em violação dessa por ato superveniente. Na verdade, esse ato não estaria violando a Carta Magna, mas reformando-a. A Constituição de 1988, por exemplo, estabeleceu requisitos específicos para sua emenda, restringindo a iniciativa para deflagração do processo, exigindo quórum específico para sua aprovação, demandando um maior número de discussões sobre a matéria e proibindo sua realização em períodos de anormalidade institucional. Além disso, há matérias sobre as quais a emenda sequer é possível²⁵³.

²⁵¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 392-393.

²⁵² *Ibidem*, p.393-394.

²⁵³ O assunto é regulado pelo art. 60 da Constituição, que tem a seguinte redação: art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas

Há doutrinadores como Dirley da Cunha Junior²⁵⁴ e Celso Ribeiro Bastos²⁵⁵ que identificam ainda um terceiro pressuposto para a efetivação do controle: a existência de um órgão competente para exercê-lo. Essa competência pode estar expressa, como no caso da Constituição Federal de 1988, ou ser implícita, como na Constituição dos Estados Unidos. Sua composição ou mesmo sua localização dentro da estrutura do Estado também podem variar. Todavia, sem a existência de um órgão competente para exercer o controle, esse não terá como se efetivar. No Brasil, essa competência é atribuída a todos os órgãos do Poder Judiciário para o exercício do controle por exceção e ao Supremo Tribunal Federal para o controle por meio de ação direta.

Vale ressaltar, por fim, que o exercício dessa função de controle da lei pressupõe a existência do que a doutrina costuma chamar de Estado Constitucional de Direito e não um Estado de Direito qualquer. No estado constitucional, exige-se do juiz não só a simples aplicação da lei, mas a efetiva realização da Constituição, ainda que para isso tenha que extirpar do ordenamento leis que com ela se mostrem incompatível. É o entendimento de André Ramos Tavares:

O exercício clássico das funções judiciais (juiz segundo a lei) pressupõe um Estado de Direito formal e uma separação (divisão funcional) de Poderes, como observou Calamandrei. Mas o exercício da função de controle da lei pressupõe algo mais, pois essa postura judicial só pode se estabelecer no marco do Estado Constitucional de Direito, e não de qualquer estado.²⁵⁶

Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

²⁵⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 41.

²⁵⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 394.

²⁵⁶ TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19.

5.4. Espécies de inconstitucionalidade

A constituição contém tanto normas que delimitam o conteúdo das leis que serão produzidas, como que regulam a forma de produção dessas. Exemplo da primeira é a previsão contida no art. 225, IV²⁵⁷, no sentido de que o poder público deve 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. Trata-se de norma que delimita claramente o conteúdo da lei a ser produzida. A partir desse comando, o legislador sabe que a lei deve exigir o estudo em questão para empreendimentos dessa natureza. Se não o fizer, violará a Constituição.

Por outro lado, o art. 22, XXII²⁵⁸, da Constituição, é um típico caso de norma que regula não o conteúdo, mas a forma da produção das leis. Esse dispositivo estabelece que cabe privativamente à União legislar sobre jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia. Isso significa que, em regra²⁵⁹, Estados, Distrito Federal e Município não poderão editar leis que versem sobre o assunto, independentemente do conteúdo que venham a ter. Veja-se que nesse caso a lei eventualmente editada pode não violar qualquer regra constitucional que verse sobre jazidas, minas e outros recursos minerais, mas mesmo assim será incompatível com a Constituição, pois violará uma norma que regula a produção das leis.

²⁵⁷ 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: (...) 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;

²⁵⁸ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

²⁵⁹ Exceção a essa regra ocorrerá se for editada lei complementar autorizando os Estados a legislar sobre questões específicas, nos termos do parágrafo único do art. 22.

Também violarão normas que regulam a produção das leis os atos normativos que resultarem de processos legislativos que desrespeitem as regras procedimentais previstas na Carta Magna. Imagine-se, por exemplo, uma situação em que determinado projeto de lei apresentado na Câmara tenha seu texto aprovado nesta Casa, mas seja alterado pelo Senado, sendo em seguida remetido para sanção presidencial. A rigor, nesse caso, o texto alterado deveria retornar para a Casa de origem antes de ser remetido para sanção presidencial, nos termos previstos no art. 65, parágrafo único, da Lei Fundamntal. Como isso não ocorreu, desrespeitou-se o procedimento nela previsto, sendo a lei resultante inconstitucional.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4757, ajuizada pela Associação Nacional de Servidores do IBAMA, relata-se situação muito semelhante ao exemplo acima. Segundo a autora dessa demanda, no processo de elaboração da Lei Complementar Federal nº. 140, de 8 de dezembro de 2011, que versa sobre o exercício de competência comum dos entes federativos em matéria ambiental, o texto aprovado no Senado teria promovido uma alteração substancial do art. 17, § 3º do projeto que havia sido objeto de deliberação pela Câmara dos Deputados. Não obstante isso, em vez de remeter novamente o projeto a esta casa, esse foi diretamente enviado para sanção presidencial, sendo promulgado e publicado. Se os fatos realmente se deram dessa forma, teríamos aí um exemplo de inconstitucionalidade por violação a normas de produção²⁶⁰.

Com base no tipo de norma constitucional violada, o controle de constitucionalidade pode ser classificado como formal ou material (substancial)²⁶¹. Ambos são, como visto, relevantes em se tratando do controle de constitucionalidade de leis ambientais e nortearam a organização deste trabalho, razão pela qual vem a calhar sua adequada distinção.

²⁶⁰ As manifestações apresentadas em defesa do ato inquinado sustentam que houve mera alteração redacional, razão pela qual não haveria necessidade de retorno do texto para a Casa de origem. A ação ainda aguarda julgamento.

²⁶¹ Mauro Cappelletti registra experiências de países que, não obstante admitissem controle de constitucionalidade, o fizeram exclusivamente sob o aspecto formal (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2a. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.p.127) . Não é esse, porém, o caso do Brasil.

Por controle formal entende-se aquele que avalia a violação de normas constitucionais que regulam a competência e o processo de elaboração das leis. No caso de violação às primeiras (regras de competência), há o que a doutrina denomina de inconstitucionalidade orgânica, ao passo que em caso de ofensa às segundas (regras sobre o processo de produção legislativa) estaria a inconstitucionalidade formal propriamente dita. Sobre as diferentes modalidades de inconstitucionalidade formal, leciona Uadi Lammêgo Bulos:

A inconstitucionalidade formal propriamente dita é aquela que contamina o procedimento de elaboração das espécies normativas pela inobservância dos pressupostos técnicos, exigidos para a feitura delas. Por isso, acarreta a nulidade de emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. (...)

Já a inconstitucionalidade formal orgânica é praticada por órgãos que não detêm a competência constitucional para elaborar certos atos normativos, e, mesmo assim, o fazem. Gera, portanto, vícios de competência.²⁶²

Esse mesmo autor identifica ainda uma terceira espécie de inconstitucionalidade formal, que denomina de *temporal*²⁶³. Essa se daria em caso de edição de uma lei durante um período em que isso não fosse possível por força de norma constitucional. Seria caso, por exemplo, de edição de uma emenda constitucional no período em que estivesse decretado intervenção federal, estado de sítio ou estado de defesa, o que violaria o art. 60, §1º²⁶⁴, da Constituição. Trata-se, porém, de hipótese remota e de menor interesse, como ele mesmo reconhece.

Já o controle material (também chamado de substancial ou intrínseco) é aquele realizado por meio da análise da compatibilidade entre o conteúdo da norma e o da Constituição. É o que ensina Clèmerson Mèrlin Clève²⁶⁵: “a inconstitucionalidade material reporta-se ao conteúdo do ato normativo. Importa verificar se ele é compatível com o conteúdo da Constituição. Em não sendo, o ato normativo será materialmente inconstitucional”.

²⁶² BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.144.

²⁶³ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.145.

²⁶⁴ Art. 60. (...) § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. (...)

²⁶⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 42.

O controle material pode ser manifestar de duas formas diferentes: pela incompatibilidade direta entre o conteúdo da lei e o da constituição ou pelo excesso do ato de legislar. A incompatibilidade de conteúdo é mais fácil de verificar. Estará presente sempre que houver previsão em lei contrária à previsão encartada na Constituição. Já a inconstitucionalidade por excesso ou desvio de poder se dará sempre que o Poder Legislativo, apesar de não violar norma expressa da Carta Magna, desviar-se dos fins da Constituição e/ou daqueles por eles declarados. O exercício dessa segunda modalidade de controle é campo especial de atuação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como ensina Luís Roberto Barroso:

Diversos autores incluem no estudo da inconstitucionalidade material a questão do desvio ou excesso de poder legislativo, caracterizado pela edição de normas que se afastam abusivamente dos fins constitucionais e/ou dos fins declarados. A ascensão e difusão do princípio da razoabilidade, com sua exigência de adequação entre meio e fim, de necessidade da medida (com a consequente vedação do excesso) e da proporcionalidade em sentido estrito, de certa forma atraiu o tema para seu domínio, tornando-se, na atualidade, um dos principais parâmetros de controle da discricionariedade dos atos do Poder Público.²⁶⁶

Diferentemente do que ocorre no caso do vício formal, que permite a edição de uma nova lei, até mesmo idêntica, desde que se respeite as normas de competência ou processamento, se o vício é material tal procedimento provavelmente resultará no mesmo resultado: o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei. Isso porque não se tem nesse caso simples desvios procedimentais, mas autêntica desarmonia entre a o conteúdo do ato resultante do processo legislativo e o conteúdo da Constituição Federal.

A distinção entre inconstitucionalidade formal e material tem como principal função permitir a organização do pensamento e, com isso, auxiliar o intérprete na solução dos casos que lhe forem submetidos. A partir dessa bipartição, pode-se identificar os problemas mais comuns em cada tipo de inconstitucionalidade e os critérios adequados para resolvê-los, como fizemos neste trabalho. Entretanto, é importante frisar que o fato de a norma constitucional violada ser de produção (controle formal)

²⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 52-53

ou de conteúdo (controle material) não tem diferença quanto à sua consequência. Seja em um caso ou no outro, a lei que a ofender deverá ser declarada nula.

A única mitigação dessa regra apontada pela doutrina²⁶⁷ se daria em caso de conflito entre uma nova Constituição e uma lei que a preceda. Nessa hipótese, havendo incompatibilidade de conteúdo (material), a lei não seria recepcionada. Contudo, se a incompatibilidade for formal, decorrente de alteração da regra de competência ou da espécie normativa adequada para tratar da matéria na nova Constituição, o entendimento majoritário é no sentido de que a lei será considerada recepcionada, passando a se sujeitar à nova forma apenas para suas alterações. Ou seja, apesar da aparente inconstitucionalidade formal, a lei permaneceria no sistema. Mas mesmo nessa aparente exceção a questão não gira em torno do exercício do controle de constitucionalidade, que não se opera sobre leis anteriores à Carta Magna, e sim sobre a verificação ou não da recepção do ato normativo questionado.

5.5. Modelos de controle de inconstitucionalidade

Segundo Luís Roberto Barroso²⁶⁸, a doutrina identifica três grandes modelos de controle de inconstitucionalidade no mundo: o americano, austríaco e o francês. O primeiro tem como marca característica ser difuso e incidental. Ou seja, todos os juízes e tribunais podem exercê-lo, mas o fazem apenas no exame do caso concreto. O segundo tem como traço distintivo o fato de ser concentrado, de modo que um órgão específico fica encarregado de exercer o controle. Já o terceiro tem como aspectos centrais seu caráter não jurisdicional e o fato de ser prévio, ou seja, de se dar antes da entrada da lei no ordenamento jurídico.

A partir desses distintos modelos, que podemos chamar de ideais, cada país construiu o seu sistema, havendo inúmeras variações. Em alguns casos simplesmente se adotou regras idênticas aos modelos clássicos. Noutros, como o Brasil, adotou-se regramentos que misturam características dos modelos acima, em especial do americano e do austríaco.

²⁶⁷ Ibidem, p. 51.

²⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 24.

De modo a facilitar a compreensão das características e apontar as diferenças de cada um desses modelos, a doutrina propõe várias classificações levando em conta aspectos subjetivos, objetivos ou processuais. Não nos interessa para esse trabalho abordar todas essas classificações ou tratar em detalhes de cada modelo. Entretanto, abordaremos duas que são importantes para a compreensão do modelo brasileiro, quais sejam, a que tem como critério o órgão judicial que exerce o controle e a que considera a forma ou modo de controle judicial. O tema é relevante na medida em que influencia na formação de parâmetros de controle adiante abordados.

5.5.1. Quanto ao órgão judicial que exerce o controle

Com base nesse primeiro critério, chamado de orgânico ou subjetivo²⁶⁹, divide-se o controle em difuso e concentrado.

O controle difuso é aquele que pode ser desempenhado por qualquer órgão que exerça atividade jurisdicional, pouco importando se este é um juiz singular ou o Supremo Tribunal Federal. É difuso exatamente porque o poder para exercê-lo está espalhado entre todos os órgãos. Essa forma de controle tem origem nos Estados Unidos, onde prevalece até hoje e, segundo Clèmerson Merlin Clève²⁷⁰, está presente no Brasil desde a primeira Constituição Republicana, de 1981, tendo também sido consagrado pela Constituição de 1988.

O controle concentrado, por seu turno, é atribuído a um órgão ou a um número limitado de órgãos criado para esse fim ou que têm nessa atividade uma de suas principais funções. Seu surgimento é bem posterior ao controle difuso, sendo atribuído ao pensamento de Hans Kelsen, que o concebeu para ser pela primeira vez instituído pela Constituição austríaca de 1920. No Brasil, atribui-se²⁷¹ o surgimento dessa modalidade de controle à Emenda Constitucional n. 16 de 1965, que incluiu

²⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 67.

²⁷⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 82.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 89.

entre as matérias de competência do Supremo Tribunal Federal a de processar e julgar originariamente representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

Segundo Luís Roberto Barroso²⁷², ao menos duas razões justificaram a criação dessa modalidade de controle nos países europeus onde ela foi gestada. A primeira era a de que, diferentemente do que ocorria nos Estados Unidos, esses não tinham em seus sistemas judiciais a chamada *stare decisis*. Essa figura garantia que as decisões proferidas nas cortes americanas pelas autoridades superiores fossem seguidas pelos demais juízes, ainda que proferidas em um caso concreto. Isso acabava dando às decisões da Suprema Corte sobre a constitucionalidade de uma norma verdadeiro efeito *erga omnes*. Tal não ocorria nos países que adotam o sistema romano-germânico. Assim, faria sentido criar um órgão específico que proferisse decisões que vinculassem todos os outros.

A outra razão invocada para tanto é a de que a magistratura nesses países europeus era tipicamente de carreira, sendo formada por técnicos e não por indivíduos democraticamente eleitos. A atividade de controle de constitucionalidade, no entanto, tem acentuado caráter político, funcionando o juiz como autêntico legislador negativo, pelo menos na sua acepção clássica²⁷³. Assim, seria prudente se constituir um órgão específico que não integrasse o Poder Judiciário para realizar o controle de constitucionalidade das leis, sendo esse composto por pessoas escolhidas por outro critério que não a simples aprovação em concurso público. Dever-se-ia buscar pessoas mais próximas do que se concebe como “homens de governo”, como pontua Mauro Cappelletti:

²⁷² BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 70.

²⁷³ Atualmente, há quem critique essa concepção restritiva de controle e defenda que o Poder Judiciário deve ser mais do que mero legislador negativo, podendo atuar como verdadeiro legislador positivo em várias situações. É o que defende Rodrigo Brandão ao tratar da atuação do STF em artigo no qual discute o que chama de dogma do legislador negativo: “portanto, é premente que se perca o medo de admitir-se que o STF, em um número razoável de casos, atua como legislador positivo, e mesmo que ele pode fazê-lo em determinadas situações sem que haja necessária afronta ao princípio da separação dos poderes” (BRANDÃO, Rodrigo. *Aplicação direta de princípios constitucionais, ativismo judicial e superação do dogma do “legislador negativo”*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coords.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.774)

A atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional não é, absolutamente, uma atividade a que possa, sempre, julgar-se preparado sobretudo o juiz ‘de carreira’ amadurecido nas salas fechadas dos tribunais onde, dos tumultuosos acontecimentos e das exigências que prorrompem da sociedade, não entram, com frequência, senão os ecos atenuados. A atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional, pela natureza mesma desta norma, é, não raro, uma atividade necessária e acentuadamente discricionária e, lato sensu, equitativa. Ela é, em suma, uma atividade mais próxima, às vezes – pela vastidão de suas repercussões e pela coragem e a responsabilidade das escolhas que ela necessariamente implica – da atividade do legislador e do homem de governo que da dos juízes comuns.²⁷⁴

5.5.2. Quanto à forma ou modo de controle judicial

A partir desse critério classifica-se os modos de controle em incidental e por via principal ou ação direta²⁷⁵.

O controle pela via incidental é aquele realizado pelos juízes ou tribunais a partir de um caso concreto submetido à sua apreciação. Nessa modalidade, a questão constitucional surge não como o objeto da demanda submetida ao Poder Judiciário, mas como um incidente a ser resolvido para a solução do caso concreto. Ela é, segundo Luís Roberto Barroso²⁷⁶, “uma questão prejudicial, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio”.

Exemplo dessa modalidade de controle em matéria ambiental foi exercida pelo juiz da Subseção Judiciária de Uberaba – MG ao julgar ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal objetivando a reparação de supostos danos causados pela construção realizada por particulares em área de preservação permanente. Como questão prejudicial, Sua Excelência teve que avaliar a constitucionalidade do art. 62 da Lei Federal nº. 12.651/2012, que havia alterado os contornos dessas áreas nos entornos de reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia e

²⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.p.89-90

²⁷⁵ Ibidem, p.102

²⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 73

abastecimento. Isso porque a validade ou não do artigo impactaria diretamente no tamanho da área a ser recuperada. Lê-se na referida decisão:

Neste ponto, impende considerar que a Lei nº 12.651, publicada em 25/05/2012, veio trazer nova regra, em seu art. 62, relativa à área de preservação permanente nos entornos de reservatórios artificiais de água destinados à geração de energia ou abastecimento público. Entretanto, sob os auspícios do princípio da vedação ao retrocesso ecológico, estabelecido pela Carta Magna, tal dispositivo padece do vício da inconstitucionalidade. (...) Há que se concluir, portanto, que qualquer alteração legislativa que venha a diminuir drasticamente o âmbito de proteção ambiental está em flagrante afronta aos preceitos constitucionais, não podendo subsistir. Assim, em controle incidental e difuso de constitucionalidade declaro a inconstitucionalidade do art. 62, da Lei 12.651/2012, por violação dos arts. 1º, inciso III, 3º, I e 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.²⁷⁷

Veja-se que a análise da compatibilidade do referido dispositivo com a Carta Magna não era o objetivo da demanda, que pretendia a condenação dos responsáveis pela reparação do dano ambiental. Na verdade, a lei que criou o artigo tido por inconstitucional nem existia quando de seu ajuizamento, que ocorreu em 2008. Entretanto, como sua publicação sobreveio, a aplicação ou não desse dispositivo passou a ser questão prejudicial para a solução da lide, razão pela qual o magistrado teve que realizar o controle de constitucionalidade pela via incidental, tendo reconhecido sua incompatibilidade com a Carta Magna.

Essa modalidade de controle é também chamada de controle de constitucionalidade por via de exceção ou defesa. Atribui-se a origem dessa expressão ao fato de que originalmente esse incidente de inconstitucionalidade era normalmente arguido como defesa nas demandas. Comuns eram os casos, por exemplo, em que o contribuinte se valia do questionamento sobre a constitucionalidade de determinado tributo quando estava diante de uma execução fiscal. Entretanto, falar em controle pela via de exceção é insuficiente, já que a inconstitucionalidade de uma norma pode perfeitamente ser arguida pelo interessado por meio de uma ação, sendo comum que isso ocorra. Apenas a tradição justifica o fato de o termo seguir sendo utilizado.

²⁷⁷ Subseção Judiciária de Uberaba/MG, juíza federal Cláudia Aparecida Salge, processo nº. 2008.38.02.003352-2, julgado em 27.03.2015

Em matéria ambiental, é comum o uso de ações civis públicas para manejar pedidos cujo atendimento pressupõe o prévio reconhecimento da inconstitucionalidade de determinada lei. Exemplo dessa situação se deu em demanda ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo objetivando impedir que o Município da Estância Turística de Batatais aplicasse lei local que viabilizava a aprovação de projetos e concessão de licenças para construção na faixa marginal de trinta metros do leito de determinado curso d'água. A concessão da ordem pressupunha o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei municipal, o que foi admitido sem problemas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em julgado que ficou assim ementado:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - I - Ação que, no caso, não tem como objeto mediato a inconstitucionalidade da lei em tese, mas o julgamento de uma relação jurídica específica e concreta decorrente da norma incidente, a ser declarada via controle difuso, "incidenter tantum", sendo admissível a via processual eleita. II- Presentes os pressupostos autorizadores para a concessão da medida - "fumus boni iuris" e o "periculum in mora" -, surge correto o deferimento da liminar para determinar que a ré se abstenha de outorgar licenciamentos ambientais e alvarás para construção ou qualquer outra atividade, nos limites previstos na Lei Municipal nº 2325/98. Preliminar afastada e recurso improvido.²⁷⁸

Não obstante se tratem de modalidades de controle intimamente associadas no modelo brasileiro, não se deve identificar os conceitos de controle difuso e controle incidental. O primeiro critério diz respeito ao órgão que exerce o controle e o segundo ao fato desse se dar em um processo subjetivo (caso concreto) ou em um processo objetivo. A rigor, nada impediria que um sistema agasalhasse uma hipótese de controle incidental, mas concentrado. Nada obstaria também que se tivesse um controle por via principal, mas difuso. No caso brasileiro, porém, a regra é que o controle difuso sempre será incidental e o concentrado se dará por meio de ação direta. A única exceção é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que permite uma hipótese de controle incidental concentrado²⁷⁹.

O controle por via principal ou ação direta é aquele realizado pelos juízes e tribunais para a preservação da higidez do sistema e não para resolver diretamente casos

²⁷⁸ TJSP, Relator(a): Moacir Peres; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Data de registro: 29/09/2006; Outros números: 3725135900

²⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 73

concretos. Ele não se opera pela propositura de uma ação por um sujeito determinado para a tutela de um direito, mas por um dos legitimados com o objetivo único de atestar a compatibilidade de uma norma com a Constituição. A manifestação do Poder Judiciário sobre essa questão não será uma questão prejudicial que precede a solução da lide, mas o resultado da demanda em si.

Exemplo do exercício dessa modalidade de controle em matéria ambiental pode ser encontrado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3378²⁸⁰, relatada pelo então Ministro Carlos Britto, na qual se questionou a constitucionalidade do art. 36 da Lei Federal n.º 9.985, de 18 de julho de 2000, que instituiu a compensação ambiental. Essa ação foi ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria não para tutelar direito próprio ou para solucionar um caso concreto envolvendo a aplicação desse dispositivo, mas para garantir a harmonia do sistema que teria sido violada por uma lei que, segundo a Confederação, violava os princípios da legalidade, da harmonia entre os poderes e da proporcionalidade. O desfecho do caso foi o reconhecimento parcial da inconstitucionalidade do §1º do art. 36, especificamente da expressão "não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento"²⁸¹.

O sistema brasileiro prevê as seguintes técnicas de controle de constitucionalidade pela via principal ou de ação direta: ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º), ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a), arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º), ação direta interventiva (art. 36, III) e ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual (art. 125, § 2º).

Especificamente em matéria de controle de constitucionalidade de normas ambientais, a jurisprudência é rica em exemplos tanto do exercício do controle pela via de ação como pela exceção, como já se pôde verificar nos exemplos acima indicados. Assim,

²⁸⁰ ADI 3378, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2008, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-02 PP-00242 RTJ VOL-00206-03 PP-00993.

²⁸¹ Apesar de a ação ter sido julgada em 9.04.2008, até a data da presente pesquisa, que se deu em 13 de abril de 2015, ainda se encontram pendentes de julgamento embargos declaratórios opostos pela CNI e pela Presidência da República.

na busca por critérios aptos a nortear essa atividade, buscamos orientação em julgados proferidos nessas duas circunstâncias.

5.6. Efeitos da declaração de nulidade

Como visto, por meio do controle de constitucionalidade se verifica a compatibilidade de uma lei com a Constituição. Se passar por essa análise, a lei seguirá no sistema normalmente. Aliás, pode-se dizer até que seguirá ainda mais forte, pois diferentemente das demais normas, terá passado por uma verificação de sua constitucionalidade. Entretanto, se verificada sua incompatibilidade, será extirpada do sistema.

Questão que se coloca aqui diz respeito aos efeitos da decretação da inconstitucionalidade. Dois possíveis entendimentos existem sobre a matéria. O primeiro é o de que ela resultaria no reconhecimento da nulidade da lei questionada, razão pela qual a decisão teria caráter eminentemente declaratório. A segundo é que tal reconhecimento na verdade resultaria na anulação da norma, tendo a decisão caráter constitutivo.

A diferença fundamental dessas posições reside no fato de que, se aceita a tese da nulidade e do caráter declaratório da decisão, essa teria efeitos *ex tunc*, atingindo todas as situações jurídicas constituídas desde a edição da norma inválida. Se a lei é nula, é como se nunca tivesse existido no sistema. Por outro lado, aceitando-se que a lei é anulável e que a decisão teria caráter desconstitutivo, apenas as situações futuras serão atingidas pela decretação da inconstitucionalidade. Ou seja, a decisão teria efeitos *ex nunc*. Segundo Mauro Cappelletti²⁸², é da tradição do sistema norte americano o primeiro entendimento e do modelo austríaco o segundo.

²⁸² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.p.117

No Brasil, que, como visto, adota um modelo híbrido de controle, tanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁸³ como a maior parte da doutrina nacional adotam o primeiro entendimento como regra, conforme ressalta Luís Roberto Barroso:

A teoria da nulidade da norma inconstitucional foi amplamente acolhida no Direito brasileiro desde o início da República, quando Ruy Barbosa averbou que *toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar precedentes constitucionais, é, de sua essência, nula*. Na mesma linha seguiram os autores de textos clássicos sobre o tema – como Francisco Campos, Alfredo Buzaid, Castro Nunes e Lúcio Bittencourt -, em substancial reprodução da doutrina americana na matéria.²⁸⁴

Entretanto, a própria legislação pátria admite exceções a essa regra, tendo o art. 27 da Lei Federal nº. 9.868 de 10 de novembro de 1999, que disciplina o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, estabelecido o seguinte:

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.

Como se vê, por meio da referida lei outorgou-se à Corte Suprema a faculdade de restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Além disso, mesmo em situações em que a modulação dos efeitos não é possível, como ocorre no controle pela via de exceção, o Supremo vem admitindo o temperamento da regra geral da nulidade em prol da realização de princípios relevantes como a boa-fé e segurança jurídica²⁸⁵.

²⁸³ Nesse sentido o julgamento da ADI 1434, que recebeu a seguinte ementa: - “(...)A declaração de inconstitucionalidade, no entanto, que se reveste de caráter definitivo, sempre retroage ao momento em que surgiu, no sistema de direito positivo, o ato estatal atingido pelo pronunciamento judicial (nulidade ab initio). É que atos inconstitucionais são nulos e desprovidos de qualquer carga de eficácia jurídica (RTJ 146/461). (ADI 1434 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 29/08/1996, DJ 22-11-1996 PP-45684 EMENT VOL-01851-01 PP-00141)

²⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 73

²⁸⁵ Nesse sentido foi o julgamento do RE nº 276546, que recebeu a seguinte ementa: (...) Inconstitucionalidade. 7. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a

Essa possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de determinada norma encontra lugar nos julgamentos envolvendo leis ambientais. Exemplo dessa realidade se deu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.0000.07.456706-6/000²⁸⁶ pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Nessa, após reconhecer a inconstitucionalidade da lei estadual que autorizava a implantação de reserva legal fora dos limites da microbacia, em desacordo com o Código Florestal então vigente, a Corte reconheceu o efeito *ex tunc* da decisão, mas resguardou as reservas particulares já instituídas e publicadas sob a égide da legislação estadual para fins de compensação de reserva legal.

Na verdade, a tendência de se abrandar o rigor técnico da teoria em face de exigências de ordem prática não é privilégio nacional. Tanto os países que adotaram como regra a retroatividade, como aqueles que abraçaram a irretroatividade dos efeitos das decisões tomadas no exercício do controle acabaram fazendo concessões, como assevera Mauro Cappelletti:

De outra parte, como na Áustria as exigências práticas levaram, em 1929, a uma atenuação do rigor teórico da doutrina da não-retroatividade, assim, por outro lado, nos Estados Unidos da América, como já foi aludido, e igualmente, na Alemanha e na Itália, as exigências práticas induziram a atenuar notavelmente a contraposta doutrina a eficácia *ex tunc*, ou seja, da retroatividade.²⁸⁷

Feitas essas considerações sobre a estrutura e funcionamento do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e fixadas algumas ideais importantes para avaliação específica de sua incidência sobre as leis ambientais, passaremos agora a abordar a legitimidade desse sistema e a relevância da definição de parâmetros específicos para sua utilização.

declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria em grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso Extraordinário conhecido e, em parte, provido.(RE 276546, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 31/03/2004, DJ 21-05-2004 PP-00035 EMENT VOL-02152-03 PP-00518)

²⁸⁶ ADI nº. 1.0000.07.456706-6/000, Rel. Des. Roney Oliveira, publicado em 07.11.2008.

²⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 122.

6. A LEGITIMIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E OS PARÂMETROS ADEQUADOS PARA SEU EXERCÍCIO

O controle de constitucionalidade implica, como já vimos ao tratar da separação dos poderes, em uma operação por meio do qual um poder, o Judiciário, interfere sobre atos de outro, o Legislativo ou Executivo. Em razão disso, não é de se estranhar que ao longo da história não tenham sido poucas as críticas formuladas quanto à legitimidade desse mecanismo, especialmente em países que não o previam expressamente em suas Constituições, como é o caso dos Estados Unidos.

Ao lado dos debates em torno da legitimidade do controle em si, há importantes desenvolvimentos doutrinários na busca de parâmetros para seu adequado exercício. Isso porque, se é certo que a aceitação desse instrumento e o reconhecimento de sua importância ganhou cada vez mais ares de consenso, é igualmente indubitável que muitas são as vozes a defender que devem haver limites e parâmetros para que seu exercício idealmente legítimo não se transforme em uma prática ilegítima.

No presente capítulo, buscaremos tratar desses dois relevantes temas: o debate em torno da legitimidade do controle de constitucionalidade e os desenvolvimentos doutrinários na busca de identificação de parâmetros adequados para seu exercício. Esses parâmetros não focam especificamente na verificação da compatibilidade de leis ambientais com a Constituição. Contudo, como veremos, muitos deles são perfeitamente aplicáveis a essa realidade.

6.1. Legitimidade do controle de constitucionalidade

Várias foram as críticas formuladas contra a legitimidade do controle de constitucionalidade. Dessas, duas em especial merecem ser lembradas em razão da força dos argumentos que carregam e de sua recorrência.

A primeira pauta-se no que doutrina americana convencionou chamar de *dificuldade contramajoritária*²⁸⁸. Essa expressão serve para designar a ideia de que, diferentemente do que ocorre com legisladores e com o Executivo, os magistrados não são em regra eleitos por meio da escolha popular. Assim, não seria razoável aceitar que juízes que não receberam um voto sequer definam o que deve ou não ser lei em determinada sociedade, invalidando atos editados por quem foi democraticamente eleito, sob o argumento de que haveria violação da Constituição. A segunda fundamenta-se na ideia de que o Poder Judiciário e suas decisões, depois de esgotados os recursos previstos no âmbito desse próprio Poder, não estão sujeitos a qualquer controle democrático, uma vez que não podem ser revistas.

Luís Roberto Barroso²⁸⁹ registra que essas e outras críticas vêm sendo contrapostas com argumentos robustos que também merecem ser apresentados. Afirma que o princípio majoritário, não obstante relevante, não pode ser tido como absoluto, sob pena de se permitir violações a direitos fundamentais consagrados nas próprias constituições ou a procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária das pessoas no jogo democrático. É por meio da jurisdição constitucional, exercida em parte pelo controle de constitucionalidade, que se pode garantir a realização desses valores. O desempenho dessa função primordial justificaria, assim, a legitimidade desse mecanismo que permite a aparente intromissão do Judiciário em decisões de outros poderes.

Além disso, esse autor arrola uma série de outros argumentos que foram desenvolvidos pela doutrina e vem sendo comumente utilizados na vitoriosa defesa da legitimidade do controle, quais sejam:

- o acolhimento generalizado da jurisdição constitucional representa uma ampliação da atuação do Judiciário, correspondente à busca de um novo equilíbrio de força das funções dos outros dos Poderes no âmbito do Estado moderno;

²⁸⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 74.

²⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 81.

- a jurisdição constitucional é um instrumento valioso na superação do déficit de legitimidade dos órgãos públicos eletivos, cuja composição e atuação são muitas vezes desvirtuadas por fatores como o abuso de poder econômico, o uso da máquina administrativa, a manipulação dos meios de comunicação, os grupos de interesse e de pressão, além do sombrio culto pós-moderno à imagem sem conteúdo;
- juízes e tribunais constitucionais são insubstituíveis na tutela e efetivação dos direitos fundamentais, núcleo sobre o qual se assenta o ideal substantivo de democracia;
- a jurisdição constitucional deve assegurar o exercício e desenvolvimento dos procedimentos democráticos, mantendo desobstruídos os canais de comunicação, as possibilidades de alternância de poder e a participação adequada das minorias no processo decisório.²⁹⁰

No momento histórico atual, não há dúvida que os argumentos que justificaram a existência e legitimidade do controle prevaleceram. Tanto é assim que esse mecanismo é encontrado em quase todo o mundo²⁹¹, ainda que com algumas peculiaridades.

No Brasil, em um primeiro momento, o assunto sequer provocou grandes debates, pois, como visto, desde a Constituição de 1891 o controle na forma difusa e incidental vem *expressamente* previsto no texto constitucional. Assim, não se teve aqui as mesmas dificuldades enfrentadas nos Estados Unidos, onde a falta de previsão expressa fez dessa ideia uma construção que teve que passar pelo crivo de apaixonadas posições favoráveis e contrárias. Alie-se a isso o fato de que até bem pouco tempo o Poder Judiciário mantinha uma postura mais omissiva do que ativista quando o assunto era o exercício da jurisdição constitucional. E como se não bastasse, é certo que até o fim da ditadura militar sequer fazia sentido discussões envolvendo supostos excessos não democráticos do Judiciário, pois inexistia no Brasil uma autêntica Democracia.

Contudo, nos últimos anos, as discussões em torno da legitimidade do exercício do controle passaram a ganhar força diante da crescente atuação dos tribunais na resolução de questões políticas e sociais relevantes. Questionamentos passaram a

²⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79-80.

²⁹¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 76.

surgir tanto em relação à aplicação direta da Constituição para resolver tais dilemas como no que diz respeito à forma de se exercitar o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. É o que registram Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto²⁹²: “o quadro mudou nos últimos anos, com o crescente ativismo jurisdicional no exercício do controle de constitucionalidade. Nesse contexto, o tema passou a ser objeto de atenção cada vez maior na academia e na sociedade.”

O foco do debate nesse cenário não é a existência do controle em si, que, repita-se, foi expressamente consagrado pela Carta Magna, mas a forma e intensidade em que ele é exercido. Sobre o tema, assim se posicionam os já citados Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza:

No Brasil, em que, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, o controle de constitucionalidade está expressamente previsto em sede constitucional, o debate que tem relevo prático não é aquele concernente à adoção ou rejeição do instituto – afinal, essa questão já foi decidida pelo poder constituinte originário -, mas sim sobre a maneira e intensidade com que os juízes, em geral, e o STF, em particular, devem empregá-lo: de modo mais ousado e ativista; de maneira mais modesta e deferente em relação às opções realizadas pelos poderes políticos; ou de outra forma qualquer.”²⁹³

6.2. O fenômeno do ativismo judicial e as peculiaridades do caso brasileiro

A judicialização da política e das relações sociais é um fenômeno global. Segundo Luís Roberto Barroso²⁹⁴, ele está associado, em todo mundo, a pelo menos três causas. A primeira é o reconhecimento da necessidade de um Poder Judiciário forte e independente para a concretização da democracia, o que culminou com o aumento do prestígio dos juízes e tribunais constitucionais. A segunda está ligada a uma desilusão geral com a política partidária e suas formas de manifestação. A terceira está relacionada ao fato de que os atores políticos muitas vezes preferem não tocar em temas polêmicos para evitar o desgaste causado, deixando-os para resolução no Poder Judiciário.

²⁹² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.79

²⁹³ Ibidem, p.79

²⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 368

No Brasil, a esses fatores agrega-se outros dois: a existência de uma constituição analítica, que permite sua invocação (ou violação) na discussão de praticamente todas as matérias, e o alargado sistema de controle de constitucionalidade, que consagrou os modelos difuso e concentrado. Especificamente com relação a este último, a Constituição de 1988 não só o consagrou, como ampliou significativamente o número de legitimados aptos a manejá-lo. Em um cenário como esse, como bem observou Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto²⁹⁵ é “muito improvável que medida que suscite alguma polêmica não venha a ser questionada diretamente na Corte”.

Essa expansão do campo de atuação do Poder Judiciário tem sido designada por alguns como *ativismo judicial*, expressão utilizada com conotação negativa para denotar a atuação do Poder Judiciário que extrapola seus limites. Seu antônimo seria a autocontenção, servindo essa para designar uma atitude do Poder Judiciário excessivamente retraída, que se recusa a enfrentar algumas questões sob o conveniente escudo de que tal atuação invadiria espaço reservado a outro poder. São dois extremos que servem para designar a forma como o Judiciário pode ser portar diante das questões que são levadas à sua apreciação, seja na forma de provocação para solução de um caso concreto ou por meio do controle de constitucionalidade de leis.

André Ramos Tavares registra que questionamentos sobre a suposta exacerbação do papel do Poder Judiciários são cíclicos e se mostram presentes, com maior ou menor força, em razão de determinadas circunstâncias históricas. Afirma o autor:

É fato que esse questionamento tem acompanhado os juízes constitucionais desde sua origem. A polêmica se intensifica em algumas circunstâncias, fazendo ressurgir a controvérsia entre Kelsen e Shmit, ao menos como questão de princípio (Segado, 1989: 381), especialmente quando ‘surge algum ativismo ou, inversamente, uma eventual fraqueza dos respectivos Tribunais Constitucionais (Enterría, 1983: 157).²⁹⁶

²⁹⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 77.

²⁹⁶ TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 60.

Enfrentando essa questão, Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto²⁹⁷ defendem que nem uma posição de autocontenção excessiva nem uma expansão demasiada são recomendáveis. De um lado, o Poder Judiciário não pode se esconder ou deixar de cumprir sua missão institucional sob o pretexto puro e simples de que sua atuação implicará em violação ao princípio da separação dos poderes. Sua atuação no exercício do controle de constitucionalidade é extremamente importante para garantir o bom funcionamento da democracia, especialmente quando envolve a preservação das regras de participação no jogo democrático e a preservação de direitos fundamentais. De outro, deve-se cuidar para que, sob pretexto de cumprir sua missão institucional, o Poder Judiciário não se torne uma *instância hegemônica* de Poder que ignore os legítimos caminhos escolhidos pelo Poder Executivo na escolha e execução de políticas públicas ou do Legislativo na criação de leis que definem direitos e obrigações sobre determinada matéria. Se uma atuação minimalista e retraída é reprovável, também o é uma atuação maximalista que elimine a possibilidade da maioria se governar sob o pretexto de que todas as respostas e caminhos já foram previamente definidos no texto constitucional.

Essas dificuldades levaram os citados autores a identificarem entre o controle de constitucionalidade e a democracia o que chamaram de tensão sinérgica. O termo *sinergia* serve aqui para identificar os efeitos positivos do controle na realização da democracia. Por outro lado, é inegável a tensão potencial entre eles, uma vez que há sempre o risco de que a expansão exagerada de sua utilização elimine ou diminua em demasia o espaço de escolha do povo pelo caminho que deseje seguir, transferindo-se todas as decisões relevantes para o Poder Judiciário. Por isso, avaliam que, nesse caso, “a dificuldade democrática pode não vir do remédio – controle de constitucionalidade -, mas da sua dosagem.”

6.3. Parâmetros para o exercício do controle de constitucionalidade em geral

Para alcançar esse necessário equilíbrio, essa dosagem, a doutrina tem buscado identificar alguns parâmetros a serem utilizados pelo Poder Judiciário em sua atuação.

²⁹⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 84.

Trataremos de alguns deles nos tópicos seguintes. Vale ressaltar que esses parâmetros envolvem tanto situações em que esse poder deve agir de maneira mais ativa, como aquelas em que ele deve assumir uma postura de autocontenção.

6.3.1. Comparação da capacidade institucional

No modelo mais comum de controle de constitucionalidade, como é o caso do modelo brasileiro, essa tarefa é feita por juízes dentro da estrutura do Poder Judiciário. Tanto esses profissionais como a estrutura que lhes cerca é talhada para o bom exercício do exercício da atividade tipicamente jurisdicional, não para atividade administrativa ou legislativa. O mesmo ocorre com o Executivo para o exercício das atividades tipicamente administrativa e com o Legislativo para a realização da função de legislar.

Há em todos esses casos uma estruturação racional de determinado Poder para que ele exerça adequadamente as funções que lhes foram incumbidas pela Constituição e não outras que lhe sejam estranhas. Sobre essa questão, leciona Konrad Hesse:

Um parlamento é, segundo sua estrutura, manifestamente inadequado para cumprir tarefas detalhadas administrativas; as autoridades do poder executivo, vinculadas a instruções, não estariam em condições para decisão apropriada de litígios; tribunais não poderiam vencer apropriadamente as tarefas da legislação. Para assegurar um cumprimento bom e apropriado correspondente à peculiaridade da tarefa, estrutura, composição e provimento dos órgãos, devem, antes ser adaptados à função.²⁹⁸

Como já tivemos a oportunidade de afirmar, essa realidade é uma decorrência de um dos elementos centrais da doutrina da separação dos poderes: a especialização funcional. Assim, é natural que não exista no âmbito do Poder Judiciário, por exemplo, as condições mais adequadas para a definição de algumas questões extremamente técnicas ou científicas que demandem profissionais versados em outras áreas do conhecimento e de estrutura propícia para tanto. O Poder Judiciário muitas vezes não tem *capacidade institucional* para resolver tais questões.

²⁹⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 372.

A doutrina tem se valido do termo capacidade institucional para se referir às condições adequadas que determinado Poder ou instituição possui para fazer certas escolhas ou tomar algumas decisões. Por outro lado, fala-se em *déficit institucional* para se referir à inaptidão do Poder para resolver determinadas questões.

Evidentemente, pela sua estrutura, pelo perfil dos profissionais que exercem a atividade jurisdicional e pelos procedimentos decisórios que devem seguir, o Poder Judiciário nem sempre será o terreno adequado para a resolução de determinados problemas. Isso se mostra especialmente claro quando se está diante de questões altamente técnicas ou científicas, como doutrina Luís Roberto Barroso:

Capacidade institucional envolve a determinação de qual poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em certa matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico.²⁹⁹

Tomemos como exemplo um caso decidido pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo a alteração de uma área de proteção ambiental. Discutia-se a constitucionalidade de lei que teria, sem estudo técnico que a amparasse, alterado o regime de ocupação de uma área, tornando-o menos restritivo, o que, segundo o Ministério Público, violaria o art. 225, §1º, III, da Constituição Federal. O Tribunal negou provimento ao recurso, dentre outras coisas, por entender que o caráter altamente técnico e complexo da análise ambiental da área indicaria um *déficit da capacidade institucional do Judiciário* para decidir adequadamente a questão. Lê-se no voto do ministro-relator:

Na hipótese em questão, há aspectos que apontam para a necessidade de uma postura de autocontenção judicial. A natural deferência ao legislador – decorrente do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e da impossibilidade de se substituir a discricionariedade legislativa pela judicial –, é reforçada pelo caráter altamente técnico e complexo da análise ambiental da área, revelada pelos estudos juntados aos autos. Isso indica um déficit de capacidade institucional do Judiciário para decidir adequadamente a questão, já que haveria opiniões técnicas contrárias (e.g., fls. 227/229) e favoráveis (fls. 490/610) à lei impugnada.³⁰⁰

²⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 374.

³⁰⁰ RE 519778 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014.

A adoção de uma postura de autocontenção em questões técnicas também foi defendida no julgamento da ADI 2396, que avaliou a constitucionalidade de lei estadual que legislava sobre o uso do amianto. Na fundamentação do seu voto, a Ministra-relatora assim se manifestou:

Não cabe a esta Corte dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas do elemento em questão e dos riscos de sua utilização para a saúde da população. Os estudos nesta seara prosseguem e suas conclusões deverão nortear as ações das autoridades sanitárias.

A questão da verificação da capacidade institucional está intimamente ligada à proibição do exercício de funções que não correspondem à estrutura do órgão, como defendido pelo já citado Konrad Hesse³⁰¹. Para este doutrinador, função e estrutura de um órgão são materialmente vinculadas uma à outra, decorrendo daí uma “proibição fundamental de exercício de atribuição de funções que não correspondem à estrutura do órgão e à função básica que deve ser exercida por ele”.

Assim sendo, sob pena de ultrapassar os limites constitucionais e tornar o que é legítimo em abuso, o Poder Judiciário deve abster-se de invalidar leis quando para tanto tiver que avançar sobre a análise de escolhas feitas pelo Legislador para os quais não possui capacidade institucional. Nesse caso, recomenda-se uma postura de autocontenção.

Trata-se de parâmetro de grande relevância para o controle de constitucionalidade das leis ambientais, que, como visto, versam sobre escolhas realizadas sobre uma realidade cuja adequada compreensão está cercada de desafios técnicos e científicos.

6.3.2. O risco de efeitos sistêmicos

Decisões judiciais são naturalmente proferidas para surtirem efeito na realidade, para resolverem problemas reais. Entretanto, em alguns temas, uma determinada opção do Poder Judiciário pode acarretar efeitos em cadeia sequer cogitados pelo juiz ou tribunal que a proferiu, afetando todo o sistema. Como afirma Luís Roberto

³⁰¹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 373.

Barroso³⁰², “o juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou prestação de um serviço público.”

Essa incapacidade de antever e administrar de forma adequada os efeitos sistêmicos de uma determinada decisão é, em alguma medida, um reflexo da falta de capacidade institucional do Poder Judiciário. Ela se mostra especialmente presente em questões envolvendo políticas públicas de grande alcance.

Sendo assim, diante de questões que apresentem risco elevado de provocar efeitos sistêmicos imponderáveis, deve o juiz assumir uma postura de maior autocontenção e de deferência às opções feitas pelo legislador, pressupondo-se que o alcance do debate teoricamente existente no âmbito desse Poder permitiu uma melhor visualização dos impactos de determinada decisão. Sobre o tema, leciona Luís Roberto Barroso:

Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição dever-se-á a favor e não contra a democracia. Nas demais situações – isto é, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos -, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstando-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política. Isso deve ser feito não só por razões ligadas à legitimidade democrática, como também em atenção às capacidades institucionais dos órgãos judiciários e sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais.³⁰³

6.3.3. Grau de legitimidade democrática do processo de elaboração do ato normativo questionado

Os atos normativos podem ser fruto de processos com maior ou menor grau de legitimidade. Considerando a premissa acima assumida de que o Poder Judiciário deve evitar expandir seu poder a ponto de eliminar a possibilidade do povo de se

³⁰² BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 375.

³⁰³ *Ibidem*, p. 377.

autogovernar, Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza³⁰⁴ defendem que “quanto mais democrática a elaboração do ato normativo, mais autocontido deve ser o Poder Judiciário no exame de sua constitucionalidade”. Esse grau pode ser medido pela intensidade de participação popular no processo decisório e pelo nível de consenso obtido.

Assim, em se tratando de leis associadas à participação popular direta, como aquelas decorrentes de iniciativa popular, plebiscito ou referendo, o Poder Judiciário deve adotar uma forte postura de autocontenção, já que tais atos representam a vontade direta da população. Ou seja, trata-se de situação em que a participação popular no processo decisório alcançou o máximo grau de intensidade.

Também merecerão maior deferência do Poder Judiciário as emendas constitucionais quando comparadas com as leis ordinárias, uma vez que a aprovação da primeira, por demandar votações em dois turnos e quórum qualificado, não apenas exige um maior debate como é fruto de um consenso obrigatório maior. Com base nesse mesmo critério, leis aprovadas com maiorias substâncias devem também ser vistas com maior deferência do que aquelas fruto de maioria apertada.

É fácil perceber que esse parâmetro tem aplicabilidade sobre atividade de controle de constitucionalidade realizada sobre normas de qualquer natureza, incluindo as ambientais.

6.3.4. A proteção dos pressupostos necessários ao funcionamento da Democracia

Alguns direitos são diretamente relacionados ao bom funcionamento da Democracia, ao seu fluxo adequado. É o caso, especialmente, dos direitos políticos, da liberdade de expressão, do direito ao acesso à informação e as prerrogativas de oposição. Sem que eles sejam garantidos, o que se terá não será uma democracia, mas um regime

³⁰⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 102.

disfuncional no qual a ideia fundamental de que todo homem participa dos processos decisórios e pode influenciá-los não passará de uma amarga ilusão.

Sendo um mecanismo de defesa do regime democrático, o controle de constitucionalidade deve ser exercido com maior intensidade sempre que estiverem em risco os direitos em questão. Nesse caso, certo grau de ativismo judicial é bem-vindo, uma vez que, como pensam os já citados Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto³⁰⁵, “o ativismo não opera contra a democracia, mas em seu favor, assegurando os pressupostos mínimos necessários para seu funcionamento”.

Um exemplo utilizado pelos autores para tratar do uso desse parâmetro foi a discussão envolvida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº.ADI 4.650, que discutiu a constitucionalidade do modelo atual de financiamento de campanha. Questionou-se nessa demanda a possibilidade de doação de recursos por pessoas jurídicas e o uso ilimitado de recursos por candidatos, o que distorceria o processo democrático e até decidiria eleições em prol dos mais abastados, ofendendo frontalmente o pilar da igualdade política no qual se assenta qualquer Democracia.

Especificamente em se tratando de leis ambientais, esse critério nos parece passível de utilização nos casos envolvendo discussões acerca dos mecanismos de participação na formulação de políticas públicas e na tomada de decisões. Exemplo de mecanismo que fomentam esse tipo de participação é a exigência de que seja dada publicidade ao Estudo Prévio de Impacto Ambiental, de modo que todos os cidadãos tenham ciência dos impactos que serão gerados por determinado empreendimento e possam influenciar legitimamente nas decisões sobre sua implementação. Assim, normas que suprimam ou limitem essas prerrogativas devem ser vistas com maior desconfiança.

6.3.5. Defesa de minorias vulneráveis

³⁰⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 104.

Assim como se dá com os pressupostos para o funcionamento adequado da Democracia, outra situação que recomenda uma postura ativa do Poder Judiciário é aquela em que esteja em jogo a proteção de minorias mais vulneráveis. A ideia aqui é evitar que as maiorias parlamentares oprimam determinadas minorias sob o suposto manto protetor do princípio majoritário ou que lhes ignore solenemente.

A identificação dessas minorias dignas de maior proteção não deve ocorrer pelo critério numérico, mas pela efetiva participação do grupo social no exercício do poder político, social e econômico³⁰⁶. Assim, grupos de reduzido tamanho, mas de elevada influência no processo político não demandariam essa atenção especial. Por outro lado, grupos numerosos, mas com pouca capacidade de participação exigiriam maior cuidado.

Ainda que relevante para leis de outra natureza, esse critério não nos parece útil para a solução de questões envolvendo a constitucionalidade de leis ambientais.

6.3.6. Época do ato normativo

Como é cediço, não obstante a entrada em vigor de uma nova Constituição implique na inauguração de um novo regime, esse fato não implica na extinção de todos as leis e atos normativos existentes no sistema. Na verdade, o entendimento corrente é no sentido de que todos presumidamente permanecem em vigor, como assinala Uadi Lammêgo Bulos:

Com o advento de uma nova constituição, as leis e atos normativos da ordem jurídica pregressa continuam válidos ou precisam ser refeitos? Pelo princípio da recepção, continuam válidos todos os atos legislativos editados na vigência do ordenamento anterior, sendo recebidos e adaptados à nova ordem jurídica. Logo, não precisam ser reeditados, recriados ou refeitos, mediante outra manifestação legislativa.³⁰⁷

Assim, especialmente em países com uma história constitucional conturbada como a brasileira, é comum a convivência de leis elaboradas com base em outros regimes

³⁰⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 105.

³⁰⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 488.

constitucionais ao lado da Constituição atual. Esses atos, no entanto, não podem ser vistos da mesma forma que aqueles elaborados já no regime da Constituição em vigor. Primeiro, porque, especificamente no caso brasileiro, se elaborados no curso da ditadura militar, padecem de uma presumível falta de legitimidade, pois inexistia naquele contexto possibilidade de participação popular efetiva na elaboração das leis. Segundo, porque não se pode presumir de acordo com a Carta atual uma lei elaborada com base em outra, especialmente se esta outra se pautava em princípios distintos.

Assim, diante de um questionamento sobre a validade de lei produzida antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário pode adotar uma postura de menor deferência. Vale ressaltar que nesses casos não haverá autêntico controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, mas sim verificação quanto à recepção ou não do ato pela nova Constituição Federal. Isso porque não se admite o controle de constitucionalidade de leis anteriores a uma constituição, sendo eventual incompatibilidade explicada como simples revogação³⁰⁸.

Também esse parâmetro tem aplicabilidade sobre atividade de controle de constitucionalidade realizada sobre normas de qualquer natureza, incluindo as ambientais.

6.3.7. A defesa de direitos materialmente fundamentais relativos às condições básicas de vida e liberdades existenciais

Outro parâmetro importante para a definição da intensidade da intervenção do Poder Judiciário é a relevância material do direito fundamental em jogo. Não obstante todos os direitos fundamentais sejam importantes, não há dúvida de que alguns deles tem maior relevância material. O direito à vida, por exemplo, é materialmente mais relevante do que a proteção do consumidor, ainda que ambos tenham sido consagrados pela Constituição de 1988 como direitos fundamentais. Assim, normas que restringem esses direitos básicos devem ser vistas com mais desconfiança pelo Poder Judiciário.

³⁰⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 488.

Como adverte Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto³⁰⁹, não obstante importante, esse parâmetro deve ser aplicado com cautela, não servindo como justificativa para toda e qualquer intervenção do Poder Judiciário. Isso se torna potencialmente possível em um cenário de explosão de direitos fundamentais no qual praticamente qualquer medida pode ser associada à proteção de algum deles, o que eliminaria a margem de conformação do legislador. O parâmetro aqui diz respeito apenas a direitos básicos fundamentais, ainda que possa haver também algum dissenso quanto à definição dos direitos que podem integrar esse grupo.

Fundado nessa premissa, os mesmos autores destacam duas situações em que um maior ativismo seria recomendado: na garantia de condições básicas de vida e na proteção de liberdades existenciais. No primeiro caso, a proteção estaria associada à garantia do que a doutrina tem denominado como *mínimo existencial*, sem o qual o indivíduo não pode exercer sua liberdade e participar da vida democrática. No segundo, a tutela estaria relacionada à proteção dos indivíduos contra visões paternalistas ou perfeccionistas da sociedade, que pretendam impor-lhes sua visão de mundo, eliminando sua possibilidade de autodeterminar-se.

6.3.8. Inconsistência temporal

Outro parâmetro apontado pela doutrina é a chamada inconsistência temporal. Designa-se como tal a tendência natural do ser humano de valorizar excessivamente os benefícios ou interesses presentes em detrimento daqueles de longo prazo. Isso se reflete fortemente na edição de leis por políticos que precisam se eleger de quatro em quatro anos, como no modelo brasileiro aplicado à quase totalidade dos cargos públicos³¹⁰, e precisam, de alguma maneira, entregar aquilo que prometeram durante as campanhas, ainda que isso possa acarretar efeitos negativos para o futuro.

³⁰⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 15.

³¹⁰ A exceção é o cargo de Senador, cujo mandato é de 8 anos (art. 46, §1º).1o).

Essa tendência se mostra especialmente cara e potencialmente perniciosa em se tratando de proteção ao meio ambiente. Em primeiro lugar, porque a proteção ao meio ambiente constantemente envolve a perda de algum benefício presente e imediato. Ao evitar-se o corte irregular de madeira para garantir a função das florestas (benefício futuro), por exemplo, impede-se que essa possa ser imediatamente vendida ou aproveitada (benefício presente). Em segundo lugar, porque muitas vezes os efeitos de determinadas ações sobre o meio ambiente só são efetivamente sentidos com o passar dos anos. Por esse motivo, o próprio constituinte buscou minorar os efeitos da inconsistência temporal na esfera ambiental ao garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não apenas para as gerações presentes, mas também para as futuras (art. 225).

A jurisdição constitucional pode entrar aqui como um fator apto a equilibrar essa conta e compensar o déficit de racionalidade envolvido na edição dessas leis, uma vez que, em princípio, o Poder Judiciário está blindado de fatores eleitorais. Nesse sentido é o entendimento de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

A jurisdição constitucional pode funcionar como instrumento de compensação desse déficit de racionalidade da ação coletiva orientada pela política majoritária. A posição institucional dos juízes constitucionais, que não dependem do sucesso eleitoral para se manterem em seus cargos, facilita o desempenho do papel jurisdicional de guardião dos valores e interesses de longo prazo, diminuindo o risco de que a lógica da política majoritária sacrifique em demasia o futuro, em favor de interesses mais imediatos da sociedade.³¹¹

Entretanto, assim como se disse para o parâmetro anterior, é preciso cautela na utilização deste. Não se pode invocá-lo para justificar uma intervenção mais intensa do Poder Judiciário para toda e qualquer norma ambiental sob o pretexto de que sempre estarão envolvidas questões de inconsistência temporal e risco a direitos da gerações futuras. A nosso ver, deve-se reservá-lo apenas para situações em que haja uma clara troca entre um benefício presente e um prejuízo futuro.

³¹¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 111.

6.3.9. O caráter acentuadamente político do controle concentrado

Como já tivemos a oportunidade de ressaltar, a Constituição brasileira adotou um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, permitindo que esse se dê tanto de forma incidental como por meio de ação. No primeiro caso, a verificação da compatibilidade do ato normativo com a Carta Magna se dá como uma questão prévia necessária para o julgamento de um caso concreto, para a solução de um conflito; no segundo, essa verificação ocorre em abstrato.

Seja por se afastar da solução de um caso concreto, analisando em abstrato o ato normativo, seja pelos efeitos que a decisão nele tomada possuem, afastando esse ato do sistema de forma definitiva, o controle por meio de ação ganha contornos mais fortemente políticos do que o incidental, como ensina Mauro Cappelletti:

De outra parte, tampouco podemos esconder que, se o método “europeu”(seja-nos permitido chama-lo assim, embora com certa impropriedade) é mais complexo e, pelo menos em teoria, mais completo do que o “americana”, ele pode, no entanto, revelar-se, talvez, mais perigoso, porque pode, efetivamente, dar, às vezes, à atividade das Cortes Constitucionais – submetendo a elas também aquelas “non-justiciable political questions”, que não são admissíveis nos U.S.A. – uma coloração excessivamente política, ao invés de judicial. Ele pode, em outras e possivelmente mais corretas palavras, efetivamente dar consistência os temores daqueles que vêm no poder de controle de constitucionalidade das leis exercido – mesmo pela via de ação – pelas Cortes Constitucionais europeias uma muito grave ameaça de interferência das próprias Cortes na esfera do poder legislativo, indiretamente, também na do poder executivo e de governo.³¹²

É também indubitável que no exercício do controle pela via concentrada há uma maior dificuldade de o Judiciário em vislumbrar todas as possíveis normas extraíveis de um determinado enunciado normativo. É que, como se sabe, essas só são obtidas do confronto entre o enunciado e o caso concreto, processo sobre o qual falaremos mais adiante, o que só pode ser feito *hipoteticamente* nessa espécie de controle, sendo certo que muitas vezes nem mesmo o mais criativo dos juízes consegue antever todas as possibilidades normativas existentes em uma lei.

³¹² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 113.

Por ser assim, parece-nos recomendável que o Poder Judiciário assumira no exercício do controle concentrado uma postura mais autocontida do que na avaliação incidental da constitucionalidade, já que estará se afastando de maneira mais profunda de suas funções típicas e enfrentando situações em que a ausência da riqueza dos casos concretos tendem a tornar sua análise mais penosa. Isso se agrava em questões ambientais em que estejam presentes elementos fáticos excessivamente variáveis e de difícil padronização para a tomada de uma decisão única.

7. INTERPRETAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A realização do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário passa necessariamente por um duplo processo interpretativo: o do enunciado normativo de lei e o do enunciado da própria Constituição Federal que teria sido violado. Como registra André Ramos Tavares, “no cotejo entre lei e Constituição, imprescindível é o ato de interpretação preliminar não só desta última, mas igualmente daquela”³¹³.

Frente a essa inevitável constatação, faz-se necessário fazermos algumas breves digressões sobre a interpretação realizada nesse processo e sobre a relevância da argumentação para sua sustentação. Não pretendemos com isso esgotar todos os aspectos envolvidos nessa problemática, que por si só justificaria outra dissertação. Trataremos exclusivamente de alguns aspectos da interpretação constitucional cuja adequada compreensão é fundamental para enfrentar a problemática aqui debatida e alicerçar as conclusões a serem apresentadas adiante.

Vale ressaltar que os aspectos aqui abordados impactam diretamente o controle de constitucionalidade das leis ambientais. Também nesse caso, o controle sempre deverá ser precedido da interpretação do enunciado constitucional paradigma e daquele que supostamente o viola. Além disso, de modo a fundamentar sua decisão, cabe ao Judiciário aplicar adequadamente a técnica da argumentação de que trataremos adiante.

7.1. O processo interpretativo e seus principais aspectos: o texto, o intérprete e o problema

O processo interpretativo envolve uma interação entre três elementos: o intérprete, o texto e o problema. Partindo de um problema, seja ele real ou hipotético, o intérprete buscará, com base no texto (enunciado normativo), construir a norma adequada para a

³¹³ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 218.

resolução do caso concreto. Esse processo se dá tanto para a interpretação da legislação ordinária como para aquela direcionada ao texto constitucional.

A necessidade de um problema (caso) para a concretização do processo interpretativo existe mesmo no controle de constitucionalidade abstrato, no qual, a rigor, o que se verifica é a compatibilidade de uma lei com a Constituição Federal. A única diferença é que nesse caso o intérprete terá que trabalhar sobre problemas hipotéticos por ele levantados, não sobre um caso real, como ensina Celso Ribeiro Bastos:

É sempre necessário levantar-se hipóteses interpretativas. Não se interpreta sem se supor um ou vários casos. A interpretação é, necessariamente, de um nível de concreção mais baixo do que o das leis em geral. Ela não é repetição da lei com palavras diversas. (...) A única especificidade na denominada análise em abstrato da constitucionalidade de leis está, pois, nas ponderações de ordem lógico-valorativas que se referem a ideias, e não a fatos.³¹⁴

A dogmática tradicional sustentava que a interação intérprete-enunciado-problema resultaria sempre na extração de uma mesma norma³¹⁵. Havia uma crença de que as mais diversas situações da vida pudessem ser encapsulada em padrões representados no texto normativo e que, diante de sua ocorrência, o intérprete revelaria a norma aplicável. A norma estaria pré-concebida desde sua aprovação pelo legislador e seria revelada pelo intérprete a partir da subsunção do fato ao enunciado normativo.

Não obstante a força dessa ideia como elemento ideológico apto a justificar a lei como mecanismo apto a garantir tratamento igualitário a todos, e promover a tão almejada segurança jurídica, a realidade nunca foi essa. A Sociedade é complexa demais para permitir que as coisas se dessem de forma tão asséptica e precisa. As possibilidades fáticas são infinitas, o intérprete não é - e nunca será - neutro, e a ideia de uma norma pré-concebida mostrou-se uma ilusão.

Essa realidade foi percebida pela doutrina, que começou a enxergar e estudar o fenômeno interpretativo de uma perspectiva diferente. Passou-se a reconhecer no

³¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Heremênutica e interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 179.

³¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 331.

intérprete um papel de participante ativo no processo de criação da norma, e não mais de simples revelação. Esta (a norma) deixou de ser vista como algo pré-concebido, passando a ser enxergada como resultado de um processo interativo e dinâmico entre intérprete, problema e texto que se implicam mutuamente, como leciona Eros Roberto Grau:

Isso significa – repito – que a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será aplicada – isto é, a partir dos dados da realidade (mundo do ser).

Mais adiante, arremata o autor:

por isso inexistem soluções previamente estruturadas – como produtos semi-industrializados em uma linha de montagem – para os problemas jurídicos³¹⁶

Essa constatação implicou no reconhecimento de que o resultado do processo interpretativo realizado sobre um mesmo enunciado normativo nem sempre conduzirá à mesma resposta. Tal fato, que antes era visto como uma distorção do sistema ou um equívoco do intérprete, passa a ser aceito como algo natural e inexorável, independentemente da vontade do legislador ou da doutrina.

7.2. O texto é sempre o limite

Essa compreensão do fenômeno interpretativo poderia conduzir à conclusão de que estaríamos condenados a um contexto de absoluta insegurança jurídica e sujeitos a arbitrariedades dos mais diversos tipos, uma vez que a margem de liberdade outorgada ao intérprete parece demasiadamente larga. Teríamos, no fim, a outorga de autênticos poderes discricionários ao responsável último pela aplicação da norma: o Poder Judiciário. Não é, porém, assim.

Não obstante o reconhecido alto grau de criatividade que se vê em alguns casos, há limites. Não cabe ao Poder Judiciário criar enunciados, ou seja, criar novos textos legais. Na verdade, esses constituem verdadeiras “barreiras interpretativas para o

³¹⁶ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 54-55.

operador do direito e, em particular, para o Tribunal Constitucional, em sua atividade de elucidação da norma vigente”, como pontua André Ramos Tavares³¹⁷. Ou seja, apesar de se reconhecer a inegável abertura inerente a qualquer processo de interpretação, não se admite que o limite do texto seja ultrapassado, sob pena de se transformar essa abertura em arbitrariedade.

O mesmo André Ramos Tavares alerta para o risco sempre presente no controle de constitucionalidade de o juiz constitucional sucumbir a tentações de aderir ao jusrealismo, entendendo ser possível encontrar a melhor decisão para o caso independentemente dos enunciados normativos que norteiam o trabalho interpretativo. Trata-se de postura que deve absolutamente rechaçada, como leciona o autor:

Essa atuação do juiz constitucional não deve chegar ao ponto de se sucumbir às tentações do jusrealismo, que repele a Constituição-texto como limite de sentido constitucional. (...) O realismo jurídico extremado faz o Direito Constitucional depender de prévia decisão judicial, sem a qual o texto torna-se apenas um enigma, sem qualquer orientação prospectiva ou valência de instância limitadora.³¹⁸

A concepção de que o texto funciona como limite para o intérprete é dotada de razoável consenso doutrinário. Eros Roberto Grau³¹⁹, por exemplo, afirma que “a abertura dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça ao serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer intérprete estará sempre, permanentemente, por eles atado, retido”. Celso de Bastos³²⁰, por sua vez, citando J.J. Gomes Canotilho, registra que “a formulação linguística da norma constitui o limite externo para quaisquer variações de sentido jurídico-constitucionalmente possíveis (função negativa do texto)”.

7.3. Os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios

³¹⁷ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 219.

³¹⁸ TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31.

³¹⁹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 89.

³²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 131.

Apesar de o texto funcionar como um limite intransponível para o intérprete, a crescente utilização da técnica legislativa que incorpora nos enunciados conceitos jurídicos indeterminados ou princípios torna a verificação do respeito a esses limites tarefa especialmente penosa. Segundo Luís Roberto Barroso, essas duas categorias são espécies do gênero *cláusulas gerais* e podem ser conceituadas da seguinte forma:

Conceito jurídico indeterminado identifica o signo semântico ou técnico, cujo sentido concreto será fixado no exame do problema específico levado ao intérprete ou aplicador do Direito. Princípio, por sua vez, traz em si uma ideia de valor, um conteúdo axiológico.³²¹

Como se extrai das definições acima, conceitos indeterminados são expressões de sentido fluido utilizadas pelo legislador, intencionalmente ou não, cujo conteúdo só poderá ser preenchido no momento da aplicação da norma. Eles têm o mérito de evitar que o enunciado se torne obsoleto com o caminhar da história ou que deixe de vislumbrar hipóteses não imaginadas pelo legislador quando de sua criação, mas exigem maior atenção do intérprete para sua compreensão no caso concreto.

Um exemplo de uso dessa técnica em matéria ambiental pode ser encontrado no art. 225, § 1º, IV, que incumbe ao poder público “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”. A expressão “significativa degradação ambiental” aí contida é um claro exemplo de conceito jurídico indeterminado, de natureza inegavelmente fluída, cujo conteúdo só poderá ser conhecido de forma definitiva a partir de lei criada para dele tratar ou, em caso de aplicação direta, do caso concreto.

Princípios, por seu turno, na acepção que admitiremos para esse trabalho³²², são mandamentos de otimização que consagram valores ou indicam fins públicos a serem alcançados. Sua capacidade de normatizar condutas é idêntica à das regras, distinguindo-se dessas quanto ao conteúdo, à estrutura e ao modo de aplicação.

³²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 333.

³²² Como registra Virgílio Affonso da Silva, a palavra princípio vem sendo utilizada com significados variados, daí a importância de se fixar aquele de que nos valaremos. (*Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n. 1, Del Rey, jan.-jul., (2003. p.): 607-630.)

Quanto ao conteúdo, regras descrevem condutas a serem seguidas, ao passo que princípios consagram valores ou fins; quanto à estrutura, regras seguem normalmente o modelo fato-consequência, ao passo que os princípios indicam estados ideais e comportam a realização de diversas condutas; já quanto ao modo de aplicação, regras seguem normalmente o modelo de subsunção, ao passo que os princípios, por estarem comumente em rota de colisão com outros, são aplicados por ponderação³²³.

Um exemplo do uso dessa técnica pode ser extraído do art. 170, IV, da Constituição Federal, que institui como um dos princípios da ordem econômica a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”. O princípio é aqui consagrado claramente como um fim a ser perseguido.

7.4. O papel da argumentação na construção da norma adequada e a necessidade de sua explicitação

Segundo o Dicionário Houaiss, argumentar é “apresentar fatos, ideias, razões lógicas, provas etc. que comprovem uma afirmação, uma tese”³²⁴. No âmbito do direito, a expressão é utilizada em idêntico sentido. Argumentar nada mais é do que fornecer razões para defender determinada conclusão. No âmbito da interpretação e aplicação do direito, é fornecer razões para justificar que a norma extraída para a solução de determinado caso concreto é a mais adequada.

Não se quer com isso dizer que a argumentação tenha exclusivamente essa função prática. Ao tratar do objeto de uma possível teoria da argumentação jurídica, Manuel Atienza³²⁵ defende, por exemplo, que essa deve abranger também o estudo das argumentações que se dão nos contextos “da produção ou estabelecimento de normas jurídicas” e “da dogmática jurídica”, onde a argumentação também é fartamente

³²³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 341.

³²⁴ GRANDE DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=elemento>>. Acesso em: 3 de ago. 2015.

³²⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 2.

utilizada. Entretanto, para o presente trabalho, interessa-nos especificamente os desenvolvimentos da teoria da argumentação voltados para a interpretação e aplicação do direito.

O estudo da argumentação jurídica ganhou força especialmente na segunda metade do século XX, ao lado dos avanços proporcionados pela nova hermenêutica e pela consagração das cláusulas gerais como elemento constante nos enunciados normativos. A abertura proporcionada pelo reconhecimento do papel de protagonismo do intérprete, aliado a enunciados que pouco forneciam para a solução do caso, passaram a exigir mecanismos de controle que evitassem a arbitrariedade. A argumentação veio como um instrumento racionalizador das decisões.

Segundo Luís Roberto Barroso³²⁶, a argumentação trabalha com três elementos fundamentais, que devem ser observados por quem a utiliza: a linguagem, as premissas que funcionam como ponto de partida e as regras norteadoras da passagem das premissas à conclusão. Para ele, o desenvolvimento da argumentação deve se pautar em pelo menos três parâmetros: “i) a necessidade de fundamentação normativa; ii) a necessidade de respeito à integridade do sistema; e iii) o peso (relativo) a ser dado às consequências concretas da decisão”³²⁷.

O parâmetro da necessidade de fundamentação normativa significa que o intérprete deve necessariamente buscar apoio nos textos normativos e na dogmática jurídica, abstendo-se de voluntarismos. Não deve ele fundamentar suas conclusões em elementos outros que não jurídicos, como ocorreria, por exemplo, com a invocação de argumentos puramente econômicos, de ideias consagradas pelo senso comum ou com a invocação de um sentido próprio de justiça. O caráter jurídico da argumentação deve prevalecer.

³²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 363.

³²⁷ *Ibidem*, 366.

Esse critério aproxima-se daquilo que MacCormick denomina de *consistência* da decisão em sua teoria da argumentação. Tratando do pensamento desse autor, afirma Manuel Atienza:

Para uma decisão ter sentido com relação ao sistema ela precisa – como já indiquei – satisfazer aos requisitos da consistência e da coerência. Uma decisão satisfaz ao requisito de consistência quando se baseia em premissas normativas, que não entram em contradição com normas estabelecidas de modo válido.³²⁸

O segundo parâmetro aponta para o dever de o intérprete em considerar sua decisão não como um corpo isolado flutuando no cosmos normativo, mas como parte de um sistema. Para tanto, essas devem, tanto quanto possível, ser passíveis de universalização e de nova aplicação nos casos futuros que se mostrem semelhantes. Isso não significa que o sistema seja fechado e imune a irrigações externas ou que não possa haver mudanças de entendimento para casos específicos. Isso pode e deve ocorrer, mas tais variações devem ser cuidadosamente justificadas de forma racional e apta ao convencimento do público.

Essa ideia aproxima-se aos conceitos de universalidade e coerência ressaltados por MacCormick em sua teoria da argumentação. Manuel Atienza assim resume a ideia de universalidade:

O requisito da universalidade, como se sabe, também está implícito na justificação dedutiva. Ele exige que, para justificar uma decisão normativa, se conte pelo menos com uma premissa que seja a expressão de uma norma geral ou de um princípio (a premissa maior do silogismo judicial). Evidentemente, quando se justificar uma determinada decisão, d, é preciso oferecer razões particulares, A, B, C a favor dela, mas tais razões particulares não são suficientes; é preciso, além disso um enunciado normativo geral que indique que, ocorrendo as circunstâncias A, B, C, deve-se sempre tomar a decisão de que seja a expressão maior.³²⁹

Já o requisito da coerência é assim resumido:

(...) uma série de normas, ou uma norma, é coerente se pode ser subsumida sob uma série de princípios ou de valores que, por sua vez, sejam aceitáveis, no sentido de que configurem – quando tomados conjuntamente

³²⁸ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 146-147.

³²⁹ *Ibidem*, p. 143-144.

– uma forma de vida satisfatória. (...) A coerência normativa é um mecanismo de justificação, porque pressupõe a ideia de que o Direito é uma empresa racional; porque está de acordo com a noção de universalidade – como componente da racionalidade na vida prática – ao permitir considerar as normas não isoladamente, mas como conjuntos dotados de sentido; (...)³³⁰

O terceiro parâmetro versa sobre a necessidade de o intérprete apurar as potenciais consequências de seu entendimento antes de decidir por um caminho ou outro. Não que ele deva assumir uma postura exclusivamente consequencialista, optando por determinado caminho apenas em razão das potenciais consequências e deixando de lado valores consagrados. O que se deve buscar é um “equilíbrio entre “a prescrição normativa (deontologia), os valores em jogo, (filosofia moral) e os efeitos sobre a realidade (consequencialismo) ”³³¹.

Também aqui encontramos proximidade com o pensamento de MacCormick, que coloca o consequencialismo como elemento central de sua teoria da argumentação. Mais uma vez vale trazer à baila as lições de Manuel Atienza:

Mas, como já vimos, uma decisão – de acordo com MacCormick – precisa ter sentido com relação não apenas ao sistema, mas também ao mundo. E embora MacCormick reconheça que, na justificação de uma decisão em casos difíceis, o que se faz é uma interação entre argumentos a partir de princípios (incluindo-se aqui o uso da analogia) e argumentos consequencialistas, o que é decisivo, na opinião dele, são os argumentos consequencialistas.³³²

Não basta, no entanto, que o intérprete percorra mentalmente esse caminho e respeite tais parâmetros para uma adequada construção da norma, apresentando ao público apenas o resultado de sua conclusão. É fundamental que todo o caminho percorrido seja explicitado e exposto para que sua racionalidade possa ser controlada. Isso se mostra especialmente relevante quando o processo de construção normativa parte de textos fluidos, de meros reconhecimentos de valores ou fins ou envolva a colisão de princípios ou normas constitucionais que exijam o exercício da ponderação. Sobre a importância da explicitação da interpretação, leciona André Ramos Tavares:

³³⁰ Ibidem, p. 147-148.

³³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 367.

³³² ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 154.

Contudo, é necessário, aqui, sublinhar a necessidade de que a interpretação seja explicitada pelo Tribunal Constitucional. Ao Tribunal Constitucional é defeso promover uma leitura isolada da Constituição, sem maiores esclarecimentos ou demonstrações. O próprio método utilizado, suas vantagens e as preocupações do Tribunal devem ser, por este, apresentadas no próprio contexto decisório.³³³

7.5. Dever reforçado de fundamentação racional no controle de constitucionalidade

A atividade judicial realizada no controle de constitucionalidade de leis envolve necessariamente, como visto, dois esforços interpretativos, sendo um envolvendo a lei questionada e o outro a Constituição Federal. Como qualquer atividade de interpretação, esse processo envolverá comumente, além de um ato de conhecimento, um ato de vontade, uma escolha.

Essa escolha, no entanto, como vimos, não é livre. Para construir suas conclusões, o intérprete está sempre limitado pelas circunstâncias envolvidas no caso e deverá se valer de argumentos jurídicos. Além disso, estará obrigado a expor os motivos pelos quais escolheu um caminho em detrimento das outras possibilidades possíveis, analisando-as de forma transparente e honesta, como pontua Luís Roberto Barroso:

(...) a interpretação judicial – inclusive e sobretudo a interpretação da Constituição - frequentemente envolverá, além de um ato de conhecimento, um ato de vontade por parte do intérprete. Tal vontade, todavia, não deve ser tida como livre ou discricionária, mas subordinada aos princípios que regem o sistema constitucional, às circunstâncias do caso concreto, ao dever de fundamentação racional e ao debate público.³³⁴

Esse dever de fundamentação racional, presente na interpretação de qualquer enunciado normativo, é reforçado em situações envolvendo o controle de constitucionalidade de leis. Isso porque, em primeiro lugar, trata-se de situação na qual se presume a legitimidade do ato impugnado, restando ao Poder Judiciário o

³³³ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 251.

³³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 82.

ônus de desconstruí-la. Em segundo, porque o risco de perturbação da harmonia entre os poderes demanda do Poder Judiciário uma postura de maior cautela.

8. PARÂMETROS PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEIS AMBIENTAIS

O objetivo central desse trabalho é identificar parâmetros aptos a nortear a atuação do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade de leis ambientais. Pretendemos com isso harmonizar a realização do direito ao meio ecologicamente equilibrado com a liberdade de conformação do legislador que do princípio da separação dos poderes e é reforçada, em matéria ambiental, em inúmeros dispositivos constitucionais.

Até aqui, buscamos abordar alguns temas cuja adequada compreensão é pressuposto essencial para que seja possível alcançar esse desiderato. Partindo de todas as conclusões parciais até então alcançadas, buscaremos nesse e no próximo capítulo apontar os principais problemas enfrentados no exercício do controle de constitucionalidade de leis ambientais para, em seguida, apontar possíveis critérios para sua abordagem.

De modo a permitir uma melhor organização do assunto, dividiremos essa parte do trabalho, como já antecipado, em três capítulos. Neste trataremos dos desafios associados ao controle de constitucionalidade formal das leis ambientais. No próximo (capítulo 9) abordaremos o controle de constitucionalidade material dessas leis. Por fim, no capítulo 10, analisaremos alguns casos práticos representativos das discussões.

8.1. O controle de constitucionalidade formal das leis ambientais

No capítulo 5, tratamos da tradicional classificação do controle de constitucionalidade em material e formal. Como sinalizamos naquele momento, enquanto o primeiro diz respeito à violação sobre matéria de fundo, esse último versa sobre a ofensa a normas que tratam da competência (inconstitucionalidade orgânica) e o processo de elaboração das leis (inconstitucionalidade formal propriamente dita).

Buscaremos aqui abordar as discussões relacionadas à inconstitucionalidade formal e aos parâmetros para realização de seu controle. Trata-se de matéria que tem no Brasil importância maior do que em muitos países, tendo em vista a quantidade de dispositivos que versam sobre a competência e do processo para a elaboração de leis em nossa Constituição, daí a conveniência de dedicarmos ao tema um capítulo próprio. É o que adverte Clèmerson Merlin Clève:

É desnecessário lembrar que em nosso país a inconstitucionalidade formal assume uma dimensão superlativa, na medida em que a Constituição Federal incorpora uma série de dispositivos de natureza regimental, disciplinando de modo quase minucioso o processo legislativo. A distribuição de competência, inclusive da legislativa, entre os entes integrantes da federação, incluídos o Distrito Federal e os Municípios, torna a problemática ainda mais relevante.³³⁵

Agregue-se a isso o fato de que apesar de muito falar sobre o tema, a Constituição o fez, especialmente em matéria de distribuição de competência, de forma pouco clara. Não em vão Paulo de Bessa Antunes³³⁶ afirma categoricamente que “a repartição de competências, tal como estatuída em nossa Constituição, é confusa e ambígua, refletindo as contradições inerentes ao processo constituinte”. Esse modelo, pondera, “é gerador de situações nas quais as características básicas são a indefinição jurídica, a incerteza e a instabilidade”.

Porém, não é nosso intento tratar aqui de todas as possíveis hipóteses de inconstitucionalidade formal de uma lei ambiental. Os problemas associados à chamada inconstitucionalidade formal propriamente dita são comuns entre as normas ambientais e as demais, não demandando atenção especial. É o caso, por exemplo, de discussões envolvendo adequado quórum de votação ou a efetiva análise de leis pelas duas casas do Congresso Nacional. Em razão disso, não receberão nossa atenção.

Nossa análise será direcionada para problemas que possam ser associados especificamente às leis ambientais em razão de seu peculiar tratamento pela Constituição Federal, o que nos levou a centrar a abordagem no controle de

³³⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 41.

³³⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas. p. 143.

inconstitucionalidade chamado pela doutrina de *orgânico*³³⁷. Esse controle, não custa lembrar, tem como foco a verificação de pertinência entre a competência outorgada pela Constituição Federal e o órgão que editou determinada lei.

Verificamos, ao logo do trabalho, que a Constituição Federal atribuiu competência legislativa em matéria ambiental, em alguma medida, a todos os entes federativos. Isso leva a constantes conflitos sobre a legitimidade constitucional do espaço ocupado por cada um desses entes no exercício de sua competência. A partir da análise doutrinária e jurisprudencial, identificamos os seguintes possíveis focos de tensão: (i) a discussão em torno dos limites da competência da União para legislar sobre normas gerais; (ii) os limites da competência do estado para suplementar legislação federal ou para fixar normas gerais em caso de omissão da União; (iii) os limites da competência dos Municípios para suplementar as normas federais e estaduais; (iv) o alcance da competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse local; (v) e o conflito entre competência concorrente e privativa.

Nos tópicos seguintes abordaremos cada um deles e buscaremos indicar o parâmetro constitucional a ser seguido pelo Legislador no controle de constitucionalidade dessas leis.

8.2. A competência da União para edição de normas gerais

Conforme já indicado, é concorrente a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre quase todas as questões ambientais, quais sejam: florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (art. 24, VII); responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 24, VIII).

Diante dessa possibilidade de atuação conjunta, é natural se perguntar a quem cabe o

³³⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 39.

quê em um contexto no qual inexistia subordinação entre os entes federativos, razão pela qual o critério hierárquico não pode ser utilizado para resolver um aparente conflito entre leis editadas por entes diferentes. Isso porque, a rigor, eles não legislam sobre a mesma coisa, tendo cada um reservado para si um pedaço da realidade a ser normatizada. O critério escolhido pelo constituinte foi o de atribuir à União a edição das chamadas *normas gerais* e transferir ao Estado e ao Distrito Federal o poder-dever de *suplementar* essas normas.

Segundo o Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, entende-se por geral aquilo que é “universal, genérico”. É o antônimo de específico, peculiar. Suplementar, por seu turno, tem dois sentidos diferentes, podendo ser entendido como “o que serve de suplemento para suprir o que falta” ou significando “o que amplia ou completa”³³⁸.

Se a partir de uma análise puramente semântica essa distinção parece fácil de ser feita, sua construção jurídica no contexto aqui tratado se mostra cercada de desafios e incertezas. As dúvidas giram ao redor de dois aspectos fundamentais. O primeiro deles é o próprio conceito do que seja uma norma geral, uma vez que é a partir dela que se definirá o alcance da competência da União. O segundo diz respeito à extensão da possibilidade de suplementação dos Estados, em especial se eles podem criar normas que contrariem a legislação federal, tornando-a mais permissiva ou mais restritiva. Enfrentaremos nesse tópico as questões relativas ao alcance das normas gerais.

Diferentemente do que possa parecer à primeira vista, não havia antes da edição da Constituição Federal um consenso sobre o que se deveria entender por normas gerais. Segundo registra Juraci Mourão Lopes Filho³³⁹, a expressão teria surgido ainda na Constituição de 1946 como uma ideia do então Deputado Aliomar Baleeiro para superar um impasse político. Na Assembleia Constituinte de então havia uma resistência de alguns deputados em outorgar uma excessiva competência à União para legislar sobre Direito Tributário e com isso não deixar espaço para os Estados e

³³⁸ GRANDE DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=elemento>>. Acesso em: 1 de ago. 2015.

³³⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Competências federativas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. p. 237.

Municípios. A solução teria sido outorgar à União competência para legislar sobre *normas gerais*, deixando aos Estados espaço para suplementá-las. Todavia, o próprio autor da proposta, apesar de jurista eminente, confessou que não teria raciocinado juridicamente sobre seu alcance. Sendo assim, a tarefa de se definir o que seriam normas gerais e, com isso, estabelecer o alcance da competência da União, ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência.

A indeterminação da expressão normas gerais tem levado a tamanhas dificuldades que Juraci Mourão Lopes Filho chegou a afirmar que a intenção parece ter sido justamente não permitir soluções apriorísticas, remetendo todas as soluções para uma análise caso a caso. Assevera o autor:

Como se vê, o recurso ao termo “normas gerais” tem justamente a intenção de não permitir soluções apriorísticas, exigindo uma análise pontual caso a caso, com debates posteriores, o que vem, efetivamente, sendo satisfatório no plano prático, conquanto, repita-se, tem autorizado ao legislador nacional considerar geral tudo aquilo que ele inserir em uma determinada norma autoproclamada geral. A mencionada ascendência política nacional e o primado do interesse nacional elidem maiores questionamentos quando o Congresso Nacional edita norma que, alegadamente, traça as normas gerais de um determinado assunto do art. 24 (...) ³⁴⁰

Colhe-se na doutrina inúmeras tentativas de se enfrentar essa questão. O próprio Juraci Mourão Lopes Filho ³⁴¹, em obra geral que trata das competências federativas, aponta que normas gerais “são aquelas que disciplinam os pontos mais abrangentes e relevantes de um determinado assunto sem descer a pormenores e minúcias”. Afirma, ainda, que “são normas que versam sobre os institutos fundamentais, as situações jurídicas basilares, como também formulem conceitos e definições mais relevantes da matéria a ser tratada”.

Em artigo citado por quase todos que se dispuseram a tratar da matéria escrito no ano de promulgação da Carta Magna, após fazer profunda revisão doutrinária, Diogo de Figueiredo Moreira Neto apresenta o seguinte conceito de normas gerais:

³⁴⁰ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Competências federativas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. p. 237.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 234.

(...) são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados-Membros na feitura das suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos.³⁴²

José Afonso da Silva³⁴³ adota linha muito próxima à de Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao afirmar que normas gerais “estabelecem princípios e diretrizes de ação legislativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Assim, complementa o autor, “por regra elas não regulam diretamente situações fáticas, porque se limitam a definir uma normatividade genérica a ser obedecida pela legislação federal, estadual e municipal: direito sobre direito, normas que traçam diretrizes, balizas, quadros, à atuação legislativa daquelas unidades da Federação”.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁴⁴, após analisar a proposta de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, entende ser essa, apesar de bem fundamentada, excessivamente restritiva quanto à competência da União. Assim, sob o argumento de que sua aplicação poderia levar a resultados absurdos, entende que se deve permitir que a União vá além de princípios e diretrizes gerais e fixe “padrões mínimos de defesa do interesse público concernente àquelas matérias em que tais padrões deveriam estar assegurados em todo o País, sob pena de ditos interesses ficarem à míngua de proteção”.

Especificamente em matéria ambiental, Heline Sivini Ferreira³⁴⁵ indica que “as normas gerais devem estabelecer princípios fundamentais, dotados de generalidade e abstração, que não se imiscuam no campo de atuação dos Estados e do Distrito Federal”. A autora, como se vê, restringe a possibilidade de atuação da União à edição

³⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação de normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, v.25, n. 200. p.127-162, out.-./dez-./ de 1988.

³⁴³ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 284.

³⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro*. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/07/artigo-bandeira-mello.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2015.

³⁴⁵ FERREIRA, Helini Sivini. Competências Ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato(org.). 5. ed. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 244.

de princípios, sendo-lhe vedado, a contrário senso, a edição de regras.

Romeu Thomé³⁴⁶ pontua que a norma geral “estabelece conceitos, princípios e procedimentos básicos a serem seguidos pelos demais entes da federação na edição de suas normas próprias”.

Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer³⁴⁷, invocando lições do Ministro Carlos Veloso, entendem que normas gerais “devem apresentar generalidade maior do que apresentam, em regra, as leis” e que tem o “sentido de diretriz, de princípio geral”. Em complemento, entendem que cabe à União, além do estabelecimento de um quadro normativo geral, a “fixação de um patamar legislativo mínimo em termos de proteção ambiental”. Como se vê, os autores apontam como conteúdo para normas gerais tanto a ideia de princípios e diretrizes gerais como a de patamares mínimos, posição muito próxima à do já citado Celso Antônio Bandeira de Mello.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo³⁴⁸ relaciona o conceito de normas gerais à intensidade de proteção ao meio ambiente. Com base nessa premissa, entende que caberá à União “a fixação de pisos mínimos de proteção ao meio ambiente, enquanto aos Estados e Municípios, atendendo aos seus interesses regionais e locais, a de um ‘teto’ de proteção”. Trata-se também de posição que se aproxima à de Celso Antônio Bandeira de Mello, com a diferença de que nesse caso não se fala expressamente em diretrizes gerais.

Toshio Mukai³⁴⁹ não apresenta seu entendimento sobre o que seriam normas gerais, cingindo-se a afirmar que haveria uma espécie de hierarquia no âmbito da legislação concorrente, “no sentido de que a lei federal tem prevalência sobre a estadual e municipal, e a estadual sobre a municipal”.

³⁴⁶ THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 142.

³⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; Fensterseifer, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 158-159.

³⁴⁸ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 201.

³⁴⁹ MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 44.

Édis Milaré³⁵⁰ indica caber à União a “regulação de aspectos de interesse nacional, com o estabelecimento e normas gerais endereçadas a todo o território nacional”. O critério distintivo das normas gerais apontado seria, como se vê, o alcance do interesse protegido.

Paulo de Bessa Antunes³⁵¹ manifesta indiretamente seu entendimento sobre o conteúdo das normas gerais ao dizer que a “competência concorrente implica que a União deve estabelecer os parâmetros gerais a serem observados pelos demais integrantes da Federação”.

Paulo Affonso Leme Machado³⁵², apesar de reconhecer a necessidade de construção doutrinária e jurisprudencial para tratar do assunto, não apresenta um conceito acabado de norma geral. Restringe-se a dizer que uma das características dessa seria a de que ela “visa à aplicação da mesma regra em um determinado espaço territorial” e que “não precisa abranger necessariamente todo o território brasileiro”.

Em recente artigo no qual faz uma avaliação crítica desses entendimentos, Renato Monteiro de Rezende³⁵³ conclui inexistir na Constituição indicação que conduza o intérprete à conclusão de que “normas gerais devem necessariamente consistir em comandos de elevado grau de abstração, de caráter principiológico ou cuja eficácia sempre dependa de uma ação desenvolvida e especificante do legislador estadual”. Sustenta, em favor dessa tese, a existência de outros dispositivos que tratam de normas gerais na Carta Magna, mas cuja regulação seria absolutamente incompatível com essa solução, como seria o caso do art. 236, § 2^o³⁵⁴ ou do art. 169, § 7^o³⁵⁵.

³⁵⁰ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: gestão ambiental em foco*. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.192.

³⁵¹ BESSA, Paulo. *Direito Ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 88.

³⁵² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 143.

³⁵³ REZENDE, Renato Monteiro. *Normas gerais revisitadas: a competência legislativa em matéria ambiental*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/243215/TD121-RenatoMonteiroRezende.pdf?sequence=1>> . Acesso em: 30 de jun. 2015.

³⁵⁴ Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. (...)§ 2º *Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.*(...)(grifo nosso.)

³⁵⁵ Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

Na busca por critérios que permitam desenhar os limites do que seriam normas gerais, sustenta esse mesmo autor que União poderá avançar “(i) quando o objeto regulado não se apresentar substancialmente variável nas diferentes unidades da federação; e (ii) quando houver a necessidade, constitucionalmente identificável, de uniformização normativa, para atender a imperativos de segurança jurídica e de manutenção do equilíbrio federativo”. A primeira hipótese está associada diretamente à ausência de peculiaridades territoriais que justifiquem a atuação do legislador estadual, o que por si só justificaria a atuação da União. A segunda diz respeito a situações em que, apesar de existirem peculiaridades, razões maiores justifiquem a padronização. Nos dois casos poderia esse ente federativo ir muito além de princípios gerais e editar normas específicas.

Anizio Pires Gavião Filho³⁵⁶ caminha em sentido semelhante sustentando que “no âmbito da competência legislativa concorrente ambiental, a União pode dar normas gerais que vão desde os princípios até as regras, conforme se pretende deixar aos Estados um maior ou menor espaço normativo para o estabelecimento de outras normas”. Segundo esse autor, o mais importante elemento para caracterizar uma

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. § 2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites. § 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; II - exoneração dos servidores não estáveis. § 4º *Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.* § 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço. § 6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos. § 7º *Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º.* (grifo nosso)

³⁵⁶ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 83.

norma como geral seria sua “aplicação uniforme em todos os Estados e a todos os cidadãos indiscriminadamente”.

Partindo de tudo que foi exposto até aqui, é possível dividir os posicionamentos apresentados em pelo menos seis grandes blocos de ideias comungadas por alguns autores. Em um primeiro bloco estão aqueles que associam à expressão normas gerais apenas à fixação de princípios, conceitos e definições dirigidas ao legislador estadual (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, José Afonso da Silva, Romeu Thomé e Heline Sivini Ferreira). Em um segundo temos um autor que defende ideia próxima ao primeiro quanto ao conteúdo de parte das normas gerais, mas vai além e agrega também a possibilidade de se tratar sobre institutos fundamentais e situações jurídicas basilares. Além disso, não indica como seu destinatário principal o legislador estadual (Juraci Mourão Lopes Filho). No terceiro estão os autores que incluem no conceito de normas gerais não apenas diretrizes, mas também a fixação de patamares mínimos de proteção ao interesse público, ainda que isso acabe envolvendo certo grau de especificidade (Celso Antônio Bandeira de Mello, Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer). No quarto temos autores que centram sua atenção no âmbito territorial de aplicação da norma, ora indicando que será necessariamente nacional (Édis Milaré), ora apontando que pode não abranger necessariamente todo o território brasileiro (Paulo Affonso Leme Machado). No quinto tem-se autores que não trazem critérios específicos que auxiliem na identificação das normas gerais (Toshio Mukai e Paulo de Bessa Antunes). Por fim, no sexto e último bloco temos dois autores que defendem a ampla possibilidade de a União legislar, ainda que de forma detalhada, desde que presentes a necessidade de uniformização da regulação (Renato Monteiro de Rezende e Anizio Pires Gavião Filho).

Tanto a análise da legislação nacional em matéria ambiental como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria indicam a baixa adesão às teses sustentadas pelo primeiro e segundo blocos. Em matérias como resíduos sólidos (Lei Federal nº. 12.305/2010), florestas (Lei Federal nº. 12.651/2012), desenvolvimento de OGMs (Lei Federal nº. 11.105/2005) e atividades realizadas com amianto (Lei Federal nº. 9.055/1995), por exemplo, a União foi muito além da criação de simples diretrizes, princípios ou conceitos gerais. Na verdade, regulou de forma minudente as

condutas associadas a tais atividades, deixando pouco ou nenhum espaço para o legislador estadual. Ao ser instado a avaliar a constitucionalidade de leis estaduais que versam sobre matérias tratadas em algumas dessas leis federais, o STF quase sempre reconheceu sua natureza geral e a necessidade de os Estados as respeitarem. Vejamos alguns desses casos.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3035 questionou-se a validade de lei estadual que proibia a comercialização de Organismos Geneticamente Modificados-OGM, contrariando norma permissiva em âmbito federal. O STF reconheceu a inconstitucionalidade da lei estadual por dispor de forma contrária à lei federal. Nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº. 2656 e 2.396 debateu-se normas estaduais que proibiam algumas atividades com amianto (fabricação, comercialização, estocagem etc.), o que era permitido pela legislação federal. A corte decretou a inconstitucionalidade sob o argumento que caberia às leis estaduais preencher vazios e colmatar lacunas, mas não dispor de forma diametralmente oposta à lei federal. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1. 245 discutiu-se se lei estadual poderia ampliar a definição de pescador artesanal prevista em lei federal, tendo o tribunal rechaçado essa possibilidade sob o argumento de que cabe ao Estado apenas “regular de forma específica aquilo que a União houver regulado de forma geral”.

Por outro lado, vale registrar que há também, pelo menos um precedente em sentido aparentemente contrário a essa linha: a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3937. Nesse caso, o STF rejeitou a medida cautelar em ação que questiona a constitucionalidade de lei estadual que, uma vez mais, proibia várias atividades com amianto. Os principais argumentos trazidos em favor da manutenção da lei estadual foram os seguintes: i) a lei federal invocada como paradigma não seria norma geral em matéria de amianto, tendo em vista a existência de uma convenção específica que trata da matéria e que tem status de diploma supralegal; ii) não haveria medida intermediária possível para a proteção da saúde que não a proibição; iii) a lei federal que versa sobre o tema seria materialmente inconstitucional; iv) e a lei estadual poderia ser mais protetiva do que a federal.

Apesar de esse precedente ter caminhado em sentido contrário aos demais, a análise dos argumentos apresentados impede que se possa extrair daí qualquer tendência do

Supremo em restringir o âmbito de atuação da União à edição de princípios ou diretrizes gerais. Na verdade, as razões invocadas para a manutenção da lei local são bem distintas, questionando-se qual norma existente no sistema deveria ser considerada geral, se a lei federal ou o tratado assinado pelo Brasil, ou mesmo a constitucionalidade material da Lei Federal nº. 9.055, de 1º de junho 1995.

De fato, parece-nos que restringir a competência legislativa da União à fixação de diretrizes, princípios ou institutos, como propõe esses autores, teria o grave inconveniente de impedir uma uniformização regulatória que possa ser crucial, não apenas para garantir o atendimento a outras normas constitucionais materiais, como, também, para manter a harmonia entre os entes federativos. Em alguns casos, para atender esses objetivos, será necessário a edição de autênticas e detalhadas regras. A questão se mostra especialmente sensível em matéria ambiental, onde o tratamento desagregado e conflitante pode impedir que o meio ambiente seja efetivamente protegido.

Renato Monteiro de Rezende apresenta um interessante exemplo que serve para ilustrar essa realidade e que teria ocorrido durante a tramitação da Lei Federal nº. 12.651/2012:

Apenas para citar um exemplo relativo a matéria intensamente discutida quando da tramitação do projeto de Código Florestal, que se converteu na Lei no 12.651, de 25 de maio de 2012, legislação mais tolerante quanto à retirada de cobertura vegetal nas margens de rios e nas nascentes pode conduzir ao seu assoreamento e à sua morte. Tratando-se de um rio pertencente a bacia que abranja mais de um Estado, não há como fechar os olhos aos impactos de tal fenômeno sobre o meio ambiente (bem como à economia) de todos os Estados envolvidos. Uma questão como essa, que envolve potencial conflito federativo, definitivamente não pode ser abordada como um problema circunscrito ao Estado produtor da legislação facilitadora da ocorrência de danos ambientais. Isso justifica a edição de lei nacional uniformizadora do cuidado normativo das áreas de proteção permanente.³⁵⁷

Descartado esse critério, resta-nos analisar as outras propostas acima elencadas, em especial as reunidas no terceiro e no sexto, uma vez que, como visto, as trazidas nos

³⁵⁷ REZENDE, Renato Monteiro de. *Normas gerais revisitadas: a competência legislativa em matéria ambiental*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/243215/TD121-RenatoMonteiroRezende.pdf?sequence=1>> . Acesso em: 30 de jun. 2015.

blocos 4 e 5 efetivamente não indicam critérios para a definição de normas gerais. Não obstante, entendemos que tem razão o professor Paulo Affonso Leme Machado, que compõe o quarto bloco, ao afirmar que normas gerais não precisam abranger necessariamente todo o território, podendo também incidir apenas sobre determinada região. Exemplo disso seria uma lei que versasse apenas sobre uma formação rochosa ou bioma presente apenas em alguns Estado. É o caso da chamada Lei da Mata Atlântica (Lei 11.428, de 23 de dezembro de 2006).

A proposta dos autores reunidos no terceiro bloco avançam em relação à possibilidade de simples indicação de princípios e diretrizes gerais na medida em que permitem também que essas normas fixem patamares mínimos de proteção do interesse público. Na esfera ambiental, isso viabilizaria a indicação de pisos de proteção ao meio ambiente, podendo os Estados e Municípios suplementá-las para ampliar essa proteção, mas jamais reduzi-las.

Essa proposta tem o mérito de permitir a uniformização da legislação quando necessário, ponto que, a nosso ver, é fundamental, especialmente em matéria ambiental. Porém, ao restringir essa possibilidade exclusivamente à fixação de patamares mínimos, entendemos que há uma limitação que pode levar a problemas semelhantes ao da primeira proposta, ainda que em menor medida. Isso porque, em alguns casos, a uniformização pode demandar a fixação não apenas de patamares mínimos, mas também de patamares máximos de proteção, de modo a atender outros valores constitucionais relevantes.

A última proposta, que classificamos como bloco 6, também rechaça uma vinculação das normas gerais à ideia de princípios ou diretrizes gerais. Para Renato Monteiro de Rezende, a União poderá atuar editando normas gerais sempre que houver necessidade de uniformização da legislação, seja pela necessidade de se resguarda valores constitucionais relacionados à segurança jurídica e ao equilíbrio federativo, seja pela inexistência de situações de fato peculiares em nível estadual que justifiquem a regulação jurídica diversificada. Veja-se que essa uniformização não tem relação necessária com a vinculação a patamares mínimos de proteção. Como expressamente afirma, ela pode envolver também patamares máximos ou a indicação

de qualquer outro elemento inibidor da atuação dos demais entes federativos que possa frustrar o objetivo da norma geral.

Por tudo o que foi colocado até aqui, entendemos que esse é o critério que melhor se adequa aos imperativos constitucionais. De fato, a restrição de normas gerais a princípios e diretrizes, especialmente em matéria ambiental, pode frustrar inúmeros objetivos constitucionais, resultando no não atendimento ao dever-direito previsto no art. 225 da Carta Magna. O mesmo ocorrerá se limitarmos a atuação da União à edição de leis que fixem apenas patamares mínimos, uma vez que, em determinadas situações, a proteção excessiva ao meio ambiente pode implicar na violação aos outros direitos constitucionais como o direito ao desenvolvimento.

Assim, parece-nos que o elemento balizador da atuação da União deve ser a necessidade de *uniformização normativa*, seja para se resguardar valores constitucionais relacionados à segurança jurídica e ao equilíbrio federativo, seja pela inexistência de situações de fato peculiares em nível estadual que justifiquem a regulação jurídica diversificada, ainda que, para tanto, se tenha que regular minuciosamente determinado objeto ou fixar patamares mínimos ou máximos de proteção. Mesmo que esses patamares não sejam expressamente indicados como piso ou teto, devem ser entendidos como tais sempre que as regulamentações dos demais entes federativos puderem frustrar o objetivo uniformizador que motivou a edição de normas gerais.

Isso não significa, evidentemente, que a União tudo possa. Não caberá a ela indicar como gerais normas que não tenham alcance nacional (ou ao menos regional, como defende corretamente o professor Paulo Affonso Leme Machado), ou que busquem padronizar aquilo que não é passível de padronização, tendo em vista as peculiaridades existentes em cada Estado. Além disso, a efetiva necessidade de um tratamento uniforme sempre terá que ser passível de demonstração, não sendo válido o argumento de que o simples fato de o Congresso Nacional editar uma norma é suficiente para que esse requisito esteja preenchido, como se coubesse à União definir para cada caso um novo alcance do conceito de normas gerais. Isso seria o mesmo que abandonar por completo a divisão de competências feita pela Constituição, ofendendo os fundamentos da federação erigidos pelo constituinte.

Em recente precedente³⁵⁸, o STF voltou a se manifestar sobre o confronto entre normas gerais e leis estaduais e parece ter agasalhado esse critério. Questionava-se a validade de lei estadual catarinense que fixou o número máximo de alunos por turma sob o argumento de que, ao agir dessa forma, teria o Estado legislado sobre normas gerais. A ação foi julgada improcedente, mantendo-se a validade da lei estadual. O ministro-relator propôs como critério para solução de conflitos dessa natureza a manutenção de iniciativas estaduais ou municipais, *salvo quando houver uma necessidade de uniformidade nacional* na disciplina do tem em debate. Lê-se em seu voto:

Acredito seja momento de a Corte rever sua postura *prima facie* em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, passando a prestigiar as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição. Essa diretriz parece ser a que melhor se acomoda à noção de federalismo como sistema que visa a promover o pluralismo nas formas de organização política. (...)

Em consonância com as premissas teóricas firmadas linhas atrás, cumpre não inflacionar a compreensão das “normas gerais”, o que afastaria a autoridade normativa dos entes regionais e locais para tratar do tema. Assim é que, não havendo necessidade auto evidente de uniformidade nacional na disciplina da temática, proponho prestigiar a iniciativa local em matéria de competências legislativas concorrentes.

8.3. A competência do Estado para suprir ou suplementar a legislação federal

Como visto, da mesma forma que reserva à União poderes para editar normas gerais, a Constituição outorga aos Estados-membros e ao Distrito federal poderes para *suplementar* essas normas. Além disso, na falta de normas gerais, ficam esses entes autorizados a legislar de maneira ampla, suprimindo a omissão da União. Trataremos nesse tópico das dificuldades encontradas na busca de critérios aptos a nortear o alcance desse poder de suplementação outorgado aos estados, já que os limites desse alcance guiarão o Poder Judiciário para um legítimo controle de constitucionalidade formal.

³⁵⁸ ADI 4060, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 30-04-2015 PUBLIC 04-05-2015

Como já antecipado, o vocábulo suplementar tem dois sentidos diferentes, podendo ser entendido como “o que serve de suplemento para suprir o que falta” ou significando “o que amplia ou completa”³⁵⁹. Em razão disso, Paulo Affonso Leme Machado³⁶⁰ entende que a competência legislativa outorgada aos estados membros para suplementar normas gerais federais envolve tanto a possibilidade de colmatar lacunas ali existentes, como também a de adicionar novas previsões, ou seja, complementá-las.

Há considerável consenso na doutrina de que no desempenho de sua tarefa os Estados devem manter coerência com a norma geral, não podendo, a pretexto de suplementá-la, deturpar lhe por completo o sentido ou objetivo. A complementariedade pressupõe harmonia entre a norma suplementadora e a norma suplementada, como ensina Paulo Affonso Leme Machado³⁶¹: “ressalte-se que não se pode suplementar um texto legal para descumpri-lo ou para deturpar sua intenção, isto é, para desviar-se da *mens legis* ambiental federal”.

Nessa mesma linha, Tércio Sampaio Ferraz Jr. chega a afirmar que a competência outorgada aos Estados e ao Distrito Federal não é uma autêntica competência concorrente, mas uma *competência decorrente*, já que visa à regulamentação das normas gerais:

Isto nos leva a concluir que a competência suplementar não é para a edição de legislação concorrente, mas para a edição de legislação decorrente, que é uma legislação de regulamentação, portanto de normas gerais que regulam situações já configuradas na legislação federal e às quais não se aplica o disposto no § 4 (ineficácia por superveniência de legislação federal), posto que com elas não concorrem (se concorrem, podem ser declaradas inconstitucionais). É pois competência que se exerce à luz de normas gerais da União e não na falta delas.³⁶²

³⁵⁹ GRANDE DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: < <http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=elemento> > . Acesso em: 1 de ago. 2015.

³⁶⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Federalismo, amianto e meio ambiente: julgado sobre competência. Competências Ambientais .In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato(org.). 5. ed. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 257.

³⁶¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 145.

³⁶² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 90, 1995, p. 250.

Em razão disso, parte significativa doutrina vem entendendo não ser possível que lei estadual reduza o alcance da proteção ambiental fixado em lei federal a pretexto de suplementá-la. É que nesse caso haveria inegável ofensa à lei supostamente suplementada. Nesse sentido é o pensamento de Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

Dessa forma, podemos afirmar que à União caberá a fixação de pisos mínimos de proteção ao meio ambiente, enquanto aos Estados e Municípios, atendendo aos seus interesses regionais e locais, a de um 'teto' de proteção. Com isso, oportuno frisar que os Estados e Municípios *jamais poderão legislar*, de modo a oferecer *menos proteção* ao meio ambiente do que a União, porquanto, como já ressaltado, a esta cumpre tão só, fixar regras gerais.³⁶³ (Grifo do original)

Renato Monteiro de Rezende não apenas defende a impossibilidade de ofensa a um grau mínimo de proteção previsto em lei federal pelas leis estaduais ou distritais pelas razões acima apresentadas, como acrescenta outra: o cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo Brasil, que poderia ser prejudicado em caso de fragmentação da legislação. Pontua esse autor:

O estabelecimento de normas gerais definidoras de graus mínimos de proteção ao meio ambiente, que não podem ser contrariadas pela legislação estadual, também se justifica à luz do conjunto de obrigações internacionais assumidas pelo Brasil nesse âmbito. Com efeito, a proteção ao meio ambiente é objeto de diversos acordos internacionais. A lógica que preside o tratamento normativo supranacional do tema é a mesma antes desenvolvida para justificar a disciplina supra estadual.³⁶⁴

De fato, parece-nos acertada essa posição. Seria incompatível como a ideia de suplementação a possibilidade de se contradizer aquilo que se completa. Por outro lado, parece-nos que em pelo menos uma situação a aparente redução da proteção seria admitida. Isso se daria caso a lei federal supostamente fixadora das normas gerais extrapolasse os limites constitucionais estabelecidos para sua edição indicados anteriormente. Nesse caso, das duas uma: ou essa deveria ser considerada incompatível com a Constituição, sendo afastada do ordenamento, ou ter seu âmbito de incidência restringido à própria União. Seja como for, a lei estadual editada

³⁶³ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 201.

³⁶⁴ REZENDE, Renato Monteiro de. *Normas gerais revisitadas: a competência legislativa em matéria ambiental*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/243215/TD121-RenatoMonteiroRezende.pdf?sequence=1>> . Acesso em: 30 jun. 2015.

poderia ser considerada válida, mesmo tendo reduzido o âmbito de proteção ao meio ambiente.

Discussão semelhante foi enfrentada na análise feita pelo Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da Lei Federal n.º 8.666, de 21 de julho de 1993. Nesse caso, o Tribunal entendeu que alguns dos dispositivos previstos na lei não tinham natureza de norma geral, imiscuindo-se sobre questões cuja regulação caberia aos demais entes federativos. Em razão disso, entendeu-se que esses dispositivos específicos seriam aplicáveis exclusivamente à União, compondo a chamada legislação federal, mas não legislação nacional. Esse julgado recebeu a seguinte ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. Lei n. 8.666, de 21.06.93. I. - Interpretação conforme dada ao art. 17, I, "b" (doação de bem imóvel) e art. 17, II, "b" (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, "c" e par. 1. do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. II. - Cautelar deferida, em parte.³⁶⁵

Questão mais polêmica diz respeito à possibilidade de a lei estadual, a pretexto de suplementar normas gerais, impor exigências mais restritivas ou mais protetivas ao meio ambiente. A doutrina diverge quanto ao tema, havendo uma tendência maior pela admissão.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶⁶, coerente com seu entendimento de que normas gerais fixam pisos mínimos de proteção do interesse público, entende que, desde que respeitado esse piso e demais diretrizes pertinentes, Estados e Distrito Federal “poderiam neste campo sempre estabelecer exigências defensivas do interesse público, ainda mais enérgicas, mais intensas ou mais extensas do que as fixadas pela União”.

³⁶⁵ ADI 927 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/1993, DJ 11-11-1994 PP-30635 EMENT VOL-01766-01 PP-00039

³⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro*. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/07/artigo-bandeira-mello.pdf>> Acesso em: 1 ago. 2015

Heline Sivini Ferreira³⁶⁷ e Talden Farias³⁶⁸ também reconhecem indiretamente essa possibilidade ao eleger como critério para superação de eventual conflito entre normas federais e estaduais a prevalência da mais restritiva, assunto que será abordado no tópico seguinte.

Também Celso Antônio Pacheco Fiorillo³⁶⁹ admite a regulação mais restritiva ao afirmar que aos Estados e Municípios cabem fixar o “teto” de proteção.

Entendimento semelhante foi sustentado pelo Ministro Ricardo Lewandowski em voto proferido no julgamento da ADI 3.937-MC:

Como argumento final, tenho defendido não apenas em sede acadêmica, mas também em algumas decisões que proferi já na corte estadual a qual pertencia, como também tive oportunidade de manifestar esse entendimento nesta Suprema Corte, no sentido de que, em matéria de proteção ao meio ambiente e em matéria de defesa da saúde pública, *nada impede que a legislação estadual e a legislação municipal sejam mais restritivas do que a legislação da União e a legislação do próprio Estado, em se tratando dos Municípios.*³⁷⁰ (grifo nosso)

Por outro lado, Renato Monteiro de Rezende³⁷¹ entende ser “viável a edição de normas gerais vedando medidas legislativas estaduais protetoras do meio ambiente que possam resultar em prejuízo sensível a outros direitos e bens que a Carta Magna incumbiu a União de proteger”. Entretanto, não fica claro se para o autor apenas uma lei federal que expressamente vede a fixação de patamares maiores teria o condão de controlar a ação do legislador estadual ou distrital ou se essa poderia ser considerada implícita em alguns casos.

³⁶⁷ FERREIRA, Helini Sivini. Competências Ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato(org.). 5. ed. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 245.

³⁶⁸ FARIAS, Talden. *Competência legislativa em matéria ambiental*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26435-26437-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

³⁶⁹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 201.

³⁷⁰ ADI 3937 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 04/06/2008, DJe-192 DIVULG 09-10-2008 PUBLIC 10-10-2008 EMENT VOL-02336-01 PP-0005

³⁷¹ REZENDE, Renato Monteiro de. *Normas gerais revisitadas: a competência legislativa em matéria ambiental*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/243215/TD121-RenatoMonteiroRezende.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

Parece-nos que a questão aqui deve ser resolvida a partir dos mesmos critérios propostos para a definição do âmbito de incidência das normas gerais. Admitimos, com Renato Monteiro de Rezende, que essas poderão ser editadas quando o objeto regulado não se apresentar substancialmente variável nas diferentes unidades da federação e quando houver a necessidade, constitucionalmente identificável, de uniformização normativa, para atender a imperativos de segurança jurídica e de manutenção do equilíbrio federativo. Assim, desde que não frustrem esses objetivos pretendidos pelas normas gerais, os Estados poderão fixar patamares mais restritivos. Se os frustrarem, porém, essas serão incompatíveis com a Constituição.

A nosso ver, a norma federal sequer precisa proibir expressamente que os Estados e o Distrito Federal fixem normas mais restritivas para que essa vedação se mostre presente. Basta que a edição da lei estadual seja incompatível com os objetivos da lei federal. Pode-se dizer que, nesses casos, haverá uma espécie de vedação implícita.

Como visto, além do poder para suplementar normas gerais, cabe aos Estados e ao Distrito Federal competência plena para criar tais normas caso a União não o faça. Ao estabelecer essa previsão em seu art. 24, §3º, a Constituição incompreensivelmente mencionou apenas os Estados, omitindo-se quanto ao Distrito Federal. Entretanto, a doutrina³⁷² e a jurisprudência³⁷³ são uníssonas ao concluir que também este ente federativo possui tal competência a partir de uma interpretação sistemática da Lei Fundamental.

Apesar de permitir aos Estados e ao Distrito Federal que editem normas gerais, a Constituição não lhes outorga uma carta branca. Exige-se que essa atuação se dê apenas para atender a suas peculiaridades. Juraci Mourão Lopes Filho³⁷⁴ extrai duas consequências dessa previsão: a primeira é que os Estados ou o Distrito Federal não podem pretender que suas normas gerais sejam gerais no aspecto subjetivo, alcançando outros entes federativos ou indivíduos fora de seu território; a segunda é

³⁷² LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Competências federativas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. p. 237.

³⁷³ ADI nº. 1045 e ADI nº. 2903.

³⁷⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. Op. cit. p. 249.

que a lei editada não pode desequilibrar ou conformar sua própria atuação com a de outros entes federativos, elidindo e disciplinando eventuais conflitos.

A superveniência de lei federal fixando normas gerais, como já sinalizado, implica na suspensão da eficácia da lei estadual que estabelece normas gerais. Entretanto, outras previsões que tenham natureza de normas suplementares mantêm-se vigentes³⁷⁵. Interessante notar que, nesse caso específico, a lei estadual, apesar de afastada e de versar sobre normas gerais, não poderá ter sua constitucionalidade formal questionada, uma vez que é a própria Constituição Federal que abarca essa situação peculiar. Sendo a lei federal revogada, a estadual voltaria a vigorar plenamente, como bem observou José Afonso da Silva:

Note-se bem, o constituinte foi técnico: a lei federal superveniente não revoga nem derroga a lei estadual no aspecto contraditório; esta apenas perde sua aplicabilidade, porque fica com sua eficácia suspensa. Quer dizer, também, que se a lei federal for simplesmente revogada, deixando um vazio de normas gerais, a lei estadual recobra sua eficácia e passa outra vez a incidir plenamente.³⁷⁶

8.3.1 A inadequação dos critérios da prevalência da norma ambiental mais restritiva/protetiva e do *in dubio pro natura*

Diante das dificuldades inerentes ao desenho dos limites de atuação de cada ente federativo no exercício da competência concorrente, além de indicar as definições acima analisadas, a doutrina tem buscado identificar critérios de solução prática para os conflitos aparentes que surgem. Heline Sivini Ferreira³⁷⁷ aponta os seguintes possíveis conflitos:

- i) mesmo observando seus campos de atuação, União e Estados legislem de forma conflitante;

³⁷⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão *Competências federativas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. p. 252.

³⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 285.

³⁷⁷ FERREIRA, Helini Sivini. Competências Ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato(org.). 5. ed. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 245.

- ii) há inobservância dos limites constitucionais impostos ao exercício da competência concorrente por um dos entes federativos;
- iii) não é possível definir precisamente o que são normas gerais e normas especiais.

No primeiro caso, sustenta a autora que deveria predominar a *regra mais restritiva*, uma vez que se busca a satisfação de um interesse público; no segundo, entende que a solução seria a decretação de inconstitucionalidade da lei editada pelo ente que inobservou os limites constitucionais; já no terceiro advoga que se deveria aplicar a norma que melhor defenda o direito o meio ambiente, incidindo o princípio *in dubio pro natura*.

Talden Farias³⁷⁸ propõe solução próxima ao indicar que “caso duas normas em matéria ambiental estejam em conflito prevalecerá a que for mais benéfica em relação à natureza, posto que no Direito Ambiental vigora o princípio *in dubio pro nature*.”

Semelhante entendimento é sustentado por Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

Em linhas gerais, podemos concluir que a *competência legislativa* em matéria ambiental estará sempre *privilegiando a maior e mais efetiva preservação do meio ambiente*, independentemente do ente político que a realize, porquanto todos receberam da Carta Constitucional aludida competência (art. 24, VI, VI e VII e 30, II).³⁷⁹

Outros autores, como é o caso de Paulo de Bessa Antunes, contestam com veemência propostas de solução que privilegiem normas mais restritivas ou que melhor protejam o meio ambiente. Para esse autor, a avaliação deve recair rigorosamente sobre a existência ou não de competência do órgão que produziu a lei, pouco importando, para essa finalidade, se ela é mais ou menos restritiva, como se verifica na passagem abaixo extraída de artigo com o sugestivo título de *Vale o mais restritivo?*:

³⁷⁸ FARIAS, Talden. *Competência legislativa em matéria ambiental*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26435-26437-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

³⁷⁹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.200

Não há qualquer base legal ou constitucional para a afirmação de que “vale o mais restritivo”, parafraseando o consagrado “vale o escrito” tão prestigiado no jogo imortalizado pelo Barão de Drummond. A ordem jurídica, como se sabe, organiza-se em uma escala hierárquica, encimada pela Constituição Federal, que, dentre outras coisas, dispõe sobre a competência dos diversos organismos políticos e administrativos que formam o Estado. Pouco importa que uma lei seja mais restritiva e, apenas para argumentar, seja mais benéfica para o meio ambiente se o ente político que a produziu não é dotado de competência para produzi-la. A questão central que deve ser enfrentada é a que se refere à competência legal do órgão que elaborou a norma. Naturalmente, espera-se que os diferentes entes políticos produzam boas leis, na esfera de suas competências.³⁸⁰

Também nesse sentido é o entendimento de Fabiana da Silva Figueiró e Suzane Girondi Colau em trabalho produzido sobre o tema:

Por todo o exposto, ainda que boa parte da doutrina invoque a regra da utilização da norma mais restritiva em casos de conflitos envolvendo competência legislativa ambiental, a análise cuidadosa do texto constitucional que trata sobre repartição de competências bem como da doutrina e da jurisprudência, notadamente do STF, nos permite concluir que a citada técnica da norma mais protetiva não é a mais aconselhável.³⁸¹

De fato, parece-nos que o problema é colocado por Heline Sivini Ferreira de forma inadequada, levando a crer que há efetivamente situações distintas que merecem soluções igualmente distintas. Na verdade, em todas as hipóteses indicadas, a questão será sempre uma só: verificar se a lei em análise está dentro da área de competência reservada ao ente que a editou. A solução também será sempre a mesma: se estiver, será constitucional e plenamente aplicável; se não, será inválida.

A primeira hipótese levantada pela autora, no sentido de ser possível existirem duas leis conflitantes e válidas em vigor, na verdade inexistente. Como a Constituição delimitou o espaço de cada um dos entes da federação, adotando o modelo de competência concorrente não cumulativa, qualquer conflito *real* implica

³⁸⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Vale o mais restrito?* Disponível em: <http://www.oeco.com.br/paulo-bessa/16877-oeco_13503>. Acesso em: 10 jan. 2015. □

³⁸¹ FIGUEIRÓ, Fabiana da Silva; COLAU, Suzane Girondi. *Competência legislativa ambiental e aplicação da norma mais restritiva como Forma de resolução de conflitos: uma análise crítica*. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.11, n.21, p. 255-280.

necessariamente invasão de espaço de um pelo outro, o que desaguaria na segunda hipótese de colisão por ela indicada. A solução, nesse caso, se dará por meio da verificação da validade norma questionada em face do espaço reservado para quem a editou pela Constituição, não do alcance da proteção ambiental da lei.

Não ignoramos que possam existir duas normas que *aparentemente* conflitem e que possam ser válidas. A questão é que nem a definição pela sua aplicação, nem a verificação de sua validade podem passar pelo uso do critério proposto. A validade deverá ser aferida com relação ao campo de atuação reservado pela Carta Magna, e não quanto à efetividade da norma para se proteger determinado direito fundamental. Se aprovado nesse teste, a lei será necessariamente aplicável; se não, ainda que mais protetiva, deve ser rechaçada. Como bem colocou o Ministro Marco Aurélio em voto proferido na ADPF 234 MC/DF³⁸², “a lógica da distribuição de competências precede o julgamento quanto à benignidade, ou não, do resultado da norma”.

Tampouco parece válido o parâmetro invocado para a solução do terceiro possível conflito apontado, que se daria por meio do princípio *in dubio pro natura* quando não fosse possível definir com clareza o que seria norma geral ou especial. Ainda que possa haver dificuldades no enquadramento de uma norma como geral ou especial, essa sempre terá que ser feita para fins de verificação de sua validade, pois é o que determina a Constituição. Não há qualquer autorização constitucional para que a dúvida seja resolvida por meio do critério simplificador proposto. Nesse sentido são também as ponderações de Andreas Joachim Krell:

Em caso de conflito entre normas municipais, estaduais e federais sobre o mesmo assunto ligado à proteção ambiental, não existe um "princípio" universal da prevalência da norma mais restritiva (mais protetora); cada caso deve ser resolvido na base do sistema constitucional de competências.³⁸³

A utilização de critérios como o da norma mais restritiva ou do princípio *in dubio pro*

³⁸² ADPF 234 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 03-02-2012 PUBLIC 06-02-2012

³⁸³ KRELL, Andreas Joachim. *Subsídios para uma interpretação moderna da autonomia municipal na área da proteção ambiental*. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/232.htm>>. Acesso em: 1 ago. 2015.

natura acabam por eliminar a possibilidade de verificação do controle de inconstitucionalidade formal de determinada lei, uma vez que substituem a verificação dos critérios de distribuição de competência, utilizados pelo legislador constituinte para definir a norma aplicável, por um critério material. Como aduz Anizio Gavião Filho³⁸⁴; “o critério da prevalência pela norma mais favorável orientado pelo princípio *in dubio pro natura*, tem fundamentação material e nada tem a ver com a discussão de delimitação de competência entre a União e os Estados”.

Vale ressaltar, também, que a opção por uma maior ou menor proteção ao meio ambiente muitas vezes está associada à promoção de outros direitos fundamentais de igual relevância (direito ao desenvolvimento ou direito de propriedade, p. ex.). Assim, uma opção apriorística pela prevalência de normas mais protetivas ao meio ambiente em caso de conflito, além de abandonar a lógica da própria Constituição (normas gerais x normas suplementares), também pode levar à violação de outros direitos fundamentais sob o pretexto de se estar protegendo o meio ambiente. É o que assevera Luís Roberto Barroso em crítica ao critério *in dubio pro natura*:

O respeito às normas constitucionais que distribuem competências entre os entes federativos tem um valor intrínseco, assim como o cumprimento daquelas que versam sobre a separação de Poderes, dentre outras tantas que se ocupam, em última análise, de estruturar o Estado e o exercício do Poder Público. Trata-se de respeitar as instituições e as estruturas que se destinam a controlar o exercício do poder e, por esse meio, ainda que de forma indireta, a proteger os direitos das pessoas. A observância de tais regras não pode ser simplesmente substituída por um juízo casuístico, ad hoc, fundado no conteúdo de cada manifestação dos diferentes órgãos estatais. Até mesmo porque, como já se mencionou, grande parte das atividades humanas apresenta algum potencial de interferência no meio ambiente, que deve ser minimizado, mas nem sempre poderá ser eliminado. Nesse contexto, o parâmetro *in dubio pro natura* é problemático em si mesmo. A necessidade de conciliar preservação ambiental com outros interesses também protegidos pela Constituição (como, e.g., o desenvolvimento eficiente das atividades econômicas, a busca pelo pleno emprego, moradia, etc.) muitas vezes será produto de um processo de ponderação, que poderá até ser impugnado, inclusive sob o argumento de que um dos interesses foi esvaziado. Coisa diversa – e desprovida de fundamentação jurídica – seria sustentar a existência de um princípio geral *in dubio pro natura* para o fim de contornar a divisão constitucional de

³⁸⁴ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 84.

competências federativas e autorizar cada ente a agir como se fosse um Estado unitário.³⁸⁵

Como bem ressaltado por esse autor na passagem acima, é certo que eventuais leis editadas por esse ou aquele ente federativo podem ser resultantes de uma insuficiente realização de preceitos constitucionais de proteção do meio ambiente ou na inadequada ponderação do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado com outros direitos. No entanto, eventual inconstitucionalidade nesse caso será material e não formal. Nada impede que a lei seja editada em respeito à distribuição de competência legislativa, mas seja incompatível com as normas constitucionais de natureza material, razão pela qual pode ser invalidada.

Por fim, a título de registro histórico, é válido rememorar, como faz Andreas Joachim Kiel³⁸⁶, que durante a Assembleia Nacional Constituinte houve algumas tentativas de se incluir o critério de prevalência da norma mais restritiva na Constituição, mas ele não foi acatado. Ainda que o uso isolado da interpretação histórica seja visto com desconfiança pela maior parte da doutrina, esse fato serve para coroar os argumentos acima expedidos e para reforçar a inadequação do uso desse parâmetro.

Em resumo, entendemos que a utilização dos critérios *in dubio pro natura* ou da prevalência da norma ambiental mais restritiva para a verificação da constitucionalidade formal de leis ambientais carece de amparo constitucional. Além de ter sido expressamente rejeitado pelo Assembleia Nacional Constituinte, seu uso implica na substituição do critério eleito pelo constituinte, que foi da separação entre normas gerais e normas suplementares, e pode ter como resultado a violação de outros direitos fundamentais igualmente relevantes.

³⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Serviço de transporte ferroviário e federação: instituição de padrões ambientais e de segurança*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_transporte_feroviario.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2015.

³⁸⁶ KRELL, Andreas Joachim. *Subsídios para uma interpretação moderna da autonomia municipal na área da proteção ambiental*. Disponível em: <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/232.htm>>. Acesso em: 1 ago. 2015.

8.4. Os contornos da competência municipal para suplementar normas ambientais federais e estaduais

O Município assumiu na Constituição de 1988 o status de autêntico membro autônomo da federação. Esse fato é visto por Juraci Mourão Lopes Filho³⁸⁷ como resultado de um processo histórico evolutivo iniciado na Constituição de 1891 e que veio ampliando o reconhecimento da importância do Município da federação brasileira.

Em decorrência desse reconhecimento, a Carta Magna atribuiu ao ente municipal poderes típicos de um membro da federação, quais sejam: autogoverno, autoadministração e auto-organização. Associado a este último está a possibilidade de auto-legislação, que nos interessa especialmente para o presente tópico.

Assim como ocorre com os Estados em relação às normas gerais editadas pela União, a Constituição outorgou ao Município competência para suplementar tanto essas como as leis estaduais, nos termos do art. 30, I, da Constituição Federal. Assim, valem para os Municípios as mesmas ponderações que fizemos quando tratamos da suplementação das leis gerais federais pelas leis estaduais. A diferença é que, nesse caso, caberá ao Município não apenas respeitar as normas federais, mas também as estaduais.

A suplementação a ser feita pelo Município às normas federais e estaduais pode tanto abranger a colmatação de lacunas como a complementação (detalhamento) dessas leis, assim como ocorre com a competência supletiva dos Estados.

Quanto à possibilidade de edição de leis municipais mais protetivas que a lei estadual ou federal, é possível, desde que não frustre objetivos de uniformização dos Estados e da União. Em recente julgado sobre o assunto³⁸⁸, o Supremo Tribunal Federal

³⁸⁷ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Competências federativas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. p. 268.

³⁸⁸ RE 586224, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015.

chancelou esse entendimento. O caso envolvia o questionamento da constitucionalidade de uma lei municipal do Município de Paulínia – SP que proibia a realização de queimadas para o preparo do solo e para a colheita de cana-de-açúcar. A discussão tinha como principal motivação a existência de lei do Estado de São Paulo que não vedava de imediato o uso dessa técnica, mas sua redução progressiva. Assim, tinha-se uma lei municipal mais protetiva ao meio ambiente, mas que contrariava a política de uniformização prevista na lei estadual.

A Corte Suprema, após sopesar todos os bens jurídicos envolvidos e de reconhecer em tese a competência municipal para legislar sobre meio ambiente, entendeu que no caso concreto ela teria sido extrapolada por violar a lei estadual. Ao final, o ministro relator propôs a seguinte súmula para representar o resultado da decisão: “Município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e Estado no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados.”

É importante ressaltar que o *interesse local*, do qual se falará no tópico seguinte, deve se mostrar presente mesmo nos casos envolvendo simples suplementação da legislação federal ou estadual. Ainda que essa exigência não conste expressamente no art. 30, II, ela é inerente ao espaço reservado pela Constituição a esse ente federativo. Afinal, inexistindo interesse local, estaria o Município a agir inutilmente ou a criar leis que potencialmente poderiam resultar em interferência do espaço reservado a outro ente federativo. Nesse sentido são as ponderações de Juraci Mourão Lopes Filho:

A atuação legislativa municipal ordinária, tal como ocorre na competência material, é definida pelo interesse local, que, por sua vez, não é conceituado pelo texto da Constituição Federal (...). Porém, seja para legislar sobre um assunto com exclusividade, seja para suplementar a legislação federal e estadual, deverá estar presente o interesse local.³⁸⁹

É também o que sustenta André Ramos Tavares:

³⁸⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Competências federativas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. p. 297-298.

O Município possui a chamada competência suplementar (art. 30, II, C.F.). É que poderão os Municípios suplementar a legislação federal e estadual “no que couber”. Trata-se de uma possibilidade de especificar a legislação federal e estadual sobre a matéria. *Impõe-se duas condições: 1ª) a presença do interesse local e 2ª) a compatibilidade com a legislação federal e estadual.*³⁹⁰ (Grifo nosso.)

Questão interessante diz respeito à possibilidade de os Municípios legislarem sobre normas gerais caso Estados e União não o façam, situação que, se acatada, lhes outorgaria competência idêntica à dos Estados em caso de omissão. Heline Sivini Ferreira³⁹¹ entende que não, invocando para sustentar sua conclusão o argumento de que “muito embora integrem explicitamente a Federação brasileira, foram excluídos do exercício da competência legislativa concorrente”. Posição semelhante é defendida por Tércio Sampaio Ferraz Jr.³⁹².

Há, no entanto, vozes em sentido oposto. Talden Farias³⁹³, por exemplo, entende que em caso de omissão da União e dos Estados, o Município pode fixar as normas gerais. A seu ver, essa possibilidade seria extraída dos os incisos I, VI e VII do art. 24 e I e II do art. 30 da Constituição Federal. Entendimento semelhante parece ser advogado por Édis Milaré³⁹⁴, que após tratar da competência dos estados para editar normas gerais em caso de omissão da União, afirma que “o mesmo procedimento poderia ser invocado pelo Município que, em determinada situação, e para atender a prementes necessidades locais, legislasse para suprir o vazio local”.

Parece-nos que a razão está com os primeiros. Não há dúvida de que o Município possui competência legislativa em matéria ambiental, mas isso não implica reconhecer-lhe poderes para legislar sobre normas gerais, o que a Constituição só atribuiu aos Estados e Município. Isso não impede, a princípio, que ele legisle em

³⁹⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 902.

³⁹¹ FERREIRA, Helini Sivini. Competências Ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato(org.). 5. ed. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 242.

³⁹² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. *Revista da Faculdade de Direito da Usp*. São Paulo, v. 90, 1995, p. 251.

³⁹³ FARIAS, Talden. *Competência legislativa em matéria ambiental*. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26435-26437-1-PB.pdf> >. Acesso em: 20 de mai. 2015.

³⁹⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: gestão ambiental em foco*. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 193.

matéria que não tenha ainda sido abordada pela União ou pelos Estados. Entretanto, deve fazê-lo respeitando os limites de sua competência para legislar sobre *interesse local*, sobre o que se falará no tópico seguinte. Caso a matéria se encontre nesse espaço de atuação, o ente municipal não poderá atuar..

8.5. Competência municipal para legislar sobre interesse local

Como visto no tópico anterior, uma das possíveis manifestações do poder de autolegislar do ente municipal se dá na suplementação das normas federais e estaduais. Mas essa não é a única. Além dessa possibilidade, também foi atribuído ao Município competência exclusiva para editar leis sobre assuntos de *interesse local*.

A expressão *interesse local* é um conceito jurídico indeterminado e como tal só se mostra em todas as suas cores a partir da análise de um caso concreto. No entanto, a doutrina não tem se furtado de identificar critérios orientadores para sua aplicação. Nesse sentido, Juraci Mourão Lopes Filho³⁹⁵ entende que o interesse local seria determinado pela presença simultânea de duas características: a imediatidade e a preponderância. Segundo ele, entende-se por imediatidade o fato de o comportamento regulado pela lei e seus efeitos se exaurem no âmbito território municipal. O termo, como se vê, é utilizado no sentido de proximidade. Por outro lado, preponderância indicaria o fato de a lei tratar de conduta relacionada à vida local dos munícipes ou às instituições e institutos do Município.

Para que seja preponderantemente local, um interesse não precisa ser exclusivo daquela localidade. Na verdade, a regra é que assim não seja. Como registra André Ramos Tavares³⁹⁶, “basta que predomine o aspecto local do assunto”. Ou, nas palavras de Anizio Pires Gavião Filho³⁹⁷, “pode-se entender [o interesse local] como

³⁹⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Competências federativas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. p. 298.

³⁹⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 904.

³⁹⁷ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 85.

aquele preponderantemente local, é dizer, interesse que diz respeito mais diretamente ao Município do que às outras entidades federativas”.

Estando presentes esses dois requisitos (imediatidade e preponderância), a competência municipal sobre a matéria é exclusiva, inclusive em matéria ambiental. Imagine-se, por exemplo, que um local ou uma manifestação artística (ex. pintura, escultura etc.) tenha especial relação com a história de formação do Município, mas não tenha qualquer ressonância além de seu território. Nesse caso, parece-nos que não faria sentido se ter uma lei federal ou estadual reservando algum regime protetivo específico para esses bens. O Município, por outro lado, teria pleno interesse local e, portanto, competência para legislar sobre a matéria, impondo um regime restritivo para protegê-lo.

Por se tratar de competência exclusiva, a regulação de matérias de *interesse local* só pode ser feita pela municipalidade. Nem mesmo se essa se omitir Estado e União podem atuar. Caso o façam, as normas daí resultantes violarão a Constituição e deverão ser declaradas inconstitucionais. Assim, inválida seria lei estadual ou federal que estabelecesse a estrutura obrigatória dos órgãos ambientais municipais, instituindo, por exemplo, um número mínimo de servidores e a estrutura física a ser mantida. O mesmo se daria com uma lei estadual que se imiscuísse sobre o funcionamento da coleta de lixo municipal ou sobre o zoneamento urbano.

Interessante questão levantada por José Afonso da Silva³⁹⁸ é a possibilidade de que um interesse que em um primeiro momento era local passe a ser regional ou até mesmo nacional em função da evolução da matéria. Um exemplo seria o fornecimento domiciliar de água e esgoto, que fora no passado considerado assunto de peculiar interesse municipal (equivalente ao atual interesse local), mas que tomou dimensões maiores por ser nuclear da problemática do saneamento básico. Ou seja, o autor rejeita a ideia de uma definição de interesse local estática, admitindo sua reavaliação em decorrência de mudanças sociais, entendimento que nos parece irretocável.

³⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 313.

8.6. Competência privativa x competência concorrente

Outra fonte de discussão no controle de constitucionalidade formal de leis ambientais se dá em relação a leis editadas para tratar de matérias que se situam em uma zona de interseção das competências privativa e concorrente.

Veja-se o exemplo das leis que regulam condutas em relação à água. O art. 22, IV, inclui entre as competências privativas da União a edição de leis sobre águas. No entanto, o art. 24, VI, estabelece que é concorrente a competência para legislar sobre a conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição. Sendo a água inegavelmente um recurso natural, é de se questionar qual competência deveria prevalecer caso estivéssemos diante de normas federais e estaduais de conteúdo incompatível.

Um possível critério para a solução do problema é o da especialidade, como bem assevera Renato Monteiro Rezende³⁹⁹. A partir desse parâmetro, entende-se que a competência especial prevalece sobre a geral. No caso das normas sobre águas, por exemplo, prevalece a competência privativa da União, uma vez que ela é mais específica do que a competência concorrente outorgada a esse ente, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre a conservação dos recursos naturais. O critério se mostra perfeitamente justificável na medida em que valoriza a opção do constituinte de reservar um subtema específico a determinado ente federativo.

No entanto, o critério da especialidade só se mostra aplicável quando houver entre a competência concorrente e a privativa uma relação entre gênero e espécie. Podem haver casos em que inexista tal relação, havendo uma norma que regula duas matérias distintas, sendo uma elencada no âmbito da competência concorrente e a outra como

³⁹⁹ REZENDE, Renato Monteiro de. *Normas gerais revisitadas: a competência legislativa em matéria ambiental*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/243215/TD121-RenatoMonteiroRezende.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 de jun. 2015. O autor chama de especificidade o que aqui tomaremos como especialidade. Preferimos essa terminologia para evitar confusão com o critério que denominaremos de *objeto específico*, do qual trataremos adiante. Registre-se, no entanto, que adotamos o mesmo entendimento, tendo a alteração da terminologia o único objetivo de garantir maior clareza para a exposição.

competência privativa. Imagine-se, por exemplo, uma lei estadual que, a pretexto de reduzir os riscos de contaminação ambiental decorrente de acidentes com determinada substância química, proíba seu transporte e ingresso no território. Poder-se-ia discutir se o Estado legislou legitimamente no exercício da competência concorrente prevista no art. 24, VI, da Carta Magna, ou invadiu competência privativa da União de legislar sobre comércio interestadual (art. 22, VIII).

Nesses casos, parece-nos que o caminho mais adequado é identificar o *objeto específico*⁴⁰⁰ da lei e a partir daí concluir pela competência que deve prevalecer. Esse critério distingue-se do anterior. Enquanto aquele sustenta a prevalência da espécie sobre o gênero, este último defende a prevalência com base na especificidade do objeto da lei. Se a lei tem por objeto específico versar sobre matéria de competência concorrente, essa deve prevalecer; se pretende tratar especificamente de matéria incluída no âmbito da competência privativa, essa deve ser chancelada.

Foi o que fez o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 280, que questionava lei estadual do Mato Grosso que proibia a saída de madeira em tora do seu território. Não obstante a Assembleia Legislativa do Estado tenha sustentado na defesa da lei que sua edição teria se dado com fundamento na competência concorrente de legislar sobre a proteção ambiental, entendeu-se que seu propósito era na verdade legislar sobre comércio interestadual, razão pela qual o ato foi invalidado.

Mas nem sempre é assim. Após analisar a jurisprudência do STF sobre o tema, e testar a utilização do referido critério pela Corte, André Ramos Tavares conclui não ser possível extrair uma orientação definitiva::

A primeira conclusão a que se chegou foi a tentativa de se identificar o critério especificidade como um elemento capaz de nortear a taxonomia de determinada matéria, definindo se esta estaria sujeita à competência privativa ou se, por contrário, sujeitar-se-ia ao “condomínio legislativo” do art. 24, da C.B. Sem embargo, a divergência entre as ADIns n. 403-4/SP e ADIn-MC n. 874-9/BA e dentro da própria ADIn. 1.007-7/PE bem

⁴⁰⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 881.

demonstram a dificuldade prática em aplica-lo ou em considera-lo seriamente, ao menos no que se refere ao âmbito do STF.⁴⁰¹

Além disso, segundo o autor, “o STF tem demonstrado uma leitura pró-federal, no sentido de privilegiar a centralização federativa”. Ou seja, em caso de dúvida, em vez de buscar a aplicação do critério acima apontado ou de qualquer outro, o Tribunal simplesmente dá preferência à legislação federal.

Paulo de Bessa Antunes chegou a semelhante conclusão após analisar a jurisprudência pátria sobre o assunto:

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 intersecções 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.⁴⁰²

Independentemente dessa relevante conclusão dos autores resultante da análise da jurisprudência, das quais não é possível discordar, parece-nos que os critérios acima propostos são os que melhor equacionam a questão e preservam o espaço reservado pela Constituição ao legislativo de cada ente federativo. A opção pela prevalência das normas federais em qualquer situação de aparente conflito não foi uma escolha feita expressamente pelo constituinte. E, diferentemente do que ocorre com os critérios acima propostos, não encontramos argumentos fortes que emprestem sustentação a esse entendimento.

Em suma, entendemos que a aplicação dos critérios da especialidade e do objeto específico deve guiar a solução dos conflitos entre competências privativas e concorrentes.

⁴⁰¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 886-887.

⁴⁰² ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 68.

9. PARÂMETROS PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE LEIS AMBIENTAIS

Do mesmo modo que o controle formal, o controle de constitucionalidade material tem por objeto a verificação da compatibilidade das leis com a Constituição. No entanto, nesse caso, como já se viu no capítulo 5, a finalidade é avaliar se o conteúdo das normas advindas dessas leis - ou seja, o que elas estatuem - está ajustado às previsões constitucionais.

Vários são as questões advindas da análise material. Aliás, é possível afirmar que esse exame é ainda mais desafiador do o controle material. De todo modo, seguindo a linha proposta anteriormente, centraremos nossa atenção na busca de parâmetros para a solução dos problemas que se mostram mais recorrentes, de modo que questões que suscitem menores discussões ou que sejam de raríssima ocorrência não serão objeto de nossa atenção.

A identificação desses temas se deu tanto a partir da análise doutrina como da jurisprudência, à qual reservaremos um capítulo específico (capítulo 10) ao final do trabalho. De modo a melhor organizar a exposição, categorizamos o debate da seguinte forma:

- a) leis que envolvem conflito entre *regras constitucionais* relativas à proteção do meio ambiente e *princípios constitucionais*;
- b) leis que envolvem conflitos entre o *direito fundamental ao meio ambiente* ecologicamente equilibrado e *outros direitos fundamentais*;
- c) leis que envolvem conflito entre o *direito fundamental ao meio ambiente* ecologicamente equilibrado e *outros princípios constitucionais*;
- d) conflito direito entre *lei ambiental* e *princípio* ou *regra* constitucional;

Além de tratarmos dessas questões, abordaremos em tópico específico o chamado *princípio da vedação ao retrocesso ecológico*. Isso porque tem sido cada vez mais

comum sua invocação como parâmetro para o controle de constitucionalidade tanto de leis ambientais que envolvem colisões entre direitos fundamentais e entre esses e princípios, como de situações que tratam de confrontos direitos entre leis e regras ou princípios encartados na Carta Magna. Buscaremos avaliar a validade e os limites desse parâmetro.

Para finalizar a introdução a esse capítulo, é importante pontuar também que os parâmetros gerais indicados no capítulo anterior deverão também orientar a atuação do Poder Judiciário na aplicação dos critérios mais específicos aqui mencionados. Uma coisa não afasta a outra. Referimo-nos especialmente à comparação da capacidade institucional, aos riscos de efeitos sistêmicos, ao grau de legitimidade democrática do processo de elaboração do ato normativo questionado, da proteção dos pressupostos necessários ao funcionamento da democracia, da época do ato normativo, da inconsistência temporal e do caráter acentuadamente político do controle concentrado.

9.1. Leis ambientais que envolvem conflitos entre *regras* e *princípios* constitucionais e a prevalência das *regras* como parâmetro decisório

Começemos com um exemplo para ilustrar o problema aqui abordado. Com o objetivo de agilizar o licenciamento de alguns empreendimentos de significativo impacto ambiental, imaginemos que um Município edite lei permitindo a substituição do Estudo Prévio de Impacto Ambiental exigido pela regra inscrita no art. 225, § 1º, IV, da Constituição por um estudo simplificado. Pretendia-se, com isso, atrair novos investimentos e promover o desenvolvimento econômico e social.

A lei em questão, como se percebe, promoveu uma espécie de *harmonização* entre uma regra (exigência de EIA para empreendimentos de significativo impacto, sobre a qual falamos no capítulo 4)) e um princípio constitucional (desenvolvimento econômico), optando pelo afastamento da primeira para promoção do segundo. Nesse tópico, buscaremos indicar critérios para o controle de constitucionalidade de leis como essas, que promovem esse suposto sopesamento entre regras e princípios constitucionais.

Já analisamos anteriormente os principais enunciados da Constituição Federal que versam sobre o meio ambiente e demonstramos que deles se pode extrair tanto normas com estrutura de princípios como normas com estrutura de regras. Buscaremos tratar neste tópico especificamente de critérios para o controle de leis ambientais que “harmonizam” regras e princípios constitucionais que aparentemente conflitam, como no exemplo acima.

Conforme relembra Virgílio Afonso da Silva, a principal diferença entre regras e princípios, com base na teoria de Robert Alexy, está na estrutura do direito que essas normas garantem. Em se tratando de regras, “garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*”⁴⁰³. Essa diferente estrutura repercute na forma de aplicação dessas diferentes modalidades de normas e na resolução dos conflitos normativos eventualmente existentes. Para as regras, utiliza-se a subsunção como forma de aplicação. Ou seja, dado fato *f*, deve ser consequência *c*. No caso dos princípios, a aplicação se dá por sopesamento, devendo-se buscar sua realização na maior medida possível de acordo as possibilidades fático e jurídica existentes.

Em razão dessas diferentes estruturas, a solução de conflitos normativos entre duas regras e dois princípios também recebe tratamento distinto. Adotamos aqui como conceito de conflito normativo o delineado por Virgílio Afonso da Silva, que entende como tal a “possibilidade de aplicação, a um mesmo caso concreto, de duas ou mais normas cujas consequências jurídicas se mostrem, pelo menos para aquele caso, total ou parcialmente incompatíveis”⁴⁰⁴.

Ao tratarmos de conflitos entre regras, esse só pode ser resolvido por meio do afastamento de uma para a solução do caso, tendo em vista que elas estabelecem um direito *definitivo*. Esse afastamento pode se dar tanto pela declaração total de invalidade de uma das regras envolvidas como por meio da instituição de uma

⁴⁰³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2011. p.45.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p.46.

cláusula de exceção, o que equivaleria a uma espécie de declaração parcial de invalidade. Em ambos os casos, porém, a solução se dá no plano da validade⁴⁰⁵.

É possível pensar nos seguintes exemplos para ilustrar essas possibilidades. Imaginemos que uma norma permita o uso de megafones e carros de som em período eleitoral. Porém, outra norma, com objetivo de combater a poluição sonora, proíba o uso de qualquer equipamento emissor de som superior a determinado volume, no qual estariam inseridos os megafones e os carros de som a qualquer tempo. Nesse caso, há um claro conflito de regras que só pode ser superado pela invalidação de uma delas por meio da aplicação dos critérios hermenêuticos clássicos para superação de antinomias (*lex specialis derogat legi generali; lex posterior derogat legi priori e lex superior derogat legi inferior*).

Imagine-se, por outro lado, que essa mesma norma cuja finalidade é combater a poluição só trouxesse tal proibição para áreas sensíveis, como o entorno de hospitais ou escolas. Nessa hipótese, também haveria um conflito entre normas. No entanto, esse poderia ser superado por meio da criação de uma espécie de cláusula de exceção, já que, pela regra da especialidade (*specialis derogat legi generali*), as duas poderiam sobreviver, valendo a permissão do uso de megafones e carros de som para todos os locais que não o entorno dos hospitais e escolas.

No caso da colisão entre princípios, a solução não poderia ser a mesma. Como essas normas não estabelecem direitos (ou deveres) definitivos, mas apenas *prima facie*, não há como se resolver o conflito pela declaração de invalidade ou imposição de cláusulas de exceção. O que ocorre quando dois princípios colidem é “a fixação de relações condicionadas de precedência”⁴⁰⁶. Voltaremos a esse tema no tópico seguinte ao tratarmos do controle de constitucionalidade de leis que envolvem conflitos entre princípios.

⁴⁰⁵ Ibidem, p.49.

⁴⁰⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2011. p.50.

Além desses potenciais conflitos entre normas da mesma espécie, é possível que se vislumbre, ao menos no plano constitucional, a possibilidade de existência de colisão entre duas espécies normativas distintas, isto é, um conflito entre regras e princípios, como no exemplo indicado no início deste tópico. Nesse caso, teremos, de um lado, regra com suporte fático e consequência claramente definidos e possibilidade de aplicação por subsunção (obrigatoriedade de elaboração de EIA). De outro, um mandamento de otimização que se aplicado em seu máximo grau poderia acarretar o afastamento da regra de mesma hierarquia (desenvolvimento). É de se questionar, então, qual seria o critério aplicável nessa situação.

Ana Paula de Barcellos entende que em casos de conflitos entre princípios e regras, estas normalmente devem prevalecer⁴⁰⁷, não havendo que se falar em sopesamento. Invoca para tanto três fortes razões. A primeira é que as regras desempenham no ordenamento um papel de previsibilidade e estabilidade que os princípios dificilmente conseguiriam cumprir. Esse, aliás, é um de seus principais papéis⁴⁰⁸. Assim, se os princípios pudessem afastar as regras haveria um incremento de insegurança em razão da imprevisibilidade das decisões, com prejuízos para a segurança jurídica e para a isonomia. A segunda é que, diferentemente dos princípios, as regras identificam de forma clara as condutas necessárias para realizá-las, independentemente de novas decisões de natureza valorativa ou ideológica. Assim, a não realização das regras envolve sua violação, ao passo que os princípios admitem maior carga de compressão. A terceira razão é que regras representam, normalmente, os consensos mínimos alcançados pela Constituição, ao passo que os princípios delineiam campos de atuação possíveis.

A referida autora elege esse parâmetro - de que as regras prevalecem sobre os princípios - como um dos alicerces para a solução de conflitos. Lê-se em obra de sua autoria dedicada ao tema:

⁴⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.303-305.

⁴⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2011. p.52.

O primeiro parâmetro proposto pode ser descrito nos seguintes termos: diante de uma situação que exija o emprego da ponderação, as regras (constitucionais e infraconstitucionais) têm preferência sobre os princípios (constitucionais e infraconstitucionais). Isso significa, de forma simples, que diante de um conflito insuperável pelos métodos tradicionais de interpretação (aqui já incluída a utilização dos princípios de interpretação especificamente constitucionais e também de interpretação das regras orientada pelos princípios, dentre outras técnicas da moderna hermenêutica constitucional), o princípio deve ceder, e não a regra, já que esta, como padrão geral, não deve ser ponderada.⁴⁰⁹

Olhando a questão especificamente sobre a ótica das regras constitucionais que promovem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sua forma de aplicação, Ney de Barros Bello Filho também reconhece a impossibilidade de ponderação para seu afastamento em caso de conflito:

Sobre essa terceira das interrogações, a resposta é que a parcela de direito fundamental ao ambiente valorizada via regras de direito fundamentais obedece à teoria geral das regras e funciona através de normas que não se submetem a qualquer ponderação, e são aplicadas desde a perspectiva do tudo ou nada. Importante frisar que isso implica no reconhecimento de que, no modelo jurídico brasileiro, é possível haver regras de direitos fundamentais que estabelecem posições jurídicas específicas que desenvolvem uma norma-princípio de direito fundamental. No entanto, o seu não reconhecimento, ou o não cumprimento de seus dispositivos não pode ser medido em graus, mas sim, em termos de cumprimento ou não cumprimento, sem que a não observância seja, em si mesma, uma possibilidade jurídica. Isto se dá por que as regras são naturalmente não restringíveis, e não que se há falar em ponderação de regras.⁴¹⁰

Dessa forma, de acordo com esses autores, ao avaliar a constitucionalidade de uma lei que afaste ou minimize a incidência de uma regra constitucional, a sua inconstitucionalidade deve normalmente ser decretada. No exemplo tratado no início deste capítulo, que corresponde, com algumas adaptações, a um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal⁴¹¹, não resta dúvida de que o dispositivo legal que afastou a exigência do EIA deveria ser declarada inconstitucional, o que de fato foi feito por esse Corte. Isso porque, como visto, havendo regra constitucional, a liberdade de conformação do legislador no sentido de afastar a incidência da regra fica reduzida.

⁴⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.165.

⁴¹⁰ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao Ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.p.60

⁴¹¹ RE 739998 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 12/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-165 DIVULG 26-08-2014 PUBLIC 27-08-2014

Contudo, não obstante esse parâmetro deva nortear a solução desses casos, não se pode tomá-lo de forma absoluta, sob pena de se cancelar decisões absurdas. Outro exemplo ajuda a enxergar melhor essa questão. Imagine-se que a mesma lei que afastou a regra do EIA na hipótese acima o fizesse para liberar testes em larga escala em organismos geneticamente modificados para o desenvolvimento de uma vacina necessária para se combater uma epidemia catastrófica que ceifaria a vida de milhões de brasileiros. Ainda que essa atividade pudesse ser considerada de significativo impacto, parece-nos que o caso poderia envolver o afastamento da regra. Isso não informa o parâmetro ou reduz sua importância. Sua aplicação segue sendo a regra e o ônus argumentativo de quem pretende afastá-lo deve ser especialmente elevado.

Fixadas essas premissas, convém perquirirmos sobre algumas regras que podem ser extraídas dos enunciados contidos nos parágrafos do art. 225. Não retomaremos aqui uma análise detalhada sobre o conteúdo de todos esses enunciados, o que já foi feito anteriormente. Cingiremos a indicar alguns exemplos de *regras* que deles podem ser extraídas e que, se confrontadas com outras presentes em leis ambientais, deve resultar na invalidação desta última, ainda que esteja em jogo a realização de outros princípios constitucionais.

9.1.1. A regra da exigência de lei específica para a instalação de usinas que operem com reatores nucleares

A primeira regra que destacamos é obtida a partir da interpretação do art. 225, § 6º. Esse dispositivo estabelece de forma *definitiva* que se houver interesse na instalação de usinas que operem com reatores nucleares, deve-se exigir a edição de lei específica para sua localização. Sua aplicação se dá por subsunção do fato [instalação da usina com reator nuclear] à hipótese normativa, da qual decorre a consequência [exigência de lei determinando a localização]. Não há possibilidade de se aplicar esse dispositivo em diferentes graus. Ou ele incide ou não.

Assim, uma regra que afastasse essa exigência não poderia ser mantida no sistema. Imagine-se, por exemplo, que uma lei ordinária estabelecesse que a edição de lei para definição da localização da usina estaria dispensada em caso de ausência de risco

ambiental comprovado por estudos próprios. Poder-se-ia defender que, nesse caso, se estaria fomentando o atendimento de interesses relevantes. Ainda assim, haveria inconstitucionalidade.

Especificamente sobre essa regra, há um debate em torno da possibilidade de se ter uma lei que não defina exatamente a localização da usina e sim os critérios a serem utilizados para. Ou seja, discute-se se a lei em questão deveria trazer normas abstratas ou normas concretas. Essa questão foge debate realizado em torno desse tópico, pois não necessariamente contraporía um princípio a uma regra constitucional. A solução, a nosso ver, estaria na simples *interpretação* adequada do dispositivo em questão, que nos parece caminhar para a exigência de lei para a definição da localização de cada usina (norma concreta).

9.1.2. A regra da indisponibilidade de terras devolutas ou arrecadadas essenciais para a proteção de ecossistemas

Outra regra passível de ser extraída pode ser encontrada no art. 225, § 5º. Esse dispositivo estabelece de forma definitiva que todas as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas, naturais são indisponíveis. Há também aqui a possibilidade de aplicação por meio de simples subsunção do fato [terras devolutas ou arrecadadas necessárias à proteção de ecossistemas] à hipótese normativa, da qual decorre a consequência [indisponibilidade]. Assim como ocorre com a regra anterior, eventual norma infralegal que afaste essa regra, ainda que para assegurar outra finalidade constitucional, será inválida.

9.1.3. A regra da exigência de estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente

Outro exemplo pode ser obtido como já visto, do art. 225, § 1º, IV, que estabelece o dever de realização de estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. Também aqui é possível extrair uma norma com estrutura típica de regra e que deve

ser aplicado pelo raciocínio tudo-ou-nada. Se o fato ocorrer [instalação de empreendimento de significativo impacto], deve ser consequência [elaboração do estudo]. Qualquer tentativa de se afastar essa regra por meio da criação de exceções pela via infralegal deve ser rechaçada, ainda que fundada em razões tão relevantes quanto as que motivaram a edição desse enunciado.

9.1.4. A regra que estabelece o dever de recuperação do meio ambiente degradado por quem explorar recursos minerais, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente

Um último exemplo de regra de natureza ambiental prevista na Constituição pode ser extraído do art. 225, §2º, sobre o qual também já se falou em capítulo 4. Extrai-se desse dispositivo uma norma com autêntica estrutura de regra estabelecendo que se o fato exploração de recursos minerais ocorrer, deve haver recuperação do meio ambiente degradado. Assim, eventuais leis que busquem afastar essa regra para a realização de um princípio constitucional também merece repúdio do ordenamento jurídico.

9.2. Leis ambientais que envolvem conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente e outros direitos fundamentais: a impossibilidade de definição *prima facie* do direito prevalente e o uso da regra da proporcionalidade como parâmetro decisório

Um dos maiores desafios do controle de constitucionalidade material da leis ambientais está relacionado à *conflituosidade* inerente ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Quando falamos em *conflituosidade*, nesse contexto, nos referimos ao fato de que a concretização desse direito quase sempre está associada à restrição de algum outro direito fundamental que possui igualmente proteção constitucional. Dois exemplos ajudam ilustrar essa afirmação:

1º) Para preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, que contribuem para a manutenção de um meio ambiente equilibrado, o Código Florestal (Lei 12.651/2012) exige do proprietário de um imóvel rural ou

urbano que mantenha intacta a vegetação das áreas de preservação permanente⁴¹². Essa exigência inegavelmente restringe o direito de propriedade, já que limita o direito de se usar, gozar e dispor do bem⁴¹³.

2º) A Lei 9.985/2000 prevê a possibilidade de criação de unidades de conservação em todo o território nacional. A depender do tipo da unidade a ser criada, pode haver necessidade de desapropriação da área e retirada da população local. Essa regra resulta em inegável restrição ao direito à moradia.

Do mesmo modo, o direito ambiental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é habitualmente restringido por outros direitos fundamentais. No próprio exemplo sobre a área de preservação permanente acima mencionado, o mesmo Código Florestal que impõe sua proteção permite a supressão da vegetação existente nessas áreas para o desenvolvimento de atividades de interesse social ou utilidade pública. Exemplo dessa última hipótese é a realização de obras de infraestrutura para geração de energia⁴¹⁴.

Essa conflituosidade foi bem captada por Marcelo Buzzaglo Dantas em trabalho com o sugestivo título de Direito Ambiental de Conflitos:

Partimos da premissa de que o direito meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito profundamente **conflituoso**, e ao mesmo tempo, um direito extremamente **flexível**, que permite para sua concretização efetiva adaptar-se de modo a que outro (s) direito fundamental(is) em colisão também possam se concretizar.⁴¹⁵ (grifos do autor)

Também Ney de Barros Bello Filho destaca a conflituosidade do direito fundamental ao meio ambiental, em especial com o direito de propriedade:

⁴¹² Art. 7º A vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado.

⁴¹³ Essas são as faculdades inerentes ao direito de propriedade, conforme art. 1.228 do Código Civil: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

⁴¹⁴ Art. 8º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.

⁴¹⁵ DANTAS, Marcelo Buzzaglo. *Direito ambiental de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2015.p.10

No que toca à possibilidade de restrição ao direito fundamental ao ambiente, é de notar que em razão da sua relação próxima com o direito fundamental à propriedade, quase todas as menções de um direito *prima facie* ao ambiente ecologicamente equilibrado representam restrições ao direito fundamental à propriedade.⁴¹⁶ (grifo do autor)

A lei ambiental resultante da restrição/expansão do direito fundamental ao meio ambiente e de outro direito fundamental é, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva⁴¹⁷, o “produto de um sopesamento, feito pelo legislador, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário”. Em condições normais, essa nada mais é do que o produto do trabalho do Poder Legislativo no exercício da liberdade de conformação (discricionariedade) da ordem jurídica.

Por restringir um direito para realizar outro, essas leis comumente têm sua constitucionalidade questionada. Nada mais compreensível, afinal, em muitos casos, da opção legislativa resulta verdadeiros perdedores e vencedores. A questão que se coloca aqui é saber qual o mecanismo adequado para aferir, nesse contexto, se a lei se manteve dentro dos parâmetros previstos pela Constituição Federal ou os extrapolou.

Antes de responder a essa pergunta, faz-se necessário fazer uma breve incursão sobre a teoria aqui adotada sobre a estrutura dos direitos fundamentais, o que será feito no tópico seguinte.

9.2.1. O suporte fático amplo, restrições e conteúdo mínimo relativo

Entende-se por suporte fático o fato social descrito em determinada norma jurídica cuja ocorrência acarreta uma consequência. Esse conceito, que também é referido como tipo (direito penal) ou hipótese de incidência (direito tributário), já foi abordado com mais profundidade quando tratamos da estrutura das normas jurídicas em capítulo 2, ao qual fazemos referência e remetemos o leitor para evitar repetição.

⁴¹⁶ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao Ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.p.65

⁴¹⁷ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2011. p.52.

Na linha proposta por Virgílio Afonso da Silva, os direitos fundamentais com estrutura de princípio, como é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no *caput* do art. 225, possuem *suporte fático amplo*. Isso significa, em primeiro lugar, que estão no âmbito de proteção desses direitos toda “ação, estado ou posição jurídica que tenham alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do [seu] âmbito temático”.⁴¹⁸

Pensando no direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, pode-se dizer que estariam no âmbito de proteção desse direito, *prima facie*, por exemplo, a vedação à emissão de gases causadores do efeito estufa, o direito de se proibir o lançamento de poluentes de qualquer tipo e em qualquer concentração nos corpos hídricos ou o direito de se ver integralmente preservadas as matas nativas. Isso não quer dizer, como se verá, que essas pretensões devem ser asseguradas no caso concreto. Porém, *prima facie*, devem ser entendidos como incluídos no âmbito de proteção desse direito fundamental.

Além do âmbito de proteção, o *suporte fático* de um direito fundamental é composto pela chamada intervenção não fundamentada constitucionalmente⁴¹⁹. A exigência desse segundo elemento baseia-se no fato de que a consequência jurídica prevista na norma de direito fundamental só irá ocorrer se houver intervenção indevida no âmbito de sua proteção. O fato de podermos respirar um ar de qualidade adequada, por exemplo, é sem dúvida algo protegido pelo direito ao meio ambiente equilibrado. Mas a consequência jurídica desse direito só se realizará quando o estado agir para cessar uma emissão irregular ou exigir a instalação de filtros por um particular.

Da mesma forma que ocorre com o âmbito de proteção, o conceito de intervenção que compõe esse suporte deve ser interpretado de forma igualmente ampla. Isso significa que estarão aí incluídos todo tipo de restrição, regulação ou regulamentação. Essa conclusão afasta qualquer tentativa de excluir do conceito de intervenção o que a

⁴¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2011. p.109.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p.73.

doutrina muitas vezes trata como mera regulamentação para justificar a inexistência de restrição a determinado direito fundamental em certas situações.

Sobre esses dois elementos que compõe o suporte fático amplo dos direitos fundamentais, assevera Virgílio Afonso da Silva:

Isso significa duas exigências principais: (a) o âmbito de proteção desses direitos deve ser interpretado da forma mais ampla possível – o que significa dizer que ação, fato, estado ou posição que, isoladamente considerados, possam ser subsumidos ao “âmbito temático” de um direito fundamental devem ser considerados como por ele *prima facie* protegidos. Isso implica, necessariamente, uma rejeição a exclusões a priori de condutas desse âmbito de proteção; (b) também o conceito de intervenção estatal nos direitos fundamentais faz parte do suporte fático. Por isso, por se tratar de um modelo baseado no suporte fático amplo, o conceito de intervenção também deverá ser interpretado de forma ampla.⁴²⁰ (grifo do autor)

Ao assumirmos que os direitos fundamentais possuem um suporte fático amplo, naturalmente transportamos para o âmbito de proteção desse direito um conjunto significativo de fatos, estados, atos e posições jurídicas. Sua efetiva aplicação para a solução de todos os casos concretos poderia levar a resultados absurdos e à desmedida violação de outros direitos. Imagine-se, por exemplo, que sob o manto do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se pudesse proibir qualquer atividade que pudesse causar impacto ambiental. A rigor, *prima facie*, o direito ao meio ambiente equilibrado poderia justificar uma medida dessa natureza, mas intuitivamente já se vê que as consequências seriam pouco desejadas.

Aceitar a possibilidade de aplicação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (ou qualquer outro direito fundamental) em toda a sua potencial extensão e em qualquer caso seria o mesmo que conferir um *caráter absoluto* a esse direito. No entanto, essa ideia seria totalmente incompatível com a premissa por nós adotada de que todos os direitos fundamentais tem um suporte fático amplo, uma vez que a aplicação de todos eles na sua máxima extensão resultaria em conflitos impossíveis de se solucionar. No exemplo acima, o direito ao meio ambiente fatalmente esbarraria no

⁴²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2011. p.40

direito de propriedade, especialmente em se considerando que todas as ações, estados e posições contidos no âmbito de proteção de cada um deles estariam abarcados.

Ocorre que, pela teoria aqui adotada, todas essas situações, posições e ações só estão incluídas no âmbito de proteção do direito *prima facie* e não de forma definitiva. A definição sobre o conteúdo efetivo desse direito fundamental só se dará em sua aplicação para a solução de um caso concreto. Isso porque os direitos fundamentais possuem um conteúdo relativo, que pode variar de acordo com as circunstâncias presentes no caso concreto.

Essa concepção diverge da concepção absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Enquanto essa aceita que não há conteúdo mínimo essencial pré-definido para um direito fundamental, a concepção absoluta caminha em sentido oposto e, por meio de mecanismos que podem variar, defende a possibilidade de definição de um conteúdo mínimo para esses direitos em abstrato. Sobre a distinção entre a teoria relativa e absoluta do conteúdo essencial, mais uma vez trazemos as lições de Virgílio Afonso da Silva:

O ponto central de toda teoria relativa consiste na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis a priori para cada direito fundamental. Segundo os adeptos de um conteúdo essencial relativo, a definição do que é essencial – e, portanto, a ser protegido – depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso.⁴²¹

Como se percebe, a determinação do conteúdo de um direito fundamental com estrutura de princípio só se dá no caso concreto. Na condição de mandamentos de otimização, esses devem ser realizados na maior medida possível. A medida dessa realização vai depender dos princípios com os quais colidem para a solução do problema e que podem restringi-lo. Como inexistente conteúdo absoluto previamente definido para o direito, essa restrição pode, em tese, até mesmo ser até se total em alguns casos individuais⁴²².

⁴²¹ SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2011. p.196

⁴²² *Ibidem*, p.197

Contudo, vale registrar que há na doutrina quem sustente haver um limite em abstrato para essa restrição, mesmo aceitando a ideia de que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é relativo. É o caso do já citado Ney de Barros Bello Filho⁴²³, para quem esses limites seriam, no caso dos direitos de prestação, a proibição da prestação ineficiente e, para os direitos de defesa, a interdição do excesso. Para os direitos fundamentais que se realizam tanto como defesa como com prestação, como é o caso do direito ao meio ambiente equilibrado, os dois limites deveriam sempre ser observados.

Todas as considerações acima valem para o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado quando em conflito com outro direito fundamental. Por mais que se queira – e se deva – ressaltar a importância desse direito, a busca por um conteúdo mínimo absoluto que possa valer como solução de todos os casos não pode, a partir dessa concepção, ser admitida. Também não parece viável definir em abstrato em que extensão esse direito se realizará. É só na efetiva aplicação para solução de determinado caso que esse conteúdo poderá ser definido. Aceitar tese em sentido contrário seria ir de encontro aos pressupostos acima assumidos. Nesse sentido são as lições de Ney de Barros Bello Filho:

O direito fundamental ao ambiente aplicável ao caso concreto vai nascer da ponderação entre os princípios constitucionais que jogam no sentido de legitimar juridicamente atividades poluentes. É da colisão entre princípios e direitos que protegem bens ambientais e outros princípios que afrontam – de uma maneira ou de outra – o âmbito de proteção da norma jurídica ambiental, que surgirá o direito aplicável ao caso concreto⁴²⁴

A impossibilidade de definição de um conteúdo mínimo absoluto tem também como consequência a impossibilidade de se sustentar qualquer hierarquia *prima facie* entre esse direito fundamental e outros previstos na Constituição. Ou seja, não é possível afirmar que esse direito sempre prevalecerá sobre outro. Se o próprio conteúdo só será definido para a solução do caso, é a partir dessa construção - e não da prevalência em

⁴²³ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao Ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.p.66

⁴²⁴ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao Ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.p.65.

abstrato de um direito sobre o outro - que a questão será decidida, como bem coloca Marcelo Buzaglo Dantas:

Sendo assim, não é possível considerar que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado estaria acima de qualquer outro e, deste modo, deveria prevalecer sempre, não importando se o direito colidente é também resguardado pela Constituição, nem tampouco as nuances do caso concreto. Ora, por mais ambientalista que alguém seja e deseje ver a proteção ambiental eficazmente implementada, é impossível pretender uma prevalência absoluta, indistinta e abstrata do direito fundamental em tela sobre qualquer outro (...) O mesmo se diga na hipótese inversa, ou seja, a proteção ambiental, constitucionalmente prevista, não está abaixo de qualquer outro direito fundamental, seja ele qual for.⁴²⁵

No mesmo sentido são as lições de Anizio Pires Gavião Filho:

Por isso mesmo, os valores ambientais e de qualidade de vida não encontram prevalência absoluta a ponto de excluírem aqueles objetivos fundamentais do Estado positivados na ordem constitucional. As normas constitucionais ambientais integram-se no âmbito constitucional no mesmo plano horizontal que as demais normas constitucionais, consubstanciando princípios que se submeterão à ponderação.⁴²⁶

Assim, diante de questionamentos que envolvam a suposta violação a direitos fundamentais por determinada lei, cabe ao intérprete avaliar se essa restrição é de fato indevida ou se decorre de um processo adequado de harmonização com outros direitos. Em matéria ambiental, é comum tanto o questionamento de que a lei ambiental promoveu de forma exagerada o direito ao meio ambiente em detrimento de outros direitos como que pouca importância lhe foi dada, fornecendo-se proteção menor do que a devida. Essa verificação deve ser feita por meio da aplicação da regra da proporcionalidade, da qual se falará no tópico seguinte.

9.2.2. A regra da proporcionalidade e seus elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

⁴²⁵ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2015.p.45-46.

⁴²⁶ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.p.25.

A regra da proporcionalidade é uma técnica elaborada com o objetivo de permitir uma avaliação de compatibilidade entre uma *regra* prevista em uma lei e direitos fundamentais que tenha sido por ela restringidos. Essa técnica, vale registrar, não tem utilidade quando se está diante do conflito aparente entre dois direitos fundamentais, mas não há uma regra aplicável ao caso concreto. Nesse caso, é o sopesamento puro e simples – e não a regra da proporcionalidade – que deve ser utilizado. Isso porque ela opera por meio da verificação de uma medida concreta prevista pelo legislador.⁴²⁷

Sobre a função da regra da proporcionalidade, assevera Vergílio Afonso da Silva:

O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição de direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições.⁴²⁸

Alguns autores⁴²⁹ identificam essa regra com a da razoabilidade, cujo desenvolvimento é geralmente atribuído ao direito americano, ao passo que outros⁴³⁰ entendem se tratar de conceitos absolutamente distintos. Independentemente da linha que se adote, parece-nos correto o entendimento manifestado por Luís Roberto Barroso⁴³¹ de que “um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos”, mesmo que sua definição precisa e aplicação admitam distinções.

Paulo Bonavides sustenta que a regra da proporcionalidade é direito positivo e encontra seu fundamento no princípio do Estado Democrático de Direito, sendo sua violação, portanto, uma ofensa à Constituição Federal:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda extensão

⁴²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2011. p.170.

⁴²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 728(2002): 23-50, p. 24.

⁴²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.280.

⁴³⁰ SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1* (2003): 607-630, p. 29.

⁴³¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p.280.

e profundidade o §2º, do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição⁴³².

Se assim é, resta indubitável que eventual violação a essa regra macula a lei com vício de inconstitucionalidade, sujeitando-o ao controle do Judiciário, seja pela via difusa ou concentrada. Até porque, ao violar a regra da proporcionalidade, o ato normativo também acabará infringindo em alguma medida o direito fundamental que se viu excessivamente restringido com a ponderação equivocadamente realizada pelo legislador.

Visando a dar uma maior operabilidade à regra da proporcionalidade e permitir uma aplicação mais coerente, a doutrina alemã⁴³³ passou a subdividi-la em três elementos⁴³⁴: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Essa mesma estrutura foi largamente abraçada pelos doutrinadores brasileiros, de que são exemplo Luís Roberto Barroso⁴³⁵, Paulo Bonavides⁴³⁶ e Virgílio Afonso da Silva⁴³⁷.

Por adequação entende-se a aptidão de determinado meio para fomentar (promover) um objetivo. Não é preciso que esse seja plenamente alcançado pela medida, mas deve ao menos ser promovido, fomentado. Esse é o entendimento de Virgílio Afonso da Silva⁴³⁸, segundo o qual “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”.

⁴³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.436.

⁴³³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.281.

⁴³⁴ Nem sempre se utiliza o termo “elementos” para designar as partes que compõe a regra da proporcionalidade. “Conteúdos parciais” e “subprincípios”, por exemplo, são outros termos utilizados, como indica o professor Paulo Bonavides. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.396).

⁴³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* p.281.

⁴³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.396-397.

⁴³⁷ SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 728(2002): 23-50, p. 34.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 37.

Com o elemento necessidade busca-se verificar se o meio empregado é, além de apto, efetivamente imprescindível (necessário) para alcançar o objetivo almejado ou se outro menos gravoso poderia ser utilizado em seu lugar. Ilustra bem esse elemento a máxima “de dois males, faz-se mister escolher o menor”, como bem coloca Paulo Bonavides⁴³⁹, citando Xavier Philipe. Tal sopesamento, é claro, só terá sentido se houver alternativa no caso concreto, já que se trata de um elemento que se efetiva por meio de comparação.

Já por proporcionalidade em sentido estrito entende-se a análise da conveniência do sacrifício imposto pelo meio empregado em comparação com a vantagem obtida por ele. Ainda que esse instrumento seja capaz de promover um objetivo e seja o menos gravoso dentre as alternativas existentes, é possível que o gravame por ele imposto não se justifique, pois os benefícios trazidos são menores que os malefícios. Conforme preceitua Luís Roberto Barroso, esse elemento serve para realizar uma “ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima”⁴⁴⁰.

Esse terceiro elemento tem capital importância no processo da aplicação da regra da proporcionalidade. Sem ele, seria possível que um direito fundamental considerado adequado (capaz de fomentar o objetivo pretendido) e até mesmo necessário (inexistência de medida alternativa) resultasse no sacrifício total de outros direitos sem que para isso houvesse necessidade de maiores considerações. É na verificação da proporcionalidade em sentido estrito que o aplicador sopesará/ponderará os direitos colidentes e suportará o ônus argumentativo de justificar a prevalência de um sobre o outro no caso concreto, valendo-se das regras desenvolvidas pela teoria da argumentação de que tratamos em capítulo próprio.

Sobre a função da proporcionalidade em sentido estrito, leciona Marcelo Buzaglo Dantas:

⁴³⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p.397.

⁴⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.282.

A proporcionalidade em sentido estrito funciona, assim, como um limitador, na medida em que representa o sopesamento entre os direitos colidentes, de modo que a prevalência de um sobre o outro se dará de acordo com a intensidade da intervenção sobre o grau de importância daquele.⁴⁴¹

Não obstante a ordem de enumeração desses elementos para fins didáticos ser irrelevante, o mesmo não ocorre com sua aplicação. Ao aplicar a regra da proporcionalidade a uma situação concreta para verificar a constitucionalidade de uma lei, cabe ao intérprete respeitar rigorosamente a sequência acima (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), já que constatada a ausência de um dos elementos no caso concreto não se faz necessário passar para a análise do seguinte⁴⁴². Se se constata que um meio é inadequado, deve-se de logo descartá-lo, sendo despidendo indagar sobre sua necessidade; se é apto, mas desnecessário, razão não há para investigar se é proporcional em sentido estrito.

Assim, ao se ver diante da avaliação de uma lei que envolva o conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente e outro direito fundamental qualquer, deve o intérprete, por meio da regra da ponderação, avaliar se há compatibilidade com a Constituição. Antes da aplicação da regra, não é possível definir em abstrato o direito que irá prevalecer. Como inexistente *hierarquia* absoluta entre os direitos fundamentais, por maior que seja a importância atribuída ao aplicador a um deles, esse deverá suportar o ônus argumentativo de justificar sua prevalência em determinada situação por meio da aplicação dessa regra.

Apesar de servir como técnica para a condução e construção racional, a técnica da ponderação não fornece referências axiológicas para a escolha a ser feita, ou seja, não indica as medidas a serem utilizadas para se pesar as possíveis soluções. Assim, aplicada sem outro elemento de apoio, poderia, em alguns casos, abrir espaço para quaisquer soluções desejadas pelo intérprete de ocasião. De modo a contornar esse problema, Luís Roberto Barroso⁴⁴³ sugere o uso de três vetores interpretativos na

⁴⁴¹ DANTAS, Marcelo Buzzaglo. *Direito ambiental de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2015.p.73

⁴⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 728(2002): 23-50, p. 34.

⁴⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 361.

construção da solução proposta. O primeiro é a opção tomada seja sempre reduzida a uma norma legal ou constitucional, ou seja, a uma decisão majoritária previamente tomada. O segundo é a utilização de parâmetros passíveis de generalização. Assim, deve o julgador avaliar se a mesma decisão poderia ser tomada em caso análogo, evitando opções casuísticas ou voluntaristas. O terceiro é a busca pela concordância prática dos direitos em conflito na maior extensão possível.

9.2.3. A inexistência de resposta única em *hard cases*

Não resta dúvida de que a aplicação da regra da proporcionalidade reduz a discricionariedade e aumenta a previsibilidade das decisões judiciais, especialmente se associada aos vetores interpretativos acima indicados. Ainda assim, discute-se na doutrina se a aplicação de todas as técnicas aqui expostas seria suficiente para se chegar à resposta certa para a solução de um caso concreto, eliminando a discricionariedade judicial.

O filósofo do direito Ronald Dworkin defende que sim, ainda que grandes esforços fossem empregados para encontrá-la e que houvesse alguma divergência entre os juristas. Após rebater os principais argumentos daqueles que contestam sua posição, o autor assim se manifesta:

A questão, portanto, de se existem casos sem nenhuma resposta certa em um determinado sistema jurídico – e se tais casos são raros ou numerosos – não é uma questão empírica comum. Acredito que tais casos, se é que existem, devem ser extremamente raros nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha.⁴⁴⁴

Mais adiante conclui:

O argumento de que estou errado, portanto, deve ser um argumento filosófico. Deve contestar minha suposição de que em um sistema jurídico complexo e abrangente é improvável que duas teses difiram a ponto de exigir respostas diferentes em algum caso e, ainda assim, adequar-se igualmente bem ao conteúdo jurídico relevante.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.215.

⁴⁴⁵ *Ibidem*. p.215.

No entanto, a maior parte da doutrina nacional hoje se inclina pela negativa dessa tese. Ainda que funcione como relevante elemento para a racionalização das decisões, o uso da regra da ponderação e do recurso à argumentação jurídica é insuficiente para eliminar, ao menos em alguns casos, a possibilidade de escolha do aplicador da lei. É exemplo desse entendimento o posicionamento de Marcelo Buzaglo Dantas:

Em suma, com todas as vênias ao grande filósofo e constitucionalista americano, não há uma única resposta correta para a solução de casos difíceis. Especialmente (embora não só) em matéria ambiental, que a colisão se revela bastante nítida. (...) para situações fáticas praticamente idênticas trazidas a julgamento, decisões em sentidos diametralmente opostos, ora fazendo prevalecer a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ora afastando-a no caso concreto.⁴⁴⁶

Em tais decisões, influem naturalmente todos os aspectos inerentes ao processo interpretativo de que falamos anteriormente. Assim, não só é impossível se falar em neutralidade do juiz como seria quase ingênuo aceitar a ideia de que ele não exercerá autêntica escolha entre mais de uma possível solução em casos nos quais não seja possível ter apenas uma. Sobre o tema, vale trazer à baila mais uma vez as lições de Marcelo Buzaglo Dantas:

Conclui-se este tópico, portanto, afirmando que não há neutralidade absoluta e, diante dos casos de impasse, o juiz irá decidir discricionariamente, optando por um dos direitos colidentes em detrimento do outro, mediante o exercício da ponderação. Para isto, contudo, deverá exercer de maneira tão ampla quanto lhe seja possível, a argumentação.⁴⁴⁷

9.3. Leis ambientais que envolvem conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente e *outros princípios constitucionais* não enquadrados como direitos fundamentais.

No tópico anterior tratamos dos critérios para os controles de leis ambientais resultantes do sopesamento feito pelo legislador entre dois direitos fundamentais. Exemplo dessa situação, como sinalizamos, são as leis que estabelecem restrições ao

⁴⁴⁶ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2015.p.40.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p.83.

uso de propriedades rurais ou urbanas para garantir a proteção de recursos ambientais como a água e a biodiversidade. Vimos que a solução nesses casos deve se dar por meio da aplicação da regra da proporcionalidade.

Porém, há outras situações em que o conflito resultante do sopesamento não se dá entre esse direito fundamental e outro, mas entre ele e algum outro valor protegido pela Constituição e que não se enquadra na categoria dogmática dos direitos fundamentais. Veja-se, por exemplo, o que ocorre com a Lei 6.803/1980. De modo a resguardar a qualidade do meio ambiente em áreas críticas de poluição, esse estatuto prevê a possibilidade de implementação de zoneamento que impeça o desenvolvimento de atividade industrial de determinada natureza⁴⁴⁸.

É fácil perceber que essa regra limita, em alguma medida, o princípio da livre iniciativa, que é consagrado como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV⁴⁴⁹) e como um dos alicerces da ordem econômica (art. 170⁴⁵⁰). Tratando sobre o conteúdo (âmbito de proteção) desse princípio constitucional, Eros Roberto Grau assim se manifesta:

Inúmeros sentidos, de toda parte, podem ser divisados do princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acompanha-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos: a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico); a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública; b) liberdade de concorrência; b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada; b.3)

⁴⁴⁸ Art. 1º Nas áreas críticas de poluição a que se refere o art. 4º do Decreto-lei nº 1.413, de 14 de agosto de 1975, as zonas destinadas à instalação de indústrias serão definidas em esquema de zoneamento urbano, aprovado por lei, que compatibilize as (...)§ 3º As indústrias ou grupos de indústrias já existentes, que não resultarem confinadas nas zonas industriais definidas de acordo com esta Lei, serão submetidas à instalação de equipamentos especiais de controle e, *nos casos mais graves, à realocização.* (grifo nosso)

⁴⁴⁹ 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: (...)IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

⁴⁵⁰ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)

neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.⁴⁵¹

O mesmo autor, no entanto, reconhece que ele não estaria consagrado entre os direitos fundamentais, salvo se se considerasse que qualquer direito protegido pela Constituição pode ser entendido como tal, o que não se admite pelas razões demonstradas quando tratamos da fundamentalidade do direito ao meio ambiente. Lê-se em sua obra dedicada à Ordem Econômica na Constituição de 1988:

a referência, sempre reiterada, à liberdade de iniciativa econômica como direito fundamental apenas se justifica quando da expressão – “direito fundamental” – lançamos mão para mencioná-la como direito constitucionalmente assegurado. O texto constitucional não a consagra como tal, isto é, como direito fundamental. Ademais, a liberdade de iniciativa econômica é liberdade mundana, positivada pela ordem jurídica.⁴⁵²

Há pelo menos duas maneiras de se enfrentar o problema aqui colocado. A primeira seria aplicar aos conflitos entre o direito fundamental ao meio ambiente e outros princípios constitucionais solução semelhante à proposta para os conflitos entre direitos fundamentais. Isso porque ambos têm status de normas constitucionais, inexistindo hierarquia que pudesse justificar *prima facie* a prevalência de um sobre o outro. Assim, a solução para essas situações seria aplicação da regra da proporcionalidade para verificação da adequação da restrição realizada no caso concreto.

Outra possível solução seria atribuir em abstrato um peso maior a um dos princípios envolvidos no conflito. Intuitivamente, tenderíamos a fazer isso em favor dos direitos fundamentais, categoria dogmática que recebe especial proteção pela Constituição Federal. Como é cediço, esses direitos não podem ser objeto de emenda constitucional, o que pode ocorrer com diversos outros princípios constitucionais que com eles conflitem. Essa especial posição leva autores como Virgílio Afonso da Silva a afirmar que haveria uma espécie de *hierarquia formal* entre os direitos fundamentais e outras normas constitucionais:

⁴⁵¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. Malheiros: São Paulo, 2012.p.201-202.

⁴⁵² *Ibidem*, p.202.

Quando se diz que a constituição é formalmente superior às leis ordinárias, essa hierarquia tem uma base clara: alterar a constituição requer um procedimento mais difícil que o necessário para alterar as leis ordinárias. Se esse é o fundamento da hierarquização da supremacia constitucional, fica fácil perceber que no seio da constituição, há, sim, normas formalmente superiores a outras. Essas normas são as que estão protegidas contra emendas constitucionais e a própria norma que disciplina o procedimento de emenda à constituição.⁴⁵³

Apesar da bem estruturada argumentação sustentada por Virgílio Afonso da Silva na passagem acima, o autor não propõe a adoção de critério de interpretação que favoreça *prima facie* os direitos fundamentais em situações de conflito. A tese prevalente na doutrina segue sendo a de que as normas constitucionais não possuem hierarquia, devendo a definição sobre a que prevalecerá em um caso concreto se dar por meio da aplicação da regra da proporcionalidade. Nesse sentido, vale trazer à colação as seguintes ponderações de Luís Roberto Barroso:

Constituições são documentos dialéticos e compromissórios, que consagram valores e interesses diversos, que eventualmente entram em rota de colisão. Essas colisões podem se dar, em princípio, entre princípios ou interesses constitucionalmente protegidos. É o caso, por exemplo, da tensão entre desenvolvimento nacional e proteção ao meio ambiente ou entre livre-iniciativa e repressão ao abuso do poder econômico. (...) Em todos esses exemplos, o intérprete não pode escolher arbitrariamente um dos lados, já que *não há hierarquia entre normas constitucionais*. De modo que ele precisará demonstrar argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, *mediante ponderação e uso da proporcionalidade*, que determinada solução realiza mais adequadamente a vontade da Constituição, naquela situação específica.⁴⁵⁴ (grifo nosso)

Sobre a ausência de hierarquia entre as normas constitucionais protegidas por cláusula pétrea e as demais, já teve a oportunidade de se manifestar o Supremo Tribunal Federal em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade no 815⁴⁵⁵. Nessa oportunidade o Ministro-relator Moreira Alves consignou em seu voto que “a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de

⁴⁵³ SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros. p.123.

⁴⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 423-424.

⁴⁵⁵ ADI 815, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1996, DJ 10-05-1996 PP-15131 EMENT VOL-01827-02 PP-00312

inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida”.

Assim, a solução a ser dada nas hipóteses em que uma lei traga em seu bojo aparente conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e outros princípios fundamentais não pode divergir daquela proposta no item anterior. Ou seja, deve-se decidir se a lei em questão é ou não compatível com a Carta Magna a partir da aplicação da regra da proporcionalidade e não da aplicação de uma suposta hierarquia entre nas normas constitucionais em jogo.

9.4. Conflito direito entre lei ambiental e princípio ou regra constitucional

Nos tópicos anteriores tratamos de situações nas quais a avaliação da constitucionalidade de uma lei passa pela solução de aparente conflito entre dois valores diretamente assegurados pela Constituição. Assim se dá quando o produto do trabalho legislativo é um sopesamento entre dois direitos fundamentais, entre regras e princípios ou entre direitos fundamentais e algum outro princípio. Entretanto, há também casos em que o exame da compatibilidade da lei com a Carta Magna envolve apenas uma suposta violação direta a um preceito constitucional. Dizemos aparente porque a efetiva existência da ofensa só será conhecida após a análise do caso.

Exemplos dessa situação são os precedentes⁴⁵⁶ encontrados no Supremo Tribunal Federal envolvendo leis estaduais que regulamentavam brigas de galo. Ainda que se possa tentar enxergar nesse debate um remotíssimo conflito entre o direito à manifestação cultural e a proteção ao meio ambiente, trata-se, com a devida vênia, de argumento de duvidosa seriedade e extremamente frágil, como bem observa Marcelo Buzaglo Dantas⁴⁵⁷. O que se tem nesses casos é um conflito frontal entre uma lei e o

⁴⁵⁶ Cf. ADI 2514, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2005, DJ 09-12-2005 PP-00004 EMENT VOL-02217-01 PP-00163 LEXSTF v. 27, n. 324, 2005, 42-47; e ADI 3776, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00022 EMENT VOL-02282-04 PP-00716 RTJ VOL-00202-02 PP-00620 LEXSTF v. 29, n. 343, 2007, p. 104-109 RT v. 96, n. 865, 2007, p. 118-121

⁴⁵⁷ DANTAS, Marcelo Buzzaglo. *Direito ambiental de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2015.p.112.

dispositivo previsto no art. 225, §1º, VI⁴⁵⁸, da Constituição, que veda práticas de crueldade contra animais.

Em tais hipóteses, não há razão para que o intérprete se valha da aplicação da regra da proporcionalidade e da ponderação que dela decorre. A questão deverá ser definida por meio da aplicação das tradicionais técnicas de interpretação constitucional, em especial os métodos gramatical, sistemático e teleológico. De fato, como bem coloca Ana Paula de Barcellos em estudo dedicado à ponderação, nem todo conflito normativo ou problema de interpretação deve ser resolvido aplicando-se a ponderação. Só faz sentido se recorrer a essa técnica em situações envolvendo “conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”⁴⁵⁹.

Entretanto, é fundamental que nesse processo interpretativo o intérprete primeiramente observe os parâmetros elencados ao longo desse trabalho. Dois em especial merecem destaque, sem prejuízo dos demais. O primeiro é o grau de liberdade outorgado pela Constituição ao legislador para concretização da norma supostamente violada. Como visto, esse espaço tende a ser maior nos casos em que a lei escora-se exclusivamente na norma matriz encartada no *caput* do art. 225. Por outro lado, tende a ser menor em se tratando das regras obtidas a partir das normas-instrumento e das determinações específicas. Assim, o ônus argumentativo do intérprete para a invalidação de uma lei na primeira hipótese tende a ser maior que na segunda.

De todo modo, ainda que essa possa ser considerada uma espécie de regra geral, é imperioso que um exame preciso do dispositivo supostamente violado seja feito. Isso porque, como vimos em capítulo 4, o grau de liberdade outorgado pela Carta Magna

⁴⁵⁸ 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 (...)VI - 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.

⁴⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.23.

varia significativamente entre as próprias regras. Uma análise preliminar do alcance dessa liberdade de conformação em cada caso foi feito no capítulo 4, para o qual remetemos o leitor para evitar repetições desnecessárias.

O outro aspecto que merece ser pintado em cores fortes é a forte influência de escolhas técnico-científicas na edição de normas ambientais. Dada a complexidade do meio ambiente, não são poucas as matérias em que inclusive não há consenso da comunidade científica. Nesses casos, é de todo recomendável uma especial cautela do Poder Judiciário na invalidação das leis em jogo, seja porque a falta de consenso implica muitas vezes em escolhas políticas legítimas, seja porque, no mais das vezes, esse Poder não possui capacidade institucional para avaliar o acerto ou erro do caminho tomado.

9..5 O princípio da vedação ao retrocesso ambiental

Entende-se por vedação ao retrocesso ambiental uma salvaguarda contra alterações legislativas - ou mesmo administrativas - que reduzam a proteção de um direito fundamental que tenha sido alcançada em dado momento histórico. Como ensina Anizio Pires Gavião Filho, aplicando-se essa garantia, “uma vez concretizada uma norma constitucional, será vedado ao legislador ordinário o retrocesso à situação de estado anterior”⁴⁶⁰.

A primeira questão que se coloca quanto à proibição do retrocesso é se de fato tal parâmetro tem fundamento constitucional e deve ser utilizado com peso argumentativo no exame da constitucionalidade das leis ambientais. Respondida positivamente essa questão, a segunda discussão que se põe diz respeito aos efetivos contornos desse princípio. Ou seja, é preciso se ter clareza sobre quando e em que medida ele pode ser invocado.

⁴⁶⁰ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.p.31

Segundo Marcelo Casseb Continentino⁴⁶¹, a origem da doutrina da vedação ao retrocesso *social* remontaria a década de 1970, momento em que a Alemanha passou por uma crise econômica que teria sido agravada pelo enorme custo do Estado Social. Esse crise fez surgirem discussões em torno da possibilidade de se reduzir o alcance dos direitos sociais já assegurados. O debate ganhou especial força nesse país porque a Lei Fundamental de Bonn não trazia um rol de direitos sociais, os quais haviam sido consagrados pela legislação infraconstitucional. Assim, a princípio, não havia proteção constitucional contra sua supressão, bastando uma simples alteração legislativa. A vedação ao retrocesso nasceu exatamente como uma forma encontrada para se blindar esses direitos da atuação do legislador ordinário.

Fácil perceber que no ordenamento jurídico brasileiro a situação é bem distinta, tendo a Constituição de 1988 previsto um amplo rol de direitos sociais. Apesar disso, parece haver uma tendência da doutrina nacional em admitir que a vedação do retrocesso social - e mais recentemente da vedação ao retrocesso ecológico - tem também por aqui fundamento constitucional⁴⁶². Disso é exemplo Tiago Fensterseifer e Ingo Wolfgang⁴⁶³, que defendem se tratar de garantia constitucional *implícita* e fundada nos princípios da segurança jurídica e da confiança. Há também quem associe esse princípio às garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada⁴⁶⁴.

Por outro lado, encontra-se tanto na doutrina nacional como na estrangeira autores que resistem à aplicação do princípio em questão e rejeitam seu fundamento constitucional. É o caso, no Brasil, de Susana Toledo de Barros⁴⁶⁵, para quem esse

⁴⁶¹ COTINENTINO, Marcelo Casseb. *Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>>. Acesso em: 15 de jan. 2015.

⁴⁶² Para um amplo apanhado da doutrina nacional sobre a perspectiva dos direitos sociais, v. Priscila Sparapani, *O princípio da vedação ao retrocesso social e sua aplicação ao regime jurídico dos servidores públicos*. 2013. 331 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

⁴⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p.67

⁴⁶⁴ DANTAS, Marcelo Buzzaglo. *Direito ambiental de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2015.p.250

⁴⁶⁵ TOLEDO, Susana Barros. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília-DF: Brasília jurídica. 1996. p 163.

princípio choca-se com o princípio da autonomia do legislador. Em Portugal, é conhecida a posição restritiva de José Carlos Vieira de Andrade⁴⁶⁶. Para ele, “a proibição do retrocesso não pode constituir um princípio jurídico geral nesta matéria, sob pena de se destruir a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição”. Ainda em terras lusitanas, vale destacar que mesmo Joaquim José Gomes Canotilho⁴⁶⁷, que foi inegavelmente um dos precursores do tema em língua portuguesa, vem apontando em seus trabalhos mais recentes para a *insustentabilidade* do princípio em questão, como se pode ver na passagem abaixo:

O rígido princípio da <não reversibilidade> ou, em formulação marcadamente ideológica, o <princípio da proibição da evolução reacionária>, pressupunha um progresso, uma direcção e uma meta emancipatória, unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizámos noutros trabalhos. A dramática aceitação de <menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos>, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, *parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.* (grifo nosso)

Mesmo entre aqueles que o admitem, o princípio da vedação do retrocesso ainda carece de uma delimitação conceitual mais clara, havendo divergência entre os autores que se dedicam ao tema. Tiago Fensterseifer e Ingo Wolfgang⁴⁶⁸, por exemplo, emprestam a esse princípio uma *noção abrangente*, entendendo que a vedação funcionaria como uma blindagem contra *qualquer retrocesso* que possa comprometer os direitos fundamentais, conforme se vê na passagem abaixo:

Tal garantia evidencia o processo evolutivo e cumulativo que subjaz ao reconhecimento dos direitos fundamentais ao longo da trajetória histórico-constitucional, de modo a implicar uma cada vez mais ampla e intensa tutela da dignidade da pessoa humana, incluindo uma blindagem (*sempre relativa*) contra qualquer retrocesso que possa comprometer os direitos fundamentais, aqui com destaque para os direitos socioambientais, de modo especial no que diz a salvaguarda de seu núcleo essencial, inclusive naquilo em que tenham sido objeto de concretização na esfera infraconstitucional. (grifo nosso)

⁴⁶⁶ ANDRADE, José Carlos Viera de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006. p. 408.

⁴⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 110-111.

⁴⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.67

Apesar disso, interessante notar que os próprios autores reconhecem que essa garantia (blindagem) é *relativa*, permitindo, portanto, seu afastamento em determinadas situações. Entretanto, sustentam a existência de um núcleo essencial absoluto para o direito fundamental ao meio ambiente que impediria a alteração de leis que tenham contribuído para sua realização. Para eles, o legislador teria um “dever de progressividade”⁴⁶⁹ quanto à realização desse direito.

Tratando da vedação do retrocesso em matéria de *direitos sociais*, Ana Paula de Barcellos⁴⁷⁰ defende uma *amplitude menor* para essa garantia. Para ela a vedação não serviria para invalidar qualquer alteração infralegal, mas apenas a efetiva supressão de toda e qualquer regulamentação:

Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que o novo legislativo entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da disposição infraconstitucional por meio da qual o legislador esvazia o comando constitucional, daí por que as consequências não de ser as mesmas nos dois casos.

Em matéria de *direitos sociais*, o Supremo Tribunal Federal vem admitindo a vedação ao retrocesso como uma garantia constitucional. Isso ocorreu em casos envolvendo o direito à saúde⁴⁷¹, à educação⁴⁷², a assistência jurídica⁴⁷³ relatados pelo Ministro Celso de Melo. Entretanto, esses julgados não envolviam o controle de constitucionalidade

⁴⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.68.

⁴⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p.88

⁴⁷¹ ARE 745745 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014; ARE 727864 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 04/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014; RE 581352 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2013 PUBLIC 22-11-2013; STA 223 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE (Presidente), Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2008, DJe-070 DIVULG 08-04-2014 PUBLIC 09-04-2014 EMENT VOL-02726-01 PP-00001

⁴⁷² ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125

⁴⁷³ RE 763667 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 12-12-2013 PUBLIC 13-12-2013

de leis, mas da omissão do Poder Público na implementação de direitos constitucionalmente assegurados.

Especificamente em matéria de controle de constitucionalidade de leis, a vedação também foi invocada em algumas situações específicas. Foi o caso do julgamento da medida cautelar na ADI 4543⁴⁷⁴, que questionava a constitucionalidade de lei que exigia a impressão do voto. A Ministra Carmen Lúcia invocou a proibição do *retrocesso político* para justificar a declaração de inconstitucionalidade desse estatuto legal nos seguintes termos:

Como se dá quanto aos direitos sociais, a proibição de retrocesso político-constitucional impede que direitos conquistados, como o da democracia representativa exercida segundo modelo de votação que, comprovadamente, assegura o direito ao voto com garantia de segredo e invulnerabilidade da escolha retroceda para dar lugar a modelo superado exatamente pela vulnerabilidade em que põe o processo eleitoral.

O princípio também foi debatido no julgamento da ADI 4578⁴⁷⁵, a qual versava sobre a constitucionalidade da Lei Complementar n^o 135/10, conhecida como Lei da Ficha Limpa. Discutia-se se haveria redução do *alcance da presunção de inocência* ou do *direito político de ser votado* em razão da ampliação das hipóteses de inelegibilidade para alcançar também quem ainda não havia sido condenado de forma definitiva. Fundamentando o voto pela *improcedência* da ação neste ponto (portanto, pela *não* aplicação da vedação ao retrocesso), o Ministro Luiz Fux estabeleceu dois pressupostos básicos para incidência dessa garantia e que no caso não estariam presentes: (i) que a exegese da própria norma constitucional supostamente restringida se tenha expandido, de modo a que essa compreensão mais ampla tenha alcançado consenso básico profundo e, dessa forma, tenha radicado na consciência jurídica geral; e (ii) que tenha havido arbitrariedade na restrição legislativa. Raciocínio

⁴⁷⁴ ADI 4543 MC, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 01-03-2012 PUBLIC 02-03-2012 RTJ VOL-00221-PP-00407 RT v. 101, n. 921, 2012, p. 410-44

⁴⁷⁵ 4578, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012)

idêntico foi desenvolvido por Sua Excelência em duas outras ações diretas relacionadas à mesma lei. (ADC 30 e ADC 29)

Outra situação em que o princípio da vedação foi invocado se deu no julgamento da ADI 4350, que versava sobre a constitucionalidade de lei que alterou o regime de pagamento do seguro DPVAT. Em seu voto, o Ministro Luiz Fux reconheceu a vedação do retrocesso social como garantia constitucional, mas deixou claro que ela “não pode impedir o dinamismo da atividade legiferante do Estado, mormente quando não se está diante de alterações prejudiciais ao núcleo fundamental das garantias sociais.” Ainda segundo Sua Excelência, “as alterações legais ora impugnadas destinaram-se à racionalização das políticas sociais já estabelecidas e tocantes ao seguro DPVAT e não afetaram desfavoravelmente o núcleo essencial de direitos sociais”. Assim, fica claro que, para ele, a vedação não deve impedir o dinamismo do legislador e tampouco ser invocada quando não há violação do núcleo essencial de direitos sociais.

Como se vê da análise dos precedentes acima, essa garantia só foi utilizada para fundamentar a decretação de inconstitucionalidade na ADI 4543, relacionada a direito político. E mesmo nessa situação isso se deu de maneira lateral, em conjunto com outras razões claramente mais fortes. Em todos os outros em que o princípio foi invocado se entendeu não ter havido violação. A semelhante conclusão chegou Antonio Francisco Gomes de Oliveira⁴⁷⁶ após analisar vários casos julgados pelo STF sobre o tema. Escreveu o autor:

em nenhum ele [princípio da vedação do retrocesso] foi utilizado como fundamento determinante, mas apenas em caráter secundário, seja para reforçar o argumento principal (uma regra ou outro princípio), ou até mesmo para negar sua vinculatividade.

Vale ponderar também que não localizamos na jurisprudência da Corte qualquer manifestação expressa pela sua aplicabilidade em matéria ambiental, ou seja, não há menção à vedação ao retrocesso ecológico, embora isso tenha ocorrido em diversos

⁴⁷⁶ OLIVEIRA, Antônio Francisco Gomes de. Reflexões sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Ordenamento Jurídico Brasileiro: contorno Teórico e Aplicabilidade Prática, *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Coimbra, ano 1, n.2, p.81-145, 2015.

julgados encontrados em outros tribunais⁴⁷⁷. De toda sorte, parece-nos razoável supor que, ainda que isso venha a ser feito no futuro, tal não se dará de maneira desmedida, exigindo-se no mínimo o respeito aos pressupostos ensaiados até agora para os direitos sociais, em especial: (i) a impossibilidade de engessamento exagerado do Poder Legislativo; (ii) que a exegese da própria norma constitucional supostamente restringida se tenha expandido, de modo a que essa compreensão mais ampla tenha alcançado consenso básico profundo e, dessa forma, tenha radicado na consciência jurídica geral; e (iii) a existência de arbitrariedade na restrição legislativa.

Feitas todas essas considerações, parece-nos inviável se cogitar da aplicação dessa garantia com parâmetro para o controle de constitucionalidade envolvendo mera *alteração* da legislação protetiva ao meio ambiente (*noção abrangente*), ainda que para reduzi-la. Com razão está Ana Paula de Barcellos⁴⁷⁸ ao estabelecer como *potencial* âmbito de incidência da vedação apenas os casos de supressão da legislação infraconstitucional, eis que “uma aplicação excessivamente abrangente da eficácia vedativa do retrocesso mostra-se claramente inadequada”. Assim, hipóteses de mera substituição não se enquadram, nem mesmo em tese, no potencial âmbito de incidência dessa garantia, sob pena de se reduzir a pó a liberdade de conformação do Legislativo sem amparo constitucional.

Mesmo nas situações em que a vedação possa potencialmente incidir (supressão total da legislação aplicável), é fundamental que se façam presentes os *demais requisitos acima elencados*, quais sejam: i) não resultem em engessamento excessivo do Poder Legislativo; ii) existência de arbitrariedade na restrição promovida; e iii) expansão de sentido da própria norma constitucional.

Aplicado com todas essas cautelas, sem as quais não pode ser admitido, parece-nos que o princípio de vedação ao retrocesso ecológico fincará reduzido, ao menos na maior parte dos casos, à mera verificação da compatibilidade da medida (alteração legislativa) com outras normas constitucionais, sendo *pouco útil* como elemento definitivo para a solução de conflitos envolvidos no controle de constitucionalidade

⁴⁷⁷ Apresentaremos exemplo desses julgados no capítulo 10

⁴⁷⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p.90

de leis ambientais. Ao final, o que importará não é se houve ou não redução do alcance do direito em determinada situação, mas se essa é passível de justificação. Ou seja, o intérprete não terá como se eximir do ônus argumentativo pela simples invocação do princípio.

A conclusão semelhante parece chegar Ana Paula de Barcellos quando propõe como teste para verificação da compatibilidade de uma alteração legislativa a confrontação desta *diretamente* com a garantia mínima que decorre da Constituição e não com a disciplina anterior adotada pelo legislador. Explicando o funcionamento do teste proposto, assim se manifesta a autora:

Imagine-se o texto constitucional originalmente editado, e o direito fundamental por ele previsto, antes de qualquer regulamentação. Imagine-se agora a nova regulamentação pretendida para o direito: a que se encontra sob suspeita por restringir invalidamente a disciplina anterior. *O teste que se propõe envolve o confronto da nova regulamentação com o texto constitucional diretamente, e não com a regulamentação porventura anteriormente existente.* O teste é guiado pela seguinte questão: a nova disciplina pretendida é compatível com a garantia constitucional, tendo em conta o sentido em que ela é compreendida contemporaneamente? Ou, dito de outro modo: a nova regulamentação realiza de forma minimamente adequada o bem jurídico tutelado pelo direito fundamental constitucionalmente previsto? A regulamentação pretendida garante a aplicabilidade real e efetiva – isto é: a fruição por seus destinatários – do direito constitucional? Se as respostas a tais perguntas puderem ser afirmativas, a nova regulamentação não poderá ser considerada inválida e a vedação ao retrocesso não será aplicável. Se alguma dessas respostas, porém, for negativa, a invalidade parece ser a consequência natural para o caso.⁴⁷⁹ (grifo nosso)

Outro autor que conclui pela pouca utilidade do princípio em questão no contexto brasileiro é o já citado Antonio Francisco Gomes de Oliveira. Segundo ele, os casos em que o princípio poderia potencialmente ser aplicado podem ser solucionados de forma mais simples pela invocação direta de preceitos expressamente previstos na Carta Magna. Lê-se em seu artigo dedicado ao tema:

Sem embargo das diversas posições doutrinárias favoráveis ou contrárias à aceitação da existência do princípio da proibição de retrocesso social, ainda que se admita a existência do mesmo, tem-se que aludida discussão perde sentido se levada a efeito sua aplicabilidade no Brasil. Tal fato decorre do próprio contexto fático-jurídico pátrio, tendo em vista que, por questões pragmáticas, situações que a priori poderiam ser solucionadas

⁴⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p.92-93.

com base na invocação do citado princípio - em especial no que tange ao controle de constitucionalidade das normas - terminam sendo solucionadas ou são solucionáveis com o argumento de violação direta de outros princípios constitucionais ou normas-regras de igual teor, o que poderá ocorrer por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão ou eventualmente mandado de injunção

480

Também Marcelo Casseb Continentino⁴⁸¹ manifesta uma visão mais restritiva quanto à função desempenhada pelo princípio em questão na verificação da constitucionalidade das leis. Tratando da questão sob o aspecto dos direitos sociais, o autor rejeita a possibilidade de invocação abstrata desse parâmetro para se afastar uma lei simplesmente porque houve redução de um benefício, exigindo um profundo exame da situação específica para se verificar se a medida é passível de justificação, como se vê na passagem abaixo:

Em conclusão, o que nos parece verdadeiramente fundamental é que não se possa aprioristicamente tratar qualquer lei ou emenda à Constituição como inconstitucional porque, de alguma maneira, tenha reduzido ou, até mesmo, suprimido determinado benefício social já assegurado. É necessário, isso sim, aprofundar o exame e desenvolver uma reflexão mais apurada de acordo com as situações específicas de cada caso concreto e dos benefícios em questão, a exemplo da aferição das pessoas diretamente atingidas, dos fins originalmente estabelecidos pelo legislador ao benefício, do efetivo atingimento das metas colimadas e assim por diante.

Outro autor que defende uma aplicação mais cautelosa desse princípio e critica a forma como ele vem sendo utilizado no Brasil em matéria ambiental é Marcelo Buzzaglo Dantas⁴⁸²:

A incidência do princípio da proibição do retrocesso ecológico, justamente por implicar uma exceção à regra geral, deve ser adotada de maneira prudente, no âmbito de colisão de direitos fundamentais (tentativa de harmonização seguida da proporcionalidade) e não de maneira irrestrita, sob pena de se inviabilizar por completo a atividade legislativa, incidindo, aí sim, em inconstitucionalidade por afronta ao princípio da separação dos poderes.

⁴⁸⁰ OLIVEIRA, Antônio Francisco Gomes de. Reflexões sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Ordenamento Jurídico Brasileiro: contorno Teórico e Aplicabilidade Prática. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Coimbra, ano 1, n.2, p.81-145 .2015.

⁴⁸¹ COTINENTINO, Marcelo Casseb. *Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>> . Acesso em: 15 jan. 2015.

⁴⁸² DANTAS, Marcelo Buzzaglo. *Direito ambiental de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2015.p.276

Em resumo, entendemos que, ainda que se admita que a vedação ao retrocesso tem fundamento constitucional, o que não é consenso, é duvidosa a sua utilidade como parâmetro para solução de questões envolvendo o controle de constitucionalidade de leis ambientais. Primeiro, porque, por razões já demonstradas, seu alcance possível deve se restringir às situações em que tenha havido supressão legislativa e não mera alteração. Segundo, porque, em razão do extenso rol de direitos previsto na Carta de 1988, o recurso a esse princípio parece um esforço desnecessário, diferentemente do que ocorria na Alemanha, país em que foi forjado. Terceiro, porque o princípio em si não reduz o ônus argumentativo de quem o invoque para sustentar a invalidade de uma lei, na medida em que deve demonstrar a presença dos pressupostos para sua aplicação, quais sejam: i) não engessamento excessivo do Poder Legislativo; ii) existência de arbitrariedade na restrição promovida e iii) expansão da própria norma constitucional.

10. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS AMBIENTAIS EM ESPÉCIE

No presente capítulo buscaremos analisar de forma sistematizada alguns exemplos de como o Poder Judiciário vem realizando o controle de constitucionalidade formal e material das normas ambientais. Para tanto, selecionamos julgados representativos das discussões mais recorrentes, mesmo critério utilizado nos capítulos 8 e 9, nos quais buscamos identificar parâmetros para o desempenho dessa atividade.

Nessa seleção, demos preferência aos julgados do Supremo Tribunal Federal por ter essa corte como função precípua a interpretação e aplicação da Constituição. Porém, isso não impediu que algumas (poucas, é verdade) decisões proferidas em outros tribunais fossem apresentadas quando relevantes para ilustrar o debate. Ressalte-se que não buscamos com esse levantamento esgotar a matéria, mas apenas indicar casos interessantes para sua compreensão.

Como essa avaliação tem como foco os parâmetros aplicados no controle de constitucionalidade das leis ambientais, não emprestamos maior destaque a outras questões debatidas nos julgados. Esse foi o caso, por exemplo, de discussões acerca dos requisitos necessários para o conhecimento das ações ou recursos, salvo o debate de algum modo contribuísse com o tema tratado nesse trabalho ou tivesse importância para a compreensão do caso.

De modo permitir uma melhor sistematização da pesquisa, dividimos as decisões em dois grandes blocos, sendo um dedicado a julgados que tratam do controle de constitucionalidade formal e outro para os casos de controle material. Dentro desses blocos fizemos subdivisões que seguiram, sempre que possível, a mesma lógica do capítulo anterior e que consideram os principais desafios encontrados no âmbito de cada modalidade de controle. Além disso, identificamos as decisões pesquisadas de acordo com o tema nelas tratado e procuramos apontar os dados gerais que permitem a sua localização.

Vale ressaltar que alguns dos julgados aqui tratados já foram objeto de menção ao longo do trabalho quando isso foi necessário para ilustrar algum argumento. Entretanto, quando aqui retomados, eles o serão para uma exame mais detalhado e sistematizado.

10.1. Julgados que tratam do controle de constitucionalidade formal

Nos subtópicos seguintes buscaremos apresentar julgados que envolveram o controle de constitucionalidade formal de leis ambientais e os critérios por eles empregados. Essas leis tratavam dos seguintes temas: proibição de atividades com amianto, atividades com OGMs, inspeção veicular, exigência de aprovação do parecer pelo conselho estadual de meio ambiente para a concessão de licença ambiental, criação de cadastros para fins de fiscalização, poluição visual, energia nuclear, transporte de madeira, comercialização de fertilizantes e exoneração de competência. Além disso, trouxemos dois casos ilustrativos da evolução do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade formal de leis pela via concentrada em casos envolvendo suposta violação das normas de competência.

10.1.1. Competência da União para edição de normas gerais x competência suplementar dos Estados

a) Proibição de atividades com amianto

Trata-se de medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado de Goiás em face da Lei Estadual nº 10813/2001, do Estado de São Paulo, que proibia a importação, beneficiamento, comercialização, fabricação e instalação de produtos ou materiais contendo qualquer tipo de amianto. Questionava-se a violação ao art. 22, I e XII, da Constituição, que tratam da competência privativa da União para legislar sobre direito civil, segurança e medicina do trabalho, jazidas, minas e outros minerais, bem como ao art. 24, V, VI e XII, os quais tratam da competência concorrente entre Estados e União para legislar sobre produção e consumo, proteção ao meio ambiente e defesa da saúde.

Entendeu o STF que a lei paulista fixou normas gerais sobre produção e consumo de amianto em confronto com lei federal já existente sobre o assunto, violando o regime de competência concorrente. Além disso, fixou-se que, no que concerne ao tema da proteção e defesa da saúde pública e do meio ambiente, a questão não revelaria qualquer particularidade no Estado de São Paulo que justificasse a exceção pretendida, uma vez que se tratava de questão de interesse nacional, sendo legítima e cogente a regulamentação geral ditada pela União.

Defendeu-se ainda que o Estado havia legislado sobre comércio exterior e sobre jazidas, invadindo competência privativa da União. Por fim, ponderou-se que houve invasão de competência da União para legislar sobre transporte estadual ao se criar obrigações sobre rotulagem de produtos com amianto, uma vez que esses circulariam entre os estados. Em razão disso, a ação foi julgada parcialmente procedente, mantendo-se em vigor apenas dispositivos que fixavam regras para as obras de demolição ou remoção de material contendo amianto e que criavam infrações sanitárias por seu descumprimento.

Esse julgado demonstra a propensão do STF em rejeitar o exercício da competência concorrente pelos Estados em casos em que a União já tenha regulado de forma ampla a matéria e que haja pertinência em se ter uma regulação uniforme. Somente seria possível tal atuação caso se demonstrasse que haveria particularidades no Estado que justificassem um tratamento diferente do tema para maior proteção ao meio ambiente ou à saúde, o que não teria ocorrido.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI PAULISTA. PROIBIÇÃO DE IMPORTAÇÃO, EXTRAÇÃO, BENEFICIAMENTO, COMERCIALIZAÇÃO, FABRICAÇÃO E INSTALAÇÃO DE PRODUTOS CONTENDO QUALQUER TIPO DE AMIANTO. GOVERNADOR DO ESTADO DE GOIÁS. LEGITIMIDADE ATIVA. INVASÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO. 1. Lei editada pelo Governo do Estado de São Paulo. Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado de Goiás. Amianto crisotila. Restrições à sua comercialização imposta pela legislação paulista, com evidentes reflexos na economia de Goiás, Estado onde está localizada a maior reserva natural do minério. Legitimidade ativa do Governador de Goiás para iniciar o

processo de controle concentrado de constitucionalidade e pertinência temática. 2. Comercialização e extração de amianto. Vedação prevista na legislação do Estado de São Paulo. Comércio exterior, minas e recursos minerais. Legislação. Matéria de competência da União (CF, artigo 22, VIII e XIII). Invasão de competência legislativa pelo Estado-membro. Inconstitucionalidade. 3. Produção e consumo de produtos que utilizam amianto crisotila. Competência concorrente dos entes federados. Existência de norma federal em vigor a regulamentar o tema (Lei 9055/95). Consequências. Vício formal da lei paulista, por ser apenas de natureza supletiva (CF, artigo 24, §§ 1º e 4º) a competência estadual para editar normas gerais sobre a matéria. 4. Proteção e defesa da saúde pública e meio ambiente. Questão de interesse nacional. Legitimidade da regulamentação geral fixada no âmbito federal. Ausência de justificativa para tratamento particular e diferenciado pelo Estado de São Paulo. 5. Rotulagem com informações preventivas a respeito dos produtos que contenham amianto. Competência da União para legislar sobre comércio interestadual (CF, artigo 22, VIII). Extrapolação da competência concorrente prevista no inciso V do artigo 24 da Carta da República, por haver norma federal regulando a questão. (ADI 2656, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2003, DJ 01-08-2003 PP-00117 EMENT VOL-02117-35 PP-07412)

b) Proibição de atividades com amianto

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador de Goiás em face de lei do Estado do Mato Grosso do Sul que regulava a fabricação, comércio e estocagem de amianto. Não obstante o Governador tenha arguido a inconstitucionalidade de uma série de dispositivos constitucionais que não tem relação com o presente estudo, ao final o STF firmou entendimento no sentido de que a corte não estaria adstrita ao exame da violação desses dispositivos, mas de qualquer outra norma constitucional. Com base nisso, entendeu haver violação aos arts. 24, V, VI e XII da Constituição Federal, que versam sobre matérias de competência concorrente, uma vez que a lei estadual teria invadido a competência da União de legislar sobre normas gerais e extrapolado a competência legislativa suplementar.

Ficou assentado que o estado só poderia legislar nas seguintes hipóteses: i) amplamente, quando não houvesse norma federal sobre o tema, podendo tratar

inclusive sobre princípios gerais; ii) quando existir norma federal, de forma complementar ou suplementar para o preenchimento de lacunas ou para a definição de peculiaridades regionais. No entanto, apesar de existir lei federal regulamentando as atividades com amianto, a lei estadual criou uma *proibição* ampla e irrestrita para elas, contrariando a lei editada pela União. Ou seja, adotou-se aqui como parâmetro que a suplementação não pode implicar em contrariedade à lei suplementada, proibindo-se o que havia sido autorizado.

Outro interessante aspecto presente nesse julgado diz respeito à posição adotada no voto da relatora no sentido de que não caberia à Corte dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas do elemento em questão (amianto) e dos riscos de sua utilização para a saúde da população. Ou seja, o tribunal adotou uma postura de autocontenção em relação a questões técnico-científicas, entendendo que caberia às autoridades sanitárias sua definição.

EMENTA: AÇÃO 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 SAÚDE. ARTIGO 24, V, VI E XII E §§ 1º E 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Não cabe a esta Corte dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas do elemento em questão e dos riscos de sua utilização para a saúde da população. Os estudos nesta seara prosseguem e suas conclusões deverão nortear as ações das autoridades sanitárias. Competência do Supremo Tribunal Federal circunscrita à verificação da ocorrência de contraste inadmissível entre a lei em exame e o parâmetro constitucional. Sendo possível a este Supremo Tribunal, pelos fatos narrados na inicial, verificar a ocorrência de agressão a outros dispositivos constitucionais que não os indicados na inicial, verifica-se que ao determinar a proibição de fabricação, ingresso, comercialização e estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, o Estado do Mato Grosso do Sul excedeu a margem de competência concorrente que lhe é assegurada para legislar sobre produção e consumo (art. 24, V); proteção do meio

ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII). 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. 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. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º e de seus §§ 1º, 2º e 3º, do art. 2º, do art. 3º e §§ 1º e 2º e do parágrafo único do art. 5º, todos da Lei nº 2.210/01, do Estado do Mato Grosso do Sul. (ADI 2396, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2003, DJ 01-08-2003 PP-00100 EMENT VOL-02117-34 PP-07204)

c) Proibição de atividades com amianto

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria em face de lei editada pelo Estado de São Paulo que proibia diversas atividades com amianto. Argumentou-se, dentre outras coisas, que ao legislar sobre a matéria o Estado teria invadido competências privativas da União previstas no art. 23 da Constituição e violado as regras de competência concorrente estabelecidas no art. 24.

O STF rejeitou, por maioria, a medida cautelar aduzindo os seguintes argumentos: i) a lei federal invocada como paradigma não seria norma geral em matéria de amianto, tendo em vista a existência de uma convenção internacional específica que trata da matéria e que tem status de diploma supralegal (Min. Joaquim Barbosa); ii) não haveria medida intermediária possível para a proteção da saúde que não a proibição do amianto (Min. Joaquim Barbosa); iii) a lei federal que versa sobre o tema seria materialmente inconstitucional (Min. Eros Grau e Min. Cezar Peluso); iv) a lei estadual poderia ser mais protetiva do que a federal (Min. Ricardo Lewandowski); v) a competência legislativa do Estado decorreria não apenas do art. 24, mas também dos

arts. 23 e 196 (Min. Joaquim Barbosa e Min. Carmen Lúcia).

O interessante desse julgado é que ele difere dos entendimentos anteriormente sustentados pelo próprio STF na análise dessa matéria, mantendo-se em vigor lei estadual claramente contrária a lei federal. Entretanto, ao que parece, isso não se deu em razão de uma mudança de orientação do tribunal quanto aos contornos da competência para edição de normas gerais e sua suplementação, mas por força da peculiaridade da situação. Chama atenção especialmente o fato de a maioria dos ministros terem invocado como fundamento de decidir a inconstitucionalidade material da lei federal e o fato de que não estava em questão a análise da competência concorrente.

EMENTA: COMPETÊNCIA NORMATIVA - COMÉRCIO. Na dicção da ilustrada maioria, em relação à qual guardo reservas, não há relevância em pedido de concessão de liminar, formulado em ação direta de inconstitucionalidade, visando à suspensão de lei local vedadora do comércio de certo produto, em que pese à existência de legislação federal viabilizando-o. (ADI 3937 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 04/06/2008, DJe-192 DIVULG 09-10-2008 PUBLIC 10-10-2008 EMENT VOL-02336-01 PP-00059)

d) Proibição de atividades envolvendo Organismos Geneticamente Modificados

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo PFL contra lei do Estado do Paraná que estabeleceu vedação ao cultivo, a manipulação, a importação, a industrialização e a comercialização de organismos geneticamente modificados. Argumentou o autor, dentre outras coisas, que haveria violação ao art. 22, I, VIII, X e XI e 24, I e VI, ou seja, que a lei em questão invadiria espaço reservado à União na forma de competência privativa ou concorrente.

O STF julgou procedente a ação para decretar a inconstitucionalidade da lei sob o argumento de que haveria violação a competência privativa da União para legislar sobre o regime dos portos, a importação e exportação e a disciplina sobre a comercialização, bem como sobre competência concorrente, uma vez que o Estado teria afastado as normas gerais fixadas pela Carta Magna. Ficou claro mais uma vez o

uso do parâmetro que veda a possibilidade de adoção pelos Estados, no exercício de competência concorrente, de *disciplina que contrarie e termine por afastar* a aplicação de lei federal.

Além disso, o Tribunal acabou reconhecendo nesse julgado a possibilidade de regramento federal abrangente, que vá além de princípios e diretrizes, podendo inclusive não deixar espaço para a atuação dos Estados. Em significativo trecho de seu voto, o Ministro-relator assim se posicionou: “cabe concluir que, no que toca aos temas que poderiam ser objeto de atuação legislativa estadual, ou seja, temas afetos à competência concorrente, que já há uma disciplina geral fixada na esfera de competência da União(...) De fato, considerando apenas Lei 8.974, tem-se ato federal com regramento que abrange toda a matéria tratada no ato estadual impugnado”.

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra a lei estadual paranaense de no 14.162, de 27 de outubro de 2003, que estabelece vedação ao cultivo, a manipulação, a importação, a industrialização e a comercialização de organismos geneticamente modificados. 2. Alegada violação aos seguintes dispositivos constitucionais: art. 1o; art. 22, incisos I, VII, X e XI; art. 24, I e VI; art. 25 e art. 170, caput, inciso IV e parágrafo único. 3. Ofensa à competência privativa da União e das normas constitucionais relativas às matérias de competência legislativa concorrente. 4. Ação Julgada Procedente (ADI 3035, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2005, DJ 14-10-2005 PP-00007 EMENT VOL-02209-1 PP-00152 LEXSTF v. 27, n. 323, 2005, p. 53-64)

e) Proibição de atividades envolvendo Organismos Geneticamente Modificados

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido da Frente Liberal em face de lei do Estado do Paraná que regulamenta a rotulagem de alimentos e ingredientes alimentares que contenham OGMs. Sustentou o autor que teria a legislação estadual extrapolado os limites da competência suplementar do Estado, ofendendo o art. 24, V e XII da Constituição Federal, uma vez que contrariava frontalmente a legislação federal sobre o tema. Em defesa do ato impugnado, alegou o Governador do Estado do Paraná que a lei trataria simplesmente de defesa ao consumidor.

O STF julgou procedente a ação por entender que a regulação trazida em lei estadual inaugurava uma “regulamentação paralela e explicitamente contraposta à legislação federal vigente” (Min. Ellen Gracie). Vale ressaltar que a grande diferença entre os atos normativos estadual e federal era que o segundo exigia que a informação sobre a presença de OGMs se desse quando essa fosse em quantidade superior a 1% do produto, ao passo que a primeira eliminava essa tolerância, demandando que a informação fosse sempre fornecida, independentemente da quantidade.

Interessante notar nesse precedente que o STF afastou lei estadual mais *protetiva* ao consumidor. Os argumentos para tanto foram tanto o fato de que essa resultaria na criação de uma regulamentação paralela, distinta da legislação federal, como que a lei editada pela União teria autêntica natureza de norma geral, já que passível de ser aplicada uniformemente em todo o país. Em seu voto, o Ministro Carlos Britto indica o que entende por norma geral: “é aquela que emite um comando passível de aplicabilidade federativamente uniforme”.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 14.861/05, 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 11.105/05 E DECRETOS 4.680/03 E 5.591/05. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE PARA DISPOR SOBRE PRODUÇÃO, CONSUMO E PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. ART. 24, V E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTABELECIMENTO DE NORMAS GERAIS PELA UNIÃO E COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS ESTADOS. 1. Preliminar de ofensa reflexa afastada, uma vez que a despeito da constatação, pelo Tribunal, da existência de normas federais tratando da mesma temática, está o exame na ação adstrito à eventual e direta ofensa, pela lei atacada, das regras constitucionais de repartição da competência legislativa. Precedente: ADI 2.535-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.11.03. 2. Seja dispondo sobre consumo (CF, art. 24, V), seja sobre proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII), busca o Diploma estadual impugnado inaugurar regulamentação paralela e explicitamente contraposta à legislação federal vigente. 3. 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, DJ 14.10.05. 4. Declaração de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento de decreto regulamentar superveniente em razão da relação de dependência entre sua validade e a legitimidade constitucional da lei objeto da ação. Precedentes: ADI 437-QO, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.02.93 e ADI 173-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.04.90. 5. Ação direta cujo pedido formulado se julga procedente. (ADI 3645, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/2006, DJ 01-09-2006 PP-00016 EMENT VOL-02245-02 PP-00371 RTJ VOL-00199-02 PP-00633 LEXSTF v. 28, n. 334, 2006, p. 75-91)

10.1.2. Competência concorrente suplementar

a) Exigência de aprovação do parecer pelo COEMA para a concessão de licença ambiental em empreendimentos de significativo impacto ambiental

Trata-se de medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo PMDB contra emenda constitucional da Constituição do Estado do Ceará que exigia a submissão de parecer sobre qualquer obra ou atividade que demandasse a realização de Estudo de Impacto Ambiental ao Conselho Estadual do Meio Ambiente, que deveria avaliá-lo, aprovando-o ou não. Apontou-se que tal norma ofenderia a autonomia municipal, requerendo-se a declaração da interpretação conforme para que o dispositivo somente fosse aplicável à estrutura político-administrativa do Estado, não abrangendo o Município. O STF entendeu que a norma estadual estava nos limites do exercício de competência concorrente previsto no art. 24, VI, da Constituição Federal, razão pela qual rejeitou o pedido liminar.

A decisão em questão indica a aceitação de norma estadual que imponha novo requisito para a concessão de licença ambiental para empreendimentos de significativo impacto ambiental. Nesse caso, não bastará a realização do estudo, devendo também haver aprovação do COEMA do parecer sobre tal estudo. Além

disso, chancelou-se a estruturação da Administração para o processamento de licença ambiental, aceitando-se a exigência de participação de órgão colegiado e com maior participação social neste processo. O fundamento principal da decisão foi que ela não violaria norma geral estatuída pela União e estaria nos limites da competência concorrente suplementar prevista no art. 24, VI, da Constituição Federal.

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 264 da Constituição do Estado do Ceará na redação que lhe foi dada pelo artigo 1º da Emenda Constitucional nº 22/95. Medida liminar. - Falta de plausibilidade jurídica suficiente para a concessão da liminar pleiteada. Na competência concorrente (artigo 24, VI, da Constituição) se insere a competência para exigência como a estabelecida pelo dispositivo atacado, que, também, não parecer atentar contra a Federação, ferindo cláusula pétrea. - Não-ocorrência, no caso, do "periculum in mora". Pedido de liminar indeferido.(ADI 2142 MC, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2000, DJ 09-02-2001 PP-00018 EMENT VOL-02018-01 PP-00044)

b) Criação de cadastros para fins de fiscalização

Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconheceu a constitucionalidade de lei estadual que exigia o cadastro de produtos saneantes e domissanitários em órgão estadual. Argumentou o recorrente que a lei violaria o art. 22, XXV, da Constituição, que outorga à União competência privativa para legislar sobre registros públicos. Violaria também os arts. 23, 24 e 198, os quais impediriam a normatização estadual da matéria diante da existência de lei federal que a regulava.

O STF negou provimento ao recurso sustentando que a lei em questão estaria amparada na competência concorrente estatuída pelo art. 24, VI, que conferiria aos estados atribuição para legislar sobre a defesa do meio ambiente, respeitada a competência da União para traçar normas gerais. No caso, as normas gerais estabelecidas pela União delegavam aos Estados e Municípios a fiscalização dessa substância, o que seria viabilizado por meio do cadastro criado pela lei estadual. Assim, essa estaria esta respeitando os limites da competência concorrente suplementar.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COMPETÊNCIA ESTADUAL E DA UNIÃO. PROTEÇÃO À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE. LEI ESTADUAL DE CADASTRO DE AGROTÓXICOS, BIOCIDAS E PRODUTOS SANEANTES DOMISSANITÁRIOS. LEI Nº 7.747/2-RS. RP 1135. 1. A matéria do presente recurso já foi objeto de análise por esta Corte no julgamento da RP 1.135, quando, sob a égide da Carta pretérita, se examinou se a Lei 7.747/82-RS invadiu competência da União. Neste julgamento, o Plenário definiu o conceito de normas gerais a cargo da União e apurou as normas desta lei que superavam os limites da alçada estadual. 2. As conclusões ali assentadas permanecem válidas em face da Carta atual, porque as regras remanescentes não usurparam a competência federal. A Constituição em vigor, longe de revogar a lei ora impugnada, reforçou a participação dos estados na fiscalização do uso de produtos lesivos à saúde. 3. A lei em comento foi editada no exercício da competência supletiva conferida no parágrafo único do artigo 8º da CF/69 para os Estados legislarem sobre a proteção à saúde. Atribuição que permanece dividida entre Estados, Distrito Federal e a União (art. 24, XII da CF/88). 4. Os produtos em tela, 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 nos artigos 23, VI e 24, VI da Constituição atual. 5. Recurso extraordinário conhecido e improvido. (RE 286789, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 08/03/2005, DJ 08-04-2005 PP-00038 EMENT VOL-02186-03 PP-00446 LEXSTF v. 27, n. 317, 2005, p. 257-265 RT v. 94, n. 837, 2005, p. 138-141 RB v. 17, n. 501, 2005, p. 51 RTJ VOL-00194-01 PP-00355)

10.1.3. Competência concorrente x competência privativa

a) Criação de programa de inspeção veicular

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade que questionou a validade de lei do Distrito Federal instituidora do Programa de Inspeção e Manutenção Veicular. Alegou-se que na edição da lei o legislador distrital teria invadido competência privativa da União de legislar sobre trânsito (ar. 22, XI), uma vez que estabelecia obrigatoriedade de vistoria para a renovação do licenciamento de veículos, definia em

que consistiria essa vistoria e como ela seria executada. Na defesa do ato impugnado, o Governador do Distrito Federal sustentou que a lei não tratava de trânsito, mas de matéria atinente ao meio ambiente, valendo-se da competência prevista no art. 23, VI, da Constituição.

Em seu voto, que foi vencido, o relator entendeu que a localização da competência que fez gerar a lei não pode ser feita de forma apriorística ou mesmo a partir das informações fornecidas pelo legislador em defesa do ato impugnado, mas a partir do exame de seu conteúdo. Citou como exemplo caso da lei do Estado do Espírito Santo (ADI 2.623) que proibia a plantação de eucalipto por supostas razões ambientais, mas que na verdade teria cunho de direito civil. Como se pode ver, o relator acabou invocando como critério para localização da competência o *objeto específico* da lei impugnada para concluir que de lei ambiental não se tratava e sim de legislação sobre trânsito.

No entanto, por maioria, o STF entendeu que não haveria inconstitucionalidade, uma vez que a lei não trataria de trânsito e sim da organização de serviço necessário à proteção do meio ambiente por meio do controle de emissão de gases poluentes. Para a maioria dos ministros, o exercício dessa competência encontraria guarida no art. 23, VI, da Constituição Federal, que versa sobre a competência comum dos entes da federação para a proteção do meio ambiente. Isso porque não se tratava de efetiva normatização de condutas e sim de organização de serviço público (Min. Sepúlveda Pertence, Min. Nelson Jobim e Min. Eros Grau). Para outros, a lei teria natureza ambiental e encontraria fundamento na competência concorrente do art. 24, VI (Min. Ellen Gracie).

Duas questões merecem ser destacadas nesse julgado. A primeira é o critério para identificação da natureza da norma para fins de verificação da existência ou não de inconstitucionalidade formal. Para o tribunal, não basta que o editor da lei sinalize sua intenção ao elaborá-la, sendo preciso analisar seu conteúdo, seu objeto específico, não obstante tenha havido divergência quanto à identificação desse objeto. A segunda é o reconhecimento da Corte sobre o fundamento da competência para legislar sobre a organização de serviços que visem a proteção do meio ambiente. Segundo a maioria dos ministros, essa estaria no art. 23, VI, da Constituição e não no art. 24,

configurando exercício de competência administrativa comum e não de competência legislativa concorrente.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL N. 3.460. INSTITUIÇÃO DO PROGRAMA DE INSPEÇÃO E MANUTENÇÃO DE VEÍCULOS EM USO NO ÂMBITO DO DISTRITO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 22, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INOCORRÊNCIA. 1. O ato normativo impugnado não dispõe sobre trânsito ao criar serviços públicos necessários à proteção do meio ambiente por meio do controle de gases poluentes emitidos pela frota de veículos do Distrito Federal. A alegação do requerente de afronta ao disposto no artigo 22, XI, da Constituição do Brasil não procede. 2. A lei distrital apenas regula como o Distrito Federal cumprirá o dever-poder que lhe incumbe --- proteção ao meio ambiente. 3. O DF possui competência para implementar medidas de proteção ao meio ambiente, fazendo-o nos termos do disposto no artigo 23, VI, da CB/88. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 3338, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2005, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00036 EMENT VOL-02288-02 PP-00249 REPUBLICAÇÃO: DJe-106 DIVULG 20-09-2007 PUBLIC 21-09-2007 DJ 21-09-2007 PP-00021 RT v. 97, n. 867, 2008, p. 101-109)

b) Proibição do uso de amianto

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada pela Associação Nacional do Transporte de Cargas e Logística contra lei do Estado de São Paulo que proibia o *uso* de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Argumentou-se que essa lei violaria o princípio federativo, a liberdade de locomoção no território nacional e a reserva de competência legislativa da União, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, *caput*, 5º, XV, e 22, IX, X e XII, da Constituição Federal.

Primeiramente, o tribunal reafirmou a viabilidade do uso da arguição mesmo havendo a possibilidade de se utilizar outros mecanismos para sanar o problema apontado.

Defendeu-se que a subsidiariedade inerente ao uso desse instrumento seria relativa, bastando que ele se mostrasse apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. No mérito, o STF concedeu medida acauteladora para afastar interdições ao transporte da substância realizadas com fundamento na lei impugnada. Isso porque a norma que decorreria desse estatuto invadiria competência privativa da União para legislar sobre transporte interestadual e sobre o regime dos portos.

Interessante notar que o enunciado normativo presente na lei impugnada não vedava o *transporte* da substância, mas seu *uso*. Entretanto, agentes públicos vinham extraindo desse enunciado norma no sentido de impedir o transporte do amianto. Foi em razão desses entendimentos que a ordem foi concedida. Ou seja, a rigor, o que se afastou foi a *norma* extraída desse enunciado que se enquadraria no campo de competência privativa da União (legislar sobre transporte).

EMENTA: COMPETÊNCIA NORMATIVA – TRANSPORTE – AMIANTO. Surge relevante pedido voltado a afastar do cenário jurídico-normativo diploma estadual a obstaculizar o transporte de certa mercadoria na região geográfica respectiva – do estado. (ADPF 234 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 03-02-2012 PUBLIC 06-02-2012)

c) Proibição saída de madeiras em toras

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado do Mato Grosso em face do art. 346 da Constituição do Estado do Mato Grosso, o qual vedava a saída de madeira em toras do Estado. Alegou-se que essa previsão violava o art. 22 da Constituição por invadir competência privativa da União para legislar sobre comércio interestadual.

Em defesa do ato impugnado, a Assembleia Legislativa sustentou que o ato em questão encontrava amparo no art. 24, VI, da Constituição, que outorga aos Estados competência concorrente para legislar sobre a proteção do meio ambiente.

O STF declarou inconstitucional a norma por entender que, diferentemente do que fora alegado pela Assembleia Legislativa, seu objeto não seria a proteção ecológica e sim protecionismo comercial. Mais uma vez se vê o Tribunal identificando a natureza da norma impugnada não a partir da informação do órgão legiferante, mas de seu objeto específico.

EMENTA: - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 346 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO. Inconstitucionalidade da frase "sendo vedada a saída do Estado de madeiras em toras". Competência da União para legislar sobre comercio interestadual e transporte (artigo 22 - VIII e XI da Constituição Federal). Precedentes do S.T.F. (ADI 280, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/1994, DJ 17-06-1994 PP-15706 EMENT VOL-01749-01 PP-00015)

10.1.4. Competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse local

a) Poluição visual

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou seguimento a recurso extraordinário por ausência de pré-questionamento. No mérito o que se discutia era a constitucionalidade de lei do Município de São Paulo que proibiu determinadas modalidades de publicidade em logradouros públicos sob o argumento de que teria invadido competência privativa da União para legislar sobre propaganda comercial (art. 22, XXI).

O STF conheceu o agravo e não o proveu, reconhecendo a competência do Município para tratar de assuntos de interesse local, entre os quais estaria a ordenação dos elementos que compõem a paisagem urbana, com vistas a evitar a poluição visual e bem cuidar do meio ambiente e do patrimônio da cidade. Essa decisão tem como pontos de destaque o reconhecimento da competência legislativa do Município para assuntos de interesse local e a designação do combate à poluição visual como assunto dessa natureza.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. PLANEJAMENTO

URBANO. MEIO AMBIENTE E PAISAGEM URBANA. PUBLICIDADE E PROPAGANDA EXTERNA. POLUIÇÃO VISUAL. INTERPRETAÇÃO DA LEI MUNICIPAL PAULISTA 14.223/2006. COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA LEGISLAR SOBRE ASSUNTOS DE INTERESSE LOCAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 15.6.2009. A matéria constitucional versada nos arts. 1º, IV, 5º, XIII, 22, XXIX, 87, IV, e 173, da Constituição Federal, não foi analisada pelas instâncias ordinárias, tampouco mencionada nos embargos de declaração opostos para satisfazer o requisito do prequestionamento. O acórdão recorrido assentou que a Lei Municipal 14.223/2006 - denominada Lei Cidade Limpa - trata de assuntos de interesse local, entre os quais, a ordenação dos elementos que compõem a paisagem urbana, com vistas a evitar a poluição visual e bem cuidar do meio ambiente e do patrimônio da cidade. Agravo regimental conhecido e não provido. (AI 799690 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/12/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2014 PUBLIC 03-02-2014)

10.1.5. Impossibilidade de exoneração de competência

Trata-se de medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul em face de lei do próprio estado que simplesmente determinava a observância da legislação federal específica relativa a cultivo comercial e outras atividades com OGMs. Sustentava-se, dentre outras coisas, a inobservância dos arts. 24, V, VIII e XIII por estar o Estado exonerando-se da competência concorrente que lhe foi outorgada ao simplesmente determinar a observância de lei federal em tema relativo à proteção e responsabilidade por danos ao meio ambiente.

O STF deferiu a cautelar pleiteada por entender que o Estado estaria abdicando do dever de legislar concorrentemente sobre a matéria. Esse julgado é interessante por demonstrar a impossibilidade de um ente federativo qualquer abrir mão da competência que lhe seja outorgada pela Constituição Federal. Ou seja, ainda que haja uma lei federal que pouco ou nenhum espaço deixe para o Estado em termos de competência concorrente, esse não pode aprovar lei por meio da qual simplesmente

ordena que seja obedecido a lei federal em questão e abra mão do poder-dever de legislar.

EMENTA: ALIMENTOS TRANSGÊNICOS. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO-MEMBRO. LEI ESTADUAL QUE MANDA OBSERVAR A LEGISLAÇÃO FEDERAL. 1. Entendimento vencido do Relator de que o diploma legal impugnado não afasta a competência concorrente do Estado-membro para legislar sobre produtos transgênicos, inclusive, ao estabelecer, malgrado superfetação, acerca da obrigatoriedade da observância da legislação federal. 2. Prevalência do voto da maioria que entendeu ser a norma atentatória à autonomia do Estado quando submete, indevidamente, à competência da União, matéria de que pode dispor. Cautelar deferida.(ADI 2303 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2000, DJ 05-12-2003 PP-00018 EMENT VOL-02135-05 PP-00918)

10.1.6. Controle de constitucionalidade de lei estadual por violação às regras constitucionais de competência.

a) Impossibilidade de controle por meio de ação direta

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra lei do Estado do Paraná que dispunha sobre a produção, comercialização e distribuição de fertilizantes, corretivos, inoculantes ou biofertilizantes por suposta violação aos arts. 24, V e parágrafo primeiro e 22, VIII, que rege a competência dos entes federativos para a edição de leis. O STF entendeu não ser possível conhecer a ação direta, uma vez a verificação da invasão de competência concorrente ou comum passaria necessariamente pelo cotejo de normas infraconstitucionais. A decisão não foi unânime, tendo a divergência sido iniciada pelo Ministro Marco Aurélio, que defendia o conhecimento da ação sob o argumento de que seria possível examinar a lei estadual sem a necessidade de confrontá-la com a lei federal, bastando que se verificasse se o Estado editou normas gerais.

Esse julgado é importante para demonstrar a evolução do posicionamento do STF no controle de constitucionalidade formal de normas ambientais por meio de ação direta

de inconstitucionalidade. Em um primeiro momento, representado por essa decisão, a Corte adotava o entendimento de que a verificação do extrapolamento de competência concorrente não seria possível quando havia normas federais e estaduais em vigor, já que dependeria do prévio cotejo de normas infraconstitucionais. Ou seja, tratar-se-ia de violação indireta de preceito constitucional. Posteriormente, como se demonstrará adiante, esse posicionamento se alteraria.

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 9.056, de 02.08.89, do Estado do Paraná, e decreto nº 6.710/90 que a regulamentou. - O plenário desta corte, ao julgar a ADIN 1540, decidiu que não cabe ação direta de inconstitucionalidade para se examinar a ocorrência, ou não, de invasão de competência entre a união federal e os estados-membros, porquanto, nesse caso, para a análise da inconstitucionalidade arguida, há necessidade do confronto entre leis infraconstitucionais. no caso, tendo em vista o maior âmbito de competência concorrente e comum que os artigos 23 e 24 da atual constituição deram aos estados- membros no que diz respeito ao cuidado da saúde, à proteção ao meio ambiente, ao combate à poluição, às normas sobre produção e consumo, bem como à proteção e defesa da saúde, para se verificar se a lei estadual em causa é, ou não, inconstitucional por invasão de competência da legislação federal, é mister que se faça o confronto entre as legislações infraconstitucionais. Ação direta de inconstitucionalidade nº 252 não conhecida, julgando-se, em consequência prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade nº 384, na parte concernente à mesma lei estadual, e não conhecida na parte referente ao decreto que a regulamentou.(ADI 252, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 20/11/1997, DJ 21-02-2003 PP-00026 EMENT VOL-02099-01 PP-00001)

b) Possibilidade de controle por meio de ação direta

Em contraposição ao posicionamento anterior, nesse julgado o STF admitiu a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis que supostamente ofenderiam a distribuição de competência prevista na Constituição Federal. Entendeu-se que o objeto da análise nesses casos não seria a incompatibilidade da lei estadual com a lei federal, mas daquela última com o espaço legislativo reservado pela Carta Magna aos Estados. Análises desse tipo passaram a ser comuns na Suprema Corte, como se pode

ver pelos vários julgados acima analisados.

EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: cabimento: inexistência de inconstitucionalidade reflexa. 1. Tem-se inconstitucionalidade reflexa - a cuja verificação não se presta a ação direta - quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o desrespeito à Lei Fundamental por haver violado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculado pela Constituição: não é o caso presente, onde a ilegitimidade da lei estadual não se pretende extrair de sua conformidade com a lei federal relativa ao processo de execução contra a Fazenda Pública, mas, sim, diretamente, com as normas constitucionais que o preordenam, afora outros princípios e garantias do texto fundamental. II. Ação direta de inconstitucionalidade: objeto: ato normativo: conceito. 2. O STF tem dado por inadmissível a ação direta contra disposições insertas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, porque reputadas normas individuais ou de efeitos concretos, que se esgotam com a propositura e a votação do orçamento fiscal (v.g., ADIn 2100, JOBIM, DJ 01.06.01). 3. A segunda norma questionada que condiciona a inclusão no orçamento fiscal da verba correspondente a precatórios pendentes à "manutenção da meta de resultado primário, fixada segundo a LDO" - constitui exemplo típico de norma individual ou de efeitos concretos, cujo objeto é a regulação de conduta única, posto que subjetivamente complexa: a elaboração do orçamento fiscal, na qual se exaure, o que inviabiliza no ponto a ação direta. 4. Diferentemente, configura norma geral, susceptível de controle abstrato de constitucionalidade a primeira das regras contidas no dispositivo legal questionado, que institui comissão de representantes dos três Poderes e do Ministério Público, à qual confere a atribuição de proceder ao "criterioso levantamento" dos precatórios a parcelar conforme a EC 30/00, com vistas a "apurar o seu valor real": o procedimento de levantamento e apuração do valor real, que nela se ordena, não substantiva conduta única, mas sim conduta a ser desenvolvida em relação a cada um dos precatórios a que alude; por outro lado, a determinabilidade, em tese, desses precatórios, a partir dos limites temporais fixados, não subtrai da norma que a todos submete à comissão instituída e ao procedimento de revisão nele previsto a nota de generalidade. 5. Não obstante, é de conhecer-se integralmente da ação direta se a norma de caráter geral é subordinante da norma individual, que, sem a primeira, ficaria sem objeto. III. Precatório: parcelamento, autorizado pelo art. 78 ADCT (EC 30/00), que não subtrai cada uma das dez

prestações anuais do regime constitucional do precatório (CF, art. 100): donde, a excentricidade constitucional de ambas as normas questionadas. 6. A submissão a uma esdrúxula comissão dos três poderes e do Ministério Público da revisão do valor real dos precatórios compreendidos na moratória do art. 78 ADCT invade área reservada pela Constituição ao Poder Judiciário e ofende a proteção nela assegurada à coisa julgada. 7. O condicionamento da inclusão no orçamento fiscal da verba necessária à satisfação dos precatórios pendentes ou de suas parcelas infringe o art. 100, § 1º, da Constituição.(ADI 2535 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2001, DJ 21-11-2003 PP-00007 EMENT VOL-02133-02 PP-00368 RTJ VOL-00193-01 PP-00073)

10.2. Julgados que tratam do controle de constitucionalidade material

Nos subtópicos seguintes buscaremos apresentar julgados que envolveram o controle de constitucionalidade material de leis ambientais e os critérios neles empregados. As leis envolvidas nesses casos tratavam dos seguintes temas: importação de pneus usados, compensação ambiental, exigência de EIA/RIMA para liberação de Organismos Geneticamente Modificados, termo de compromisso para regularização de atividades em desacordo com a Lei 9.605/98, alteração de espaços especialmente protegidos, rinhas ou brigas de galo, reserva legal, dispensa de EIA, separação dos poderes, Código Florestal e limites para emissão sonora durante atividades religiosas.

10.2.1. Leis ambientais que envolvem conflitos entre *regras* e *princípios* constitucionais e a prevalência das *regras* como parâmetro decisório

a) Dispensa de EIA para determinadas atividades

Trata-se de decisão proferida pelo STF em agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário. O apelo discutia decisão proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte contra lei municipal que dispensava a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental em determinadas situações, substituindo-o por estudos

simplificados. O STF manteve a decisão da corte local por entender que essa dispensa é inconstitucional por ofender o art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal

O entendimento do STF na presente situação foi no sentido de que há violação direta a uma regra instituída pela Constituição Federal, bastando para o exercício do controle o recurso às técnicas tradicionais de interpretação constitucional. Assim, a rigor esse precedente poderia estar inserido entre as situações envolvendo violação direta pura e simples a uma regra constitucional e não em casos em que se discute suposto conflito entre uma regra e um princípio constitucional. Entretanto, optamos por mantê-lo aqui por duas razões. Primeiro, porque serve para ilustrar que nem mesmo se o argumento da suposta promoção de outros princípios constitucionais fosse utilizado, a regra deveria ceder. Segundo, porque foi nesse precedente em que nos baseamos para a construção de um exemplo ilustrativo de potenciais conflitos entre regras e princípios constitucionais, razão pela qual, com essas ressalvas, nos pareceu adequado mantê-lo aqui para fins didáticos.

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL. PARÂMETRO. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. REPRODUÇÃO DE REGRA PREVISTA NA LEI MAIOR. POSSIBILIDADE. PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL. DISPENSA PELO MUNICÍPIO. IMPOSSIBILIDADE. ADI 1.086/SC. PRECEDENTES. MATÉRIA COM INCONSTITUCIONALIDADE PRONUNCIADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCURADOR-GERAL DO ESTADO. DEFESA DO ATO IMPUGNADO. DESNECESSIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 07.11.2012. O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de violar o art. 225, § 1º, IV, da Lei Maior, a previsão legal que dispense a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental. Fundada a declaração de inconstitucionalidade proferida pela Corte de origem na incompatibilidade do art. 33, § 2º, da Lei Complementar Municipal 055/2004 com o art. 150, § 1º, IV, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, reprodução da regra contida no art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados. O Supremo Tribunal Federal entende que Advogado-Geral da União e,

nos Estados, o Procurador-Geral do Estado, não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela inconstitucionalidade. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à conformidade entre o que decidido no acórdão recorrido e a jurisprudência desta Corte. Agravo regimental conhecido e não provido. (RE 739998 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 12/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-165 DIVULG 26-08-2014 PUBLIC 27-08-2014)

10.2.2. Leis que envolvem conflitos entre o *direito fundamental ao meio ambiente* ecologicamente equilibrado e *outros direitos fundamentais*

a) Instituição de compensação ambiental

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela CNI em face do art. 36, *caput* e §1º, 2º e 3º da Lei 9.985/2000 por suposta violação aos princípios da legalidade, da harmonia e independência entre os poderes, da razoabilidade e proporcionalidade. Os dispositivos em questão exigiam dos empreendedores responsáveis por empreendimentos de significativo impacto ambiental que apoiassem a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral por meio de uma contrapartida financeira calculada de acordo com o grau de impacto ambiental causado por ele, não podendo ser inferior a 0,5% dos custos totais previstos para sua implantação. Estipulavam também as regras para definição das unidades de conservação que seriam contempladas com tais recursos.

Apesar de a ação ter questionado o próprio instituto da compensação, o STF acabou julgando-a parcialmente procedente apenas para afastar o percentual mínimo previamente estabelecido para a sua fixação. Assentou-se que não haveria violação à legalidade, uma vez que teria sido a própria lei quem estabeleceria a compensação e a forma de cálculo. Também não haveria violação ao princípio da separação dos poderes, pois inexistia delegação para que o Executivo impusesse novos deveres aos administrados, estando esses definidos na lei. Por outro lado, entendeu-se que a prefixação de percentual violaria o princípio da razoabilidade, razão pela qual esse

deveria ser suprimido, ficando a fixação da compensação a cargo do órgão ambiental competente, que deveria fazê-lo de forma proporcional ao impacto causado.

A análise desse julgado demonstra a aceitação pelo Judiciário da imposição de medidas legislativas que resultem em obrigações que tenham por objetivo a promoção do meio ambiente, ainda que ensejem pagamento de valores monetários pelo cidadão e que tal desembolso não esteja associado diretamente à reparação de dano ambiental decorrente de ato ilícito. Nesse sentido foram os votos proferidos pelos Ministro Menezes Direito e Celso de Melo, cujos trechos abaixo transcrevemos:

Ministro Menezes Direito: “Não entendo que esta verba seja indenizatória. Ao contrário, é uma verba de natureza compensatória porque visa preservar o meio ambiente e eventual empreendimento que possa causar o significativo impacto ambiental.”

Ministro Celso de Melo: “O pagamento efetuado pelo poluidor ou pelo predador – diz ele – não lhe confere qualquer direito a poluir. Ao contrário, o investimento efetuado – e daí a canalização de tais recursos para esse propósito específico – tem uma finalidade clara: prevenir o dano.”

Houve, porém, uma preocupação quanto à proporcionalidade/razoabilidade de previsões dessa natureza, exigindo-se algum nexo entre sua fixação e os efeitos da atividade/empreendimento desenvolvido sobre o meio ambiente. Ou seja, admite-se a criação de obrigações de preservação por meio de pagamento de determinados valores, mas essas previsões não podem se dar a qualquer custo, devendo estar associadas ao efetivo impacto que o empreendimento a ser implementado pelo interessado possa efetivamente causar ao meio ambiente. A lógica parece perfeitamente transmissível para outras exigências de semelhante natureza.

Extraí-se, assim, que o Tribunal está disposto a aplicar como critério de controle de constitucionalidade a proporcionalidade entre a obrigação imposta ao administrado para a proteção do meio ambiente e os efetivos efeitos de sua atividade/empreendimento sobre este.

Ainda que não tenha sido explicitado, o caso envolvia um claro conflito entre os direitos fundamentais de propriedade e ao meio ambiente equilibrado. O afastamento da indenização mínima se deu porque essa medida, apesar de adequada, claramente não era *necessária* para atingir o fim colimado pelo legislador, havendo outra apta a

restringir menos o direito de propriedade e alcançar o mesmo resultado (fixação do valor no caso concreto, a partir dos impactos do empreendimento). O Tribunal, no entanto, não se valeu expressamente da aplicação dos elementos da regra da proporcionalidade para chegar à sua decisão, cingindo-se a invocar a violação ao princípio da razoabilidade como fundamento do *decisum*.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 36 E SEUS §§ 1º, 2º E 3º DA LEI Nº 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000. CONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO DEVIDA PELA IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO § 1º DO ART. 36. 1. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 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. 2. Compete ao órgão licenciador fixar o quantum da compensação, de acordo com a compostura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório - EIA/RIMA. 3. O art. 36 da Lei nº 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. 4. 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. 5. 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 nº 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. 6. Ação parcialmente procedente. (ADI 3378, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2008, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-02 PP-00242

RTJ VOL-00206-03 PP-00993)

b) Instituição de reserva legal e proibição de corte raso

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia contra medida provisória que regulamentava a reserva legal e impedia o corte raso em propriedades que não reservassem pelo menos 50% da cobertura arbórea nas regiões Norte e na parte Norte da região Centro-Oeste. Esse percentual era aumentado para 80% nas propriedades em que a cobertura arbórea tivesse fitofisionomia florestal. Argumentou-se, além da ausência dos requisitos de relevância e urgência previstos no art. 62, que as exigências acima implicariam em violação ao direito de propriedade sem prévia e justa indenização.

O STF entendeu que, embora não fossem desprezíveis as alegações concernentes à possível violação ao direito de propriedade, sem prévia e justa indenização, dever-se-ia considerar que Constituição deu tratamento especial à Floresta Amazônica ao integrá-la ao patrimônio nacional, aduzindo que sua utilização se faria, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. Com essas razões, indeferiu a medida cautelar requerida e manteve a conformação dada pela lei ao direito de propriedade

É de se destacar nesse julgado o expreso reconhecimento da Suprema Corte quanto à possibilidade de conformação do direito de propriedade pela legislação ordinária com vistas ao atendimento de outros valores constitucionais, em especial a proteção do meio ambiente. Porém, o tribunal não definiu até que ponto essa conformação poderia ir, tendo simplesmente validado a opção do legislador para o caso concreto. Trata-se de mais um caso passível de solução por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, como defendemos ao longo deste trabalho.

A decisão recebeu a seguinte ementa:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. MEIO-AMBIENTE: FLORESTA AMAZÔNICA. CÓDIGO FLORESTAL. ÁREAS FLORESTAIS. ÁREAS AGRÍCOLAS. DIREITO DE PROPRIEDADE. MEDIDA PROVISÓRIA:

URGÊNCIA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA N 1.511, DE 22.08.1996, E DE SUAS SUCESSIVAS REEDIÇÕES, QUE DERAM NOVA REDAÇÃO AO ART. 44 DA LEI N 4.771/1965 (CÓDIGO FLORESTAL) E DISPUSERAM SOBRE A PROIBIÇÃO DO INCREMENTO DA CONVERSÃO DE ÁREAS FLORESTAIS EM ÁREAS AGRÍCOLAS NA REGIÃO NORTE E NA PARTE NORTE DA REGIÃO CENTRO-OESTE. MEDIDA CAUTELAR. 1. A jurisprudência do S.T.F. tem considerado da competência da Presidência da República e do Congresso Nacional a avaliação subjetiva da urgência da Medida Provisória. 2. É de se excetuar, apenas, a hipótese em que a falta de urgência possa ser constatada objetivamente. E, no caso, não há evidência objetiva da falta de urgência, sendo a relevância da Medida Provisória incontestável. 3. Embora válido o argumento de que M.P. não pode tratar de matéria submetida pela Constituição Federal a Lei Complementar, é de se considerar que, no caso, a Constituição Federal não exige Lei Complementar para alterações no Código Florestal, ao menos as concernentes à Floresta Amazônica. 4. Dispõe, com efeito, o § 4 do art. 225 da C.F.: "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." 5. A lei, a que se refere o parágrafo, é a ordinária, já que não exige Lei Complementar. E matéria de Lei ordinária pode ser tratada em Medida Provisória, em face do que estabelece o art. 52 da C.F. 6. Embora não desprezíveis as alegações da inicial, concernentes a possível violação do direito de propriedade, sem prévia e justa indenização, é de se objetar, por outro lado, que a Constituição deu tratamento especial à Floresta Amazônica, ao integrá-la no patrimônio nacional, aduzindo que sua utilização se fará, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. 7. Assim, a um primeiro exame, o texto da MP impugnada não parece afrontoso a esse § 4º do art. 225 da C.F., que regula, especificamente, a utilização da terra na Floresta Amazônica. 8. Os fundamentos jurídicos da ação estão, portanto, seriamente abalados ("fumus boni iuris"). 9. Ausente, por outro lado, o requisito do "periculum in mora". É que as informações da Presidência da República evidenciaram a necessidade e a urgência da M.P. Ademais, perigo maior estaria no deferimento da cautelar, pois poderia tornar irreparáveis os danos ao Meio-Ambiente e à Floresta Amazônica, que a M.P. visou a evitar. 10.

Medida cautelar indeferida. Plenário: decisão por maioria de votos. (ADI 1516 MC, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/1997, DJ 13-08-1999 PP-00004 EMENT VOL-01958-01 PP-00032)

c) Instituição da reserva legal

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada em face dos § 1º a 3º do art. 16 e art. 44 e seus § 1º, 2º, 5º e 6º da Lei 4.771/65 (Código Florestal); e do art. 99 da Lei 8171/91. Sustentou-se que tais dispositivos ofenderiam o art. 5º, XIII (liberdade de ofício), XXII (direito de propriedade), XXIII (função social da propriedade), XXXVI(direito adquirido) e LIV (devido processo legal e princípio da proporcionalidade), bem como o art. 186 (função social da propriedade rural) e 225 (responsabilidade e forma de proteção ao meio ambiente). Violariam ainda o sistema da Carta Magna ao transferir para o particular a responsabilidade cabal pela preservação da natureza. Em sua maioria, a ação sequer foi conhecida, uma vez os §§ 1º, 2º, 5º e 6º do art. 44 da Lei 4.771/65 haviam sido inseridos por medida provisória sucessivamente reeditada, sendo que o autor da ação não promoveu o aditamento da petição inicial quanto a essas reedições. O art. 99 da Lei 8.171/91, por seu turno, já estaria revogado quando da análise da ação.

Por outro lado, o Tribunal analisou a suposta violação da Constituição pelos art. 16, §1º a 3º da Lei 4.771/65. Esses dispositivos conceituavam a reserva legal, delimitavam sua abrangência e estipulavam os deveres associados ao instituto. No entendimento da Corte, esses artigos seriam compatíveis com o dever do Poder Público de defender e de preservar para gerações futuras o meio ambiente e com os meios previstos na própria Constituição para assegurar esse objetivo. As previsões neles encartadas também não malferiam os princípios da livre iniciativa, da liberdade de ofício, do desenvolvimento econômico ou direito adquirido, coadunando-se com a função social da propriedade. Por tais razões, o pedido de liminar foi indeferido. Ao final, a ação acabaria sendo julgada prejudicada, tendo em vista que os dispositivos impugnados viriam a ter sua redação alterada.

Vê-se mais uma vez a chancela do Poder Judiciário à opção conformatória ao direito de propriedade feita por outro poder com o objetivo de preservar o meio ambiente.

Também nesse caso, o Tribunal não avança em discussões sobre o alcance que essa conformação poderia ter, cingindo-se a cancelar as regras estipuladas para o caso concreto por entender que as restrições impostas ao direito de propriedade são proporcionais.

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Questão de ordem. - Como bem salienta o parecer da Procuradoria-Geral da República, "os parágrafos do art. 16 da Lei 4771, de 15 de setembro de 1965, alterada pela Lei 7803, de 18 de julho de 1989, receberam nova redação, após o julgamento da liminar, por meio da Medida Provisória 1956-50, de 26 de maio de 2000, que foi sucessivamente reeditada, estando, atualmente, em vigor a Medida Provisória 2166- 67, de 24 de agosto de 2001". - Esta Corte, por outro lado, já firmou o entendimento de que, ocorrendo a revogação superveniente da norma atacada em ação direta, esta perde o seu objeto independentemente de a referida norma ter, ou não, produzido efeitos concretos. Questão de ordem que se resolve dando-se por prejudicada a presente ação direta de inconstitucionalidade.(ADI 1952 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2002, DJ 09-08-2002 PP-00067 EMENT VOL-02077-01 PP-00066)

d) Limites para emissão sonora durante atividades religiosas

Trata-se de agravo regimental em face de decisão tomada no âmbito de ação direta de constitucionalidade contra lei estadual que impunha limites à emissão o sonora nas atividades em templos religiosos. Afirmou-se que o art. 5º, incisos VI e VIII, e o art. 19, inciso I, da Carta Magna, asseguram o livre exercício dos cultos religiosos, sendo vedado embarçar-lhes o funcionamento. Além disso, aduziram que a referida lei violaria os dispositivos constitucionais estaduais que tratam da segurança social e dos direitos culturais (arts. 190, 220 e 221 da CE/89).

O Tribunal aplicou que chamou de método da ponderação de interesses, de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em conflito (meio ambiente x saúde pública x liberdade religiosa). Ao final, decidiu indeferir a liminar por entender que a restrição imposta pela lei não estaria "impossibilitando a prática de rituais religiosos, mas sim disciplinando sua forma de exteriorização, de modo a conciliar esse direito

com outros também garantidos constitucionalmente”.

Este é mais um julgado representativo do conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e outros direitos fundamentais (no caso, a liberdade religiosa). Trata-se de típica hipótese de aplicação da máxima da proporcionalidade, o que indiretamente foi feito pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O julgando aponta apenas para a aplicação da última submáxima (proporcionalidade em sentido estrito), mas a solução provavelmente seria a mesma se o Tribunal também tivesse submetido a restrição aos testes da adequação e necessidade.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. LIMINAR INDEFERIDA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 13.085/2008. FIXAÇÃO DE LIMITES PARA EMISSÃO SONORA NAS ATIVIDADES EM TEMPLOS RELIGIOSOS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. A Constituição Federal assegura o livre exercício dos cultos religiosos, mas também a proteção à saúde e ao meio ambiente. A liberdade de crença e de suas manifestações não é absoluta, sujeitando-se a restrições em caso de colisão com outros direitos fundamentais consagrados na Constituição. O que se deve buscar é o equilíbrio, a ponderação, a compatibilização entre tais direitos. Deve-se lançar mão do método da ponderação de interesses, de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em conflito. É dever do Poder Público assegurar o livre exercício do culto, mas também impedir, mediante intervenção legal, que esse exercício venha a prejudicar a qualidade de vida não só dos frequentadores dos templos, mas também dos integrantes da comunidade do entorno. Num exame sumário, não vislumbro haver, no presente caso, ofensa à liberdade de crença e de exercício dos cultos religiosos. A Lei nº 13.085/2008, ao estabelecer limites para emissão sonora nas atividades em templos religiosos, não está impossibilitando a prática de rituais religiosos, mas sim disciplinando sua forma de exteriorização, de modo a conciliar esse direito com outros também garantidos constitucionalmente. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. UNÂNIME. (Agravo Regimental Nº 70028576130, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 22/06/2009)

e) Código Florestal

Trata-se de arguição de incidente de inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 12.651/2012, o qual desonera os proprietários rurais dos deveres referentes à proteção das florestas e convalida ilegalidades já cometidas. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais acolheu o incidente por entender que o dispositivo em questão violaria o dever geral de proteção ambiental previsto no art. 225, caput, da Constituição, as exigências constitucionais de reparação dos danos ambientais causados (art. 225, § 3º) e de restauração de processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I); a vedação de utilização de espaço especialmente protegido de modo a comprometer os atributos que justificam sua proteção (art. 225, § 1º, III); a exigência constitucional de que a propriedade atenda à sua função social, bem como o princípio da vedação do retrocesso em matéria socioambiental e os princípios do meio ambiente como direito fundamental, da prevenção e da precaução.

Interessante notar nesse julgado que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, dentre outras coisas, aplicou o princípio da vedação do retrocesso ecológico. O retrocesso em questão seria representado pelo art. 67 da Lei 12.651/2012, que revogou o antigo Código Florestal. Esse dispositivo estabelece que, nos imóveis rurais que detinham, até 22/07/2008, área de até 4 módulos fiscais com remanescente de vegetação nativa em percentual inferior a 20%, a Reserva Legal seria constituída com a área ocupada com a vegetação nativa então existente, vedadas novas conversões para uso alternativo do solo. Veja-se que se aplicou no caso a *concepção abrangente do princípio*, uma vez que não houve supressão da proteção às áreas de reserva legal pela nova legislação, mas apenas abrandamento. A rigor, adotando a posição que encampamos ao longo do trabalho, com apoio no magistério da doutrina, não haveria espaço sequer para se cogitar da incidência da vedação em uma hipótese como essa, já que não houve supressão da vegetação.

EMENTA: INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 67 DA LEI Nº 12.651/2012 – NOVO CÓDIGO FLORESTAL - INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE CONHECIDO – VEDAÇÃO DO PRINCÍPIO DO RETROCESSO SOCIAL – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO – MEIO AMBIENTE TIDO COMO DIREITO

FUNDAMENTAL - DISPOSITIVO LEGAL QUE PREVÊ DESONERAÇÃO DO DEVER DE RESTAURAÇÃO DE ÁREAS DE RESERVA LEGAL – INCIDENTE QUE SE JULGA PROCEDENTE – INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL DECLARADA – QUESTÃO QUE TAMBÉM É ALVO DE QUESTIONAMENTO EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADI Nº 4902). A previsão do art. 67 da Lei n.º 12.651/2012, que desonera os proprietários rurais dos deveres referentes à proteção das florestas e ainda convalida ilegalidades já cometidas sem qualquer contrapartida, constitui flagrante retrocesso social, em verdadeira afronta aos fins constitucionais. Deve ser declarado inconstitucional o art. 67 da Lei 12.651/12, ante a violação do dever geral de proteção ambiental previsto no art. 225, caput, da Constituição da República, das exigências constitucionais de reparação dos danos ambientais causados (art. 225, § 3º) e de restauração de processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I); a vedação de utilização de espaço especialmente protegido de modo a comprometer os atributos que justificam sua proteção (art. 225, § 1º, III); a exigência constitucional de que a propriedade atenda à sua função social, bem como o princípio da vedação do retrocesso em matéria socioambiental, ainda, aos princípios do meio ambiente como direito fundamental, da prevenção e da precaução. V.V.: Afigura-se prematuro o julgamento pelo Órgão Especial do TJMG de um incidente de inconstitucionalidade relativa a uma questão que se encontra sob o crivo decisório do STF, com o caráter de repercussão geral.

Arg Inconstitucionalidade Nº 1.0144.11.003964-7/002 - COMARCA DE Carmo do Rio Claro - Requerente(s): 1ª CÂMARA CÍVEL – Requerido (a)(s): ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - Interessado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, SINEZIA MARIA DA SILVA SANTOS, PAULO MARCELO DOS SANTOS

10.2.3. Leis ambientais que envolvem conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente e *outros princípios constitucionais* não enquadrados como direitos fundamentais.

a) Importação de pneus usados

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que questionava a constitucionalidade de decisões judiciais proferidas por todo o país autorizando a importação de pneus usados para o Brasil. Sustentou o arguente que os atos impugnados (decisões) lesariam o preceito fundamental consubstanciado no direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previstos nos arts. 196 e 225 da Constituição da República. Em razão disso, pediu que fosse declarada a ilegitimidade e inconstitucionalidade das interpretações e decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus usados e que se reconhecesse a constitucionalidade e legalidade das normas que a proibiam⁴⁸³.

No voto vencedor, no qual julgou parcialmente procedente a ADPF⁴⁸⁴, a Ministra-relatora indicou estar em jogo, de um lado, a proteção aos preceitos fundamentais relativos ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cujo descumprimento estaria a ocorrer por decisões judiciais conflitantes; de outro, o desenvolvimento econômico sustentável, no qual se abrigaria a importação de pneus usados para o seu aproveitamento como matéria-prima por várias empresas, gerando empregos diretos e indiretos. Apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, entendeu-se que a ponderação dos princípios constitucionais demonstrou que a importação de pneus usados ou remoldados afrontaria os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos arts. 170, I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225, da Constituição do Brasil.

Para realizar tal ponderação foram considerados especialmente os possíveis impactos no plano fático das decisões que autorizavam a importação de pneus e também da decisão que as revogaria. De um lado, relatou a Ministra que havia sido demonstrado que: a) a gama de elementos que compõem o pneu, dando-lhe durabilidade, seria responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros – mais

⁴⁸³ As normas em questão eram as seguintes: art. 27 da Portaria DECEX n. 8, de 14.5.91, do Decreto n. 875, de 19.7.93, que ratificou a Convenção da Basiléia, do art. 4o da Resolução n. 23, de 12.12.96, do art. 1o da Resolução CONAMA n. 235, de 7.1.98, do art. 1o da Portaria SECEX n. 8, de 25.9.00, do art. 1o da Portaria SECEX n. 2, de 8.3.02, do art. 47-A do Decreto n. 3.179, de 21.9.99 e seu § 2o, incluído pelo Decreto n. 4.592, de 11.2.03, do art. 39 da Portaria SECEX n. 17, de 1o.12.03, e do art. 40 da Portaria SECEX n. 14, de 17.11.04.

⁴⁸⁴ A única ressalva feita pelo voto, que impediu a total procedência, foi no sentido de que não seriam atingidas as decisões transitadas em julgado que não tivessem sido objeto de ação rescisória.

de cem anos -; b) a dificuldade de seu armazenamento levaria à sua queima, o que liberaria substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tenderiam a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) a desintegração dos pneus para serem depositados em aterros seria procedimento de alto custo; e) os pneus inservíveis e descartados a céu aberto seriam ideais para o criadouro de insetos e outros vetores de transmissão de doenças em razão de seu formato; f) se de um lado o alto índice calorífico dos pneus seria interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto, tornam-se focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos. De outro lado, considerou que: g) o Brasil produziria pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria-prima a impedir a atividade econômica desses empreendimentos.

Essa decisão é representativa da aplicação da máxima proporcionalidade para verificação da constitucionalidade de atos normativos que envolviam conflito entre direitos fundamentais (meio ambiente e saúde) e outros direitos constitucionalmente assegurados (livre iniciativa). Ela demonstra a necessidade de o Poder Judiciário recorrer a dados do caso concreto para fazer essa verificação, afinal, foi só a partir do amplo material juntado pelas partes indicativo das consequências da importação de pneus acima que foi possível justificar a restrição à livre iniciativa para proteção ao meio ambiente.

O julgado também é representativo, ainda que indiretamente, da chancela do Judiciário a uma opção do Poder Executivo na escolha das políticas públicas mais adequadas para a proteção do meio ambiente. Entretanto, nesse caso, essa chancela somente ocorreu após profunda análise dos elementos técnicos invocados pelo arguente.

EMENTA: ARGÜIÇÃO 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 ECOLOGICAMENTE 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. 2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de Países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. 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. 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram. 6. Recurso Extraordinário n. 202.313, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 19.12.1996, e Recurso Extraordinário n. 203.954, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Plenário, DJ 7.2.1997: Portarias emitidas pelo Departamento de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – Decex harmonizadas com o princípio da legalidade; fundamento direto no art. 237 da Constituição da República. 7. Autorização para importação de remoldados provenientes de Estados integrantes do Mercosul limitados ao produto final, pneu, e não às carcaças: determinação do Tribunal ad hoc, à qual teve de se submeter o Brasil em decorrência dos acordos firmados pelo bloco econômico: ausência de tratamento discriminatório nas relações comerciais firmadas pelo Brasil. 8. Demonstração de que: a) os elementos que compõem o pneu, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; f) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria-prima a impedir a atividade econômica. Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil). 9. Decisões judiciais com

trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição. 10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada parcialmente procedente. (ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, DJe-108 DIVULG 01-06-2012 PUBLIC 04-06-2012 EMENT VOL-02654-01 PP-00001 RTJ VOL-00224-01 PP-00011)

10.2.4. Conflito direito entre lei ambiental e princípio ou regra constitucional

a) Crueldade contra animais. Rinhas ou brigas de galo

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República que teve por finalidade questionar a validade jurídico-constitucional da Lei 2.895, de 20 de março de 1998, do Estado do Rio de Janeiro, que regulamentava a briga de galos no Estado.

Entendeu o Tribunal que a lei fluminense violava frontalmente o art. 225, §1º, VII da Constituição, que veda a prática de crueldade contra animais. Ressaltou-se que tanto animais silvestres como domésticos ou domesticados estariam incluídos nessa proteção. Houve discussão sobre a autoaplicabilidade ou não da vedação à crueldade, havendo quem sustentasse (Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli) que haveria necessidade de lei federal tratando do tema. Como existia legislação nesse sentido, a norma estadual não poderia violá-la, havendo, para esses, inconstitucionalidade formal. Por outro lado, os demais Ministros vislumbraram a existência de preceito constitucional autoaplicável, de modo que a norma questionada era materialmente inconstitucional.

Interessante notar nesse julgado que o STF rejeitou a ideia de que situações como as brigas de galo possam ser enquadradas como manifestações culturais e com isso afastou a incidência do dispositivo que veda a crueldade contra os animais. Restou assentado que manifestações culturais que resultem em crueldade deverão ser

repugnadas, fixando-se o entendimento do tribunal quanto ao valor que deveria prevalecer quando diante de conflito dessa natureza.

Ficou também sedimentado o entendimento da Corte sobre a liberdade de conformação do legislador em matéria de crueldade contra animais, tendo-se rejeitado a possibilidade de regulamentação de atividades para mero recreio dos espectadores.

Não obstante o presente caso pudesse também ser enquadrado entre situações que envolvem conflito entre o direito ao meio ambiente e os preceitos constitucionais que protegem as manifestações culturais, parece-nos que a questão aqui era de fato mais singela. O que havia, na verdade, era uma violação *direta* à regra constitucional que veda a crueldade contra animais. A solução poderia ser dada por meio da aplicação das regras tradicionais de interpretação sem necessidade de recurso à ponderação.

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98) - LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA - CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32) - 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 - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII) - DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES - NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA - INCONSTITUCIONALIDADE. - A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que

veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. - A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. - Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitarem todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (“gallus-gallus”). Magistério da doutrina. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. - Não se revela inepta a petição inicial, que, ao impugnar a validade constitucional de lei estadual, (a) indica, de forma adequada, a norma de parâmetro, cuja autoridade teria sido desrespeitada, (b) estabelece, de maneira clara, a relação de antagonismo entre essa legislação de menor positividade jurídica e o texto da Constituição da República, (c) fundamenta, de modo inteligível, as razões consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor e (d) postula, com objetividade, o reconhecimento da procedência do pedido, com a conseqüente declaração de ilegitimidade constitucional da lei questionada em sede de controle normativo abstrato, delimitando, assim, o âmbito material do julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. (ADI 1856, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-02 PP-00275 RTJ VOL-00220- PP-00018 RT v. 101, n. 915, 2012, p. 379-413)

b) Dispensa de EIA/RIMA para determinadas atividades

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República questionando o art. 182, §3º da Constituição do Estado de Santa Catarina que dispensava Estudo Prévio de Impacto Ambiental para áreas florestadas ou objeto de florestamento para fins empresariais. A ação foi julgada procedente sob o argumento de que o Estado teria violado frontalmente o inciso IV do §1º do art. 225,

que exige EIA para toda e qualquer atividade que seja potencialmente causadora de significativo impacto ambiental.

Entendeu-se ainda que apenas norma federal poderia excluir hipóteses de exigência de EIA, pois se trataria de norma geral sobre conservação da natureza e não de normas complementares, estas últimas de atribuição dos Estados. Também não se admitiu a invocação da competência legislativa plena dos Estados para edição de norma dessa natureza pela ausência de peculiaridade local.

Interessante registrar posicionamento sinalizado no voto do Ministro Sepúlveda Pertence no sentido de que o Estado não poderia dispensar o EIA, como fez no caso concreto, mas poderia criar formas ainda mais rígidas de controle.

A decisão em questão demonstra uma propensão do STF em rejeitar qualquer norma estadual que tente afastar, ainda que de forma transversa ou para atividades específicas, a exigência de Estudo de Impacto Ambiental para empreendimentos ou atividades de significativo impacto. Nesses casos, o entendimento é no sentido de que há violação direta a uma regra instituída pela Constituição Federal, bastando para o exercício do controle o recurso às técnicas tradicionais de interpretação constitucional.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 182, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL. CONTRAIEDADE AO ARTIGO 225, § 1º, IV, DA CARTA DA REPÚBLICA. A norma impugnada, ao dispensar a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais, cria exceção incompatível com o disposto no mencionado inciso IV do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo constitucional catarinense sob enfoque. (ADI 1086, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2001, DJ 10-08-2001 PP-00002 EMENT VOL-02038-01 PP-00083)

10.2.5. A abrangência da liberdade de conformação do legislador no detalhamento das *regras* constitucionais ambientais e na estruturação da administração ambiental

a) Atribuição de competência ambiental para órgão que não faz parte do SISNAMA (EIA/RIMA para liberação de Organismos Geneticamente Modificados)

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido dos Trabalhadores em face do art. 2º, XIV, do Decreto Federal 1752/95. Esse estatuto legal regulamentava a então Lei de Biossegurança (Lei 8.974/95). O dispositivo questionado na ação outorgava à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio competência para, se entendesse aplicável, exigir EIA/RIMA para liberação de OGM, dando a entender que a decisão sobre a necessidade ou não desse estudo caberia exclusivamente à Comissão, excluindo a necessidade de decisão dos órgãos do SISNAMA.

Sustentava-se haver violação dos arts. 61, §1º, e, e 225 §1º, IV, da Constituição, uma vez que o decreto teria extrapolado as previsões contidas na referida Lei. O STF não conheceu da ação por entender que apenas excepcionalmente um decreto regulamentador poderia ser impugnado pela via da ação direta, sendo que os requisitos necessários para tanto não estariam presentes no caso concreto. Isso porque, para avaliar a existência ou não de violação, seria necessário analisar previamente a compatibilidade do decreto com a lei por ele regulamentada, razão pela qual, se procedente a arguição, o caso seria de inconstitucionalidade reflexa.

Diante do não conhecimento da ação pelas razões acima, não foi possível colher o posicionamento do tribunal sobre a matéria de fundo, que envolvia a discussão sobre possibilidade de atribuição de análise sobre a necessidade de EIA/RIMA a órgão que não fazia parte do SISNAMA. Entretanto, em outro precedente que será comentado adiante e que versou sobre a criação do ICMBio, essa Corte manifestou uma postura de autocontenção em matéria de organização administrativa do Estado para o exercício de suas competências. Preferiu-se, na ocasião, cancelar a escolha feita pelo Poder Executivo.

EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: descabimento, de regra, para o

controle abstrato da arguição de inconstitucionalidade mediata de atos normativos secundários - em particular, dos decretos regulamentares - por alegada violação de normas infraconstitucionais interpostas, mormente quando controvertida a inteligência destas. II. Meio ambiente e engenharia genética: liberação de OGM (organismos geneticamente modificados): impugnação ao D. 1.752/95, especialmente ao seu art. 2º, XIV, relativo à competência, na matéria, do CTNBio e à possibilidade de o órgão dispensar para exarar parecer a respeito o Estudo de Impacto Ambiental e o consequente RIMA: controvérsia intragovernamental entre o Ministério da Ciência e Tecnologia e o do Meio Ambiente sobre a vinculação ou não do CONAMA ao parecer do CTNBio, em face da legislação formal pertinente (LL 6.938/81 e 8.974/95), que evidencia a hierarquia regulamentar do decreto questionado e o caráter mediato ou reflexo da inconstitucionalidade que se lhe irroga: matéria insusceptível de deslinde na ação direta de inconstitucionalidade (cf. n. I supra), mas adequada a outras vias processuais, a exemplo da ação civil pública.(ADI 2007 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/1999, DJ 24-09-1999 PP-00025 EMENT VOL-01964-01 PP-00089)

b) Alteração da estrutura administrativa voltada à proteção do meio ambiente (criação do ICMBio)

Trata-se Ação Direta de Inconstitucionalidade que questionava a Lei Federal 11.516/07, a qual criou o ICMBio. Argumentou-se a existência de vícios formais na edição (ausência de relevância e urgência) e no processamento (falta de análise de Comissão Mista de Deputados e Senadores) da medida provisória transformada na lei em questão. Além disso, indicou-se inconstitucionalidade material por violação ao art. 225, caput e §1º, *uma vez que a criação do ICMBio teria enfraquecido a proteção ao meio ambiente ao fragmentar a gestão ambiental*. Haveria ainda violação aos princípios da proporcionalidade e eficiência, pois seria desnecessária a instituição de uma nova autarquia para o exercício das competências invocadas, tendo em vista que tal função poderia ser exercida pelo IBAMA.

A ação acabou julgada parcialmente procedente por inconstitucionalidade formal, tendo em vista o desrespeito ao rito de tramitação das medidas provisórias no Congresso Nacional, o que inquinava de morte a lei daí resultante. Entretanto, quanto

ao ponto mais importante para este trabalho, registre-se que o Tribunal consignou não haver inconstitucionalidade material e indicou que não caberia ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto.

Interessante notar nesse precedente um cuidado do STF na revisão de normas que digam respeito à conformação das estruturas de governo necessárias para a garantia do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Optou-se, nessa situação, por uma postura de autocontenção sob o argumento de que não seria o Tribunal o espaço adequado para avaliar a engenharia administrativa necessária para o modelo de gestão ambiental ou para discutir a implementação de políticas públicas. A Corte sequer se arvorou no exame dos argumentos ou informações sobre a eficiência e/ou necessidade da nova estrutura para a proteção do meio ambiente, tendo afastado a possibilidade de análise sem maiores aprofundamentos.

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL Nº 11.516/07. CRIAÇÃO DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 62, CAPUT E § 9º, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO EMISSÃO DE PARECER PELA COMISSÃO MISTA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, CAPUT, E 6º, CAPUT E PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA RESOLUÇÃO Nº 1 DE 2002 DO CONGRESSO NACIONAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA NULIDADE (ART. 27 DA LEI 9.868/99). AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A democracia participativa delineada pela Carta de 1988 se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais, por isso que é de se conjurar uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de “entidade de classe de âmbito nacional” previsto no art. 103, IX, da CRFB. 2. A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como consectário de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do

rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional. 3. In casu, a entidade proponente da ação sub judice possuir ampla gama de associados, distribuídos por todo o território nacional, e que representam a integralidade da categoria interessada, qual seja, a dos servidores públicos federais dos órgãos de proteção ao meio ambiente. 4. As Comissões Mistas e a magnitude das funções das mesmas no processo de conversão de Medidas Provisórias decorrem da necessidade, imposta pela Constituição, de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada, percebendo-se, assim, que o parecer desse colegiado representa, em vez de formalidade desimportante, uma garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legiferante pelo Executivo. 5. O art. 6º da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, que permite a emissão do parecer por meio de Relator nomeado pela Comissão Mista, diretamente ao Plenário da Câmara dos Deputados, é inconstitucional. A Doutrina do tema é assente no sentido de que “O parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias”. Por essa importância, defende-se que qualquer ato para afastar ou frustrar os trabalhos da Comissão (ou mesmo para substituí-los pelo pronunciamento de apenas um parlamentar) padece de inconstitucionalidade. Nessa esteira, são questionáveis dispositivos da Resolução 01/2002-CN, na medida em que permitem a votação da medida provisória sem o parecer da Comissão Mista. (...) A possibilidade de atuação apenas do Relator gerou acomodação no Parlamento e ineficácia da Comissão Mista; tornou-se praxe a manifestação singular: 'No modelo atual, em que há várias Comissões Mistas (uma para cada medida provisória editada), a apreciação ocorre, na prática, diretamente nos Plenários das Casas do Congresso Nacional. Há mais: com o esvaziamento da Comissão Mista, instaura-se um verdadeiro 'império' do relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em Plenário'. Cumpre lembrar que a apreciação pela Comissão é exigência constitucional. Nesses termos, sustenta-se serem inconstitucionais as medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista, sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte. (...) Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir

desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes.” (In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 178-180. V. tb. CASSEB, Paulo Adib. *Processo Legislativo – atuação das comissões permanentes e temporárias*. São Paulo: RT, 2008. p. 285) 6. A atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de Medidas Provisórias em hipóteses excepcionais, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, serve à manutenção da Democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República. Precedentes (ADI 1910 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2004; ADI 1647, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/1998; ADI 2736/DF, rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 8/9/2010; ADI 1753 MC, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/1998). 7. A segurança jurídica, cláusula pétrea constitucional, impõe ao Pretório Excelso valer-se do comando do art. 27 da Lei 9.868/99 para modular os efeitos de sua decisão, evitando que a sanatória de uma situação de inconstitucionalidade propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional. 8. Deveras, a proteção do meio ambiente, direito fundamental de terceira geração previsto no art. 225 da Constituição, restaria desatendida caso pudessem ser questionados os atos administrativos praticados por uma autarquia em funcionamento desde 2007. Na mesma esteira, em homenagem ao art. 5º, caput, da Constituição, seria temerário admitir que todas as Leis que derivaram de conversão de Medida Provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda nº 32 de 2001, devem ser expurgadas com efeitos *ex tunc*. 9. A modulação de efeitos possui variadas modalidades, sendo adequada ao caso sub judice a denominada *pure prospectivity*, técnica de superação da jurisprudência em que “o novo entendimento se aplica exclusivamente para o futuro, e não àquela decisão que originou a superação da antiga tese” (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade. *RePro*, vol. 198, p. 389, ago/2011). 10. Não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a

engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto. Inconstitucionalidade material inexistente. 11. Ação Direta julgada improcedente, declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, postergados os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo. (ADI 4029, Relator(a): Min. LUÍS FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012 RTJ VOL-00223-01 PP-00203)

d) O termo de compromisso para regularização de atividades em desacordo com a Lei 9.605/98

Trata-se de medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Verde em face de dispositivos incluídos por meio de medida provisória que alterava a Lei 9.605/98, a qual versa sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. Os dispositivos em questão autorizavam a assinatura de termo de compromisso entre os órgãos integrantes do SISNAMA e os responsáveis por construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos ou atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidoras, no qual esses se comprometiam a regularizar suas atividades e, como contrapartida, tinham afastas as sanções que lhe poderiam ser impostas pela referida legislação. Sustentou-se que haveria violação ao art. 225, caput, §1º, I, II, III, IV, V, VII e §3º, bem como aos arts. 5º, LIV e XXXIX, 62 e 23, VI e 24, VI.

Entendeu o tribunal por deferir parcialmente a medida cautelar requerida para afastar a possibilidade de incidência da norma para os empreendimentos e atividades novos, ou seja, para aqueles que não existiam antes da entrada em vigor da Lei 9.605/98. Ela seria mantida, porém, para empreendimentos que já existiam no momento de edição desse estatuto, já que nesse caso faria as vezes de uma norma de transição, de

verdadeira ponte entre a realidade anterior e a posterior à sua entrada em vigor. Para os empreendimentos novos, nascidos depois da nova lei, entendeu-se que haveria violação ao art. 225 da Constituição Federal e ao princípio do devido processo legal (que seria o concernente à proporcionalidade e razoabilidade), uma vez que a admissão do termo nesses casos seria passível de utilização para afastar qualquer tipo de infração, mesmo as mais graves, a qualquer tempo.

Essa decisão indica um entendimento restritivo do STF quanto à edição de normas que anistiem, sem uma justificativa consistente e sem prazo determinado, as penalidades daqueles que descumprirem a legislação ambiental existente. Essa vedação à anistia não é total, tanto que o termo e suas consequências foram admitidos para os empreendimentos que já existiam antes da nova lei. O que não se aceitou foi que tal artifício fosse utilizado *ad eternum*. Tal entendimento resulta em alguma restrição à liberdade de conformação do legislador na edição de normas que objetivem a concretização do art. 225, §3º da Constituição Federal, que prevê a sujeição dos responsáveis por condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

EMENTA: - Ação direta em que se argui a inconstitucionalidade da Medida Provisória 1.874-15, de 24.09.2000, e das que a reeditaram e que foram objeto de aditamento. - Preliminarmente, não se conhece da presente ação quanto ao disposto no § 2º do artigo 1º da Medida Provisória em causa, porque encerra ele norma cuja eficácia se exauriu antes da propositura desta ação direta de inconstitucionalidade. - O caráter transitório desse ato normativo com relação aos empreendimentos e atividades já existentes, e que foi editado para o ajustamento deles à Lei 9.605/98, retiram da presente arguição de inconstitucionalidade a força de relevância de sua fundamentação que é necessária para a concessão da liminar. - O mesmo não ocorre com alguns dos fundamentos da arguição de inconstitucionalidade que são relevantes quanto a esse ato normativo no que concerne aos empreendimentos e às atividades novos, e, portanto, não abarcados por esse tratamento de transição. Ação conhecida em parte, e nela deferido em parte o pedido de liminar para, dando-se ao ato normativo atacado - hoje, a Medida Provisória 1949-25, de 26 de junho de 2000 - interpretação conforme à Constituição, suspender-se, "ex nunc" e até o julgamento

final desta ação, a eficácia dela fora dos limites de norma de transição, e, portanto, no tocante à sua aplicação aos empreendimentos e atividades que não existiam anteriormente à entrada em vigor da Lei 9.605/98. (ADI 2083 MC, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2000, DJ 09-02-2001 PP-00018 EMENT VOL-02018-01 PP-00001)

d) Atribuição de competência típica do Poder Executivo ao Poder Legislativo

Trata-se de medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado de Rondônia contra lei estadual que exigia 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. Argumentou-se que haveria violação ao princípio da separação dos poderes, uma vez que houve atribuição de função típica do Executivo ao legislativo, e ao art. 24, IV, da Constituição, que fixa competência da União para legislar sobre normas gerais na matéria em questão.

A ação foi julgada procedente tendo como principal fundamento o fato de que teria havido extrapolação da liberdade de conformação do legislador ao transferir ao Legislativo funções típicas do Executivo. Como registrou em seu voto o Ministro Gilmar Mendes, “(...) as autorizações ambientais são típicas atividades do Poder Executivo e assim são tratadas pela Lei 6.938/81. Desse modo, condicionar a aprovação de licenciamento ambiental à prévia autorização da Assembleia Legislativa implica uma indevida interferência do Poder Legislativo na atuação do Poder Executivo, não autorizada pelo art. 2º da Constituição”.

Interessante notar nesse caso que o STF erigiu como um limite para a liberdade de conformação do legislador em matéria ambiental a transferência de competências típicas do Executivo para o Legislativo.

EMENTA: Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei nº 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. 3. 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 nº 1.505. 4. Compete à União legislar sobre normas gerais em matéria de licenciamento ambiental (art. 24, VI, da Constituição. 5. Medida cautelar deferida. (ADI 3252 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2005, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-01 PP-00105 RTJ VOL-00208-03 PP-00951)

e) Alteração de espaços especialmente protegidos

Trata-se de recurso extraordinário contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte que rejeitou Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual proposta contra Lei Municipal. A lei em questão teria, sem estudo técnico que a amparasse, reduzido área de proteção ambiental, o que violaria o art. 225, §1º, III, da Constituição Federal. O STF negou provimento ao recurso sob o argumento de que inexistiria exigência legal de estudo prévio para edição de leis dessa natureza e de que, em situações como essa, não se estaria diante de um domínio estritamente técnico, havendo espaço para valorações discricionárias pelo legislador.

Entendeu o Tribunal que haveria aspectos no caso que recomendariam uma autocontenção judicial. Destacou-se nesse sentido o caráter altamente técnico e complexo da análise ambiental da área, revelada pelos estudos juntados aos autos, e ponderou-se que esse fato indicaria um déficit da capacidade institucional do Judiciário para decidir adequadamente a questão, sendo mais recomendável cancelar a opção política tomada pelo legislador.

É de se destacar nessa decisão a postura adotada pelo tribunal quando se viu diante do controle de escolhas ambientais técnicas e complexas que admitem opiniões divergentes. Nesse caso, a corte preferiu adotar uma postura de autocontenção admitindo que não seria o campo institucional mais adequado para esse debate, que tenderia a redundar na substituição da discricionariedade do legislador pela discricionariedade judicial.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. LEI MUNICIPAL QUE ALTERA REGIME DE OCUPAÇÃO DO SOLO DE ZONA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. 1. Lei municipal é a via própria para alteração do regime de ocupação do solo. 2. Juízo político que, salvo manifesta irrazoabilidade, não deve ser revisto pelo Poder Judiciário. 3. Agravo regimental conhecido, mas desprovido. (RE 519778 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014)

f) Alteração de espaços especialmente protegidos

Trata-se de medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face do art. 4o e §§ 1o a 7o da Lei 4.771/65 (Código Florestal). Tais dispositivos versam sobre regras para a supressão de vegetação em área de preservação permanente, restringindo as hipóteses cabíveis e impondo requisitos e contrapartidas para que isso possa ser feito. Além disso, sujeita tal supressão à autorização do órgão ambiental competente. Sustentou-se, em síntese, que haveria violação ao art. 225, §1o, III, que exigiriam a edição de lei formal para a supressão pudesse ocorrer nesses casos, uma vez que as áreas de preservação permanente seriam consideradas espaços territoriais especialmente protegidos. Assim, a possibilidade de supressão de vegetação com a simples autorização estatal violaria esse dispositivo.

O Tribunal entendeu que somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente ao espaço protegido estaria sujeito à edição de lei formal. Quando se tratasse da simples autorização para atividades de supressão ou alteração com base no regime existente para o espaço em questão, o que se deveria exigir é que esse regime seja respeitado. Tal autorização poderia se dar pela Administração Pública, desde que não resultasse comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de um regime jurídico próprio.

Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto. O primeiro entendia pela necessidade de lei formal para qualquer alteração em área de preservação permanente; o segundo questionava o fato de o dispositivo inquinado delegar aos órgãos e entidades de caráter administrativo uma discricionariedade excessiva.

Vale registrar interessante ponderação feita pelo Ministro-relator sobre o estado de permanente tensão entre a exigência de desenvolvimento nacional e o meio ambiente e o inevitável uso da ponderação concreta, em cada caso, para superá-lo. Lê-se no voto de Sua Excelência:

Concluo o meu voto: atento à circunstância de que existe um permanente estado de tensão entre o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 3o, II), de um lado, e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF. art. 225), de outro, torna-se essencial reconhecer que a superação desse antagonismo, que opõe valores constitucionais relevantes dependerá de ponderação concreta, em cada caso ocorrente, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, em ordem a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo, para efeito da obtenção de um mais justo e perfeito equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável (...) Isso significa, portanto, Senhor Presidente, que a superação dos antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais há de resultar da utilização de critérios que permitam, ao Poder Público (e, portanto, aos magistrados e Tribunais), ponderar e avaliar, “hit et nunc”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto – tal como adverte o magistério da doutrina na delicadíssima questão pertinente ao tema da colisão de direitos -, a utilização do método de ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua importância, a preservação do meio ambiente.

O julgado sinalizou o entendimento do Tribunal sobre o conceito de espaços territoriais especialmente protegidos, entendendo-se que ele iria além das unidades de conservação, abrangendo também áreas de preservação permanente. Também indicou o alcance a ser dado pela exigência constitucional de lei formal para sua alteração ou supressão desses espaços, ficando claro que apenas a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal.

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 INTERGENERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELAS 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 - CONSEQÜENTE 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 ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. 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. O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS

ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). (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)

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo identificar parâmetros e técnicas adequados para nortear o exercício de controle de constitucionalidade formal e material de leis ambientais. Pretendemos com isso contribuir com a *harmonização* entre a discricionariedade do Poder Legislativo para a conformação das leis ambientais e a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, que deve ser assegurada pelo Poder Judiciário por meio de verificação da compatibilidade entre o produto do trabalho do legislador e as determinações previstas na Constituição Federal que consagram o consagram.

Antes de tratar desses critérios e técnicas, desenvolvemos algumas ideias necessárias para lhes dar sustentação. Nesse sentido, identificamos primeiramente os fundamentos constitucionais da *discricionariedade legislativa*, demonstrando ser ela uma decorrência do princípio da separação dos poderes, consagrado como cláusula pétrea pela Constituição Federal. Por isso, sua violação representa ofensa constitucional grave e não pode ser tolerada. Ressalvamos, porém, que, com esteio no mesmo princípio, a própria Carta Magna prevê a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário como mecanismo de garantia para que o exercício dessa liberdade de conformação legislativa não ofenda dispositivos constitucionais.

Delimitamos em seguida o que entendemos por leis ambientais, sustentando que essas nada mais são do que atos portadores de enunciados dos quais é possível extrair normas que disciplinam o comportamento humano que possa afetar, direta ou indiretamente, o meio ambiente. Tais normas têm por objetivo garantir a qualidade dos bens naturais, artificiais e culturais e suas interações, que em conjunto asseguram não só qualidade de vida mas a própria existência humana.

Posteriormente, apontamos que a competência para a elaboração dessas leis está distribuída na Constituição Federal entre todos os entes federativos. A União, os

Estados e o Distrito Federal devem legislar concorrentemente sobre a maior parte das matérias, cabendo à primeira a elaboração de normas gerais e aos demais a suplementação dessas. O Município, por sua vez, também pode legislar, seja para complementar as leis federais e estaduais, seja para editar normas de interesse local. Há também matérias cuja competência é privativa da União. Essa distribuição de competências limita a atuação do Poder Legislativo nos diferentes entes federativos, que devem se ater ao espaço que lhes foi constitucionalmente reservado.

Buscamos, também, abordar de forma geral o funcionamento do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil e a discussão sobre legitimidade desse mecanismo. Demonstramos a amplitude com que ele foi incorporado no ordenamento nacional, que hoje ostenta um sistema híbrido e admite tanto o controle difuso como concentrado para questões formais ou materiais, e sua aplicação em matéria ambiental vem sendo corriqueira, havendo inúmeros precedentes tanto no Supremo Tribunal Federal como nos demais tribunais. Tratamos também dos debates e dos questionamentos sobre a legitimidade que sempre acompanharam esse instituto e que tem em seu caráter *contramajoritário* a crítica mais recorrente. Essas discussões se revigoraram no Brasil nos últimos tempos em razão do especial papel que vem sendo desempenhado pelo Poder Judiciário na solução de questões nacionais relevantes.

Considerando os critérios para identificação das leis ambientais e a distribuição de competência realizada pela Constituição, à qual fizemos referência acima, buscamos identificar os espaços para o exercício da atividade legiferante de cada ente da federação em matéria ambiental, *os quais devem servir de parâmetro para o controle da constitucionalidade formal das leis*. Nesse sentido, esposamos o entendimento de que o elemento definitivo dos contornos de atuação da União no exercício da competência ambiental concorrente é a necessidade de *uniformização normativa*, seja para resguardar valores constitucionais relacionados à segurança jurídica e ao equilíbrio federativo, seja pela inexistência de situações de fato peculiares em nível estadual que justifiquem a regulação jurídica diversificada, ainda que, para tanto, tenha que regular *minuciosamente* as condutas relacionadas a um assunto ou fixar patamares mínimos ou máximos de proteção ao meio ambiente. Segundo tal compreensão, não fica esse ente federativo adstrito à fixação de princípios ou diretrizes, como sustentam alguns autores.

Assinalamos ainda que, no campo da competência concorrente, ao Estado é reservado o direito de legislar em duas frentes: para suplementar as normas gerais editadas pela União e para fixar tais normas caso esse ente federativo não cumpra essa tarefa. No exercício da suplementação, o Estado não pode contrariar a legislação federal, razão pela qual lhe é vedado, como regra, a fixação de padrões menos protetivos do que aqueles previstos na legislação federal. Padrões mais protetivos, podem, em tese, ser fixados, mas apenas se não contrariarem os objetivos de uniformização que tenham norteado a criação das normas gerais. Ladeamos o entendimento de que esta interdição à edição de norma mais protetiva pode ser tanto expressa como implícita. Por outro lado, no exercício da competência para suprir a ausência de normas gerais, o Estado pode atuar mais livremente, devendo apenas cuidar para que a norma editada não alcance outros entes federativos. Contudo, a superveniência de uma lei federal que fixe normas gerais suspenderá a eficácia dos dispositivos da lei estadual que versem sobre normas dessa natureza.

Acompanhamos os autores que entendem ser absolutamente inaplicável, por falta de amparo constitucional, a máxima *in dubio pro natura* ou o critério da prevalência da lei ambiental mais restritiva em caso de aparente conflito entre as normas gerais editadas pela União e leis editadas pelo Estado no exercício da competência concorrente. O mesmo vale para o conflito entre leis estaduais e municipais ou entre estas e as normas estipuladas pela União. Além de ter sido expressamente rejeitado pela Assembleia Nacional Constituinte, o uso desses critérios afasta as regras de distribuição de competência erigidas pela Carta Magna e pode ter como efeito colateral a violação a outros direitos fundamentais. Logo, independentemente da complexidade do conflito, sua solução não deve ser buscada na aplicação desses parâmetros.

A competência da União também abarca o poder-dever de legislar privativamente sobre algumas matérias, sejam elas ambientais ou não. Em determinadas situações, esses temas se situam em uma zona de interseção com outros assuntos para as quais o constituinte atribuiu à própria União e aos Estados o poder para legislar concorrentemente. Nessas hipóteses, caso haja conflito entre lei federal e estadual, deve-se aplicar os critérios da *especialidade* ou do *objeto específico* para definir a

norma prevalente. O uso de um ou de outro dependerá das matérias envolvidas no conflito. Caso se trate de normas que possuam relação do tipo gênero/espécie, como se dá entre recursos naturais (competência concorrente) e água (competência privativa), deve-se aplicar o critério da especialidade, prevalecendo a competência especial; caso contrário, é o objeto específico da lei o parâmetro a ser utilizado, definindo-se a regra de competência a partir da matéria que a lei efetivamente pretendia regular e não de outras que atingir acidentalmente.

Ao Município cabe a competência para suplementar as legislações federal e estadual em matéria ambiental, assim como para legislar sobre assuntos de interesse local. No primeiro caso, fica o ente municipal proibido de contrariar as normas erigidas pelos demais membros da federação, podendo fixar patamares maiores de proteção ambiental, desde que isso não frustre os legítimos objetivos de uniformização que levaram à edição das leis federais ou estaduais que pretende suplementar. É preciso, igualmente, que exista interesse local na regulação a ser editada. No exercício de sua segunda competência (legislar sobre interesse local), deve o Município se limitar a legislar sobre questões em que o interesse seja *preponderantemente* local, ainda que não exclusivamente, e que respeitem o critério da *imediatez*, ou seja, que os efeitos da lei se exauram no território do município.

Do ponto de vista material, as leis editadas em respeito aos critérios de distribuição de competência acima abordados devem observar as normas constitucionais materiais que versam sobre o meio ambiente. Verificamos que o direito ao meio ambiente equilibrado não só foi expressamente reconhecido pela Constituição Federal de 1988 como o foi com status de direito fundamental, com dimensão objetiva e subjetiva. Assim, sua aplicação deve ser imediata, vinculando tanto o Legislativo na edição de leis como o Judiciário na análise de sua constitucionalidade. Seus contornos estão indicados especialmente no art. 225. Dos enunciados normativos de que se valeu o constituinte para consagrá-lo nesse dispositivo, é possível extrair tanto normas com estrutura de princípio como com estrutura de regra. O espaço de conformação reservado para o legislador em cada um desses casos varia, tendendo a ser maior no caso dos princípios e menor em se tratando de regras, mas há significativas diferenças entre as próprias regras. Isso porque ora a Constituição praticamente exauriu a matéria abordada, ora indicou apenas alguns parâmetros a serem seguidos.

A partir da natureza e do conteúdo das normas extraídas dos enunciados que consagram o meio ambiente ecologicamente equilibrado, buscamos identificar critérios e técnicas aptos a nortear o controle material das normas ambientais. Nesse esforço, primeiramente localizamos e analisamos parâmetros gerais que vêm sendo apontados pela doutrina como indicativos da *intensidade* que a intervenção do Judiciário deve ter em determinadas situações envolvendo o exame de constitucionalidade. É o caso da comparação da capacidade institucional, dos riscos de efeitos sistêmicos, do grau de legitimidade democrática do processo de elaboração do ato normativo questionado, da proteção dos pressupostos necessários ao funcionamento da democracia, da época do ato normativo, da inconsistência temporal e do caráter acentuadamente político do controle concentrado. Evidenciamos que esses parâmetros têm plena aplicação no controle das leis ambientais e devem nortear a atividade do Poder Judiciário.

Demonstramos em seguida que as principais questões envolvidas no controle de constitucionalidade material de leis ambientais podem ser categorizados da seguinte forma: i) leis que envolvem conflito entre regras constitucionais relativas à proteção do meio ambiente e princípios constitucionais; ii) leis que envolvem conflitos entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e outros direitos fundamentais; iii) leis que envolvem conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e outros princípios constitucionais; iv) e conflito direto entre lei ambiental e princípio ou regra constitucional. Além disso, associado a essas questões, abordamos a aplicabilidade do princípio da vedação ao retrocesso ecológico como parâmetro para esse controle.

No primeiro caso, estribados na doutrina levantada, argumentamos que se deve ter como parâmetro decisório *a prevalência das regras sobre os princípios*. Primeiro, porque elas desempenham no ordenamento um papel de previsibilidade e estabilidade que os princípios dificilmente conseguiriam cumprir. Segundo, porque diferentemente dos princípios, as regras identificam de maneira clara as condutas necessárias para realizá-las independentemente de novas decisões de natureza valorativa ou ideológica. Assim, a não realização das regras envolve sua violação. Terceiro, porque as regras

representam, normalmente, os consensos mínimos alcançados pela Constituição, ao passo que os princípios delineiam campos de atuação possíveis.

No segundo, novamente com suporte dos autores que se debruçaram sobre o tema, advogamos como critério a *impossibilidade de identificação prima facie do direito ao meio ambiente como prevalente e a necessidade de aplicação da regra da proporcionalidade*. Assim, ao se ver diante da avaliação de uma lei que envolva o conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente e outro direito fundamental qualquer, deve o intérprete, por meio da regra da proporcionalidade, avaliar se há compatibilidade com a Constituição. Antes da aplicação dessa regra, não é possível definir em abstrato o direito que irá prevalecer. Como inexistente *hierarquia* absoluta entre os direitos fundamentais, por maior que seja a importância atribuída ao aplicador a um deles, esse deverá suportar o ônus argumentativo de justificar sua prevalência no caso concreto.

No terceiro, indicamos que há dois critérios possíveis: a assunção de uma posição de prevalência *prima facie* dos direitos fundamentais sobre outros princípios constitucionais ou a aplicação do mesmo critério invocado quando tratamos do conflito entre direitos fundamentais. Entendemos que a segunda opção é a mais adequada, tendo em vista a maior parte da doutrina inadmite hierarquia entre preceitos constitucionais.

No quarto, abraçamos a posição de que o conflito será resolvido por meio da aplicação das técnicas tradicionais de interpretação, em especial os métodos gramatical, sistemático e teleológico, não havendo necessidade de recurso à regra da proporcionalidade. Entretanto, como em qualquer decisão judicial, o intérprete deve valer-se de argumentação adequada para justificar a posição tomada e respeitar a liberdade de conformação assegurada pela Carta Magna. Além disso, pontuamos que é preciso ter especial atenção para duas questões. A primeira é o espaço reservado ao legislador a partir do preceito constitucional supostamente violado, uma vez que, como visto, essa margem varia tanto entre princípios e regras como entre as próprias regras. A segunda é o grau de influência de escolhas técnico-científicas na edição de normas ambientais. Isso porque, dada a complexidade do meio ambiente, não são poucas as matérias em que inclusive não há consenso. Nesses casos, é de todo

recomendável que o Poder Judiciário adote uma postura de maior autocontenção no exercício do controle.

No que concerne ao chamado princípio da vedação ao retrocesso ecológico, ainda que se entenda que ele tem fundamento constitucional, o que não é consenso, aderimos à opinião dos autores que enxergam nele pouca utilidade como parâmetro para solução de questões envolvendo o controle de constitucionalidade de leis ambientais. Primeiro, porque seu alcance possível deve se restringir às situações em que tenha havido *supressão legislativa* e não mera alteração. Segundo, porque, em razão do extenso rol de direitos previsto na Carta de 1988, o recurso a esse princípio parece um esforço desnecessário, diferentemente do que ocorria na Alemanha, país em que foi forjado. Terceiro, porque o princípio em si não reduz o ônus argumentativo de quem o invoque para sustentar a invalidade de uma lei, na medida em que se deve demonstrar a presença dos pressupostos para sua aplicação, quais sejam: i) não engessamento excessivo do Poder Legislativo; ii) existência de arbitrariedade na restrição promovida e iii) expansão da própria norma constitucional.

A partir de tudo o que analisamos, concluímos, com a doutrina, que o exercício do controle de constitucionalidade das leis ambientais é um mecanismo inegavelmente legítimo e fundamental para proteger e fomentar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Entretanto, isso não justifica uma atuação sem limites. Não se pode admitir que, a pretexto de proteger o meio ambiente, o Poder Judiciário restrinja ou limite aleatoriamente a liberdade de conformação do legislador, que também tem amparo constitucional. Assim, para assegurar a legitimidade dessa atuação e assegurar a harmonia entre o espaço político reservado ao legislador e a efetivação desse direito, é preciso identificar, lapidar e respeitar critérios claros e juridicamente fundamentados para nortear a atividade de controle, afastando-se arroubos voluntaristas. A indicação e a sistematização dos critérios aqui realizadas têm a pretensão de ser um passo, ainda que tímido, nesse sentido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Verbatin, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALVES JUNIOR, Luiz Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

AMADO, Frederico. *Direito Ambiental Esquemático*. 5. ed. São Paulo: Método, 2014.

ANDRADE, José Carlos Viera de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Vale o mais restrito?* Disponível em: <http://www.oeco.com.br/paulo-bessa/16877-oeco_13503>. Acesso em: 10 jan. 2015.

_____. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. Segurança Jurídica e Modulação dos efeitos temporais dessas decisões judiciais*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf> Acesso em: 30 jul. 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao Ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental o na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BINSFELD, Pedro Canisio (org.). *Fundamentos técnicos e o sistema nacional de biossegurança em biotecnologia*. Rio de Janeiro: Editora Interciência, 2015.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. UnB: Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v.2. 13. ed. Brasília: Editora Unb, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Ciência Política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.) *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coord.) *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. 5. ed. *O Poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Licenciamento ambiental: propostas para aperfeiçoamento*. Brasília: CNI, 2014. Disponível em: <http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_24/2014/07/22/468/V24_Licenciamentoambiental_web.pdf> . Acesso em: 30 jun. 2015.

COTINENTINO, Marcelo Casseb. *Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>> . Acesso em: 15 jan. 2015.

CUNHA JUNIOR, Dirley *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32. ed. 2013. São Paulo: Saraiva, 2013.

DANTAS, Marcelo Buzzaglo. *Direito ambiental de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2015.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL. Disponível em: <<http://www.dnpm-pe.gov.br/Geologia/Mineracao.php>> Acesso em: 30 set. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito*. 23. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

_____. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIAS, Talden. *Competência legislativa em matéria ambiental*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26435-26437-1-PB.pdf>> . Acesso em: 20 de mai. 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão dominação*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Normas gerais e competência concorrente. *Revista da Faculdade de Direito da Usp*. São Paulo, v. 90, 1995.

FERRAZ, Sérgio. Direito Ecológico: perspectivas e sugestões, *Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, 2/44, 1972, n.4.

FERREIRA, Amauri Martins. *Poder constituinte, federalismo e controle da constitucionalidade de lei e ato normativo federal ou estadual*. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_73/Amauri_Ferreira.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2015.

FIGUEIRÓ, Fabiana da Silva; COLAU, Suzane Girondi. Competência legislativa ambiental e aplicação da norma mais restritiva como Forma de resolução de conflitos: uma análise crítica. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.11, n.21, p.255-280.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Felipe Lima; TALEIRES, Janaina Sena. *A liberdade de conformação do legislador no âmbito dos direitos fundamentais*. In: Alexandre Walmott Borges; Ilton Norberto R. Filho; Marco Aurélio Marrafon. (Coord.). *Teoria e história do direito constitucional*. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

GRANDE DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA BETA. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>>. Acesso em: 9 abr. 2015.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

GUAPYASSU, Maísa dos Santos; HARDT, Leticia Peret Antunes. Avaliação de Fragilidade Ambiental: Uma Nova Abordagem Metodológica para Unidades de Conservação de Uso Indireto em Áreas Urbanas. IN: *Floresta e Ambiente*, vol.5, jan./dez. UFRRJ. 1998.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998.

HOUAISS, Antônio. Grande dicionário Houaiss da língua portuguesa beta. Disponível em: < <http://houaiss.uol.com.br> >. Acesso em: 1 de ago. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: < http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/cartografia/default_territ_area.shtm >. Acesso em: 15 ago. 2015.

JUNIOR ALVES, Luiz Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

KRELL, Andreas Joachim. *Subsídios para uma interpretação moderna da autonomia municipal na área da proteção ambiental*. Disponível em: < <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/232.htm> >. Acesso em: 1 ago. 2015.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEITE, José Rubens Morato (Coord.). *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, Marcelo. *Os alimentos transgênicos*. São Paulo: Publifolha, 2000.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Competências federativas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MADEIRO, Carlos. "*Não existe aquecimento global*", diz representante da OMM na América do S. l. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2009/12/11/nao-existe-aquecimento-global-diz-representante-da-omm-na-america-do-sul.htm>> . Acesso em: 11 dez. 2009.

MARCONDES, DAL. *Código Florestal parece novela mal escrita*. Disponível em:< <http://www.cartacapital.com.br/carta-verde/codigo-florestal-parece-novela-mal-escrita/>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

MARSHALL, C.J., *Opinion of the Court. McCulloch v. Maryland*. CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0017_0316_ZO.html> Acesso em: 10 jan. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Malheiros: São Paulo, 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. Malheiros: São Paulo, 2012.

_____. *O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro*. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/07/artigo-bandeira-mello.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Controle de constitucionalidade na Alemanha(A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme à Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional alemã). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 193, p. 13-32, jul./set. 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: gestão ambiental em foco*. Doutrina. Jurisprudência. Glossário 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense 1977.

_____. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação de normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*. v.25, no 200.p.127-162, out./dez. de 1988.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Constituição Federal Comentada*. 3. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Antônio Francisco Gomes de. *Reflexões sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Ordenamento Jurídico Brasileiro: Contorno Teórico e Aplicabilidade Prática*, Revista Jurídica Luso Brasileira, Coimbra, ano 1, n.2, p.81-145, 2015.

PERELMAN, Chaim. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Martins Fontes: São Paulo, 1999.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REBELO, Aldo. *O MP e o Código Florestal*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,o-mp-e-o-codigo-florestal,1018654,0.htm>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

REZENDE, Renato Monteiro. *Normas gerais revisitadas: a competência legislativa em matéria ambiental*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/243215/TD121-RenatoMonteiroRezende.pdf?sequence=1>> . Acesso em: 30 jun. 2015.

RIBEIRO, Júlio de Melo. *Controle de constitucionalidade das leis e decisões interpretativas*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242920/000926873.pdf?sequence=3>. Acesso em: 1 ago. 2015.

RUSSEL, Bertrand. *O poder: uma análise social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957.

SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação dos poderes*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SARAIVA NETO, Pery. *A prova na jurisdição ambiental*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; Fensterseifer, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Princípios do direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SCAFF, Fernando Facuri. *Contribuições de intervenção e Direitos Humanos de segunda dimensão*. Disponível em: < <http://www.idtl.com.br/artigos/121.pdf>> . Acesso em: 1 ago. 2015.

SECONDAT, Charles de (Barão de Montesquieu). *The spirit of laws*. Kitchner: Batoche Books, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2011.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Comentário contextual à constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 728(2002): 23-50.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____(org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1* (2003): 607-630, p. 29.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela Constitucional do Meio Ambiente*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TOLEDO, Susana Barros. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília-DF: Brasília jurídica. 1996.

THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Maromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.