

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Marcelo Tobias da Silva Azevedo

**CONFLITOS FEDERATIVOS AMBIENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Belo Horizonte

2019

Marcelo Tobias da Silva Azevedo

**CONFLITOS FEDERATIVOS AMBIENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Giovani Clark

Área de Concentração: Direito Público

Linha de Pesquisa: Estado, Constituição e Sociedade no Paradigma do Estado Democrático de Direito.

Belo Horizonte

2019

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

A994c Azevedo, Marcelo Tobias da Silva
Conflitos federativos ambientais no Estado democrático de direito /
Marcelo Tobias da Silva Azevedo. Belo Horizonte, 2019.
159 f.

Orientador: Giovani Clark
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direito ambiental - Legislação - Brasil. 2. Federalismo. 3. Desenvolvimento sustentável. 4. Estado democrático de direito. 5. Sustentabilidade e meio ambiente. I. Clark, Giovani. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título. SIB PUC MINAS

CDU: 351.777.6

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito - CRB 6/2999

Marcelo Tobias da Silva Azevedo

**CONFLITOS FEDERATIVOS AMBIENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Público

Prof. Dr. Giovani Clark (Orientador)

Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Leonardo Alves de Correa – UFJF (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 05 de fevereiro de 2019

*A Taciana e Waltinho
pela compreensão
das noites ausentes.*

AGRADECIMENTOS

*Ao orientador, Giovani Clark, pela inspiração e atenção,
que tornou possível a realização do trabalho.*

*Aos professores do Programa de Pós-graduação da Puc
Minas, pela apresentação de um novo mundo.*

*Aos parceiros de escritório que contribuíram com os
livros e com as discussões.*

RESUMO

O objetivo deste trabalho, apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, é o estudo das múltiplas formas de conflitos federativos no âmbito da proteção ambiental pautada por um modelo de desenvolvimento sustentável executada normativa e materialmente pelos entes federados, nas diversas modalidades de competências definidas no federalismo cooperativo brasileiro. Nesse sentido, a questão-problema deste trabalho é: como resolver os conflitos federativos de forma a permitir a máxima eficácia no cumprimento da ideologia constitucionalmente adotada de promoção do desenvolvimento sustentável? Traçamos como hipóteses iniciais as seguintes premissas: (a) os conflitos federativos devem ser resolvidos de acordo com o modelo de Estado federal adotado pela Constituição da República de 1988; (b) a partir da fixação das regras de resolução de conflitos legislativos e materiais, União, Estados e Municípios devem atuar na sua esfera de competência para promoção do modelo de desenvolvimento sustentável adequado aos desafios de cada ente para superar desigualdades sociais com a manutenção do equilíbrio ecológico imposto pela Constituição. Para fins metodológicos, optamos por dividir o trabalho em três partes. Na primeira parte, dedicamos à revisão bibliográfica das principais teorias que fundamentam o Estado Federal e o Estado Federal brasileiro. Na segunda parte, nos dedicamos ao estudo sobre a incorporação dos fundamentos de proteção ambiental nas premissas basilares do Estado Democrático de Direito, com base na teoria de José Gomes Canotilho, e ao papel do Estado como regulamentador, indutor e fiscalizador da proteção ambiental para garantir o direito ao desenvolvimento sustentável, com especial fundamento na teoria de Washington Albino Peluso de Souza. Em terceira parte, nos dedicamos às análises dos possíveis conflitos federativos decorrentes da atuação ou omissão do Estado na proteção ambiental, bem como nas teses de superação dos conflitos e suas aplicações pelo Supremo Tribunal Federal (STF), árbitro do federalismo brasileiro. As conclusões indicadas neste trabalho baseiam-se especialmente nas obras de Hans Kelsen e Karl Loewenstein. A dissertação encontra aderência à linha de pesquisa do programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, uma vez que se pauta pelo estudo do Estado Democrático de Direito e em indicar soluções para fortalecimento de institutos jurídicos para a promoção da pacificação social, do desenvolvimento e da justiça.

Palavras-chave: Federalismo. Desenvolvimento Sustentável. Estado Democrático de Direito. Direito Ambiental. Conflitos Federativos.

ABSTRACT

The aim of this work, presented as a partial requirement to obtain a Master's in Law degree, by the Pontifical Catholic University of Minas Gerais, is the study of the multiple forms of federation conflicts in the ambit normative and materially of environmental protection based on a sustainable development model by the federated entities, in the various modalities of competencies defined in the Brazilian cooperative federalism. Thus, the problem question of this work is: how to solve the federal conflicts in order to allow maximum effectiveness in fulfilling the constitutionally adopted ideology of promoting sustainable development? We draw as initial hypotheses the following premises: (a) federal conflicts must be resolved according to the federal state model adopted by the 1988 Constitution; (b) as from the establishment of the rules for resolving conflicts of laws and materials, the Union, States and Municipalities should act within their sphere of competence to promote the sustainable development model adequate to the challenges of each entity to overcome social inequalities with the maintenance of the ecological balance imposed by the Constitution. For methodological purposes, we chose to divide the work into three parts. In the first part, we dedicated to the bibliographical revision of the main theories that base the Federal State and the Brazilian Federal State. In the second part, we study the incorporation of the fundamentals of environmental protection into the basic premises of the Democratic State of Law, based on the theory of José Gomes Canotilho, and the role of the State as regulator, inducer and inspector of environmental protection to ensure the right to sustainable development, with particular reference to Washington Albino Peluso de Souza's theory. In the third part, we focus on the analysis of possible federal conflicts arising from the State's action or omission in environmental protection, as well as on the theses of overcoming conflicts and their applications by the Brazilian Supreme Court (STF). The conclusions indicated in this work are based especially on the works of Hans Kelsen and Karl Loewenstein. The dissertation finds adherence to the research line of the Postgraduate Program in Law of the Pontifical Catholic University of Minas Gerais, since it is based on the study of the Democratic State of Law and to indicate solutions for strengthening legal institutes for the promotion of pacification social, development and justice.

Keywords: Federalism. Sustainable Development. Democratic State of Law. Environmental Law. Federal conflicts.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 A FORMAÇÃO DO ESTADO FEDERAL E SUAS TRANSFORMAÇÕES AO LONGO DO SÉCULO XX	21
2.1 A experiência americana e o modelo de federalismo exportado para o mundo	24
<i>2.1.1. A teoria do Estado federal construída pelo “Federalists Papers”: o fundamento político-jurídico do Estado Federal americano com fundamento na cosoberania</i>	<i>26</i>
<i>2.1.2. A visão do Estado Federal americano por Alexis de Tocquerville e a existência da dupla soberania</i>	<i>29</i>
<i>2.1.3. O sistema jurídico americano por Bernard Schwartz e o fim do federalismo dual americano</i>	<i>32</i>
2.2 Novas formatações do Estado Federal: o federalismo de equilíbrio e cooperativo alemão	36
<i>2.2.1 O Estado Federal alemão na Lei Fundamental de 1949 (Lei Fundamental de Bonn)</i>	<i>38</i>
3 TEORIAS DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIFICAÇÃO DOS ESTADOS FEDERAIS	43
3.1 A Teoria da dupla soberania dos federalistas e Alexis de Tocquerville	43
3.2 A união dos Estados para formação do Estado Federal soberano de Georg Jellinek	45
3.3 O âmbito da cooperação federativa proposta por Karl Loewenstein	48
3.4 A Teoria da descentralização do Estado (ordem jurídica) de Hans Kelsen	50
4 A FORMAÇÃO DA EXPERIÊNCIA FEDERAL BRASILEIRA	55
4.1. A elevação do Município a ente federado e o federalismo assimétrico brasileiro	58
4.2. A formação do Supremo Tribunal Federal, árbitro da federação brasileira	61
4.3. As regras de competência na Constituição da República de 1988	64
5 CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS E ELEMENTOS DO ESTADO FEDERAL	67
5.1 A característica primária de distinção do Estado Federal: soberania e autonomia	68
5.2 Características secundárias da federação	69
<i>5.2.1 Repartição de competências</i>	<i>69</i>
<i>5.2.2 A participação dos Estados-membros na tomada de decisão do Estado Federal</i>	<i>70</i>
<i>5.2.3 A igualdade entre os Estados-membros</i>	<i>72</i>
5.3 Elementos essenciais do Estado Federal	72

5.3.1 A Constituição Federal	73
5.3.2 Supremo Tribunal como árbitro da Federação	75
5.4 Conceito de Estado Federal a partir de suas características essenciais	77
6 DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO AMBIENTAL	79
6.1 Estado constitucional: Estado Democrático de Direito	79
6.1 Estado Democrático de Direito Ambiental	80
6.2 O Estado de Direito Ambiental na Constituição de 1988	83
6.2.1 O desenvolvimento sustentável enquanto princípio jurídico constitucional	85
7 DIREITO ECONÔMICO AMBIENTAL	87
7.1 Direito ao desenvolvimento	90
7.1.1 Discussão em torno do conceito de desenvolvimento	91
7.2. A vertente sustentável do desenvolvimento	95
7.2.3 A proposta de Ignacy Sachs de desenvolvimento sustentável	98
7.3 O Desenvolvimento Sustentável como Direito ao Desenvolvimento Sustentável	100
7.4 Papel normativo do Estado (ordem jurídica) para promoção do direito ao desenvolvimento sustentável	101
8 CONFLITOS FEDERATIVOS AMBIENTAIS	103
8.1 Conflitos legislativos: temas ambientais na órbita da competência privativa e atuação conjunta no âmbito da competência concorrente	104
8.1.1 Competência privativa da União na repartição competência legislativa	104
8.1.2 Conflitos federativos ambientais decorrentes da competência privativa da União e sua resolução pela Jurisdição Constitucional	107
8.1.3 Competências legislativas concorrentes em matéria de proteção ambiental	115
8.1.4 Natureza jurídicas das normas de caráter geral	117
8.1.5 Conflitos federativos ambientais na órbita da competência concorrente e técnicas de resolução pelo STF	122
8.1.6 A competência legislativa do Município na federação brasileira	127
8.2 Conflitos administrativos no âmbito da competência executiva comum	130
8.2.1 Repartição de competência comum: potenciais de conflitos e possíveis soluções teóricas	131
8.2.2 Modalidades de atuação administrativa: poderes da Administração Pública no âmbito da proteção ambiental	134
8.2.3 Regras de organização da competência comum: a Lei Complementar nº 140/2011 na esfera ambiental	137

<i>8.2.4. O princípio da subsidiariedade na solução dos conflitos entre ações administrativas</i>	<i>140</i>
9 CONCLUSÃO	143
REFERÊNCIAS	151

1 INTRODUÇÃO

O Brasil adotou a forma de Estado Federal na Proclamação da República de 1889, inspirado, em especial, nos Estados Unidos da América (EUA) e pelas teorias positivistas, que permeavam as ideias dos principais líderes do novo regime.

É de razoável consenso teórico que o modelo de organização do Estado Federal se originou nos EUA, a partir da Constituição de 1787. Apesar de não descrever a palavra federação, a Constituição americana impôs a instituição de um Governo central, que congregasse as antigas treze colônias. As suas competências seriam enumeradas e voltadas especialmente para a proteção do território e da regulação do comércio interno e com nações estrangeiras.

No processo revolucionário americano, optou-se inicialmente pela confederação e, posteriormente, com a diminuição ou eliminação da soberania das antigas colônias, adotou-se o modelo federal. O Estado federal instituído nos Estados Unidos, em 1787, veio a reboque da formação do Estado Moderno. A formação dos Estados Modernos é resultado de complexo fenômeno social, que tem na sua base o processo constitucionalista de defesa de valores liberais, com forte apelo na soberania popular. Quando da formação dos Estados Modernos, os processos revolucionários colocavam a soberania popular como a nova fonte de poder, que não mais emergia da divindade dos reis.

Os fundamentos iniciais para a transformação da confederação em Estado Federal nos EUA foram minuciosamente descritos pelos federalistas Hamilton, Madison e Jay. Em sua concepção original, os federalistas não queriam encerrar a soberania dos Estados independentes formados pelas antigas colônias. Na base de suas justificativas estavam a fraqueza da confederação e os riscos que a nação estava submetida, especialmente de novos conflitos com nações estrangeiras e a fraqueza comercial. Os argumentos deduzidos pelos federalistas foram no sentido de alienar parte da soberania dos Estados-membros em prol do benefício comum.

Durante pouquíssimo tempo, entretanto, a fórmula cosoberania se manteve efetiva. Coube à Suprema Corte dos Estados Unidos da América (*SCOTUS*) ampliar as áreas de influência do Governo central. A ampliação dos poderes da União decorreu, em especial, da Teoria dos poderes implícitos, descrita em *McCulloch v. Maryland*, em 1819. A teoria federalista predominante hoje ressalva a inexistência de soberania dos Estados membros, bem como apresenta novos métodos de repartição de competência entre os entes federados.

As novas formas de se organizar o Estado Federal aumentaram, em especial, após a Segunda Guerra Mundial e a necessidade da reconstrução constitucional dos Estados, como a Alemanha.

A adoção da forma federal no Brasil, entretanto, decorreu de fundamentos diversos quando comparado com a experiência americana. Desde a independência, em 1822, até a proclamação da República, em 1889, o Brasil vivia a forma de Estado Unitário, inspirado nos modelos francês e português. Veio a adotar a forma federal mais pela necessidade do novo regime republicano se opor ao Estado Unitário da monarquia do que, ressalvada algumas exceções, pela força política dos governos regionais. A formação da federação brasileira ocorreu, portanto, a partir da desagregação de competências do Governo central.

Incrustadas de períodos autoritários e com maior centralização do poder do Governo central, o Brasil manteve, sob o aspecto formal, durante todo o período republicano, a federação. Por sua vez, o intenso processo de reconstitucionalização brasileiro, ao longo do Século XX, permitiu que a República se inspirasse em novos modelos federais. Dessa forma, a Constituição de 1988 manteve a forma de Estado Federal, introduzindo, com maior ênfase do que os textos anteriores, instrumentos contemporâneos do federalismo, como a repartição concorrente de competências entre União e Estados-membros. A Constituição vigente, também, elevou os Municípios à categoria de entes federados. Essas duas características inseriram traços de assimetria no federalismo brasileiro.

As justificativas para estudar o federalismo são múltiplas. Isto porque o Estado Federal é engenhosa técnica constitucional de controle do poder político e instrumento especial para a administração de nações com grande extensão territorial ou com regiões que possuem diferentes características históricas, culturais, sociais e políticas.

Dessa forma, o primeiro e mais relevante fundamento para o estudo do federalismo é compreender que a forma de organização do Estado também integra o processo constitucional de controle do poder. Ladeado pelo rol de direitos e garantias fundamentais, bem como pela forma republicana do Estado, o federalismo se apresenta como instrumento de controle do Poder Público por meio da delimitação e desconcentração do poder político, de forma que os entes federados atuem reciprocamente no sentido de conter incursões dominadoras ou desagregadoras das autoridades públicas. Ao mesmo tempo, se apresenta como forma de controle do poder econômico privado, com a determinação de campos de atuação para o Poder Público, para efetivação de princípios constitucionais.

Entre as justificativas para estudo do federalismo também se destaca a possibilidade de viabilizar a preservação de características regionais típicas, concedendo aos núcleos regionais

a autonomia para se autogovernarem. Não se trata apenas da possibilidade de escolherem governantes locais, mas de efetivamente criarem ordenamentos jurídicos, com limitação territorial da validade jurídica. A construção de ordenamentos jurídicos parciais integram aspectos regionais de modo a contribuir com a garantia da vida boa.

O Estado federal igualmente tem como fundamento a imposição de responsabilidade aos entes federados, na promoção dos comandos diretivos da Constituição. A repartição de competências garante direito aos entes federados em atuarem nos limites da competência concedida, ao mesmo tempo que, impõem aos entes federados o dever de executarem as tarefas constitucionais que foram a eles indicadas.

Esse último aspecto possui maior relevância a partir da designação constitucional ao Poder Público para a promoção do equilíbrio ecológico para as presentes e futuras gerações e a determinação da promoção do desenvolvimento social, econômico e ambiental, o que congrega o conceito de desenvolvimento sustentável. Os entes federados, portanto, não receberam apenas fatias de poder político, mas deveres constitucionais em se promover desequilíbrios positivos em favor da comunidade administrada.

Por fim, entre as justificativas destacadas, está aquela que fornece o título ao trabalho. Por se tratar de sistema de controle de poder e de método para compartilhamento de responsabilidades sociais, no qual haverá atuações conjuntas dos entes federados, o Estado Federal fornece novo espectro de conflitos normativos e materiais estatais. Cabe à Ciência do Direito apresentar técnicas de superação desses conflitos, de forma a evitar comandos contraditórios, com ampliação da segurança jurídica, ou a inação pública, com ampliação da efetivação de direitos fundamentais e sociais.

Entre as inúmeras matérias de atuação do Poder Público, no âmbito do Estado Federal, optamos por recortar no trabalho as incumbências em favor do controle de poluição ambiental, da garantia da qualidade ambiental e da promoção do desenvolvimento sustentável. A matéria ambiental foi ampliada no texto constitucional de 1988, bem como permeia os debates internacionais contemporâneos, de modo que, os grandes avanços sociais doravante deverão ser precedidos e acompanhados pela garantia de manutenção dos recursos naturais.

Nesse sentido, a questão-problema deste trabalho é investigar a organização do Estado Federal brasileiro, a partir dos modelos clássicos de Estado federal, e as técnicas de resolução de conflitos federativos de modo a indicar como o modelo adotado pela nação permite ao Poder Público, composto pelo Governo central e pelos poderes regionais e locais, atender de forma satisfatória a incumbência imposta pela Constituição da República de 1988 de promover um modelo de desenvolvimento econômico que contemple a manutenção do equilíbrio ecológico

para as presentes e futuras gerações, como máxima do desenvolvimento sustentável. Portanto, poderíamos resumir o problema investigado neste trabalho com o seguinte questionamento: como resolver os conflitos federativos de forma a permitir a máxima eficácia no cumprimento da ideologia constitucionalmente adotada de promoção do desenvolvimento sustentável?

Traçamos como hipóteses iniciais as seguintes premissas: (a) os conflitos federativos devem ser resolvidos de acordo com o modelo de Estado federal adotado pela Constituição da República de 1988; (b) a partir da fixação das regras de resolução de conflitos legislativos e materiais, União, Estados e Municípios devem atuar na sua esfera de competência para promoção do modelo de desenvolvimento sustentável adequado aos desafios de cada ente para superar desigualdades sociais com a manutenção do equilíbrio ecológico imposto pela Constituição.

Para fins metodológicos, optamos por dividir o trabalho em três partes. Na primeira parte, que congrega os capítulos 2 a 5, dedicamos à revisão bibliográfica das principais teorias que fundamentam o Estado Federal e o Estado Federal brasileiro. Na segunda parte, dos capítulos 6 e 7, nos dedicamos à matéria ambiental sob duas perspectivas, sendo a primeira subparte, o estudo sobre a incorporação dos fundamentos de proteção ambiental nas premissas basilares do Estado Democrático de Direito, com fundamento na proposição teórica de José Joaquim Gomes Canotilho e a segunda subparte no papel do Estado como regulamentador, indutor e fiscalizador da proteção ambiental para garantir o direito ao desenvolvimento sustentável. Para essa segunda subparte nos suportamos no Direito Econômico, em especial, nas lições do professor Washington Peluso Albino de Souza. Na terceira parte, nos dedicamos às análises dos possíveis conflitos federativos decorrentes da atuação ou omissão do Estado na promoção do direito ao desenvolvimento sustentável e garantia do equilíbrio ecológico para as presentes e futuras gerações, bem como nas teses de superação dos conflitos e suas aplicações pelo Supremo Tribunal Federal (STF), árbitro do federalismo brasileiro. As conclusões indicadas neste trabalho, em especial, a adoção de modelos específicos de resoluções de conflitos baseiam-se especialmente nas obras de Hans Kelsen e Karl Loewenstein, cujas premissas teóricas serão desenvolvidas na primeira parte do trabalho.

A dissertação encontra aderência à linha de pesquisa do programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, uma vez que se pauta pelo estudo do Estado Democrático de Direito e em indicar soluções para fortalecimento de institutos jurídicos para a promoção da pacificação social, do desenvolvimento e da justiça.

2 A FORMAÇÃO DO ESTADO FEDERAL E SUAS TRANSFORMAÇÕES AO LONGO DO SÉCULO XX

O modelo federal moderno se originou na formação dos Estados Unidos da América. A Convenção da Filadélfia de 1787 teve como resultado a elaboração de uma nova Constituição, vigente até os dias atuais, que deslocou competências em favor do Governo central, retirando-as dos Estados, que eram as antigas colônias inglesas.

O modelo federal foi a engenhosa solução política-jurídica que permitiu às treze colônias inglesas permanecerem unidas como um único Estado. Pelo texto constitucional, as antigas colônias estavam submetidas ao poder central, dotado de soberania e vocacionado para as relações internacionais com as demais nações. Carvalho (2013) destaca que foi na Constituição de 1787 que “os Estados passaram a se sujeitar a uma série de princípios e diretrizes emanados na Constituição comum a todos eles, estreitando o vínculo federativo” (CARVALHO, 2013, p. 312):

A federação norte-americana resultou da necessidade que tiveram as treze colônias inglesas, recém-independentes, de não regredirem ao Estado colonial, objetivando a unidade política suficientemente forte para garantir a independência conquistada. Assinaram, em 1781, após a independência ocorrida em 1776, um tratado com o nome de artigos de Confederação, pelo qual conservava cada Estado independente sua soberania, mesmo porque esse acordo podia a qualquer tempo ser desfeito pelo Estado subscritor, revogando a delegação que havia cedido para os Estados Unidos. (CARVALHO, 2013, p. 311-312).

Entretanto, é possível apontar a existência de associações de Estados e nações, semelhantes ao modelo federal em sociedades mais antigas. Desde a Grécia existiam estruturas que se baseavam em princípios federais. Forte no ensinamento de Louis Le Four, Baracho (1986) indica que se conheceu na Grécia modelos de confederações, com associações políticas permanentes, órgãos em comuns e instituições orgânicas. Contudo, não há correspondência entre a organização daquelas cidades-Estados com o conceito da ciência política moderna de Estado Federativo (BARACHO, 1986, p. 12-13).

Não se olvida, por óbvio, que os resultados e a evolução dos Estados Federais foram diferentes para cada realidade e justificativa de sua implantação. Apesar das divergências históricas, políticas, econômicas e sociais há um elemento comum para se justificar a adoção do Estado Federal pelas nações: a necessidade de coabitação de divergências políticas, econômicas e sociais entre as regiões dos Estados, pela manutenção da unidade do poder central

e das particularidades regionais, com a distribuição do poder político entre autoridade central e governantes regionais. Para Baracho (1986), tantos os Estados federativos antigos, como os Estados federativos modernos, conservam no poder central decisões que atingem todos os membros inseridos nos seus limites de competência. Por sua vez, cada membro exerce influência no poder central (BARACHO, 1986, p. 13).

A característica do modelo federal que congrega a divergência entre forças agregadoras e desagregadoras também foi destacada por Farias (1999):

[...] aderimos ao argumento de que, do ponto de vista histórico, um ordenamento estatal federalista sempre significa equilíbrio em campo de tensão entre forças centrípetas e centrífugas (integrativas e desintegrativas). Sua finalidade é 'simultaneously to generate and maintain both unity e diversity'. O peso político dos Estados-membros correlaciona-se à relativa força ou fraqueza dos respectivos fatores desintegrativos e integrativos. (FARIAS, 1999, p. 39).

O fundamento para existência do movimento dialético integrativo e desintegrativo, que é característico do modelo federal, é a coexistência de dois ordenamentos jurídicos distintos, um para o Poder Central e outro para os poderes estaduais, com suas próprias regras, mecanismos de controle e coercibilidade independente, o que Horta (2010) classificou como laboriosa engenharia constitucional e complementou:

A técnica de coexistência nem sempre consegue sobrepujar o que Garcia Pelayo qualificou de 'unidade dialética de duas tendências contraditórias: a tendência a unidade e a tendência à diversidade' pela permanência do Estado Federal desses dois momentos contraditórios – a coesão e o particularismo -, os quais dependem de uma série de fatores extraconstitucionais de índole natural, econômica e social. (HORTA, 2010, p. 274).

O Estado Federal surge como consequência das teorias filosófico-políticas que traçaram os fundamentos jurídicos para a formação dos Estados Modernos. A compreensão da formação do Estado Federal procede ao entendimento da própria formação dos Estados Modernos. Jellinek (1954) define que o Estado Moderno surge da associação em torno da constituição, após a superação das dicotomias entre reis e populações e entre o poder espiritual e o poder temporal. Por mais diferenciadas quais fossem as circunstâncias de formação dos Estados, o ponto central foi a instauração da unidade (JELLINEK, 1954, p. 242).

São alguns eventos históricos e sociais que permitiram a superação das dicotomias sociais e políticas existentes antes da formação do Estado Moderno e, assim, favoreceram a sua concepção.

Um dos eventos é a superação do conflito entre Estado e Igreja, que ocupavam papéis semelhantes de poder durante a Idade Média. A Reforma Protestante retirou o poder da Igreja Católica, sediada em Roma, e o poder foi revertido à formação do novo Estado. Ao mesmo tempo, a Reforma forçara a Igreja Católica, com menor força que possuía anteriormente, a apoiar os novos governantes, na busca de se reconciliar com os fiéis.

Outro importante evento, para Jellinek (1954), foi a consolidação do poder central dos reinos, frente aos poderes difusos dos governantes regionais dos Estados vinculados. Segundo o teórico alemão, “tão logo a totalidade das modificações engendradas nas relações econômicas e militares permitiram e exigiram uma concentração do poder do príncipe, o esforço principal devia consistir em trazer de volta a ele o centro de gravidade do Estado” (JELLINEK, 1954, p. 243, tradução nossa)¹. Como resultado da concentração do poder militar e financeiro no príncipe ocorreu a formação das monarquias absolutistas. Posteriormente, fundamentado nas teorias contratualistas e iluministas, as revoluções sociais fizeram constituir nova forma do Estado, preservando, contudo, a sua unidade. Para Jellinek (1954), “a unidade, sua organização de acordo com a constituição e a autolimitação do Estado contra o indivíduo, são as características essenciais do que chamamos de Estado Moderno” (JELLINEK, 1954, p. 244, tradução nossa)².

Os líderes da Revolução Americana, que resultou na independência das antigas colônias inglesas, eram pertencentes à classe rica, cuja formação intelectual ocorreu na Inglaterra e fora inspirada, especialmente, pelo pensamento liberal do contratualista John Locke. Em premissas gerais, a linha de pensamento do teórico inglês é pela defesa dos direitos individuais dos cidadãos por meio de um pacto social de submissão do governante. Para Sampaio (2013), uma interpretação liberal indica que a revolução americana “foi o trunfo do pensamento lockeano em torno do contrato social e dos direitos individuais” (SAMPAIO, 2013, p. 20).

A formação do Estado americano, e dos demais Estados Modernos, não é, entretanto, consequência jurídica de apenas uma linha filosófica. Em especial, não é apenas trunfo de uma das linhas filosóficas que permeiam o debate, que se origina na antiguidade, entre liberais e comunitaristas. O cerne da cultura política-jurídica britânica, pautada por um ideal de supremacia da coletividade, em contraposição a uma defesa de direitos inatos, encontraria maior

¹ Texto original: “*tan pronto como la totalidad de las modificaciones engendradas en las relaciones económicas y militares, permitió y exigió una concentración del poder del príncipe, el esfuerzo principal había de consistir en hacer recaer sobre aquél el centro de gravedad del Estado*”.

² Texto original: “*la unidad, su organización conforme la constitución y la autolimitación del Estado frente al individuo, son los caracteres esenciales delo que denominamos Estado moderno*”.

ressonância entre os antifederalistas, que defendiam a ideia da confederação, com o poder descentralizado (SAMPAIO, 2013, p. 21).

Entretanto, os federalistas americanos, liderados por Alexander Hamilton souberam conduzir o embate, especialmente no Congresso da Filadélfia, para a formação do texto constitucional que impedia o aniquilamento das forças estaduais, com inclinação para uma tendência filosófica comunitarista e tendência política confederalista, conforme explica Sampaio (2013):

A comunidade não era a soma de interesses homogêneos, mas o palco de conflitos políticos e econômicos entre facções. Seriam tais conflitos, segundo, por exemplo, James Madison, que garantiriam o equilíbrio social. Em resumo, a homogeneidade em direitos não significava a homogeneidade de interesses. Caberia ao Estado garantir que não houvesse dominação de uma facção sobre outras. (SAMPAIO, 2013, p. 21)

É, portanto, a construção do Estado americano o ponto de partida para a definição das bases teóricas do Estado Federal.

2.1 A experiência americana e o modelo de federalismo exportado para o mundo

Iniciado em 1787, o modelo federal americano se distinguia de todas as formas de organização de poder das nações de cultura filosófica ocidental à época de sua criação. O modelo decorreu da combinação de dois fatores principais. O primeiro é histórico-cultural e decorre da vontade dos poderes locais das antigas colônias não se verem submetidos a um novo poder e tolhidos em suas liberdades de vida e de propriedade, apenas substituindo o tirano para o qual se prestaria ordem. O segundo é político-jurídico e resulta da percepção prática de que os Estados recém independentes, reunidos em forma de confederação, tinham pouca força para a realização de objetivos comuns.

Após a declaração da independência, em 1776, e do fim da guerra com a antiga Metrópole, as treze colônias experimentaram um período organizados em forma de confederação, na qual mantinham-se, cada Estado, a soberania conquistada da antiga Metrópole. Mendes e Branco (2017) informam que a manutenção da soberania pelos Estados enfraquecia o pacto entre elas, pois “as deliberações do Congresso não eram atendidas, e havia dificuldade para obtenção de recursos para atividades comuns” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 849). Diferentemente da concentração de poder do Parlamento Britânico, no novo Estado americano, ainda sob a forma de confederação, todo o poder político estava concentrado nos legislativos populares dos Estados, sem qualquer interseção entre eles.

Durante a vigência dos Artigos da Confederação, inexistia infraestrutura estatal para o governo central. Problemas práticos complexos decorriam da inexistência de estrutura central mínima, como a incapacidade de manter exército organizado e o temor de invasão das nações vizinhas, como a antiga Metrópole Inglaterra, que mantinha colônias no território do atual Canadá, e França (ambos ao norte) e a Espanha (ao sul).

Entre os novos Estados não havia igualmente traços culturais ou históricos mínimos semelhantes, que guardavam de coincidência, entre elas, apenas o fato de terem obediência à Metrópole em comum e terem enfrentados em conjunto a Guerra de Independência.

A Revolução americana, de certa forma, buscou a extinção do Governo centralizado e não havia interesse imediato na instituição de um novo governo que retirasse a soberania dos poderes estaduais. Conforme pontua Farias (1999)

Em torno disso afinal – em torno da resistência do povo a ceder ao governo o poder de regular o comércio e cobrar impostos – se fizera a Revolução. Foi essa experiência que fortaleceu a tendência colonial de contrapor governo e liberdade. [...] Entretanto, a falta de poder no centro seria a principal deficiência dos Artigos e desempenharia papel decisivo na produção de exigência de reforma em meados da década de 1780. (FARIAS, 1999, p. 43)

Os Artigos da Confederação concentraram toda a estrutura federal no legislativo unicameral, o Congresso Continental. Essencialmente, “o poder estava na periferia, [...] sobretudo nos legislativos populares, em detrimento de qualquer compromisso com a separação de poderes” (FARIAS, 1999, p. 40). Mesmo o Congresso Continental não reunia poderes significativos sobre a vida dos cidadãos, bem como não havia qualquer indicação de um poder judiciário federal.

As dificuldades que se perceberam durante fase de confederação, indicaram a necessidade de elaboração de novo modelo de Constituição. Foi, então, que se destacou a forte atuação de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, tanto no Congresso reunido em 1787 e, após, em uma série de artigos publicados no *Daily Advertiser*, que influenciaram a obtenção da ratificação do novo texto Constitucional. O novo texto fortalecia o poder central, evitando-se, assim, o colapso da jovem Confederação americana. Destaca Farias (1999) que:

É interessante notar que os federalistas americanos almejavam um Governo Central (União) forte, que substituísse a tibia da frustrada Confederação. Contudo, para vencerem as resistências dos Estados-membros (antigas colônias), desenvolveram a engenhosa fórmula federativa, no final do Século XVIII, concedendo ou ‘reservando’, originariamente, substanciais parcelas de poder às unidades federadas. (FARIAS, 1999, p. 57-58).

Portanto, a base teórica do federalismo americano pode-se ser apreendida do trabalho dos federalistas.

2.1.1. A teoria do Estado federal construída pelo “Federalists Papers”: o fundamento político-jurídico do Estado Federal americano com fundamento na cosoberania

Os artigos federalistas, elaborados por Hamilton, Madison e Jay [1787]/(2003), indicavam a necessidade de instituir um poder central forte, voltado à proteção do Estado de ameaças externas e regulação do comércio entre os membros e com nações estrangeiras. Os objetivos dos artigos escritos pelos federalistas foram apresentados em seu primeiro texto:

Proponho-me discutir nesta obra os objetos seguintes: a utilidade da União à nossa prosperidade política; a insuficiência da Confederação atual para mantê-la; a necessidade de um governo ao menos tão enérgico como aquele que se vos propõe; a conformidade da Constituição proposta com os verdadeiros princípios do governo republicano; a sua analogia com a Constituição com nossos Estados particulares; finalmente, o aumento e a segurança da manutenção dessa espécie de governo, da nossa liberdade, e das nossas propriedades que, da adoção, o projeto proposto deve resultar. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 15-16)

Hamilton e seus sócios federalistas indicavam a necessidade de alienar parte dos direitos do Estados em favor União. Segundo os autores, para que o “governo possa ter a força necessária para obrar, é preciso que o povo sacrifique em seu favor uma parte de sua independência” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 17). Para tanto, os autores indicavam que a união das antigas colônias sempre fora requisitada e comemorada. O povo, que tinham em comum antepassados, língua, religião, foram colocados sobre um território contínuo e próspero, e haviam pagado preço de sangue pela liberdade. Por essa razão, a prosperidade da América, dependeria da União, do fortalecimento do poder central.

Destacavam também a proteção que a União poderia oferecer aos cidadãos, considerando possíveis ocorrências de conflitos com nações estrangeiras e conflitos internos, entre os Estados. Os federalistas afirmavam que a União era o meio mais seguro para manter o povo em paz.

Indicavam, também, que as relações mantidas (à época) com nações estrangeiras, eram resultado da força da marinha mercante desses nações, em especial, Portugal, Espanha e Inglaterra, do que da força da confederação. Com a manutenção do Poder Central, com competência exclusiva para se relacionar com outras nações, eventuais tratados assinados por este Governo sempre teria a interpretação e aplicação em todo território, ao contrário de vários

tratados assinados por Governos estaduais, que poderiam suscitar interpretações divergentes, fazendo nascer o conflitos entre as nações estrangeiras e as americanas (HAMILTON, 2003, p. 34).

Havia, portanto, na opinião dos federalistas, maior probabilidade da eclosão de conflitos entre os Estados independentes e as nações estrangeiras. Isto porque, as nações independentes seriam mais afetadas pelas desavenças causadas pelas relações contínuas entre elas e outras nações, enquanto um Governo central se colocaria com distância dos conflitos e desentendimentos provocados, especialmente, com nações vizinhas (HAMILTON, 2003, p. 22). Sustentavam que, da mesma forma que o governo federal evitaria as causas para ocorrência das guerras, ele se colocaria como mais capaz de encerrar as desavenças internas, por estar mais afastados das causas que levaram à eclosão de eventual conflito:

Segue-se do que está dito que, bem longe de um governo único e geral poder comprometer a segurança do povo por meio de violações premeditadas ou acidentais de tratados que deem motivo a causas justas de guerra, é isso infinitamente menor de recear que na hipótese de muitos governos particulares; donde concluo que, desse ponto de vista, um governo único e geral é muito melhor fiador da segurança do povo. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 23)

Os federalistas também enumeravam diversas causas para eclosão de dissidências internas. Partiam da premissa que a confederação favorecia a formação de ambições dos titulares dos poderes locais, que, como tantos outros exemplos na humanidade, “sacrificaram sem escrúpulo a paz de uma nação às suas paixões ou vantagens particulares”. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 36). Argumentavam que o vínculo histórico que uniria as eventuais nações independentes e a possibilidade de se manter o comércio entre essas nações não seriam motivos suficientes para dissuadir a ocorrência de conflitos motivados por interesse privados. Exemplificavam que as nações antigas possuíam vocação ao comércio, antepassados e culturas comuns e, ainda assim, entraram em conflitos, ao custo da vida de seus cidadãos.

Em outra linha de argumentação, os federalistas indicavam que os conflitos internos poderiam ser causados também por disputas territoriais entre os Estados independentes, isto porque, na época diversas porções de terras, não habitadas ou apossadas, seriam de domínio da União (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 44). Caso a União se dissolvesse, com a separação dos Estados, surgiriam novos conflitos para a ocupação desses territórios. Por outro lado, com a manutenção do Poder Central, a titularidade desses territórios permaneceria com a União e eventuais disputas submetidas a Tribunais Federais, imparciais e isentos nos conflitos entre os entes internos

Para os autores americanos, situações de desvantagens no comércio e a gestão da dívida pública também seriam propícios para a ocorrência de conflitos internos no modelo de nações soberanas unidas pelo frágil vínculo da confederação. Sobre a dívida pública, anotaram os autores: “nada há que possa perturbar tão facilmente a tranquilidade das nações como o seu empenho recíproco em contribuições a favor de um objeto comum, de que não pode resultar benefício igual e proporcional às despesas que se fizeram”. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 46).

Após enumerar os diversos riscos que decorriam da manutenção da Confederação, os artigos federalistas propuseram a organização de um Governo central, com funções estabelecidas. As funções do governo central indicadas foram: (a) defender todos os seus membros; (b) proteger a paz da república contra as convulsões internas e ataques externos; (c) regular o comércio interno e com as nações estrangeiras; (d) dirigir as relações comerciais e políticas com as mesmas nações (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 142).

Para o exercício das funções do Governo Federal, os seus poderes não poderiam ser limitados pelos Estados. Era preciso dotar o Governo central de instrumentos para garantir o atendimento da segurança, liberdade e felicidade dos cidadãos. Dessa forma, opinavam que para dar à “União estabilidade e energia, é preciso abandonar o projeto de fazer leis para os Estados em corpo; é preciso que as leis do governo federal se estendam individualmente a todos os habitantes da América” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 144).

Após apresentar os argumentos para cada um dos poderes a serem conferidos à União, os federalistas indicavam que a principal justificativa para a existência de um Governo central forte seria a sua capacidade de possibilitar a felicidade dos cidadãos de todo o território. Sob a mesma justificativa, deveriam os Estados, então, abrirem mão de parte de sua soberania, para a consecução do objetivo comum:

Se o plano da Convenção deve fazer mal à prosperidade geral, rejeitemos o plano da Convenção. Ainda mais: se a própria União é incompatível com a felicidade do povo, destruamos a União. Mas pela mesma razão, se a soberania dos Estados é contrária ao bem público, todo o bom cidadão deve querer que ela lhe seja sacrificada. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 286)

Paralelamente, indicavam que o governo central não haveria de existir, sem a participação dos Estados. Por sua vez, os Governos dos Estados seriam formados de acordo com os seus próprios arranjos locais, sem a influência do poder central. O chefe do executivo federal, para ser eleito, dependeria da formação das legislaturas, o Senado Federal seria eleito pelas legislaturas dos Estados e a Câmara dos Representantes diretamente da população dos

Estados. Dessa forma, argumentavam que o governo federal, em sua maioria, deveria a sua existência aos Governos dos Estados (HAMILTON, 2003, p. 287).

A teoria federalista proposta pode ser resumida assim: “os poderes que a Constituição delega ao Governo Federal são em pequenos números e limitados, aqueles que ficam aos Estados são numerosos e sem limites” (HAMILTON, 2003, p. 289). Os poderes da União ficariam direcionados aos esforços com as nações estrangeiras, seja em guerra, seja em paz, quando da negociação comerciais, para os quais cobrariam tributos. Aos Estados, por sua vez, caberiam o cuidado dos assuntos ordinários, de ordem interna, da vida, da liberdade, da prosperidade e a busca pela felicidade.

A teoria federalista triunfou na Convenção da Filadélfia de 1787 e no processo de ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América. A tese proposta pelos federalistas ainda indicava a manutenção parcial da soberania dos Estados-membros, de forma que, a soberania dos Estados não estaria encerrada com a promulgação da Constituição, mas seriam em parte, transferidas ao Poder Central para a realização de ações prévia e minimamente definidas.

2.1.2. A visão do Estado Federal americano por Alexis de Tocquerville e a existência da dupla soberania

O Estado Federal proposto na Convenção da Filadélfia, com forte atuação de Hamilton, Madison e Jay, foi adotado pela Constituição americana. Naquela nova forma de Estado, enumerou-se os poderes da União, reservando-se aos Estados qualquer matéria que não fosse de competência federal.

Alexis de Tocquerville era um jovem magistrado francês, que viajou aos Estados Unidos da América aproximadamente cinquenta anos após a Convenção, realizando um relato sobre a organização do Estado americano e a vida na América. A descrição do autor francês nos fornece elementos de como o modelo de Estado Federal impactou a vida da população americana em seus primeiros anos de existência.

Em suas anotações, Tocquerville [1859]/(2005) descrevia que na nova nação havia muito mais influência da soberania popular no exercício do poder do que nas nações europeias, em especial na França. O autor indicava, inclusive, que, para se compreender a dimensão da organização do Estado americano, era preciso, de início, compreender o funcionamento dos Estados-membros, do qual se desenvolveram os grandes princípios jurídicos da sociedade americana:

Uma primeira dificuldade se apresenta: os Estados Unidos têm uma Constituição complexa; notamos ali duas sociedades distintas envolvidas e, se assim posso me explicar, encaixadas uma na outra; vemos dois governos completamente separados e quase independentes: um, habitual e indefinido, que responde às necessidades cotidianas da sociedade, o outro, excepcional e circunscrito, que só se aplica a certos interesses gerais. São, numa palavra, vinte e quatro pequenas nações soberanas, cujo conjunto forma o grande corpo da União. (TOCQUERVILLE, 2005, p. 69).

Para explicar a organização da nação americana, Tocquerville (2005) se utilizava dos conceitos de centralização administrativa e centralização governamental. Para o autor, a concentração dos interesses de certas partes das nações seria centralização administrativa. A centralização governamental, por sua vez, seria a concentração de interesses comuns a toda a nação, como a formação de leis gerais e a relação com nações estrangeiras. Assim, ele sustentava que o progresso de uma nação seria representado por forte centralização governamental e pouca centralização administrativa (TOCQUERVILLE, 2005, p. 98-99).

Nas viagens do autor pelo território americano, ele indicava que nos Estados Unidos não havia centralização administrativa (TOCQUERVILLE, 2005, p. 100). A descentralização encontrada à época era de grau máximo. Os vilarejos (pequenas aglomerações urbanas) resolviam as suas demandas internas, pelas assembleias de seus cidadãos e estaria sujeita à jurisdição do magistrado do Condado (sede regional). Em conjunto, de acordo com as obrigações estabelecidas, vilarejos e Condados aplicavam as leis que eram aprovadas nas casas legislativas dos Estados. Por outro lado, os Estados Unidos concentravam o mais alto grau de centralização governamental. Para Tocquerville (2005):

Na América, a legislatura de cada Estado não detém diante de si nenhum poder capaz de resistir a ela [concentração governamental]. Nada poderia detê-la em seu caminho, nem privilégios, nem imunidade local, nem influência pessoal, nem mesmo a autoridade da razão, pois ela representa a maioria, que se pretende único órgão da razão. Logo, ela não tem outros limites, em sua ação, além da própria vontade. (TOCQUERVILLE, 2005, p. 100).

Tocquerville (2005) descrevia as atribuições do Governo federal e indicava que, para se ter eficácia, certos interesses gerais deveriam ser designados à autoridade geral (TOCQUERVILLE, 2005, p. 131). Os governos dos Estados eram livres dentro dos seus territórios, mas para evitar abusos que poderiam comprometer a segurança geral, seria garantida a União intervir em alguns assuntos previamente definidos. A divisão desses poderes reforçava, para o autor, que os legisladores federais possuíam nítido entendimento de centralização governamental.

Sobre a formação da função legislativa federal, Tocquerville (2005) chamava atenção para a diferença prática da organização do poder nas formas que estavam em discussão. Havia duas possibilidades, sendo a primeira a manutenção do poder descentralizado, organizados como confederação, sem dispor de suas soberanias. Nesta hipótese haveria a formação de um Congresso entre os poderes estatais, o que significava que os Estados, independentemente do seu tamanho ou população teriam condições igualitárias e mesmo direito a voto e manifestação. Por sua vez, na segunda hipótese, com a formação de um legislativo central, a representação no Congresso seria diretamente da população e teria menor participação daqueles Estados menores.

A formação do legislativo bicameral buscava conciliar os dois interesses, sem aniquilar a igualdade dos Estados, mas mantinha-se a soberania popular. Assim, “o princípio da independência dos Estados triunfou na formação do senado; o dogma da soberania nacional na composição das câmaras dos representantes” (TOCQUERVILLE, 2005, p. 134). Destacava o estudioso francês, que o modelo triunfara, até o momento de sua observação, mas se mantém igual até o presente, porque a finalidade da formação do modelo federal americano não era destruir a liberdade dos Estados, mas limitá-la, de forma a preservar o bem comum para a nação.

Outro problema que poderia decorrer do modelo proposto, seria os conflitos entre os Tribunais federal e estaduais e a quem caberia definir a competência entre eles. Não haveria como estabelecer uma corte que não fosse federal ou estadual, uma terceira parte, por questões práticas diversas. A definição da competência em favor das cortes estaduais acabaria com a soberania da União, pois restituiria aos Estados a independência concedida pela constituição (TOCQUERVILLE, 2005, p. 160-161). Dessa forma, a Corte Suprema fora investida de Jurisdição sobre as competências.

A Suprema Corte fora criada com atribuições políticas, apesar de sua constituição judicial. Tocquerville (2005) destacava que a corte possuía o mais alto patamar judiciário, tanto pela natureza de seus julgamentos, como pela espécie de seus jurisdicionados. Comparava o autor, que as questões de Estado foram afastadas dos juízes comuns, na Europa, em especial dos governos absolutos, mas que fora colocada em funcionamento na América (TOCQUERVILLE, 2005, p. 169). Os soberanos, União e os poderes do Estado, ocupavam a posição de jurisdicionados e não apenas os particulares. Convém destacar:

Nas mãos dos sete juízes federais repousam incessantemente a paz, a prosperidade, a própria existência da União. Sem eles, a constituição é obra morta; é a eles que o recorre o poder executivo para resistir às intromissões do corpo legislativo; a legislatura, para se defender das empreitadas do poder executivo; a União, para se fazer obedecer pelos Estados; os Estados, para repelir as pretensões exageradas da

União; o interesse público contra o interesse privado; o espírito de conservação contra a instabilidade democrática. (TOCQUERVILLE, 2005, p. 169).

Destacava Tocquerville (2005) igualmente o papel dos juízes federais da corte suprema como homens de Estado. Os juízes seriam o ponto de sustentação da nação, pois o Executivo possuía limitação aos seus poderes pela própria Constituição, o Legislativo seria limitado ou, especialmente, substituído pela soberania popular. Os juízes não responderiam às vicissitudes do momento e, por essa razão, teriam a capacidade de se manterem afastados e imparciais quando as crises ameaçassem à soberania da União e a obediência às leis (TOCQUERVILLE, 2005, p. 170).

2.1.3. O sistema jurídico americano por Bernard Schwartz e o fim do federalismo dual americano

A visão do magistrado francês, Alexis de Tocquerville, representava a jovem República federativa americana. No momento de sua viagem, que remonta aos anos de 1830-1835, o papel da Suprema Corte americana e a organização do federalismo havia sido posto à prova, respectivamente, nos casos *Marbury v. Madison* (1803)³ e *McCulloch v. Maryland* (1819)⁴, que deram ao Tribunal as funções tão destacadas pelo autor. Entretanto, a federação americana ainda não havia sido testada em seus momentos sociais mais críticos, como a Guerra da Secessão (1861-1865), a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e a crise econômica de 1929, debelada pelo Presidente Franklin D. Roosevelt. Por esses fatos, se torna ainda mais relevante a análise do inglês Bernard Schwartz, cuja obra original é de 1955.

Schwartz [1955]/(1966) descreveu o funcionamento do federalismo americano por meio da comparação com o sistema parlamentarista inglês e a organização unitária do Estado. Na

³ O caso judicial é considerado o marco inicial do controle de constitucionalidade pela Jurisdição Constitucional. O julgamento envolve o pedido de William Marbury para que a Suprema Corte reconhecesse a validade da sua nomeação como juiz federal e a entrega do diploma pelo Secretário James Madison. A Suprema Corte, liderada por John Marshall, reconheceu a incompatibilidade entre a *Judiciary Act* e a Constituição americana, considerando, portanto, o ato legislativo nulo e, portanto, impediria a Suprema Corte de expedir a ordem judiciária em favor da nomeação (SCOTUS, 1803).

⁴ No precedente elaborou-se a Teoria dos poderes implícitos das competências constitucionais da União Federal. No caso concreto, o Estado de Maryland buscava impedir o funcionamento do Banco dos Estados Unidos, por meio da instituição de tributos sobre notas emitidas pelo banco. No julgamento, a Suprema Corte entendeu que a Constituição, bem como os antigos Artigos da Confederação, não impedia o Governo da União de legislar sobre matérias incidentais ou implícitas aos seus próprios poderes constitucionais. O caso também decidiu que os Governos dos Estados não tinham legitimidade para cobrar tributos de qualquer autoridade do Governo da União, bem como impedir a atuação do Governo Federal (SCOTUS, 1819).

visão do teórico inglês, o sistema federal americano limitava o poder do Legislativo, bem como o distribuía para as Assembleias estaduais (SCHWARTZ, 1966, p. 47-48).

Pela característica destacada pelo autor inglês, a federação representava a união dos Estados autônomos e não da soberania popular. Em oposição à Tocquerville, Schwartz (1966) destacava que a formação do Estado Federal americano em pouco se relacionava com o exercício da soberania popular:

Conquanto tal linguagem procure evidenciar que a Constituição emanou do povo e não foi ato dos Estados soberanos e independentes, parece haver pouca dúvida de que, por uma questão de realidade prática, foram os próprios Estados, e não todo o povo que formaram a união americana. (...) De fato, de vários modos, a nação americana se formou pela união voluntária de treze soberanias autônomas, anteriormente ligadas apenas pelos laços frouxos da confederação que se formara após a revolução. (SCHWARTZ, 1966, p. 49-50).

O sistema federal americano seria bem estabelecido na premissa de que os poderes do Governo central são enumerados e limitados pela Constituição, enquanto os poderes dos Estados seriam residuais. Destacava o autor, contudo, que o poder exercido pelo governo federal se mostrava muito superior aos poderes inicialmente delegados pelos Estados. Os poderes exercidos pela União, não poderiam ser ampliados pelos poderes constituídos, inclusive os tribunais, todavia, os poderes exercidos poderiam decorrer daqueles racionalmente deduzidos da competência originalmente atribuída (SCHWARTZ, 1966, p. 53-54).

A construção desse raciocínio se deveu à formulação da Teoria dos poderes implícitos, pelo julgamento do caso *McCulloch v. Maryland* (1819). Para Schwartz (1996), “a doutrina dos poderes implícitos assim enunciada por John Marshall foi da maior importância para o funcionamento efetivo do recém-criado Governo federal” (SCHWARTZ, 1966, p. 55). Seria muito difícil a existência do governo de Washington caso ele ficasse restrito às competências que pudessem ser literalmente depreendidas da Constituição:

A doutrina dos direitos implícitos permitiu ao Governo central tratasse de assuntos não especificamente mencionados na Constituição, facultando-lhe exercer não somente a autoridade expressamente conferida, mas também todos os poderes necessários e apropriados ao exercício de tal autoridade expressa. (SCHWARTZ, 1966, p. 55)

O julgamento *McCulloch v. Maryland* (1819), e a construção da Teoria dos poderes implícitos que dele decorreu, fora o primeiro marco significativo de adaptação do federalismo americano à realidade do cotidiano. Decorre da reafirmação do papel da corte constitucional, que possui como característica a jurisdição sobre a divisão de competência entre os entes e entre

os Tribunais e a possibilidade de revisar os atos legislativos federais e estaduais, por meio do controle de constitucionalidade, cuja competência fora fixada em *Marbury v. Madison* (1803).

Outra característica do federalismo americano destacada por Schwartz (1966) seria a supremacia do direito federal ou da autoridade da União. A existência de dois aparelhos estatais, que atuavam sobre o mesmo espaço do território, seria propício para o aparecimento de conflitos e o funcionamento do sistema federal precisaria prover instrumentos para a resolução das intercorrências que poderiam surgir (SCHWARTZ, 1966, p. 59). A solução americana, para Schwartz, estaria na supremacia do Governo federal, previsto no artigo VI da Constituição. Explicava o teórico inglês:

O efeito da cláusula da Constituição sobre a supremacia nacional é tornar impossível aos Estados interferirem no funcionamento do governo federal. Bem ao contrário, os mandamentos de Washington devem prevalecer em todos os casos, desde que não sejam inconstitucionais. ‘Os Estados’, declarou o Presidente da Corte Suprema John Marshal, ‘não tem o poder de retardar impedir, dificultar ou controlar, de qualquer maneira, a aplicação das leis constitucionais aprovadas pelo Congresso para por em execução os poderes conferidos ao Governo Geral. (SCHWARTZ, 1966, p. 60).

Interpretando a regra da supremacia do poder nacional, Schwartz (1966) complementava que os Estados apenas seriam coordenados e independentes quando não atuassem nas competências da União. Mesmo que na esfera de atuação estatal, qualquer ordem que provinha do Governo federal seria “lei suprema, reconhecida como tal e obrigatória tanto para os Executivos, Legislativos e Judiciários estaduais” (SCHWARTZ, 1966, p. 60), conforme entendeu a Suprema Corte no caso *Gibbons v. Ogden* (1824)⁵.

Igualmente destacava Schwartz (1966), o papel da Suprema Corte como árbitra suprema do sistema federal (SCHWARTZ, 1966, p. 62). De acordo com o autor, seria a corte suprema que garantiria a aplicação do princípio da supremacia federal e não permitiria que a autoridade nacional fosse frustrada pela “colcha de retalhos” das legislações estaduais. Ao mesmo tempo garantiria que os Estados não seriam oprimidos pelo governo central (SCHWARTZ, 1966, p. 62).

Schwartz (1966) tratava do novo federalismo ou a nova forma do federalismo, por suas mudanças causadas especialmente pelo *New Deal* (1933). O momento de crise que passou a economia americana resultara no empoderamento do Governo federal e rompera com a teoria

⁵ O caso discute a autorização do Estado de Nova Iorque concedida a Robert R. Livingston e Robert Fulton que garantia a exclusividade na navegação a vapor nas águas do Estado. As autorizações estariam em desconformidade com a Constituição, uma vez que se tratava de competência da União regular o comércio interestadual e com as nações estrangeiras. A competência para a regulação do comércio, que envolvia a navegação, era exclusiva do Congresso e não poderia ser exercida pelos Estados (SCOTUS, 1824).

do federalismo dualista, consagrado até aquele momento. Para além das peculiares da história americana, os Governos mundiais seguiram a tendência de concentração da autoridade política central. Schwartz (1996) destacava que “o desenvolvimento nesta direção tem, na verdade, progredido tanto que não é impróprio chamar-se hoje em dia o sistema americano de novo federalismo” (SCHWARTZ, 1966, p. 206).

O modelo federal original, concebido no Congresso da Filadélfia, ainda era fortemente influenciado pela teoria liberal. Por essa razão, o Governo Federal exercia um papel regulamentador e de caráter negativo, ou seja, sua função era manter a imparcialidade para permitir a prevalência e o exercício dos interesses privados e liberdades individuais. Entretanto, ao longo do tempo, o próprio papel do Estado foi alterado e sua participação na vida das pessoas aumentava consideravelmente.

Antes da crise de 1929, o papel do Governo central seria especialmente limitado pela teoria dualista ou o federalismo clássico. A Suprema Corte atuara para preservar a premissa de limite de autoridade do Governo central, preservando a independência coordenada dos Estados. O caso *Hammer v. Dagenhart*, 247 (1918)⁶, também conhecido como o “caso dos trabalhadores menores” é um bom exemplo da atuação limitadora da Suprema Corte. No julgamento, a SCOTUS decidiu que o governo federal não poderia proibir o embarque de mercadorias por menores, pois, o efeito prático da medida seria regulamentar a fabricação de produtos em cada Estado. Entretanto, a crise de 1929 e a derrocada do liberalismo clássico, no qual a intervenção estatal era mínima, exigiram nova atuação do Estado. Para que o Governo federal americano exercesse competência regulamentadora mais intervencionista, foi necessária a alteração do federalismo dualista (SCHWARTZ, 1966, p. 207).

A Corte Suprema americana demorou para adotar essa nova posição de superação do federalismo dualista. Apenas em 1937, quatro anos após a edição das medidas do *New Deal*, que o Tribunal alterou a sua jurisprudência para eliminar as restrições às ações federais. O jurista inglês destacava:

Essa demora parece ser inerente ao funcionamento de qualquer tribunal de justiça que é obrigado, em virtude das alterações nas condições externas, a fazer modificações fundamentais na sua jurisprudência. Isso constitui talvez a maior fraqueza do sistema americano de controle judicial, pois o conservantismo básico do Judiciário as vezes torna difícil que os seus membros façam necessária adaptação antes que seja muito tarde. (SCHWARTZ, 1966, p. 210).

⁶ O caso discutia a legitimidade de lei federal que estabelecia a proibição do transporte interestadual de produtos cuja fabricação envolvera nos trinta dias anteriores a comercialização o emprego da mão-de-obra de menores. A Suprema Corte entendeu que a lei não tratava de comércio mas de meios de produção, não podendo o Governo da União interferir nas questões internas dos Estados (SCOTUS, 1918).

Uma série de julgamentos passou a imprimir o caráter mais concentrador dos poderes da União pela Suprema Corte. Em 1937, em *National Labor Relations Board v. Jonas e Laughlin Steel Corp.* (SCOTUS, 1937) a corte mantivera válido o estatuto federal que regulava as relações trabalhistas. Em 1940, em *Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins* a corte validara lei do Congresso Federal que regulamentava a indústria carbonífera, em prol da mitigação de eventuais consequências negativas que decorreriam do *laissez-faire* (SCHWARTZ, 1966, p. 211). Por fim, em 1941, a Suprema Corte revogara a decisão tomada no caso dos trabalhadores menores, ao validar a Lei de Padronização do Trabalho Justo, aprovada em 1938. A superação do precedente se dera no caso *United States v. Darby* (SCOTUS, 1941), no qual, a corte definira que o precedente anterior “se estribava numa concepção de poder federal e estadual que podia agora ser considerada antiquada” (SCHWARTZ, 1966, p. 211).

O novo federalismo americano foi resumido por Schwartz (1966):

O ‘novo federalismo’ nos Estados Unidos se caracteriza pela predominância da autoridade federal. O sistema econômico e social americano cada vez mais subordina à regulamentação e ao controle de Washington. (...) E, como a autoridade da nação nesse particular cresceu, a dos Estados sofreu um decréscimo correspondente, pois a ação dos Estados, no sistema americano, é proibida onde o poder federal incompatível tem sido validamente exercido. (SCHWARTZ, 1966, p. 230).

Ao mesmo tempo que crescia a autoridade do Poder Central, aumentava também a credibilidade da autoridade em promover o bem-estar. Possibilitava assim o aumento da receita do poder central e a conseqüente diminuição da capacidade arrecadatória estadual, cada vez mais dependente dos subsídios federais. Os subsídios federais teriam como consequência, por sua vez, a aceitação dos Estados necessitados de maior controle federal. E, assim, a tendência de consolidação do poder em autoridades federais poderia resultar em ainda menor autonomia dos Estados. O círculo vicioso descrito contribuiu para, cada vez mais, se aumentar o poder concentrado na autoridade federal.

2.2 Novas formatações do Estado Federal: o federalismo de equilíbrio e cooperativo alemão

O constitucionalismo liberal permitiu espalhar o modelo federal para o mundo moderno. Isso porque o Estado absolutista se relacionava intimamente com o unitarismo e, assim, segregar o poder entre governos regionais resultaria na própria diminuição do poder do

soberano. A forma de Estado Federal efetivo, com a distribuição do poder entre entes distintos, encontraria a ressonância adequada no Estado constitucional pautado pela soberania popular.

O modelo federal dual adotado pelos americanos, em 1787, sofreu significativas alterações, para chegar ao modelo de supremacia do governo federal, principalmente após a consolidação do *New Deal*. Novas formatações do federalismo também vieram a ser adotadas por outras nações, respeitando-se a história política, econômica e social e a realidade que se impunha aos novos Estados.

As alterações do modelo federal se deram com maior profundidade, quando comparados ao modelo americano original, nos nações que passaram a adotar o instituto, sobretudo, no pós-guerra. O modelo federal conheceu formulações inovadoras nas regras de divisão de competências, para abrigar tendências contemporâneas. É de especial relevo o modelo adotado pelo Estado alemão, na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949. O modelo alemão, inspirado no modelo austríaco, influenciou decisivamente a repartição de competências da Constituição brasileira de 1988.

As alianças entre os territórios alemães remontam aos séculos anteriores. Baracho (1986) afirma que a Alemanha é conhecida com a terra das associações (BARACHO, 1986, p. 165), tendo conhecido diversos modelos de confederações. Nos territórios germânicos, a forma de Estado Federal fora adotada desde a Constituição do Império, em 1871, cujo poder central era comandado pelo Chanceler Bismarck. Baracho (1986) ensina que “a Constituição de 16 de abril de 1871 consagrou um Estado Federal fundado na associação de príncipes soberanos e de três pequenas Repúblicas de *Lübeck*, *Brême* e *Hambourg*” (BARACHO, 1986, p. 165). A Prússia tinha função preponderante, uma vez que o seu rei era o chefe do Império e ela possuía poder veto contra modificações da constituição.

Loewenstein (1976) indica que o federalismo não se efetivou durante o período de Bismarck, pois a Prússia “possuía não apenas dois terços do território e a maior população do *Reich*, mas o Rei da Prússia era constitucionalmente o herdeiro legítimo da dignidade do imperador” (LOEWESTEIN, 1976, p. 375, tradução nossa)⁷.

A fórmula federal foi repetida na Constituição de Weimar, de 1919, elaborada após a derrota da Alemanha na Primeira Guerra Mundial. A partir de então não se tratava mais de uma associação de príncipes, nem mesmo de nações autônomos em formas republicanas. A Constituição reconheceu as nacionalidades particulares e as possibilidades dos Governos locais fixarem tratados de matérias de sua competência (BARACHO, 1986, p. 166).

⁷ Texto original: “poseía no sólo dos tercios del territorio y de la población del Reich, sino que el rey de Prusia era constitucionalmente el detentor hereditario de la dignidad del emperador”

Após a Segunda Guerra Mundial, a Alemanha adotou na Lei Fundamental novo formato, assimilando a repartição de competências clássicas e formatos de repartição de competências mais contemporâneos (HORTA, 2010, p. 446). Consagrou-se, então, o modelo contemporâneo do federalismo, pautado pelo equilíbrio de forças entre os entes e na cooperação para consecução de objetivos comuns.

Portanto, a forma federal apenas se efetivou na Lei Fundamental, em 1949. Teve inúmeras dificuldades de funcionalidades nos períodos anteriores em razão da concentração do poder na chancelaria de Bismarck e na turbulência política vivida no pós-primeira guerra, com as dificuldades econômicas decorrentes das altas indenizações a que fora condenada (BARROSO, 2018, p. 63).

2.2.1 O Estado Federal alemão na Lei Fundamental de 1949 (Lei Fundamental de Bonn)

Rompendo com as tradições dos formatos constitucionais antecedentes, a Lei Fundamental de Bonn foi constituída no ambiente pós-guerra, por influência da ocupação americana (LOEWENSTEIN, 1976, p. 376). Via-se no federalismo a possibilidade de florescimento de espírito democrático, minimizando-se os riscos de reflorescer a liderança nacional autoritária por meio da centralização do poder.

Em termos gerais, o modelo alemão subdivide a repartição de competências em dois formatos. Há, de um lado, o estabelecimento de um rol de matérias, cuja competência para legislar é exclusiva da Federação, com competências residuais dos Estados. Por outro lado, estabelece-se outro conjunto de matérias sujeitas à legislação concorrente ou comum, “uma competência mista a ser explorada pela Federação e pelos Estados, conforme regras estabelecidas na Lei Fundamental” (HORTA, 2010, p. 280).

Para a completa compreensão do modelo alemão, adota-se o magistério do professor Horta (2010):

Daí três regras introdutórias que fixam os fundamentos do sistema alemão:

1. os Estados têm o direito de legislar quando os poderes legislativos não forem conferidos à Federação (art. 70, 1).
2. as competências da Federação e dos Estados são delimitadas pelas disposições constitucionais sobre legislação exclusiva e legislação concorrente (art. 70, 2)
3. nas matérias da legislação concorrente, os Estados podem legislar enquanto a Federação não fizer o uso de seu poder (art. 72, 1). (HORTA, 2010, p. 447)

A competência legislativa atribuída à autoridade nacional possui caráter de exclusividade e são enumerados pela Lei Fundamental. Por sua vez, no âmbito da legislação da

concorrente, o exercício da função legislativa, conferida ao poder federal, decorre da necessidade de estabelecer um regulamento harmônico e isonômico nacionalmente, conforme previsto no art. 72.2, da Lei Fundamental (2011):

Em matéria concernente ao artigo 74 §1 [legislação concorrente], alíneas 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 e 26, a Federação tem o direito de legislação, quando e na medida em que se fizer necessário um regulamento legislativo federal, no interesse do Estado em seu todo, para o estabelecimento de condições equivalentes de vida no território federal ou a preservação da unidade jurídica ou econômica. (DEUTSCHER BUNDESTAG, 2011).

Sampaio (2002) indica que as circunstâncias da cláusula de necessidade do art. 72.2 está sujeita à discricionariedade do legislador federal. E, assim, a discricionariedade do legislador federal é imune ao controle judicial, ao menos que seja em flagrante abusividade (SAMPAIO, 2002, p. 630).

A linha divisória das competências no âmbito da concorrência nem sempre é bem visível. Alguns teóricos defendem que as normas federais, no âmbito da legislação concorrente, devem se ater a definir princípios ou linhas diretrizes da disciplina. Para Sampaio (2002), o sentido da concorrência, na Lei Fundamental Alemã, determina a atuação do Legislativo federal apenas para definição de normas quadros, cuja definição, ainda que imprecisa, pode ter a seguinte definição: “o *Bünd* não pode esgotar a disciplina da matéria, nem pode detalhar sem deixar algum espaço para atuação suplementar dos *Länder*” (SAMPAIO, 2002, p. 631).

A Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha prevê ainda, no art. 31, cláusula que determina a prioridade do direito federal. É uma regra de solução de conflitos de normas, que pressupõe, inicialmente, o exercício regular da competência federal. Para Sampaio: “a promulgação de uma lei federal derroga o direito regional preexistente que discipline de maneira diferente o mesmo objeto” (SAMPAIO, 2002, p. 631).

A Lei Fundamental consagra o federalismo de equilíbrio, em especial, ao distribuir a competência de tributar entre os entes e as políticas de subsídios internos. A competência legislativa comum, bem como a previsão da execução de planos para atingir objetivos comuns, indicam o caráter cooperativo do federalismo alemão. Ao comentar sobre a repartição de competências no texto constitucional alemão, Horta (2010) destaca:

“Nesse amplo domínio, o exercício da legislação federal visa a preencher a necessidade de legislação unitária, dentro de critérios constitucionais (...). Para intérprete da Lei Fundamental, a legislação comum consagra a prioridade dos Estados e o normal é que sobre as matérias dessa competência legislem os Estados, tornando-se excepcional a legislação da Federação. O favorecimento da competência legislativa dos Estados também se exterioriza na técnica constitucional que confere à Federação

a competência para expedir a legislação de regras gerais – *Rahmenvorschriften* – em determinados assuntos de modo a assegurar aos Estados a legislação complementar”. (HORTA, 2005, p. 281)

Mantendo a premissa do equilíbrio, a força dos *Länder* (Estados-membros) foi consagrada no texto constitucional alemão. Baracho (1986) explica que:

A República é um Estado Federal democrático e social, declara o artigo 20, sendo que toda modificação da Constituição, que tenha por objetivo suprimir a divisão da federação em *Länder* ou o princípio da participação dos *Länder* na legislação federal é proibida. Toda revisão da Lei Fundamental deverá ser votada pelas duas Assembleias, uma eleita pelo sufrágio direto e universal o *Bundestag* e o Conselho Federal – *Bundesrat*, conjunto de representantes dos Estados. (BARACHO, 1986, p. 167)

Sobre o fortalecimento dos *Länder*, sob a Lei de Bonn, Loewenstein (1976) destaca que seu órgão de representação é o Conselho Federal (*Bundesrat*). O Conselho possui papel legislativo duplo, pois para as leis que afetam a federação ou os direitos dos *Länder* é indispensável a aprovação (*Zustimmung*) do *Bundesrat*. Para as demais leis, o Conselho federal possui apenas veto suspensivo (LOEWENSTEIN, 1976, P. 376).

A nova distribuição de competência com a ingerência predefinida de um ente na competência do outro rompe com a premissa do federalismo dual americano originário. O federalismo cooperativo alemão surgiu da dogmática do texto da Lei Fundamental e se contrasta com as incursões cooperativas do federalismo americano, que, por sua vez, se desenvolveu muito mais para a resolução casuística dos problemas concretos (HORTA, 2010, p. 453).

O modelo federal alemão também enfrentou processo de concentração das competências no governo central. Baracho (1986) destaca que:

As mudanças socioeconômicas são responsáveis para a tendência do Estado Federal unitário. Também convém admitir que a jurisprudência do Tribunal Federal de garantias constitucionais aceitou a concentração das tarefas estatais na Federação. A ampliação da administração federal, além da previsão constitucional, levou a Federação a criar uma organização administrativa própria, com crescente influência de sua atuação sobre a administração dos Estados federados. (BARACHO, 1986, p. 171)

A concentração dos poderes nos Governos centrais é fenômeno contemporâneo, que pode ser encontrado em diversas nações que adotam o modelo federal. As questões diuturnas da vida humana estão mais globalizadas e reclamam cada vez mais atenção dos governos centrais. A necessidade de fortalecimento das nações para enfrentar em igualdade as relações internacionais e novas premissas de desenvolvimento econômico em um comércio globalizado,

gerou forte desequilíbrio em favor dos Governos centrais em relação aos entes internos. Para tanto, os Governos centrais passaram a acumular a maior parte da arrecadação e os entes internos cada vez mais dependentes econômicos de parte da arrecadação promovida pelo Governo central.

Por outro lado, Loewenstein (1976) credita a diminuição da pujança legislativa dos *Länder* a aspectos históricos, como a Guerra Mundial, a separação da Prússia, e a criação do Conselho Federal. Com a Lei Fundamental e a criação do Conselho Federal, o debate político da federação foi deslocado para o âmbito dos partidos de caráter nacional, praticamente extinguindo partidos meramente locais:

Partidos políticos limitados aos *Länder* quase desapareceram. Em uma palavra, o povo alemão é hoje menos dedicado ao particularismo [regional] do que nunca e agora desfruta de uma vida mais harmoniosa comum do que em qualquer época anterior. Tudo isso é excelente, mas o federalismo tem que pagar a conta. (LOEWENTEIN, 1976, p. 378, tradução nossa)⁸.

Em resposta a concentração significativos de poderes na autoridade nacional, o sistema cooperativo assume a sua relevância, de modo a regular questões particulares dos entes internos, na busca de equilíbrio entre capacidades e potencialidades de cada governo. O exemplo alemão nos indica, que mesmo no federalismo cooperativo, é possível perceber a maior concentração de competências no Governo central, restando aos Estados matérias menos importantes e cada vez menos impactantes na vida da população.

⁸ Texto original: “Partidos políticos limitados a los *Länder* han desaparecido casi por completo. En una palabra, el pueblo alemán se entrega hoy menos que nunca al particularismo y goza actualmente de una vida en común más armoniosa que en cualquier época anterior. Todo esto es excelente, pero el federalismo tiene que pagar la cuenta”.

3 TEORIAS DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIFICAÇÃO DOS ESTADOS FEDERAIS

Ao longo da construção da Teoria do Estado e, em especial, após a formação da união das antigas colônias inglesas, constituindo novo formato do Estado, surgiram diversas teorias para justificar e categorizar o Estado Federal. As discussões se concentram especialmente no problema da soberania, que é elemento essencial à característica do Estado Moderno.

A evolução do feudalismo para a constituição dos Estados Modernos foi marcada pela afirmação da soberania dos Estados resultantes das revoluções sociais. A soberania ganhava especial relevo como instrumento jurídico de proteção do território e as riquezas neles contidas e de exercício da liberdade comercial com outros Estados, o que ganhava maior importância com o fortalecimento da classe burguesa.

Destacamos, neste capítulo, as principais teorias de fundamentação do Estado Federal. Ao lado das teorias aprofundadas ao longo deste capítulo, existem outras teorias que dão características diferenciadas para o Estado Federal. Conforme apresenta Baracho (1986), Caulhon e Seydel defendem a “teoria da nulificação”, para a qual a soberania é exercida apenas pelos Estados membros e não pela União, indicando existir apenas a confederação, sendo que dessa forma, o Estado Federal não pode existir (BARACHO, 1986, p. 38-39). No extremo oposto, Baracho (1986) também indica a existência da teoria de Zorn, para o qual não é possível a existência do Estado desassociado do exercício da soberania, que é ilimitado e supremo. Por essa razão, o poder central limita o exercício da soberania dos Estados membros, igualando o Estado Federal ao Estado Unitário (BARACHO, 1986, p. 41).

Eliminando os extremos, é preciso detalhar as teorias sobre a formação do Estado Federal e a questão da soberania sobre as quatro óticas teóricas principais: a) a dupla soberania (ou cosoberania) de Hamilton e Tocquerville; b) a união dos Estados soberanos para a formação de novo Estado soberano de Jellinek; c) a cooperação na repartição de competências de Loewenstein e; d) a teoria da descentralização administrativa em último grau de Kelsen.

3.1 A Teoria da dupla soberania dos federalistas e Alexis de Tocquerville

Em boa parte, os fundamentos de justificação da Teoria da dupla soberania foram expostos no capítulo anterior, quando se analisou os fundamentos jurídicos para a formação do

Estado Federal americano indicados pelos federalistas e a análise de sua evolução, por meio da narrativa de Alexis de Tocquerville.

A Constituição Americana de 1787 representou a consolidação dos tratados pelos quais as nações, até então confederadas, manifestaram a intenção de existir como único Estado. Dessa forma, a constituição, para além da adoção de uma nova forma de governo, criou um novo Estado, que congregava as treze antigas colônias. García-Pelayo (1993) indica que a doutrina Federalista, exposta por Hamilton, Madison e Jay, “responde perfeitamente a concepção do Estado Federal como uma situação híbrida entre o Estado Unitário e a Confederação, e pela primeira vez se encontra doutrinariamente exposta em *O Federalista*” (GARCÍA-PELAYO, 1993, p. 220-221, tradução nossa)⁹.

Para a existência do modelo federalista, os teóricos fundadores da federação indicavam que a soberania dos Estados seria parcialmente delegada ao Governo central pelos Governos estaduais, preservando todas as matérias que não fossem objeto de delegação. Para tanto, “os poderes que a Constituição delega ao Governo Federal são em pequenos números e limitados, aqueles que ficam aos Estados são numerosos e sem limites” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 289).

Ao analisar a obra dos Federalistas, Baracho (1986) destaca que os poderes do Governo central que decorreriam de parte da soberania delegada “seriam exercidos principalmente tendo em vista objetos externos como guerra, paz, negociação e comércio exterior” (BARACHO, 1986, p. 37). Por sua vez, os poderes decorrentes da soberania mantida pelos Estados teriam a finalidade de manter a ordem interna e a promoção da felicidade e prosperidade. Haveria, portanto, uma soberania com o exercício dividido entre os Estados e o Governo central, no limite da delegação dos Estados.

No diagnóstico teórico de Tocquerville (2005), as confederações possuem uma soberania fracionada, que a torna mais fraca do que na soberania completa. A Constituição americana, por sua vez, deu ao Governo federal a aparência e a força de um governo nacional e, assim, diminuiu o perigo natural de fracionamento existente nas confederações (TOCQUERVILLE, 2005, p. 187). Isso foi possível com a coexistência entre as duas soberanias e a modo de minimizar os conflitos entre elas:

A soberania da União é um ser abstrato que só se prende a um pequeno número de objetos externos. A soberania dos Estados é perceptível a todos os sentidos;

⁹ Texto original: “*responde perfectamente a la concepción del Estado Federal como una situación híbrida entre el Estado Unitario y la Confederación, y por primera vez se encuentra doctrinalmente expresada en El Federalista*”.

compreendemo-la sem dificuldade; vemo-la agir a cada instante. Uma é nova, a outra nasceu com o próprio povo. A soberania da União é obra de arte. A soberania dos Estados é natural, existe por sim mesma, sem esforços, como a autoridade do pai de família. (TOCQUERVILLE, 2005, p. 188)

García-Pelayo (1993), ao analisar as conclusões de Alexis de Tocquerville, apresenta a seguinte análise crítica:

Essa doutrina da duplicidade da soberania e dos Estados estava em contradição com a doutrina da unidade do Estado e, em conexão com ela, com a da indivisibilidade e exclusividade atribuídas à soberania. Portanto, e partindo dessas premissas, as seguintes posições foram possíveis: a) negar, seja a realidade do Estado Federal, seja a dos Estados Membros; b) não considerar a soberania como uma nota essencial do Estado; c) admitir um terceiro termo que englobe ambos. (GARCÍA-PELAYO, 1993, p. 222, tradução nossa)¹⁰.

O decurso do tempo, com a resolução dos conflitos internos que surgiram em razão da teoria da cosoberania ou dupla soberania (inclusive a Guerra de Secessão), como bem demonstrou o estudo de Bernard Schwartz (1966), depurou a realidade de que ela não resistiu à unidade do Estado e de sua soberania.

O exercício americano demonstrou a impossibilidade da divisão ou exercício conjunto da soberania. O Governo federal apossou do papel central decisório da federação, passando a intervir na realidade interna, especialmente na vida dos cidadãos no Estado. Por sua vez, os Estados não teriam a liberdade para se insurgirem contra as diretrizes do Governo federal, nem para buscar no exterior situações mais vantajosas aos Estados, sem se desertar e romper o vínculo com o Estado Federal.

A soberania, portanto, repousou exclusivamente na autoridade do Governo federal e aos Estados-membros fora garantida a autonomia, cada vez mais mitigada, para cuidar dos assuntos de interesse da população contida no seu território.

3.2 A união dos Estados para formação do Estado Federal soberano de Georg Jellinek

Jellinek (1954) trata a formação do Estado Federal, primeiramente, como a união de Estados autônomos e soberanos. Para o autor, não é difícil encontrar Estados que viveram em relações mútuas, que em tempos de guerra se apresentam como alianças militares, ou, por meio

¹⁰ Texto original: “Esta doctrina de la duplicidad de la soberanía y de los Estados entraba en contradicción con la doctrina de la unidad del Estado y, en conexión con ella, con la de la indivisibilidad y exclusividad que se atribuían a la soberanía. Por consiguiente, y partiendo de estos supuestos, eran posibles las siguientes posiciones: a) negar, o bien la realidad del Estado Federal, o bien la de los Estados miembros; b) no considerar la soberanía como nota esencial del Estado; c) admitir un tercer término que englobase a ambos”.

de tratados e relações de Direito Internacional, em tempos de paz, outras relações sociais e comerciais (JELLINEK, 1954, p. 555).

De acordo com o conceito de Jellinek (1954), a união de Estados deve ser entendida, em sentido amplo, como “toda relação permanente, entre vários deles, com um fundamento jurídico” (JELLINEK, 1954, p. 556, tradução nossa)¹¹. Neste conceito se incluem toda sorte de tratados internacionais ou relações jurídicas que os Estados estabelecem entre si. Em sentido estrito, a união de Estado deve ser entendida como “uniões permanentes legais destes, com um caráter político [...] que são baseados em um fim de poder estatista, distinguem-se das uniões criadas por tratados administrativos e convenções” (JELLINEK, 1954, p. 557-558, tradução nossa)¹². Nas associações políticas, os Estados encerram parte ou a totalidade de sua existência ou concedem ao membro do agrupamento o direito de determinar as escolhas políticas do Estado ou utilizá-lo para atendimento ao fim comum.

Para Jellinek (1954), no âmbito da Teoria Geral do Estado, os Estados permanecem soberanos sob a premissa da união em sentido estrito, (JELLINEK, 1954, p. 559). E, sob a égide do conceito de união de Estados, se abrigam diversas modalidades, cujas características serão indicadas pelo modelo dos Estados em união e a escolha do instrumento que coliguem os Estados, entre os quais, as uniões monárquicas e a confederação.

O autor alemão define a confederação de Estados como:

A confederação de Estados é a união permanente de Estados independentes, uma união que repousa sobre um pacto pelo qual os Estados se unem para proteger externamente o território da confederação e assegurar a paz interna entre eles. Podem também adicionar a busca de outros fins [que não apenas a paz]. (JELLINEK, 1954, p. 573, tradução nossa)¹³.

Jellinek (1954) afirma que a confederação não diminui a soberania dos Estados confederados. A união, de toda forma, obriga a esses Estados a executar certas funções em comum, de acordo com determinadas circunstâncias. Sob o poder do Estado, que lhe permite decidir unir a outros, está o poder de definir a forma de se administrar assuntos comuns, em especial, relacionados à manutenção da paz. Entretanto, esse poder não seria um poder estadista,

¹¹ Texto original: “*toda relación permanente, entre dos o varios de ellos, con un fundamento jurídico “toda relação permanente, entre dois ou vários deles, com base jurídica”.*”

¹² Texto original: “*uniones permanentes jurídicas de los mismos, con un carácter político (...) que están basadas sobre un fin de potencia estatista, se distinguen de las uniones creadas mediante tratados administrativos y convenciones”.*”

¹³ Texto original: “*La confederación de Estados es la unión permanente de Estados independientes, unión que descansa en un pacto, por el que se unen los Estados con el fin de proteger el territorio de la confederación exteriormente y asegurar entre ellos la paz interior. Puede además añadirse la prosecución de otros fines”.*”

pois não haveria poder de império sobre os Estados da confederação (JELLINEK, 1954, p. 573). Há neste aspecto, da ausência de ingerência recíproca, a diferença crucial entre a confederação e a federação.

Por sua vez, Jellinek (1954) define o Estado Federal, como:

O Estado Federal é um Estado soberano composto por uma variedade de Estados. Seu poder surge da unidade estatista dos Estados membros. É uma união de Direito Público entre Estados, que estabelece uma soberania sobre aqueles que se unem, cujos participantes são os próprios Estados; de modo que, juntos, eles são soberanos, ou melhor, cosoberanos, ao passo que, particularmente, pelo contrário, estão sujeitos a certas obrigações. (JELLINEK, 1954, p. 577-578, tradução nossa)¹⁴.

Pela teoria do publicista alemão, os Estados-membros da federação, após a constituição do Estado central soberano, perdem sua soberania individual. Cabe a constituição definir o poder de atuação dos Estados nos seus órgãos supremos, o que por sua vez representará a própria definição do grau de exercício do poder soberano pelo Estado-membro.

A Constituição é, portanto, elemento essencial da formação do Estado Federal, que pela limitação da soberania do Estado-membro, não poderia ser alterada unilateralmente por ele, mas apenas pela formação de vontade dos Estados-membros, conforme procedimentos e requisitos definidos na própria constituição. Neste sentido, completa Jellinek (1954):

Na medida em que a soberania de um Estado Federal prevalece, os Estados-Membros permanecem estatais. Esta esfera, ou a falta dela de cada um dos dois Estados, conservam suas características de corporações com autonomia administrativa, segundo o tipo de associações municipais, enquanto exercido por seus próprios órgãos para administração de acordo com a lei e sob fiscalização do Estado Federal. (JELLINEK, 1954, p. 577-579, tradução nossa)¹⁵.

O Estado Federal, portanto, surge da união de Estados soberanos, que definem um novo ente que exercerá a soberania em nome de seus membros, que, por sua vez, participarão de seus órgãos de governo. A evolução da migração das competências do ente federal, fará diminuir as características de Estado soberano dos Estados coligados, ainda que preservem a sua autonomia funcional (JELLINEK, 1954, p. 588).

¹⁴ Texto original: “*El Estado Federal es un Estado soberano formado por una variedad de Estados. Su poder nace de la unidad estatista de los Estados miembros. Se trata de una unión de Derecho Público entre Estados, los cuales establecen una soberanía sobre los que se unen, cuyos participantes son los Estados mismos; de suerte que en conjunto son soberanos, o mejor, cosoberanos, en tanto que, tomados particularmente, por el contrario, están sometidos a determinadas obligaciones*”

¹⁵ Texto original: “*En la medida en que prevalezca la soberanía del Estado Federal, pierden los Estados miembros su carácter de Estado. Dentro de esta esfera, o les falta la propia de cada uno de los Estados, o conservan estos el carácter de corporaciones con autonomía administrativa, según el tipo de las asociaciones municipales, en tanto que estas ejercen por sus propios órganos la administración según las leyes y bajo la inspección del Estado Federal*”

O Estado Federal é soberano e os Estados membros perdem a sua soberania, em potência. Assim, não há limite algum da extensão da competência do Governo Federal, vez que, a inexistência de limite pode ser representada, inclusive, pela supressão integral das características dos Estados particulares, de modo que a federação se converta em Estado Unitário.

3.3 O âmbito da cooperação federativa proposta por Karl Loewenstein

Para Loewenstein (1976), o federalismo funciona como uma das formas de controle do Poder Político e se enquadra nas três formas de controles verticais: o federalismo, o direitos e garantias individuais e o pluralismo. Há uma limitação do poder central pelos Estados-membros e vice-e-versa. Para o autor, após a constituição escrita e a forma republicana de governo, o federalismo se apresenta como a contribuição americana de extrema relevância para a teoria e prática do Estado Moderno (LOEWENSTEIN, 1976, p. 354).

O autor alemão fornece as características que ele entende essenciais ao federalismo. Primeira característica é a distinção da soberania do Estado central, separada dos Estados-membros que antes habitavam a confederação. Neste sentido:

Por meio deste pacto, os Estados membros, até então soberanos, dispensam certas compensações, já que sua existência é protegida por todos os demais membros e gozam das vantagens derivadas da conexão com uma comunidade estatal maior. A organização federal baseia-se na ideia de que a constituição federal estabelece um compromisso entre os interesses da unidade nacional e a autonomia regional, criando, por meio do entendimento racional, um equilíbrio duradouro e benéfico para todos os participantes. (LOEWENSTEIN, 1976, p. 356, tradução nossa)¹⁶.

A segunda característica é o exercício do domínio direto pelo Estado central e suas instituições de todos os cidadãos inseridos no território da federação. A terceira é a distribuição de competências entre os entes federados, pela qual se garante certa independência aos Estados-membros em relação as estruturas do Estado central. A quarta, e por fim, a existência da constituição escrita e formal que definem as relações federais (LOEWENSTEIN, 1976, p. 355-356).

¹⁶ Texto original: “*Por medio de este pacto, los Estados miembros, hasta entonces soberanos, prescinden de ciertos compensados al estar protegida su existencia por todos los otros miembros y gozar de las ventajas que se derivan de la vinculación a una comunidad estatal mayor. La organización federal se basa en la idea de que la constitución federal establece un compromiso entre los intereses de la unidad nacional y de la autonomía regional, creando por medio de la comprensión racional un equilibrio duradero y beneficioso para todos los participantes*”.

Em sequência, Loewenstein (1976) indica que o ponto mais sensível do federalismo é a distribuição de competência, que é a chave da estrutura federal. Ele defende que há um conjunto mínimo e irredutíveis de competências do órgão central, relacionadas em especial a defesa do território, relações exteriores, sistemas nacionais monetários e de pesos e medidas, nacionalidade e relações de comércio entre os Estados-membros (LOEWENSTEIN, 1976, p. 356). Já no século XIX, defendia que havia a ampliação desse conjunto de competências destinadas a tarefas exigidas pelo Estado do bem-estar social.

A inovação na teoria de Loewenstein (1976) é a indicação de uma zona intermediária de competências concorrentes, a serem desempenhadas tanto pelo Estado central como pelos Estados-membros:

A demarcação de poderes entre a Federação e os Estados-membros é realizada nas constituições federais, seja listando as funções atribuídas à Federação ou aos Estados-membros (princípio da enumeração), criando uma zona intermediária de competências concorrentes que podem ser subsequentemente determinada, seja atribuindo aos Estados-Membros ou à Federação as tarefas não enumeradas (cláusula de reserva ou residual). (LOEWENSTEIN, 1976, p. 356, tradução nossa)¹⁷.

Em contraposição ao Estado Unitário, o Estado Federal é marcado por uma pluralidade territorial, no qual diferentes atividades políticas estão distribuídas entre o Governo central e os membros. A amplitude das competências submetidas a concorrência e a inexistência de uma definição objetiva no texto constitucional apresentará problema a ser enfrentado pelos Estados federais. Na inexistência de firme demarcação constitucional, caberá aos Tribunais Constitucionais dirimir as controvérsias resultantes das regras de competência, como ocorreu nos Estados Unidos. Em qualquer método de resolução de conflito, na opinião de Loewenstein (1976), a realidade da vida federal imporá a prioridade do Estado central (LOEWENSTEIN, 1976, p. 358).

Loewenstein (1976) também critica a teoria da dupla soberania. Para o autor, a concepção é falsa e perigosa, além de ser uma das causas da Guerra de Secessão americana. No Estado Federal existe apenas a soberania do Estado central, que absorveu a soberania dos Estados-membros, eventualmente existentes em período de confederação:

¹⁷ Texto original: “*La demarcación de las competencias entre la federación y los Estados miembros se lleva a cabo en las constituciones federales, bien enumerando las funciones asignadas a la federación o a los Estados miembros (principio de enumeración), creándose una zona intermediaria de competencias concurrentes que podrá ser subsiguientemente determinada, bien asignando a los Estados miembros o a la federación las tareas no enumeradas (clausula de reserva, o residuaria)*”.

A distribuição do poder estatal em uma organização federal não pode ser equiparada a um sistema de dupla soberania. Do ponto de vista da distribuição de poder, a organização federal propõe e consegue proteger os direitos dos Estados-membros - e tão efetivamente quanto é compatível com a soberania do Estado central - contra uma usurpação e absorção inconstitucionais por parte do central, assim como a proteção do Estado central contra a interferência inconstitucional dos Estados-membros nos domínios que lhe são atribuídos pela competência exclusiva. (LOEWENSTEIN, 1976, p. 358, tradução nossa)¹⁸.

A distribuição de poder no âmbito da federação encontra ressonância na organização do Estado Federado. As federações têm mantido a posição de igualdade entre os Estados-membros na câmara alta do Estado Federal, de forma que os membros participem das decisões políticas fundamentais e nas decisões pela a edições de leis que impactaram em toda a federação.

Loewenstein (1976) relembra que, em alguns Estados federais, essa composição auxilia na escolha do Presidente da República, como nos Estados Unidos e Alemanha (LOEWENSTEIN, 1976, p. 359). Também em razão da participação dos Estados-membros em condições igualitárias no Senado, eles podem participar do processo de repactuação da federação, por meio dos processos de emendas constitucionais.

A distribuição de competências, para Loewenstein (1976), é elemento essencial dentro do federalismo, que decorre da absorção da soberania dos Estados-membros pelo Poder Central (LOEWENSTEIN, 1976, p. 360). A própria separação das competências do Governo central, no âmbito dessa absorção de soberania, fará surgir uma zona de competências a serem exercidas conjuntamente por ambos. Haverá ainda, como desdobramento da transferência da soberania, a necessidade de se acomodar os interesses dos Estados-membros na formação da vontade política da federação. Portanto, no âmbito da competência concorrente também se acomodará os interesses dos Estados-membros, demissionários da soberania quando da formação do Estado Federal.

3.4 A Teoria da descentralização do Estado (ordem jurídica) de Hans Kelsen

A Teoria do Estado de Kelsen (2005), parte da premissa que o Estado é uma ordem jurídica. Há, portanto, uma unidade entre Estado e Direito (KELSEN, 2005, p. 261).

¹⁸ Texto original: “*La distribución del poder estatal en una organización federal no puede ser equiparada con un sistema de doble soberanía. Desde el punto de vista de la distribución del poder, la organización federal se propone y consigue proteger los derechos de los Estados miembros – y de una manera tan eficaz como sea compatible co la soberanía del Estado central – contra una usurpación y absorción anticonstitucional por parte del Estado central, así como la protección del Estado central frente a las intromisiones anticonstitucionales de los Estados miembros en los dominios asignados a su exclusiva competencia*”.

Segundo o teórico, “o Estado como pessoa jurídica é uma personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica nacional que constitui essa comunidade” (KELSEN, 2005, p. 262). Por não existir um Direito absoluto, ele é percebido (experiência empírica) na forma de ordens jurídicas nacionais, as quais imputam atos a agentes específicos que executam as ações do Estado. Neste sentido:

São atos do Estado não apenas as ações humanas por meio das quais se executa a ordem jurídica, mas também as ações humanas por meio das quais se cria a ordem jurídica, são não apenas os atos executivos, mas também os atos legislativos. Imputar uma ação humana ao Estado, como a uma pessoa invisível, é relacionar uma ação humana como ação de um órgão de Estado à unidade da ordem que estipula essa ação. (KELSEN, 2005, p. 276-277)

O Estado, por sua vez, se organiza de forma centralizada e descentralizada, que constituirão ordens jurídicas diferentes. Os problemas relacionados sobre a forma de organização (centralizado ou descentralizado) serão problemas, dessa forma, de validade da norma jurídica (KELSEN, 2005, p. 433), considerando o território de sua incidência (aspecto estático) e os órgãos que as criam ou aplicam (aspecto dinâmico). Disso decorre que, na ordem jurídica centralizada todas as normas são válidas para todo o território do Estado, enquanto na ordem jurídica descentralizada as normas que possuem esferas territoriais de validades diferenciadas (KELSEN, 2005, p. 434).

Como abstrato teórico, sob a análise do aspecto estático, a centralização e descentralização podem ser totais, mas a realidade não permite a sua existência. Na centralização total, todas as normas seriam válidas para todo o território, sem possibilidade da existência de normas locais para determinados fatos. Por sua vez, na descentralização total haveria apenas as normas locais, o que não poderia se concretizar, sob pena de se ter a desagregação do Estado, sendo que, pelo menos a norma fundamental deva ser válida para o território inteiro (KELSEN, 2005, p. 437).

No aspecto dinâmico, a centralização costuma estar associada a único indivíduo que crie e aplique as normas para toda porção do território, enquanto na descentralização, o aspecto dinâmico possui maior relevo, quando se pensa sob a pluralidade de indivíduos que criem e apliquem as normas em porções diferenciadas do território:

Observa-se certa inclinação em se falar de descentralização sempre que há uma pluralidade de órgãos criadores de normas, sem levar em conta as esferas territoriais de validade das normas criadas por esses órgãos. Quando assim o fazemos, o termo ‘descentralização’ adquire um significado dinâmico, totalmente distinto do seu significado estático. (KELSEN, 2005, p. 440-441).

A adoção, considerando o aspecto estático (validade territorial da norma), da centralização e descentralização pode estar vinculada a história da organização do Estado. Contudo, no aspecto dinâmico (validade funcional da norma), é preferível a adoção da descentralização. Para Kelsen (2005), “será preferível ter diferentes indivíduos atuando como órgãos criadores de Direito das diferentes ordens parciais e, desse modo, evitar a união pessoal dos órgãos de diferentes ordens” (KELSEN, 2005, p. 442).

Como pode ser percebido, há nítida relação entre a forma de governo democrático com a forma de organização do Estado descentralizado, considerando o aspecto dinâmico. A forma de governo democrático pode ser descrita, então, como método de criação de normas descentralizados sob o aspecto dinâmico, pois, na democracia, as normas são criadas pela pluralidade de indivíduos, e esses órgãos criadores do Direito estão distribuídos sobre todo o território de validade da ordem jurídica (KELSEN, 2005, p. 443).

Por sua vez, a democracia pode ser centralizada ou descentralizada, no sentido estático, apesar de mais próxima da ideia de descentralização, uma vez que a democracia se vincula ao conceito de autodeterminação:

A democracia exige a conformidade máxima entre a vontade geral expressa na ordem jurídica e a vontade dos indivíduos sujeitos à ordem; por essa razão, a ordem jurídica é criada pelos próprios indivíduos por ela obrigados, de acordo com o princípio da maioria. A conformidade da ordem à vontade da maioria é o objetivo da organização democrática. [...] Para se diminuir a possível contradição entre o conteúdo da ordem jurídica e a vontade dos indivíduos a ela sujeitos, para que se chegue o mais próximo possível do ideal de democracia, pode ser necessário que, sob certas circunstâncias, certas normas da ordem jurídica sejam válidas apenas para certos territórios parciais e sejam criadas apenas pelo voto majoritário dos indivíduos que vivem nesses territórios. (KELSEN, 2005, p. 445-446).

O Estado Federal, por sua vez, será distinguido do Estado unitário e da Confederação de Estados, como união internacional de Estados, apenas pelo grau de descentralização (KELSEN, 2005, p. 451). Terá uma descentralização maior do que o Estado unitário, contudo, com um grau ainda compatível com uma comunidade jurídica constituída por um Direito nacional. Assim, será composto por normas centrais válidas para o território inteiro e por normas locais válidas apenas para a porção do território que originou a norma local.

Para Kelsen (2005), o Estado Federal total é formado por uma ordem jurídica central, que abarca todos os indivíduos residentes dentro do Estado Federal, que constitui o “Estado Federal”, como comunidade jurídica total parcial e por comunidades jurídicas parciais, abrangendo normas locais aplicáveis aos indivíduos residentes dentro dos territórios parciais (KELSEN, 2005, p. 452). Dessa forma, o Estado Federal total, a comunidade jurídica total, é

constituída por duas parcelas: uma comunidade jurídica central e por várias comunidades jurídicas parciais.

Cada indivíduo da sociedade, portanto, pertence simultaneamente, a um Estado componente (Estado-membro) e a uma federação (União/Governo Federal).

A autonomia dos Estados componentes é garantida pela possibilidade da instituição da sua própria Constituição, como capacidade máxima de descentralização dinâmica sem descaracterizar a unicidade do Estado vinculado pela norma fundamental. Apesar de vinculados a certos princípios da Constituição federal, o estabelecimento da Constituição e de suas modificações podem ser realizadas apenas pelos indivíduos que compõe aquela comunidade.

A descentralização dinâmica do Estado Federal também fornece a autonomia para o exercício das competências judiciárias e executivas. Ainda que submetidas à descentralização, remanesce o vínculo do Estado, de forma que o Tribunal supremo possui competência conflitos entre Estados componentes. Igualmente, o Executivo central é investido de poder para executar sanções contra indivíduos inseridos no território total, mas também contra os Estados componentes (KELSEN, 2005, p. 456).

Portanto, o Estado Federal é formado do conjunto de ordens jurídicas, uma federal e várias locais. Decorre da descentralização estática, mantendo-se, no mínimo, a norma fundamental, aplicável a todo território, que deve unir os componentes jurídicos para se permitir a existência de único Estado. Decorre igualmente da descentralização dinâmica, visto a pluralidade de indivíduos que podem constituir e modificar o Direito para abrangências diferentes do território. Contudo, a totalidade da norma fundamental e do ordenamento jurídico nacional indicará a existência de órgãos centrais com atribuição de impor sanções aos componentes para manter a integralidade do Estado.

4 A FORMAÇÃO DA EXPERIÊNCIA FEDERAL BRASILEIRA

A nação brasileira, ao contrário, dos Estados americanos e alemães, nunca vivenciou maior grau de autonomia dos seus entes internos. Durante o período colonial (1500-1822), esteve sob o domínio da Coroa Portuguesa e com mandatários responsáveis pelo controle de todo território. Viveu na Monarquia (1822-1889), o Estado Unitário, inspirado nos impérios europeus. Adotou-se o regime federal apenas com a Proclamação da República, muito mais por ter seus idealizadores sido inspirados na formação da República dos Estados Unidos da América e na necessidade de contraposição ao antigo regime, do que por uma necessidade histórica ou política interna.

Apesar da inspiração americana, entre Estados Unidos e Brasil, não há quase nenhuma coincidência histórica de formação das duas nações. Guardam a semelhança apenas no fato de terem sido colônias de potências europeias, mas muito se distinguem na forma da declaração de independência e na formação dos Estados que sucederam o período colonial. Farias (1999) destaca:

O primeiro ponto que se pode apresentar a respeito do Estado Federal Brasileiro é que o Brasil não tem acentuadas tradições federativas, como seria o caso dos EUA. Tivemos um período monárquico, em que vigorava o Estado unitário, e, após a independência, o grau de autonomia dos Estados-membros nunca assumiu proporções equiparáveis às existentes nos Estados de federalismo mais desenvolvido. (FARIAS, 1999, p. 98).

O modelo federal brasileiro foi instituído como determinação do poder central. Em conjunto com a Revolução (ou Golpe de Estado), que extinguiu o regime monárquico, foi expedido o Decreto nº 1º, de 15 de novembro de 1889, estabelecendo a república, organizada em forma de federação, acolhendo os ideais dos partidários pela mudança de regime (FARIAS, 1999, p. 101). A descentralização administrativa vivida no período do segundo reinado, fora transformado, de imediato em Estados autônomos, submetidos ao Poder Central:

Art. 7º. Sendo a República Federativa Brasileira a forma de governo proclamada, o Governo Provisório não reconhece nem reconhecerá nenhum governo local contrário à forma republicana, aguardando, como lhe cumpre, o pronunciamento definitivo do voto da nação, livremente expressado pelo sufrágio popular.

Art. 8º. A força pública regular, representada pelas três armas do Exército e pela Armada nacional, de que existam guarnições ou contingentes nas diversas províncias, continuará subordinada e exclusivamente dependente do Governo Provisório da República, podendo os governos locais, pelos meios ao seu alcance, decretar a

organização de uma guarda cívica destinada ao policiamento do território de cada um dos novos Estados. (BRASIL, 1889).

A República inaugurada em 15 de novembro de 1889 transformou antigas divisões administrativas da monarquia em Estados-membros da federação. Horta (2010) explica que no ato de transformação, os novos Estados foram investidos com efetiva soberania para elaborar seu texto constitucional e eleger seus representantes (HORTA, 2010, p. 333). Passados apenas cinco dias, novo Decreto do Governo provisório reservou ao Governo Federal o direito de restringir, ampliar e suprimir qualquer das atribuições delegadas aos Governos estaduais (HORTA, 2010, 334).

Em junho de 1890 sobreveio o Decreto nº 510, que configurou os termos da autonomia dos Estado-membros. Mantendo as limitações a serem impostas pelo Governo Provisório, a autonomia dos Estados-membros era indicada pela “capacidade de auto organizar-se, pelo exercício do poder constituinte, e a de construir, além do ordenamento constitucional, o ordenamento jurídico ordinário, mediante o exercício da atividade legislativa” (HORTA, 2010, p. 335).

O debate para a preservação da soberania dos Estados-membros continuou no Congresso Constitucional, responsável por elaborar a primeira constituição da República. Enquanto Ministro da Fazenda e principal interlocutor do novo governo, Rui Barbosa fora um dos defensores da submissão dos Estados-membros ao Governo Federal, eliminando a suas soberanias e indicando os traços da autonomia dos Estados-membros, sempre pautado pela própria evolução da teoria federalista nos Estados Unidos da América, em especial no papel de sua Corte Suprema:

O objetivo do Ministro da Fazenda do Governo Provisório era mostrar que os ultrafederalistas, acastelados no princípio de soberania dos Estados, desconheciam a evolução do federalismo norte-americano, trabalhada pela ação ‘reconstituinte de seu Poder Judiciário’. Aludindo aos problemas financeiros do federalismo, quando predominava o gosto pelos seus problemas políticos e jurídicos, chamava a atenção para a nova tendência que se acentuava nos Estados Unidos: a distribuição dos impostos nas mãos do Governo Federal, a fim de incumbi-lo de os repartir entre os Estados. (HORTA, 2010, p. 337).

A autonomia estadual, que fora prevista no texto da Constituição de 1891, não divergiu materialmente do que fora estabelecido nos decretos do Governo provisório. A autonomia dos Estados era representada pela capacidade de auto-organização, fonte da atividade constituinte, e a atividade legislativa ordinária. Limitava-se pelos poderes enumerados da União, explicitamente indicados no texto constitucional, e implicitamente deduzidos da Teoria dos

poderes implícitos (HORTA, 2010, 339). A autonomia dos Estados-membros, portanto, dependia inteiramente da Constituição Federal e era por ela descrita e limitada, ao contrário da formação do federalismo americano, no qual parte da soberania dos Estados, mas que se originava deles, fora renunciada em prol da formação do Governo central.

Ainda, assim, a federação brasileira viveu no período da República Velha o maior grau de autonomia dos Estados-membros na história republicana. Parte desta ampla autonomia era consequência da descrição vaga e imprecisa dos princípios constitucionais da União. A redução da autonomia dos Estados-membros se iniciou paralelamente ao prenúncio do fim da República Velha. A Revisão Constitucional de 1926 inicia o processo de “declínio formal e jurídico da plenitude do Estado-membro” (HORTA, 2010, p. 375).

O processo revolucionário de 1930 submeteu a Constituição Federal e as Constituições Estaduais aos atos do Governo Provisório e a autonomia dos Estados-membros foi efetivamente cassada pelo ocupante do poder. A legislação do Governo provisório passou a se intrometer nos atos mais internos dos Estados e Municípios (HORTA, 2010, p. 377), inclusive na forma pela qual se organizavam em suas descentralizações administrativas. Na prática, o Governo Provisório de 1930 reinstituíu o Estado Unitário.

A autonomia foi retomada, mesmo sem o apogeu na forma do federalismo brasileiro da República Velha, na breve Constituição de 1934. A autonomia dos Estados-membros mantinha-se contida pelos princípios constitucionais enumerados. Inspirados pela Constituição da Áustria, de 1920, os constituintes introduziram uma série de competências concorrentes, que se resumiram em instrumento compensatório pela ampliação dos poderes da União e dos princípios constitucionais enumerados.

A nação ainda viveria dois períodos de governos autoritários, de 1937-1945 e 1964-1985. Nestes períodos, o Governo Federal repetia os instrumentos de dominação dos poderes estaduais e municipais. Nomeações de interventores, alteração das estruturas internas, entre outros atos de poder que suprimiam qualquer autonomia estadual. Sobre texto constitucional de 1967, o Horta (2010) ensina que:

A Constituição Federal aproximou-se da Constituição Total. A autonomia constitucional do Estado reduziu-se ao exercício passivo das normas de reprodução, através do processo mecânico de transplantação para a Constituição do Estado das regras preexistentes da Constituição Federal. O ordenamento autônomo tornou-se, em grande parte, ordenamento derivado, com sacrifício do poder de auto-organização do Estado. (HORTA, 2010, p. 413).

A federação veio a ser novamente organizada com a Constituição da República de 1988. Restabeleceu-se a autonomia dos Estados, nos termos da primeira constituição republicana, bem como garantiu a participação dos Estados no processo de formação legislativo em padrões superiores aos temas residuais com o reestabelecimento das competências legislativas concorrentes. Garantiu igualmente autonomia aos Municípios, elevando-o a entes federados e imprimindo forte marca assimétrica à federação brasileira.

O modelo federal brasileiro teve sua origem de formação centrífuga, cuja distribuição do poder se originava do centro e irradiou-se para as extremidades. Nos quase cento e trinta anos da federação brasileira, houve o interregno por três períodos de Governos autoritários (1930-1934; 1937-1945; 1964-1985) que totalizam em 37 anos (considerando os períodos das Assembleias Constituintes) nos quais a federação fora reduzida a mero instrumento retórico e o Estado efetivamente organizado como Estado Unitário. Mesmo nos períodos de vigência do Estado Federal, com exceção ao período inicial, há sempre a marca do forte da União e a limitação da autonomia dos Estados-membros. Em definitivo, a marca federal brasileira é da centralização administrativa e governamental, pela concentração dos poderes na União.

É de se destacar, igualmente, a forte influência dos modelos estrangeiros na formação da federação brasileira. A federação americana influenciou o texto e os debates da primeira Constituição Republicana de 1891. Depois os constituintes nacionais da Constituição de 1934 absorveram a influência da Constituição da Federação da Áustria, especialmente com a introdução no texto brasileiro das competências concorrentes. Por fim, absorvemos forte influência da Lei Fundamental de 1949 da Alemanha, cuja sistematização das competências comuns e concorrentes foi parcialmente repetida na Constituição da República de 1988.

4.1. A elevação do Município a ente federado e o federalismo assimétrico brasileiro

A Constituição de 1988 foi responsável igualmente por imprimir uma marca assimétrica no federalismo brasileiro. Ao colocar os municípios, na já difícil distribuição de competências materiais e legislativas, o modelo brasileiro rompeu com a sistemática do federalismo clássico, de formato simétrico.

Baracho (1986) destaca que a simetria se refere ao exame de como os Estados membros se comportam no sistema federal (BARACHO, 1986, p. 58). Nesta perspectiva as relações de Estado serão simétricas se as relações entre o Governo federal e os Estados forem ditadas em termos de direito, poderes e decisões judiciais. Os membros são coordenados e independentes.

Atento nas lições de Kelsen, Horta (2010), indica que o federalismo simétrico se caracteriza pela existência do ordenamento jurídico central e dos ordenamentos jurídicos parciais, organizados pela Constituição total, da qual decorre as regras de repartição de competência (HORTA, 2010, p. 460).

Dentro da concepção do Estado Federal simétrico, existem características particulares que podem ser adotadas pelas realidades jurídicas nacionais. Maior intensidade das normas federais ou das normas estaduais, hipóteses limitadas de intervenção federal, limites da atuação do Tribunal Federal, são variações que a Constituição poderá adaptar à realidade cultural, econômica e social do país, sem que ocorra a perda da simetria federal.

Por sua vez, o federalismo assimétrico poderá se revelar no aspecto fático ou no aspecto normativo. Como exemplo de assimetria fática, Horta (2010) indica o uso frequente da intervenção federal, medida sempre considerada excepcional pela Constituição, durante o período da República Velha no Brasil (1891-1930). Sobre o aspecto normativo quando a própria Constituição imprime caráter assimétrico, desvinculando do formato simétrico do federalismo clássico (HORTA, 2010, p. 463).

Para o professor mineiro, é no federalismo simétrico “que reside a vitalidade do federalismo e a atração que o sistema federal exerce na concepção de formas organizatórias mais avançadas, no plano supraestatal da Comunidade e no espaço territorial mais amplo das federações continentais” (HORTA, 2010, p. 463).

A incorporação da assimetria no modelo brasileiro, contudo, decorre da imposição constitucional, desacompanhada de movimento político ou econômico que reclamasse a necessidade de descentralização do poder central e transferência da política para a periferia. Resulta, assim, em desequilíbrio das forças federativas, enfraquecendo os Estados e reclamando maior atuação da União, sob o aspecto normativo e financeiro.

Na linha da exposição, realçamos a crítica de Horta (2010) sobre o formato assimétrico do modelo brasileiro:

O Estado Federal [...] não é constituído pela associação de quaisquer coletividades. O Estado Federal é uma federação de Estados e não, de Estados e Municípios. A Constituição Brasileira consagrou assimetria que não obteve adoção em outro texto do federalismo constitucional contemporâneo. (HORTA, 2010, p. 465).

Sob o aspecto político-normativo, os Municípios, com a Constituição de 1988, passaram a ter autonomia, entendida como a possibilidade de se auto organizar. Para Farias (1999), a competência legislativa do município é mínima e rigidamente estabelecida, embora não esteja

explicitada no texto constitucional (FARIAS, 1999, p. 296-297). Os limites da competência municipal estão implicitamente inseridos no conceito de interesse local (art. 30, I).

Ao contrário da opinião de Farias, Clark (2001) indica que no federalismo cooperativo, a Constituição de 1988 concedeu mais poderes aos Municípios (p. 86-87). Em comparação aos textos anteriores, ampliou significativamente a autonomia dos Municípios, mas fora insuficiente em razão da dependência econômica deste com a União (p. 87). Assim, conclui o autor:

Apesar de determinada pela Constituição de 1988, em face do nosso passado recente, a autonomia municipal está bem-aquém das necessidades do Poder Local e dos cidadãos, não passando, às vezes, de letra morta e fria da Carta Política, conforme dissemos. Mesmo assim, não podemos deixar de constatar que a Constituição Federal de 1988 avançou em matéria de autonomia municipal, quando aumentou os poderes e as competências legislativas e administrativas das Comunas para atuar no tecido social, inclusive na normatização do domínio econômico. (CLARK, 2001, p. 89)

A definição da competência municipal depende de sucessivas análises, que envolvem a exclusão de demais competências exclusivas e posteriormente a limitação do interesse. Horta (2010) explica que, para definição da competência do Município, primeiro busca-se identificar se a matéria está restrita à competência privativa da União ou de competência dos Estados conforme definido pela Constituição da República (HORTA, 2010, p. 244). Nas matérias exclusivas, não há espaço para atuação do Município, ainda que voltado para o interesse local, estabelecendo a constituição limites à atuação municipal:

A Constituição da República, como responsável pela atribuição de competências incluiu na competência da União e dos Estados matérias que irão condicionar a atividade legislativa do Município, seja para inibi-la, quando se confere matéria à União e ao Estado, com exclusão do Município, seja para submeter a legislação local aos princípios e normas primariamente revelados pelo ordenamento-matriz. (HORTA, 2010, p. 244).

O Federalismo permite a manutenção de forças contraditórias de integração na diversidade, com a distribuição de poder autônomo em grande porção territorial. Essa é a lição de García-Pelayo (1993), para o qual: “o pressuposto da existência e permanência do Estado Federal é a presença desses momentos contraditórios: coesão e particularismo, que dependem de uma série de fatores extraconstitucionais de natureza natural, econômica, social, etc.” (GARCÍA-PELAYO, 1993, p. 218, tradução nossa)¹⁹. O professor argentino complementa:

¹⁹ Texto original: “*supuesto de la existencia y permanencia del Estado Federal es la presencia de esos momentos contradictorios: la cohesión y el particularismo, los cuales dependen de una serie de factores extraconstitucionales de índole natural, económica, social, etc*”.

O Estado Federal depende de uma harmonização da tendência da unidade e da tendência à diversidade, de modo que a acentuação dos poderes da Federação sobre os Estados ou destes em detrimento dos últimos, é uma função da relação entre as duas tendências. (GARCIA-PELAYO, 1993, p. 219-220)²⁰.

Por essa perspectiva, a assimetria do federalismo rompe o equilíbrio fictício de forças e reclama o contrapeso do Governo Central, cuja tendência será sempre pela concentração de poderes. Os Municípios, ainda mais carente de recursos, dependem da distribuição que é feita pelo Governo federal, acatando em troca sempre a determinação daquela autoridade. Ao mesmo tempo, retira dos Estados-membros a força de contrabalancear os poderes da autoridade central.

4.2. A formação do Supremo Tribunal Federal, árbitro da federação brasileira

A história do Supremo Tribunal Federal coincide com a história da República Brasileira. Antes da República, a máquina judiciária era a Portuguesa, e quando da independência, muito da cultura lusitana se incorporou à nova estrutura judiciária. No período colonial, a jurisdição em último grau no território daquele que ainda era um projeto de nação era exercida antes pelo Tribunais de Relação e, após a vinda da Corte Portuguesa ao território nacional fugida das tropas de Napoleão, em 1808, pela Casa de Suplicação no Brasil.

Com a Casa de Suplicação, formou-se o primeiro Tribunal que exercia o controle das decisões dos Tribunais locais. Localizava-se no território do que viria a ser o do Brasil, como país independente, e, assim, “unificava a interpretação do direito sob atmosfera brasileira, embora dele participassem magistrados nascidos em Portugal, lá formados e que, necessariamente aplicavam o direito reinol” (BALEEIRO, 1968, p. 17-18).

Com a independência, proclamada em setembro de 1822, formou-se o Supremo Tribunal de Justiça que funcionou durante todo o período monárquico. Na forma unitária de Estado monárquico, teve papel de unificação dos entendimentos das diversas cortes locais, assim, como o Supremo Tribunal Federal, que o sucedeu na República, mas não possuía as atribuições políticas que esse viria ter na República Federativa.

Destaca-se do nascedouro do Tribunal, a falta de vigor dos juízes, formados sob a ótica do Estado unitário, que pouco se adequavam a formação de um Estado Federal. Baleeiro (1968) ensina que:

²⁰ Texto original: “*El Estado Federal reposa sobre una armonización de la tendencia de la unidad y la tendencia a la diversidad, de modo que la acentuación de los poderes de la Federación sobre los Estados o de éstos a costa de aquélla, es función de la relación entre ambas tendencias*”.

A velha corte Judiciária do Império influenciou na primeira fase do Supremo Tribunal Federal, apenas porque lhe forneceu os primeiros juizes, por via de aproveitamento e espírito de economia. Aproveitamento contraproducente, aliás, porque os juizes da Corte monárquica, já muito idosos e de espírito conservador, como é geralmente o dos magistrados de carreira, foram chamados à missão política, extremamente complexa, e de todo diversa daquela a que se acostumaram em longa e rotineira existência. (BALEEIRO, 1968, p. 19).

O Supremo Tribunal Federal nascido da Constituição de 1891 detinha clara e expressa competência constitucional, inclusive para atuar como árbitro dos conflitos federativos da primeira fase republicana. Para tanto, na sua formação iniciou o controle de constitucionalidade de leis e poderia eliminar do ordenamento as normas dos Estados que ultrapassassem as barreiras que a Constituição. Correa (1987), sobre a primeira fase do Tribunal, explica:

a função constitucional confunde-se com o caráter político de sua atuação no sentido de que o Poder do Estado é poder político e não se pode alhear dos problemas políticos nacionais, nem ignorá-los: pode ser, e certamente será, convocado a apreciar questões ligadas ao exercício da atividade política do governo, quer no sentido amplo, quer no que se relacione com atos que, praticados por ele, representem violações das garantias e direitos individuais. (CORREA, 1987, p. 21).

A corte se deparou com período nefasto durante o governo provisório de 1930, agravado pelo autogolpe de 1937, da Era Vargas. O Decreto n. 19.398, de 1930, apesar de manter o funcionamento do Poder Judiciário, suspendia as garantias constitucionais e excluía da apreciação judicial os decretos e atos do Governo Provisório e Intervenções locais (CORREA, 1987, p. 10). Na carta política de 1937, vedou-se ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas, mantendo-se, contudo, parte da competência constitucional (CORREA, 1987, p. 13).

Foi Getúlio Vargas, inclusive, o chefe do Executivo a nomear mais ministros para o Supremo Tribunal Federal. Durante todo o seu período de Governo, que envolvem dois períodos, de 1930 a 1945 e 1950 a 1954, encerrado antecipadamente pelo seu trágico suicídio, Vargas indicou 21 ministros ao STF²¹.

O STF voltou a viver outro momento sombrio com o Golpe Militar de 1964. Para permitir o controle do Executivo sobre a corte, o Tribunal passou a contar com dezesseis Ministros, garantindo as vitórias do interesse do Presidente e do Governo nas votações. O controle sobre a corte foi enrijecido com a promulgação do Ato Institucional nº. 05/1965. O AI

²¹ Dados sobre as nomeações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal está disponível em: <http://www.stf.jus.br/porta/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=quadro>. Acessado em 01 de ago. 2017.

n. 5 suspendia as garantias constitucionais da vitaliciedade, da inamovibilidade e estabilidade dos juízes e aposentou compulsoriamente os Ministros Victor Nunes Leal, Evandro Lins e Silva e Hermes Lima (CORREA, 1987, p, 17).

Já em 1969 a composição do STF foi retomada para 11 ministros. Ainda sob a égide do governo autoritário, no período após 1969 o papel político da corte foi drasticamente reduzido. Contudo, é nesse período que se consolidou o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Mendes e Branco (2017) ressaltam que “é claro que o perfil autoritário do Governo acabou por inibir a utilização dessa ação direta contra as leis federais, especialmente no Supremo Tribunal, que legitimara o poder discricionário do Procurador-Geral no exercício dessa prerrogativa” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1.031).

A Constituição da República de 1988 manteve a estrutura e composição do Supremo Tribunal Federal. Reduziu-se, contudo, parte de sua competência com a criação do Superior Tribunal de Justiça, que também absorvia as competências e estruturas do extinto Tribunal Federal de Recursos.

A corte tem passado desde a promulgação da Constituição por um intenso processo de objetivação do controle de constitucionalidade, em especial, pela ampliação do rol de legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, da Constituição de 1988) e a criação de outros instrumentos de controle direto de constitucionalidade como a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102 c/c EC nº. 03, da Constituição de 1988), a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 103, §1º, da Constituição de 1988) e a reclamação constitucional associada com as súmulas vinculantes (art. 102, I, I, e art. 103-A, da Constituição de 1988).

É, entretanto, o seu papel político que ganhou intenso destaque após a Constituição da República de 1988. O Supremo tem sido comumente chamado a desempenhar o seu papel político no equilíbrio das instituições e controle do poder frente a defesa de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Essa atuação política, como fonte do Poder do Estado, decorre do próprio texto constitucional. A Constituição é em si um instrumento político, que se vincula “a certa concepção ou filosofia de vida social e humana, elegendo-se como a melhor ou menos defeituosa” (BALEEIRO, 1968, p. 101). Em especial, a Constituição da República de 1988 determina a manutenção da República, una e indivisível, organizada sob a forma de Estado federal (art. 1º), que defende a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho (art. 1º, IV c/c art. 170) e determina o desenvolvimento sustentável (art. 170, VI c/c art. 225).

A Constituição outorga ao Supremo Tribunal Federal a defesa desses valores e princípios, ainda que contra os abusos cometidos pelo Executivo ou Legislativo. Está entre as funções gerais da corte a defesa das garantias e direitos fundamentais contra qualquer medida contrária a esses fundamentos pelo governo central ou pelos governos locais e a declaração de inconstitucionalidade das leis locais ou federais que contrariem a Constituição.

Para Vieira (1994), o Supremo Tribunal Federal ocupa um duplo papel no sistema jurídico constitucional brasileiro, pois “detém competência recursal máxima, podendo rever decisões dos demais tribunais, face sua incompatibilidade com a Constituição. Exerce também a função de tribunal constitucional, ao apreciar, de forma concentrada, as ações diretas de inconstitucionalidade” (VIEIRA, 1994, p. 139). É no controle concentrado, em especial em decorrência da ampliação do rol dos legitimados a propor a ação direta ao STF, que se observa a transformação do Tribunal “numa arena jurídico-política mais aberta à demanda de diversos setores políticos, sociais e corporativos” (VIEIRA, 1994, p. 140). Sobre a ampliação do rol de legitimados, Vieira (1994) opina:

A ampliação do rol de legitimados a provocar o Supremo, por via de ação direta, é um grande avanço em relação a situação de monopólio encontrada no sistema anterior. Na esfera da União passa a haver uma maior possibilidade de controle intra-órgãos. O funcionamento do sistema constitucional democrático exige não apenas um controle vertical do poder, mas também um controle horizontal, entre os diversos setores e grupos que ocupam o poder. (VIEIRA, 1994, p. 93).

Em seu papel político, o STF não se afasta, contudo, do papel de árbitro dos conflitos entre os Estados-membros e entre esses e a União. Ao contrário, o exercício deste papel de árbitro possui clara conotação política, ou seja, o STF atua como partícipe da escolha do modelo de Estado e das condições de vida da sociedade, de modo a efetivar a vida boa, de acordo com a ideologia constitucional adotada.

4.3. As regras de competência na Constituição da República de 1988

A Constituição da República de 1988 abandonou em definitivo com o federalismo dual, incorporando novas tendências de repartição de competências do federalismo cooperativo, fortemente influenciado pelo federalismo alemão. Em comparação com os textos constitucionais que a precedeu, ampliou o rol de matérias sujeitas à legislação concorrente.

No âmbito do ampliado rol de legislação concorrente, abriga a competência da União para o estabelecimento de normas gerais e aos Estados a competência para suplementar a legislação federal.

Como alinhavado nos capítulos precedentes, incorporando o caráter assimétrico ao dotar os Municípios de autonomia (art. 18, CR/1988), entendida como a capacidade de se proverem de organização político-administrativa e normativa. Por tratar de suas competências em capítulo próprio, Horta (2010) entende que o Município não participa da repartição federal de competências (HORTA, 2010, p. 316). A posição do constitucionalista reduz sobremaneira as potencialidades normativas dos Municípios.

Respeitando a posição de Horta (2010), contudo, consideramos que a competência dos Municípios integra o rol de competências da constituição da República. Dessa forma, as competências constitucionais se subdividem no texto constitucional entre os artigos 21 a 25 e 30:

- a) competências exclusivas executivas da União (art. 21): correspondem as ações executivas destinadas ao Governo Central, cuja liderança é exercida pelo Presidente da República. São competências materiais, extensos poderes destinados a União.
- b) competências privativas legislativas da União (art. 22): correspondem as matérias sujeitas ao poder legiferante da União, reservado ao Congresso Nacional. Há nítida correspondência entre os poderes materiais da União e a sua competência privativa legislativa. Para romper com a ampla concentração de poderes legislativos da União e inspirados pelo modelo alemão, os constituintes originais previram parágrafo único do artigo no qual se permite a edição de lei complementar para delegar aos Estados legislar sobre questões específicas das matérias enumeradas.
- c) competências comuns entre União, Estados e Municípios (art. 23): preveem ações executivas a serem executadas concomitantemente pelos entes federados, aqui incluídos expressamente pelo texto constitucional os Municípios. Para Horta (2010), “são regras não exclusivas, não dotadas de privatividade e que deverão constituir objeto da preocupação comum dos quatro níveis de Governo, dentro dos recursos e peculiaridades de cada um” (HORTA, 2010, p. 323). Para a execução harmônica e cooperada dos entes no âmbito da competência comum, o parágrafo único prevê a edição de leis complementares (de acordo com a redação da EC nº. 53/2006) que fixarão os âmbitos de atuação dos entes.
- d) competências legislativas concorrentes (art. 24): é a mais refinada e complexa repartição de competência da Constituição brasileira. Discriminam matérias sujeitas a legislação

paralela e concomitante da União e dos Estados. Segundo Horta (2010), a legislação concorrente cria “outro ordenamento jurídico no Estado Federal, o ordenamento misto, formado pela participação do titular do ordenamento central e dos titulares [Estados] de ordenamentos parciais” (HORTA, 2010, p. 324). Os parágrafos indicam as regras de validade das normas criadas no âmbito do ordenamento misto.

- e) Competências residuais dos Estados previstas no art. 25, no sentido de que reserva-se aos Estados as competências que não sejam vedadas pela Constituição.
- f) As competências municipais, legislativas e materiais, estão descritas no art. 30 da Constituição, o que para Horta (2010), não integraria a divisão das competências federais. Garante ao Município capacidade política de organização, sem participação nas distribuições de competências da federação, o que por si só tornaria as normas municipais sempre irregulares se colocadas em colisão com normas federais e estaduais.

As competências dos Municípios, com suas particularidades, serão avaliadas no detalhamento dos conflitos federativos nos capítulos seguintes.

5 CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS E ELEMENTOS DO ESTADO FEDERAL

Definir as características do Estado Federal permitirá a indicação das regras (normas e princípios) que deverão ser aplicados à realidade daquele modelo estatal enquadrado no conceito. E a partir deste ponto, confirmar as técnicas até então utilizadas, alterar para se aplicar as regras adequadas à realidade ou indicar novas regras a serem aplicadas à nova realidade.

Visto deste modo, este capítulo possui um duplo objetivo. Primeiro busca-se definir as características essenciais do Estado Federal. Posteriormente, intenta-se na construção de um conceito contemporâneo que busque definir as características do Estado Federal.

Estado Federal possui característica principal que o distingue da confederação, união de Estados, e do Estado unitário: a soberania do poder central e a autonomia, como forma de auto-organização, de seus membros. No Estado Federal se forma, assim, conforme destacou Kelsen, um conjunto de ordenamentos paralelos, sem relação de hierarquia entre eles.

Por essa razão, a soberania do governo central e a autonomia dos Estados-membros é o elemento central caracterizador e de distinção da forma de Estado Federal.

Inspirado na lição de Baracho (1986), temos, ao menos, três características que decorrem do elemento principal da soberania, que trataremos como secundárias: (1) a repartição de competências entre o Governo central e os Estados-membros, decorrente da descentralização estática da forma federal; (2) a participação dos Estados-membros na formação dos órgãos de decisão central da federação; e (3) a igualdade entre os membros da federação, da coletividade de Estados, que poderão igualmente consistir seus órgãos internos, sendo que os dois últimos itens decorrem da descentralização dinâmica da federação (BARACHO, 1986, p. 46). A delimitação de características essenciais encontrará, naturalmente, divergências teóricas e principiológicas. É o próprio Baracho (1986) que nos alerta:

Nem sempre uma definição consegue apontar todas as particularidades de uma instituição, principalmente quando ocorre a pretensão de uma formulação de Teoria Geral que possa absorver todos os componentes vinculados aos aspectos possíveis do tema questionado. (BARACHO, 1986, p. 47).

Além da característica primária, das características secundárias, entendemos pela existência de dois elementos essenciais ao Estado Federal: a Constituição e a Corte Suprema. A Constituição Federal inaugura o Estado, estabelece as regras de competências e as matrizes para as soluções das crises e conflitos internos. A Corte possui papel de árbitro da Federação,

com papel crucial de eliminar do seio da federação as tensões que poderiam levar a segregação, bem como controlar o impulso centralizador do Governo central.

5.1 A característica primária de distinção do Estado Federal: soberania e autonomia

As teorias da dupla soberania e da cosoberania foram caducadas pela realidade material da federação americana. Os Estados-membros abdicaram de sua soberania, submetendo-se à vontade do Governo central e, por essa razão, perderam sua característica de Estados soberanos. Baracho Júnior (2008) indica não ser possível falar em soberania partilhada ou dividida, uma vez que existindo dependência jurídica ou se as manifestações políticas são relativizadas, não haveria que se falar em soberania, sem ocorrer em contrassenso (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 125).

Mendes e Branco (2017) indicam que a soberania é elemento do Estado Federal como um todo. Para os autores, a soberania é a expressão da autodeterminação plena, não condicionada a nenhum outro poder externo ou interno (MENDES; BRANCO, 2017, p. 850). Dessa forma, a soberania se concentra na Federação (União), que não depende da anuência integral de seus membros para a tomada de decisão que pode influenciar a vida dos cidadãos.

Os Estados-membros não podem se separar da união e, por essa razão, estarão sempre submetidos à vontade dela. Não se relacionam de forma independente com os demais Estados nacionais, buscando situações mais vantajosas do que aquelas obtidas por outros Estados-membros. Dessa forma, a inexistência de soberania, entendida como a submissão parcial do Estado-membro à Federação, distingue o Estado Federal das confederações, que unidas para propósitos comuns e voluntários, não retiram a soberania de seus integrantes.

A concentração da manifestação política pelo poder central, que exerce a soberania, não implica na inexistência de esferas autônomas de poderes estaduais (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 127). Os Estados-membros possuem capacidade de se autogovernarem e, assim, de expedirem normas nos limites indicados pela autoridade da Constituição. Conforme explicitam Mendes e Branco (2017):

A autonomia importa, necessariamente, descentralização do poder. Essa descentralização é não apenas administrativa, como, também, política. Os Estados-membros não apenas podem, por suas próprias autoridades, executar leis, como também é-lhes reconhecido elaborá-las. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 850)

Ao contrário, portanto, das províncias autônomas no Estado Unitário, os Estados-membros do Estado Federal não apenas executam as normas que decorram da autoridade central, como podem se autogovernar, de modo a criar não apenas regras de aplicação internas, mas verdadeiros ordenamentos jurídicos, com limitação territorial de aplicação.

Por essa razão, a autonomia possui especial relevo no Estado Federal. Horta (2010), após intensa consolidação das teorias em torno do significado de autonomia, delimita o conceito:

A autonomia é, portanto, a revelação da capacidade para expedir as normas que organizam, preenchem e desenvolvem o ordenamento jurídico dos entes públicos. Essas normas variam na qualidade, na quantidade, na hierarquia e podem ser, materialmente, normas estatutárias, normas legislativas e normas constitucionais, sendo a estrutura peculiar e as peculiaridades da ordem jurídica. (HORTA, 2010, p. 332)

A autonomia do Estado-membro na Federação, entretanto, não se limita apenas à capacidade de expedir normas (regras de condutas) com limitação territorial e inseridas nos anteparos da Constituição. A autonomia é princípio do Estado-ordenamento e expressão do poder estatal (BARACHO, 1986, p. 50). Os Estados-membros autônomos conservam certa independência para gerir os seus negócios internos.

5.2 Características secundárias da federação

A escolha pela distinção entre a característica primaz do Estado Federal e demais características não se relaciona diretamente com a importância de um em comparação aos outros. Ainda que a importância esteja subjacente à escolha pela distinção, a intenção é indicar que a partir da característica de soberania e autonomia decorrem, ainda que indiretamente, as demais características do Estado Federal.

5.2.1 Repartição de competências

Uma vez que se encontram no interior do Estado Federal membros com a capacidade de se auto organizar e criar ordenamentos jurídicos, como expressão do Estado, se faz necessária a criação de regras, com estatura constitucional, de organização e relação dos ordenamentos internos. Farias (1999) destaca que a repartição de competências decorre da

autonomia do Estado-membro e, por meio, da autonomia ele exerce e desenvolve a sua atividade normativa (FARIAS, 1999, p. 95).

Conforme lição de Kelsen (2005), exposta no capítulo anterior, o Estado Federal é formado pelo ordenamento jurídico central e os ordenamentos jurídicos parciais, que no seu conjunto forma o ordenamento jurídico total (KELSEN, 2005, p. 433). Determinado cidadão inserido no território do Estado Federal e no território de determinado Estado-membro estará sujeito a um conjunto de ordenamentos jurídicos, o que se mostra território fértil para a ocorrência de conflitos entre comandos normativos diferenciados.

Por meio da repartição da competência que se atingirá as regras de validade das normas a certa conduta material, ou seja, pela adequação ao conteúdo predefinido do ordenamento jurídico que a norma decorre. Horta (2010) indica que a repartição de competências é a coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado Federal (HORTA, 2010, p. 279) e conclui:

Por isso, a repartição de competências é tema central da organização federal. Na avaliação dos publicistas que lidam diuturnamente com o tema, ora a repartição é qualificada de '*la grande affaire du fédéralisme*', ora de '*key to the interfederal power structure*', evidenciando a essencialidade da repartição de competências e a razão de sua localização direta no documento constitucional como parte ineliminável da Constituição federal material (HORTA, 2005, p. 310).

O federalismo dual americano estabeleceu regra de divisão de competências, na qual, as competências da União estão delimitadas pelo texto constitucional e aos Estados-membros eram reservadas todas as competências residuais, não tratadas pelo texto constitucional. Apesar da manutenção textual do mecanismo de divisão de competências, em razão da forte atividade jurisdicional, o federalismo dual americano perdeu a sua característica, adicionando inúmeras outras competências ao Governo central. A Suprema Corte e a Teoria dos poderes implícitos tiveram papel fundamental na mutação constitucional da regra de competência.

Ao longo do tempo, o federalismo dual perdeu sua significância e espaço para nova metodologia de repartição de competências decorrente do federalismo cooperativo. Na opinião de Baracho Júnior (2008), essa adaptação do sistema federal a novos tempos resulta em novas relações entre os entes federados e fortalece relativamente o poder central (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 131).

5.2.2 A participação dos Estados-membros na tomada de decisão do Estado Federal

A formação centrífuga do Estado Federal decorre da união de Estados independentes e soberanos, os quais constituem o governo central, que passará a ser dotado de soberania. Por sua vez, quando o Estado Unitário se fragmenta, para conceder autonomia aos entes estaduais, haverá a formação centrípeta do Estado Federal, mantendo a soberania no Governo central. Nas duas hipóteses de formação do Estado Federal, a estrutura do Governo central dependerá da participação dos Estados-membros, que comporão alguns dos órgãos de decisão política.

Em geral, ocorre a composição de uma câmara política com a representação paritária dos Estados-membros. Nos Estados Unidos, o que fora seguido por Canadá, Austrália e Brasil, há a formação do Senado, que possui representantes em números iguais de todos os Estados-membros da Federação.

Entre as funções do Senado (sentido amplo) estão a revisão da legislação federal, o julgamento político da autoridade central e a aprovação das escolhas dos membros que compõe o Governo por indicação política. Sobre o aspecto dos elementos do Estado Federal, um dos elementos mais importantes é a aprovação da escolha dos membros da Corte Suprema da nação, com função de resolver os conflitos federativos. É verdadeira medida de equilíbrio federativo, uma vez que o chefe do Governo central indica o nome e os Estados, pela câmara respectiva, aprovam:

Interessante ressaltar que a escolha dos membros da Suprema Corte Americana ocorrer por indicação do Presidente da República, com a aprovação dos nomes pelo Senado Federal (entidade constitucional representativa dos Estados americanos na vontade nacional). Tal fato demonstra a participação da vontade dos Estados na escolha dos membros da Corte que irão solucionar os problemas de proteção interna dos direitos positivos na Constituição Americana. (FARIAS, 1999, p. 165-166).

Com formas diferentes em cada experiência federal, a participação permite maior amplitude da autonomia dos Estados membros. Eles não apenas criam as normas aplicáveis ao seu ordenamento, mas integram em definitivo os poderes políticos do governo central. Baracho (1986) descreve:

O princípio da participação garante que as unidades que compõem a federação colaborem na formação de decisões que se adotam como próprias da União federal. As organizações do tipo federativo supõem a existência de instituições encarregadas de gerir os interesses comuns. Elas têm uma competência que varia de conformidade com o grau de intensidade do liame federal. No autêntico federalismo, mesmo quando ocorra variação do vínculo federal, as unidades associadas participam, com seus representantes, na constituição dos órgãos federais e na elaboração das decisões. (BARACHO, 1986, p. 50).

Na Constituição brasileira de 1988, as funções do Senado estão descritas no art. 52 e incluem especificamente a sabatina dos ministros do STF e de outros Tribunais cuja indicação seja do Presidente, no inciso III, alínea a. Outra função federativa importante, incumbida ao Senado Federal, é a de suspender a execução de Lei Federal de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, inciso X). Dessa forma, caso o STF entenda pela inconstitucionalidade de lei, no controle difuso, caberá ao Senado e, assim, aos próprios Estados federados, a declaração de efeitos *erga omnes*, que extrapolem o caso concreto decidido pela Corte Suprema.

5.2.3 A igualdade entre os Estados-membros

Na Federação, os Estados-membros não se distinguem um dos outros, no que se refere a participação na formação das decisões do Estado. É princípio da Federação, que encontra mínimas alterações nas realidades pragmáticas dos Estados, mas mantendo-se a essência de equivalência ou paridade de armas entre os membros da federação. Sobre este ponto destaca Loewenstein (1986):

Os Estados-membros têm uma representação na Câmara Alta que é a mesma para todos os Estados-membros, independentemente da sua dimensão ou importância – e este é o princípio nos Estados Unidos, Suíça, Áustria, Austrália, Argentina e Brasil –, ou está em uma relação quantitativa com a população, como é tradicional na Alemanha (aritmética do Conselho Federal) e, a forma atenuada, no Canadá; no entanto, no último caso, a igualdade na representação de Quebec e Ontário é mantida. (LOEWENSTEIN, 1976, p. 358, tradução nossa)²².

Baracho (1986) destaca que a igualdade se manifesta pela regra “de que, em cada Estado-membro, qualquer que seja a sua população ou a extensão do seu território, terá um número igual de representantes na Câmara dos Estados” (BARACHO, 1986, p. 48).

5.3 Elementos essenciais do Estado Federal

Paralelamente às características do Estado Federal, apontamos a existência de elementos essenciais de sua organização. São essenciais no sentido de que a definição da autonomia dos

²² Texto original: “Los Estados miembros tienen una representación en la cámara alta que o bien es igual para los todos los Estados miembros, independiente de su extensión o importancia – y éste es el principio en los Estados Unidos, Suiza, Austria, Australia, Argentina y Brasil-, o bien está en una relación cuantitativa con la población, como es tradicional en Alemania (aritmética do Consejo Federal) y, la forma atenuada, en el Canadá; sin embargo, en este último caso se mantiene la igualdad en la representación de Quebec y Ontario”

Estados-membros, por meio das regras de competências, organização dos Poderes de Estado para a garantia da participação dos membros na decisão final da federação, bem como a garantia de igualdade entre os membros pressupõe a existência de Constituição, da qual decorra a fundação do Estado e o estabelecimento de suas regras de organização, e de uma Corte Suprema, que resolva os conflitos internos da federação.

5.3.1 A Constituição Federal

A instituição de um Estado organizado pelo modelo federalista pressupõe um texto político-jurídico, uma constituição, que o estabeleça, indique a separação de competências para a formação dos ordenamentos jurídicos internos e os mecanismos de controle, em especial, as competências de um Tribunal com jurisdição constitucional que atuará com árbitro dos conflitos federativos internos.

A Constituição, entretanto, não tem caráter exclusivamente descritivo das instituições e competências. Na perspectiva moderna e decorrente das revoluções liberais, a constituição tem a pretensão de influenciar a ordenação das instituições de Estado, mediante ato de vontade e de criação por meio de um documento escrito (BARROSO, 2018, p. 101). A Constituição possui uma concepção sociológica e uma concepção jurídica ou positivista, cujo elementos são absorvidos pelo conceito de constituição normativa. Conforme explica Barroso (2018):

A Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo. Essa é uma evidência que não se pode ignorar. Mas ela não se reduz à mera expressão das circunstâncias concretas de cada época. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade uma tensão permanente, da qual derivam as possibilidades e os limites do Direito Constitucional. (BARROSO, 2018, p. 107).

Sampaio (2013) defende a Teoria da Constituição pluridimensional. A teoria propõe superar o conflito entre as concepções realista e materiais da Constituição de modo a abarcar o seu caráter normativo, bem como o papel de texto político dinâmico, que reflete os dilemas contemporâneos da organização da sociedade, para além da tradução material do texto escrito em tempo distintos (SAMPAIO, 2013, p. 118). Segundo o professor:

Ela se chama pluridimensional exatamente porque resulta da conjugação dialética das dimensões normativo-textual (enunciados da norma), fático-limitador-interativo (a complexidade do real) e volitivo-programático (do querer e da ação). Mas também porque admite o pluralismo de projetos de vida boa, sem prévio compromisso com

uma determinada 'ideologia', em sentido forte do termo, a não ser a própria 'ideologia da constituição. (SAMPAIO, 2013, p. 119).

A Constituição do Estado Federal não pode se converter ao enunciado normativo, sob pena de enfraquecer a dinamicidade social ou se tornar instrumento de dominação de um ente sobre outro. Não pode, contudo, se limitar ao seu conteúdo jurídico-normativo sob pena de assistir à desagregação do Estado soberano, pela insubordinação federativa de seus membros.

Na formação de novo Estado Federal, o texto jurídico-político terá acepções diferentes, a depender da história e política de sua criação. Isso porque, o Estado Federal poderá ser instituído a partir da divisão de um Estado Unitário ou da união de diversos Estados soberanos. Dessa forma, Farias (1999) indica:

Neste sentido, importante trazer à colação a teoria da Escola Vienense, na figura de Mouskheli que, ao referir-se à criação do Estado Federal, assinala que o Estado Federal pode ser criado por: a) uma lei, isto é, por um ato de direito estatal (quando um Estado unitário se transforma em Estado Federal); e (b) um tratado internacional concluído entre os Estados interessados. (FARIAS, 1999, p, 99).

Horta (2010) ensina sobre a essencialidade da Constituição para instituir o Estado Federal. Destaca que é a própria constituição que imprimirá ao Estado Federal as suas características próprias mais centralizadoras ou mais descentralizadora, que será apurado pela concentração das competências entre o poder central ou os poderes locais (HORTA, 2010, p. 276). E explica:

Se a concepção do constituinte inclinar-se pelo fortalecimento do poder federal teremos o federalismo centrípeto, que George Scelle chamou de federalismo por agregação ou associação; se, ao contrário, a concepção fixar-se na preservação do poder estadual emergirá o federalismo centrífugo ou por segregação, consolante terminologia do internacionalista francês. (HORTA, 2010, p. 274-275).

Loewenstein (1976) coloca a constituição como elemento essencial do Estado Federal, de modo que nenhum Estado que adote a forma federal poderia funcionar sem uma constituição escrita (LOEWENSTEIN, 1976, 356). A constituição federal possui a função de estabelecer o compromisso entre os interesses da unidade nacional e da autonomia regional.

A Constituição poderá ter função de instituir o novo Estado Federal e garantir a autonomia de seus membros. O papel da constituição decorrerá da definição de suas regras de competência e as normas orgânicas de distribuição do poder no Estado, garantido paridade entre seus membros, seja pela igualdade político-jurídica seja pela participação equânime nos órgãos de Estado. A partir da fundação do Estado, que o texto político inaugura, será o farol de

orientação para as múltiplas abordagens que a realidade exigir do Estado Federal, em especial, pela manutenção do Estado Democrático de Direito e de defesa das liberdades individuais.

5.3.2 Supremo Tribunal como árbitro da Federação

O federalismo possui interessante papel no controle de governos despóticos, por meio da distribuição de poder político em diferentes esferas de poder. A característica possibilita a emersão da função política da Corte Suprema, com jurisdição constitucional, que pela coexistência de diferentes ordens jurídicas se projeta como principal partícipe da limitação dos poderes políticos decorrentes da constituição.

É preciso fazer breve indicação classificatória dos Tribunais com jurisdição constitucional. Utilizando-se das bases teóricas de Sampaio (2002), temos que a jurisdição constitucional poderá ser executada por um sistema político, no qual o controle constitucional seria exercido por órgão de orientação política, como o Parlamento, ou por um sistema jurisdicional, no qual o controle é confiada a um juiz ou órgão judicante, que fará a análise com parâmetros jurídicos, de forma imparcial e com força de coisa julgada (SAMPAIO, 2002, p. 44).

O federalismo, no nosso entendimento, depende de sistema de controle jurisdicional, que atue com imparcialidade, frente a posição dos órgãos políticos de Estado. A existência de ordens jurídicas paralelas e vigentes ao mesmo tempo não permite concentrar o controle de atuação em apenas um dos órgãos políticos, dentre os vários que se distribuem pela Federação.

O sistema jurisdicional permite dois modos de organização. O primeiro é o modelo de Suprema Corte, adotado pelos Estados Unidos da América. De acordo com Sampaio (2002), “a jurisdição constitucional é uma jurisdição como outra qualquer, com a diferença de que a supremacia da constituição deve ser garantida por qualquer juiz” (SAMPAIO, 2002, p. 46). A Corte superior ou suprema se coloca como uma instância revisora das instâncias de origem ou detentora de algumas competências originárias. O segundo modelo, dos Tribunais Constitucionais, é adotado precipuamente na Europa. Neste modelo, segundo Sampaio (2002), “o controle de constitucionalidade passa a ser principal, abstrato, sendo provocado apenas por certas autoridades de Estado ou de representação da sociedade”. (SAMPAIO, 2002, p. 46). O órgão se situa externamente a estrutura judiciária ou com certo destaque hierárquico e detém especialização ou monopólio das contendas constitucionais.

Dentre os dois modelos se encontrarão outros formatos com miscigenação das competências de cada hipótese. É o que acontece no Brasil, que possui uma Suprema Corte,

que integra a estrutura do Judiciário, como última instância revisora extraordinária, com competências de Tribunal Constitucional, exercendo o controle direto de constitucionalidade, com restrição de legitimados, e abstrato, ou seja, sem vinculação a casos concretos.

De toda forma, na nossa opinião, os dois modelos de cortes constitucionais se mostram compatíveis com a incumbência exigida de um Supremo Tribunal que funcionará como árbitro da federação e de seus conflitos internos.

Debruçando sobre o papel da Suprema Corte dos Estados Unidos e olhando para o passado, não há como negar que ela ocupou esse papel político de relevo na democracia americana. A América conviveu no território por mais de cem anos com e sem o regime escravocrata e, posteriormente, com regras diferenciadas sobre direitos civis. A Suprema Corte foi essencial, primeiro para permitir a coexistência de decisões políticas internas díspares, quando o momento social assim o exigia, como para definir regra única para todo o Estado, limitando as liberdades estatais, quando o momento social não mais permitia a convivência do Estado com políticas públicas contrárias a dignidade humana, ou seja, com valores supraestatais. Ainda que se possa indicar certa letargia ou omissão da Suprema Corte, quando se olha para trás, não se pode negar que quando a corte deixou de agir, ela também exerceu uma escolha política que pode ter sido essencial para a manutenção do Estado Federal íntegro.

Para Horta (2010), a ampliação dos poderes da União tem como responsável a interpretação judicial, que exerce notável atividade reconstituente. Paralelamente ao processo da atribuição à União das novas competências ocorreu, pelo papel da Suprema Corte “a federalização das competências estaduais, especialmente para atender aos objetivos de unificação do direito substantivo e do direito adjetivo”. (HORTA, 2010, p. 278).

A função apaziguadora dos conflitos federais também possui ressonância no Tribunal Federal Alemão. Conforme nos ensina Farias (1999):

Com o Tribunal Constitucional Federal, os constituintes e legisladores federais criaram uma instituição à qual, no caso de litígio, as partes envolvidas da União e nos Estados podem apelar. Entre outras tarefas, o Tribunal Constitucional Federal deve tomar decisões no caso de divergências entre a União e os Estados, esclarecer dúvidas sobre competências e interpretar e desenvolver a legislação constitucional federal. (FARIAS, 1999, p. 168)

Independentemente do modelo de Corte Suprema ou Tribunal Constitucional, é essencial ao modelo federalista a existência de um sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade, apartado dos poderes políticos, com competência para resolução dos conflitos entre os entes federados. Mais do que a função de eliminar as rusgas que possam

existir na federação, a Corte Suprema possui papel essencial em atualizar e reler os enunciados constitucionais, estabelecendo limites a eventuais aventuras despóticas dos entes, em especial em desrespeito à direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

5.4 Conceito de Estado Federal a partir de suas características essenciais

Tendo como de partida as características e elementos indicados anteriormente, podemos apontar como fundamentos do federalismo:

- a) forma de organização do Estado, no qual reveste a autoridade central de soberania, com legitimidade de atuação em todo o território nacional, de forma a manter a coesão do Estado, e se relacionar com Estados estrangeiros.
- b) os seus membros internos possuem autonomia, significando a possibilidade de criar e aplicar normas próprias relativas às peculiaridades regionais, no âmbito de competência previamente traçado.
- c) a organização do poder ocorre por meio de repartição de competências entre o governo central e as autoridades estaduais, cuja regra poderá acentuar a concentração de poderes em um ou em outro centro de poder.
- d) na organização interna de poderes, os membros participam da formação das decisões principais da federação, por meio da composição igualitária de órgãos de representação dos membros federados.
- e) para a sua formação exige a presença de uma Constituição formal, no qual explicita as regras de competência da federação, bem como órgão com jurisdição constitucional sobre todo o território, composto por juízes escolhidos por meio de processo político com a participação do poder central e das autoridades locais, com a função de dirimir os conflitos surgidos na federação, entre seus membros e entre eles e o governo central.

Portanto, podemos sintetizar o federalismo como: forma de organização do Estado, com a autoridade central soberana, garantida aos seus membros autonomia e participação igualitária no poder central, cujas regras de competências de atuação legislativa e material dos entes federados estejam descritas em constituição formal e os conflitos dirimidos por um tribunal com jurisdição constitucional sobre todo o território e pessoas jurídicas internas.

6 DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO AMBIENTAL

Nesta parte do trabalho dedicaremos a tratar do conteúdo material da Constituição, que visa a proteção ambiental. O conteúdo material ditará e limitará as normas e ações do Poder Público para se garantir o equilíbrio ecológico para as presentes e futuras gerações, como fundamento da ordem econômica do Estado. Optamos pela formatação em dois capítulos, os quais serão dedicados respectivamente, à proteção constitucional do meio ambiente e aos fundamentos de direito econômico de efetivação do desenvolvimento sustentável.

A Constituição Federal de 1988 dedicou capítulo exclusivo à proteção do ambiente e manutenção do equilíbrio ecológico. Ao indicar no caput do artigo 225 que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988), a Constituição abarcou conjunto de teorias que possam ser inseridas no contexto do Estado de Direito Ambiental.

Adota-se aqui a especial lição de José Joaquim Gomes Canotilho que tem influenciado conjunto de pesquisadores do Direito Ambiental Brasileiro. Para a adequada interpretação de sua teoria, faz-se necessário retornar à conceituação do professor português sobre o Estado Democrático de Direito, para, então, compreender a sua faceta ambiental.

6.1 Estado constitucional: Estado Democrático de Direito

Ao lado de várias teorias de formação dos Estados Modernos, Canotilho (2002) compreende que o Estado, na sua concepção contemporânea, apenas existe no formato de Estado constitucional. Isso significa que a constituição, dotados de seus princípios materiais, quais sejam: vinculação do Estado ao direito, reconhecimento dos direitos fundamentais, separação de poderes e democracia; é estrutura política conformadora do Estado (CANOTILHO, 2002, p. 87).

Para o autor português a constituição assume seu papel formador do Estado em razão de três justificativas. Primeiro, a evolução semântica do termo ‘constituição’ oriundo das revoluções americanas e francesa. Segundo, em razão da estruturação do Estado Liberal, para qual a constituição diz respeito à organização dos poderes do Estado, frente aos códigos civis direcionados ao cotidiano dos cidadãos. Terceiro, sob influência da filosofia hegeliana, a

constituição designa uma ordem, a ordem do Estado. O Estado é o ordenador da ordem política e a constituição a lei do Estado (CANOTILHO, 2002, p. 89).

O constitucionalismo estruturou o Estado com qualidades, que materializam os princípios do constitucionalismo moderno. Assim, o Estado constitucional, no qual se identifique as qualificantes conformadoras do constitucionalismo, deverá ser um Estado democrático de Direito, ou seja, decorrente das duas qualidades essenciais de Estado de Direito e Estado democrático.

O Estado de Direito, de forma geral, representa a submissão do poder do soberano às regras impostas pela comunidade dirigida. Possui as suas devidas variações no Estado de Direito britânico (*Rule of Law*), americano (*Government under law*), francês (*L'État Légal*) e alemão (*Reechstaat*), cujas variações, apesar de importantes, não são essenciais a este trabalho. Para Canotilho (2002), o Estado democrático, por sua vez, compreende uma ordem de domínio legitimada pelo povo, submetida, assim, à soberania popular. Dessa forma, conclui o teórico português:

O Estado constitucional é mais do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para 'travar' o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. (CANOTILHO, 2002, p. 100).

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito é conformado pela Constituição, que lhe impõe os princípios materiais. Adicionalmente, contempla a ideia de um Estado de Direito, de submissão do poder político às regras de um devido processo legal, na sua abrangência ampla, a um ordenamento e a própria Constituição. E, por fim, submete-se à vontade popular, seja na definição de seus governantes, seja na definição das regras a que esses serão submetidos.

6.1 Estado Democrático de Direito Ambiental

Em trabalho específico sobre o tema, Canotilho (1999) resumiu a teoria do Estado de Direito, detalhada no capítulo anterior. Para o autor, “o princípio básico do Estado de Direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes” (CANOTILHO, 1999, p. 3). O Estado de Direito se apresenta como um paradigma jurídico-político ocidental, pois foi em decorrência dos

acontecimentos históricos do Ocidente que se construiu um consenso sobre a juridicidade estatal (CANOTILHO, 1999, p. 7).

Para efetivar o princípio jurídico de controle do poder político do Estado, com respeito as garantias individuais do cidadão, o Estado de Direito demanda a presença de instituições, procedimentos de ação e de formas de definição das competências que resultarão no poder democrático (CANOTILHO, 1999, p. 7). A evolução dos Estado, com submissão à soberania popular, resultará naquilo que se convencionou tratar como Estado Democrático de Direito, que desencadeará o Estado Social e o Estado Democrático de Direito Ambientalmente Sustentável. Como resultado dessa equação, Canotilho (1999) indica que:

A forma que nossa contemporaneidade se revela como uma das mais adequadas para colher esses princípios e valores de um Estado subordinado ao direito é a do Estado constitucional de direito democrático e social ambientalmente sustentado. Está assim traçado o roteiro para aprofundarmos o Estado de direito. Trata-se (1) de um Estado de direito, (2) de um Estado constitucional, (3) de um Estado democrático, (4) de um Estado social; (5) de um Estado ambiental, ou melhor, de um Estado comprometido com a sustentabilidade ambiental. (CANOTILHO, 1999, p. 7).

As alterações sociais, que conduziram a validação do paradigma jurídico-político ocidental, resultando em um Estado Democrático, foram detalhadamente traçadas no capítulo anterior. Cabe, adiante, investigar a construção teórica para se resultar no Estado Social e no Estado comprometido com a sustentabilidade ambiental.

O Estado Social apresenta significativa controvérsia no debate entre liberais e comunitaristas. Na visão dos liberais puros e neoliberais, os direitos sociais se realizam melhor sem o Estado. Por esta linha de pensamento, para que não se coloque em risco a liberdade individual, afetas aos Estados totalitários socialistas, a ordem livre do mercado seria a melhor forma de garantir a efetivação da justiça distributiva.

Entretanto, se a definição de um Estado social consistir na intervenção do Estado na esfera do bem-estar das populações, está-se diante de um Estado de Direito. Para Canotilho (1999) o Estado de Direito Social representa a conciliação entre o desenvolvimento econômico com uma ordem social justa, definidas pela constituição. Integra o Estado de Direito a submissão do Estado em respeito à propriedade privada e orientado pela livre iniciativa econômica e autonomia contratual, conforme exigem os liberais/neoliberais (CANOTILHO, 1999, p. 13). Contudo, o Estado de Direito Social exige mais do que o respeito aos princípios da vida civil:

O Estado de Direito só será social se não deixar de ter como objetivo a realização de uma democracia econômica, social e cultural e só será democrático se mantiver firme

o princípio da subordinação do poder econômico ao poder político. As tentativas de expurgação do social com o intuito de destilar um Estado de direito quimicamente puro, isto é, um Estado sem compromisso da socialidade, mais não são do que coberturas ideológicas para políticas econômicas e sociais onde não cabem deveres de solidariedade e de inclusão do outro. (CANOTILHO, 1999, p. 14).

A dimensão de um Estado de Direito ambientalmente sustentável teve partida na doutrina alemã (*Umweltrechts-staat*), em especial na teoria de Michael Kloepfer. Leite e Dinnebier (2017) ensinam que o conceito de Estado Ambiental para Kloepfer é “aquele que faz da incolumidade do seu meio ambiente sua tarefa, critério e meta procedimental de suas decisões, o que não exclui, por óbvio, o plano social” (LEITE; DINNEBIER, 2017, p. 68). O Estado de Direito Ambiental parte da premissa de um Estado de Direito, para ir além. Bianchi (2010) ensina que:

Antes da criação de um Estado de Direito Ambiental, ou no processo de estabelecimento deste, deve-se reforçar a estrutura do Estado constitucional democrático, reconhecendo-se, sobretudo, a legitimidade dos direitos fundamentais. Aquele modelo de Estado deve assentar-se sob a estrutura do Estado constitucional democrático, mas deve ultrapassá-lo, numa evolução que inclui o respeito às normas ambientais, que representa, ao final, um respeito ao direito fundamental à vida. (BIANCHI, 2010, p. 89).

Neste conceito caberia ao Estado conformar suas políticas e estruturas de forma ecologicamente sustentada, sem se afastar de um Estado de Direito, conforme lição de Canotilho (1999):

De qualquer forma, o Estado ambiental terá de ser um Estado de direito. Isto tem grande relevo prático. Afasta-se de qualquer fundamentalismo ambiental que, por amor ao ambiente, revelasse para formas políticas autoritárias e até totalitárias com desprezo das dimensões garantísticas do Estado de Direito. (CANOTILHO, 1999, p. 17)

Leite e Belchior (2018) buscam uma síntese didática do conceito que se discute:

Em linhas gerais, o Estado de Direito Ambiental pode ser compreendido como produto de novas reivindicações fundamentais do ser humano e particularizado pela ênfase que confere à proteção do meio ambiente. Capella assinala que a construção do Estado de Direito Ambiental pressupõe a aplicação do princípio da solidariedade econômica e social com o propósito de se alcançar um modelo de desenvolvimento duradouro, orientado para a busca da igualdade substancial entre os cidadãos mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural. O Estado de Direito Ambiental constitui um conceito de cunho teórico-abstrato que abrange elementos jurídicos, sociais e políticos na persecução de uma condição ambiental capaz de favorecer a harmonia entre os ecossistemas e, conseqüentemente, garantir a plena satisfação da dignidade para além do ser humano. (LEITE; BELCHIOR, 2018, p. 70)

Para Canotilho (1999), o Estado de Direito se revela em duas dimensões jurídico-políticas. Primeiro, no sentido do Estado, em cooperação com a estrutura de governo, outros Estados e a sociedade civil de promover políticas públicas pautadas pela exigência de sustentabilidade ecológica. Segundo, de deveres públicos e privados de forma a dar concretude à responsabilidade com as futuras gerações (CANOTILHO, 1999, p. 17).

Não se afasta, no Estado Ambiental, a necessidade das regras de um Estado de Direito, ainda que novos instrumentos venham a ser implementados para dar efetividade a essa dupla dimensão. Os novos formatos de intervenção na propriedade e na vida da sociedade não deve se afastar da juridicidade estatal. Igualmente, preserva-se a participação democrática por meio de novos instrumentos de participação e cooperação privada, de modo que o Estado do Ambiente seja construído de acordo com os reclames da soberania popular.

Partindo das lições de Kloepfer, Leite e Dinnebier (2017) relembram que o caráter biocêntrico do Estado de Direito Ambiental não representa a preponderância dos valores naturais sobre os direitos humanos (LEITE; DINNEBIER, 2017, p. 68). Decorre de um entendimento que a humanidade é dependente do equilíbrio ecológico e, por essa razão, responsável por sua manutenção²³.

6.2 O Estado de Direito Ambiental na Constituição de 1988

A teoria do Estado de Direito Ambiental considera algumas perspectivas de integração das condutas ambientalmente sustentadas ao Estado Democrático de Direito, a partir de postulados jurídicos-analíticos. De acordo com Ferreira e Leite (2004), a perspectiva globalista consagra que a proteção do ambiente deva se dar em níveis de sistemas jurídicos supranacionais ou internacionais, e não em sistemas jurídicos isolados. A perspectiva individualista representa a denominação da definição de um direito fundamental individual ao ambiente ecologicamente equilibrado, na qual permite-se a utilização de sistemas jurídicos de defesa privada do direito. A perspectiva publicista indica o ambiente como bem público de uso comum e a proteção do ambiente como função do poder público. A perspectiva associativista assimila a ideia de uma democracia ambiental, na qual se considera igualmente o ambiente como bem público, mas

²³ É digno de nota o enorme aprofundamento sobre as dimensões de Estado de Direito Ambiental, com a defesa teórica de um Estado de Direito Ecológico, com dimensões próprias e peculiares. Sobre os temas em destaque, se alcançarão as discussões sobre o Direito em uma Sociedade de Risco, os direitos dos animais e direitos fundamentais das futuras gerações. Todas as discussões possuem, por óbvio, o seu valor teórico-dogmático e contribuem para o aperfeiçoamento do Direito, especialmente, do Direito Ambiental. Contudo, se afastam do objetivo deste trabalho de apenas indicar a formatação do Estado contemporâneo que passa a integrar o conceito de sociedade ambientalmente sustentável, importante para a interpretação dos conflitos federativos.

sujeito à proteção das ações da comunidade e por meio da democracia participativa (FERREIRA; LEITE, 2004, p. 6-8).

A Constituição de 1988 nos parece adotar a perspectiva publicista, ao tratar o ambiente como bem público, sujeito à proteção do Poder Público em comunhão com a sociedade civil. Dispõe o art. 225 da Constituição da República (1988):

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas. (BRASIL, 1988).

De acordo com as premissas teóricas diretivas traçadas anteriormente, se comporta como Estado Democrático de Direito Ambiental, (a) pela sujeição do poder público à diretriz constitucional define em processo democrática, com prevalência da soberania popular, (b) instituem deveres ao Poder Público, de forma a criar institutos, procedimentos e a burocracia ambiental em favor da proteção do ambiente, (c) compartilha com a sociedade, igualmente

sujeita à ordem constitucional, o dever de proteção ao ambiente, adotando a fórmula anglo-saxônica de defesa das futuras gerações.

6.2.1 O desenvolvimento sustentável enquanto princípio jurídico constitucional

A perspectiva da responsabilidade intergeracional, após a sua consolidação no debate internacional sobre o desenvolvimento foi incorporada por diversos ordenamentos jurídicos. A Constituição da República de 1988 adotou no caput do art. 225 a responsabilidade entre gerações como o fundamento básico da proteção ao meio ambiente para a nação.

Para Sampaio, Wold e Nardy (2003), a responsabilidade intergeracional é “um princípio de justiça ou equidade que nos obriga a simular um diálogo com nossos filhos e netos na hora de tomar uma decisão que lhes possa prejudicar seriamente” (SAMPAIO; WOLD; NARDY, 2003, p. 53). Trindade (1993) nos lembra que o Relatório *Brundtland* está permeado de considerações sobre equidade e justiça social (TRINDADE, 1993, p. 171). Em sua opinião, o relatório indica pela eliminação da pobreza generalizada ou extrema, mas também indica a buscar padrões de vida que sejam compatíveis com os meios ecológicos disponíveis:

O desenvolvimento sustentável revela uma acentuada dimensão temporal; com efeito, um elemento essencial da sustentabilidade é a obrigação geral básica de voltar-se para o futuro. No reconhecimento e na asserção das exigências de sobrevivência e dos princípios e valores comuns superiores e das responsabilidades comuns, pode-se testemunhar a noção em evolução no direito internacional contemporâneo segundo a qual ‘as obrigações e as capacitações não são atributos únicos dos Estados, mas são atinentes em primeiro lugar e sobretudo aos seres humanos e aos povos. (TRINDADE, 1993, p. 173).

Cirne (2018) indica oito dimensões para o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado:

O percurso traçado na revisão da doutrina permitiu identificar oito interessantes significados para o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a) equilíbrio como busca de harmonia entre os elementos da natureza e o homem; b) decorre do direito à vida, como qualidade de vida; c) bem incorpóreo, de interesse público, pertencente à coletividade; d) dever de responsabilidade compartilhada sobre o meio ambiente; e) direito com uma perspectiva para o futuro; f) ensejador de uma cidadania, pautada na participação popular; g) impõe ao Estado limitar as atividades que causem degradação; g) sustentabilidade, pois as gerações atuais não podem deixar para as gerações futuras um estoque inferior de recursos ambientais. (CIRNE, 2018, p. 241)

O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, incorpora a premissa do desenvolvimento sustentável, e cria obrigações públicas e privada que extrapolam a premissa

temporal do presente, informando pela necessidade de buscar a efetivação dos direitos das gerações atuais e futuras.

É parâmetro constitucional para as ações e normas dos Poderes Públicos, na formatação de um ordenamento jurídico harmônico. Para além das regras de competência da federação, o desenvolvimento sustentável e o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado não podem ser afastados pelas ações normativas e materiais dos entes federados, como fundamento material de um Estado Democrático de Direito Ambientalmente Sustentável.

7 DIREITO ECONÔMICO AMBIENTAL

O Direito Econômico, na conceituação de Souza (2017), é “o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica” (SOUZA, 2017, p. 23). A submissão das políticas econômicas ao Direito ou à ‘juridicização’, segundo o saudoso professor mineiro, possui a função de evitar a prática do poder, que desrespeite os direitos da vida social (SOUZA, 2017, p. 24-25).

Para Souza (2017), integram o Direito Econômico, como sujeitos para o quais as normas de conteúdo econômico se destinam, não só o Estado, mas os indivíduos, sociedades empresárias e associações. Todos estão submetidos, no exercício de suas práticas econômicas, para exercício de seus respectivos interesses, a política econômica ditada pela ideologia constitucional (SOUZA, 2017, p. 25-26).

Souza (2017) igualmente ensina que para o Direito Econômico “a busca da realização da justiça exige que a realidade econômica, no estágio atual da vida social, seja tratada além dos limites dos conflitos privados entre si, ou destes em confronto com os interesses públicos” (SOUZA, 2017, p. 24). É Souza (2017) que nos ensina que o Direito Econômico assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos: “O Direito Econômico tanto se preocupa com o direito do indivíduo enquanto unidade dentro da sociedade e em suas relações particulares com os demais quanto com a função desse indivíduo dentro da sociedade, em termos de bem-estar coletivo” (SOUZA, 2017, p. 27).

Integrada ao conceito do Direito Econômico, a ideologia adotada se refere ao texto positivo da Constituição da República, do momento no qual se submetem as normas de Direito Econômico, naquele conjunto de normas que se costumam tratar como Constituição Econômica. Neste sentido, prevê o art. 170, da Constituição da República:

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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
VIII - busca do pleno emprego;
IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)
Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1988).

Neste sentido, as normas jurídicas de Direito Econômico expressam regras de conduta que condicionarão atos ou fatos econômicos. A economia, enquanto ciência explicativa, utilizará o discurso para explicar um conjunto de fenômenos sociais, descreverá e utilizará modelos para explicitar à sociedade a relação entre atos e fatos econômicos. A norma jurídica, enquanto discursivo normativo (dever-ser) determinará condutas aos sujeitos a quem se dirigem, o que expressará o seu conteúdo (SOUZA, 2017, p. 54-55). O direito posto, explica-nos Souza (2017), “trata dos aspectos político-econômicos dessa ideologia [adotada constitucionalmente] a serem concretizados por intermédio de normas de Direito Econômico” (SOUZA, 2017, p. 55).

Derani (2001) explica que o texto constitucional possui duas abordagens para a expressão ordem econômica. Refere-se ao conjunto das prescrições normativas que conformam as relações econômicas, bem como designam o conjunto de práticas econômicas, em uma relação de simbiose entre o mundo fático e o mundo normativo (DERANI, 2001, p. 238).

As prescrições normativas pautam-se pela estrutura econômica descrita na Constituição, na qual se determina ao Estado o dever de garanti-la e de dirigi-la. O texto constitucional indica “elementos essenciais de ordem econômica” (DERANI, 2001, p. 240), que são os pressupostos que admitem a economia de mercado, representados pelos princípios da concorrência e livre iniciativa, e outros meios de produção. Sobre o pluralismo dos meios de produção e a ideologia constitucional adotada, é importante o alerta de Clark, Correa e Nascimento (2013):

Em segundo, a “ideologia constitucionalmente adotada” não constitui apenas um conjunto de princípios e normas de cunho liberal e social que visam prescrever um modelo normativo axiológico ao sistema econômico capitalista. Ao contrário do conceito original, a “ideologia constitucionalmente adotada” deve estar aberto ao conceito de “economia” em seu sentido lato, no qual constam relações mercantis (típicas de uma economia de mercado) e relações não-mercantis (relações nas quais outros princípios organizadores da vida econômica estão presentes, tais como, a solidariedade, a dádiva, etc.). Desta forma, não se concebe a possibilidade da existência de antinomia da norma jurídica entre os comandos originais da constituição econômica. (CLARK, CORREA; NASCIMENTO, 2013, p. 281)

A ordem constitucional garante a ordem de equilíbrio, de forma que o Estado deve intervir para a sua manutenção, inclusive com a relativização dos princípios da livre iniciativa e concorrência. Neste sentido:

Os fundamentos da ordem econômica constitucional, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, objetivam assegurar a todos seres (humanos) ocupantes do território brasileiro a existência digna, conforme ditames da justiça social, e abre espaços para que os indivíduos e o Estado, mediante a criatividade humana e as experiências passadas e presentes, possam produzir e viver digna e justamente fora do sistema capitalista. Assim valorizar o trabalho não é somente pelo emprego (trabalho mercador pago pelos padrões), mas é muito mais amplo – envolve todo o gênero trabalho. Outrossim, dar asas a liberdade de iniciativa, não é restringi-la aos negócios privados das empresas. Aliás, o nosso Código Civil (incluindo o anterior) já até prevê entidades sem fins lucrativo que podem atuar na realidade socioeconômica. (CLARK, CORREA; NASCIMENTO, 2013, p. 294)

A efetivação da ideologia constitucionalmente adotada, em especial, os arrolados nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação) afastam eventual neutralidade da Constituição nas relações sociais. Indicam a necessidade da efetivação da vida satisfatória aos seus cidadãos, de modo a dirigir o desenvolvimento econômico e social.

Dessa maneira, o desenvolvimento é um dos objetivos das normas que compõe o Direito Econômico (SOUZA, 2017, p. 24-25), inclusive as voltadas ao desenvolvimento concomitante socioeconômico, tecnológico, ambiental, cultural de forma plural e democrática a fim concretizar os comandos constitucionais e seus ditames de justiça. Segundo a lição de Derani (2001):

A necessidade de assegurar a base natural da vida (natureza) coloca novos matizes na política econômica. É, na verdade, o grande desafio das políticas econômicas. A obviedade da necessidade de uma relação sustentável entre desenvolvimento industrial e meio ambiente é exatamente a mesma da irreversibilidade da dependência da sociedade moderna dos seus avanços técnicos e industriais. (DERANI, 2001, p. 243).

É sobre a matriz do desenvolvimento que se assenta a Constituição. A leitura harmonizada do art. 170 e do art. 225 impõe a necessidade da promoção de desenvolvimento da nação, que garanta o equilíbrio ecológico de forma igualitária e solidária para as gerações atuais e futuras.

O Estado, na defesa da ordem econômica e como destinatário da incumbência constitucional de defesa do equilíbrio ecológico intergeracional, atua como agente normativo, indutor, planejador e regulamentador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174), bem como, nos casos de segurança nacional e relevante interesse coletivo, poderá exercer a exploração direta da atividade econômica, por meio das empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 173). Sobre esse aspecto, Souza (2017) discorre que o papel do Estado se mostrará sobre graus diferentes de intervenção:

Quando dirigido no sentido da mais ampla presença do poder econômico do Estado no domínio econômico, ou seja, do Estado Máximo, temos o Estado ‘dirigente’, ‘planejador’, ‘regulamentador’ impropriamente chamado de intervencionista (...). Quando a sua presença se torna menor, configura-se o Estado Mínimo, livre-concorrencial e, quando muito, regulador. (SOUZA, 2017, p. 315).

A intervenção do Estado no domínio econômico, entendido no seu sentido técnico e disciplinado pelo Direito Econômico, em especial o art. 174 da Constituição da República, terá como objetivos garantir o equilíbrio econômico e as conquistas sociais, por meio da correção de disparidades provocados efeitos econômicos cíclicos, e promover o desenvolvimento econômico modernizante e sustentável, eliminando os conflitos sociais decorrentes das desigualdades sociais.

As ações materiais e normativas do Estado, que englobam todas as divisões de poderes entre seus entes federados, devem ser direcionadas na efetivação da política econômica de desenvolvimento, na acepção teórica que se busca construir. As lições de Direito Econômico que nos indicarão as premissas teóricas para divisão do direito ao desenvolvimento e o direito do desenvolvimento.

7.1 Direito ao desenvolvimento

O debate sobre o desenvolvimento das nações é provocado especialmente pela ONU, que indica os elementos que se incorporam nos ordenamentos jurídicos das nações. Para Souza (2017), o desenvolvimento deve ser avaliado em sua natureza de “fato social”, de forma a promover um desequilíbrio positivo. O tratamento sobre o sentido jurídico do desenvolvimento encontrará as suas balizas, tanto no âmbito interno como externo, nas normas de conteúdo de política econômica (SOUZA, 2017, p. 399).

O direito ao desenvolvimento é visto como uma potencialidade, um direito potestativo visto como pela ótica da “prosperidade” e pela “melhoria da qualidade de vida”, a que terá

acesso todos os homens, quer como cidadãos das nações, quer como membros das tribos primitivas (SOUZA, 2017, p. 400). Ainda segundo Souza (2017) “em princípio, cabem-lhe os mesmos direitos ao conhecimento, ao mesmo tipo de valores sobre os elementos fundamentais da vida, portadores que são do referencial comum que os caracteriza como homens integrantes da comunidade” (SOUZA, 2017, p. 400).

Por sua vez, o direito **do** desenvolvimento “trata das normas jurídicas destinadas a garantir aquelas conquistas, integrando-se na vida dos homens e das nações, pela sua inclusão no ordenamento jurídico, quer internacional, quer nacional” (SOUZA, 2017, p. 401). Cuida-se das normas sobre as medidas de política econômica objetivando modelos de vida a sociedade. Assim sendo, o direito ao desenvolvimento é voltado a sua busca nas nações periféricas e semiperiféricas, já o direito do desenvolvimento é destinado à sua manutenção (riqueza) nas nações desenvolvidas.

7.1.1 Discussão em torno do conceito de desenvolvimento

O conceito de desenvolvimento suscita algumas divergências teóricas, em diversos campos das ciências. Para além do seu significado etimológico, a dificuldade em conceituar desenvolvimento está alocada na imprecisão de se definir um conceito que agregue diferentes perspectivas das nações e dos homens sobre desenvolvimento.

Inobstante a dificuldade de se obter um conceito uniforme, parece ser possível indicar algumas premissas básicas e comuns a um conjunto significativo de abordagens. O desenvolvimento incorpora em si um aspecto positivo, de incremento (no mínimo) quantitativo, que aponta no sentido da evolução. Não se encontra teóricos que indiquem o desenvolvimento, em si considerado, como uma vertente negativa. Ainda que se defenda que o desenvolvimento pode trazer como consequências aspectos negativos em determinada comunidade, há uma premissa de incremento que poderá resultar em efeitos diversos, inclusive efeitos não almejados, que não podem ser evitados ou inconcebíveis. O conceito de desenvolvimento, assim, parece indicar uma aspiração. As nações e as pessoas almejam o desenvolvimento, ainda que não elas não sejam capazes de indicar com clareza o que ele pode verdadeiramente representar.

Correa (2010) destaca:

A natureza polissêmica deste signo - o desenvolvimento - revela um desmedido potencial de uso (e abuso) da palavra de acordo com os mais diversos interesses, sejam legítimos ou inconfessáveis. Nesse sentido, atores sociais diversos interagem em um

complexo processo de apropriação e redefinição do conteúdo de qualquer signo e, em especial, o desenvolvimento. Assim, sindicatos dos trabalhadores, organizações não-governamentais, burocratas e iniciativa privada se valem do “signo desenvolvimento” de forma absolutamente distinta e, na maioria dos casos, conflituosa. Revela-se, assim, o signo do desenvolvimento, na linha baktiniana, como uma arena de disputa social, um lócus de conflito de interesses. (CORREA, 2010, p. 65)

Veiga (2010) se dedicou sobre a melhor forma de conceituar o desenvolvimento. Assim, o professor ensina que se utilizam três formas gerais para definir o conceito desenvolvimento, sendo as duas primeiras formas de conceituação mais simples e a terceira mais complexa. As formas mais simples consistem em tratar o desenvolvimento como crescimento econômico (igualando os dois conceitos) e tratar o desenvolvimento como uma ilusão, uma quimera ou manifestação ideológica (VEIGA, 2010, p. 18). A terceira abordagem seria a superação e o resultado das duas anteriores.

O intenso debate que surgiu sobre o conceito de desenvolvimento se deve em parte por trata-lo como sinônimo de crescimento, até a década de 1960 (VEIGA, 2010, p.19). Nesta década, a medida de desenvolvimento era o “crescimento modernizante” (BERCOVICI, 2005, p. 53), vinculado principalmente a industrialização. A capacidade de transformar a biomassa em produtos e serviços, em grande escala e com velocidade superior ao consumo, foi capaz de produzir excedentes e riquezas. As nações (norte global) se tornaram ricas pela industrialização, com amplo acesso (ainda que não irrestrito) dos cidadãos ao benefício alcançado pelo crescimento econômico, apesar de parcela da população só possuir o mínimo existencial.

Por outro lado, ainda na linha teórica de equiparação entre crescimento econômico e desenvolvimento, as nações que eram consideradas pobres ou em desenvolvimento, tinham seus destinos selados por não possuírem um parque industrial considerável. Veiga (2010) explica que “foram surgindo evidências de que o intenso crescimento econômico ocorrido durante a década de 1950 em diversos nações semi-industrializados não se traduziu necessariamente em maior acesso de populações pobres a bens materiais e culturais” (VEIGA, 2010, p. 19). A industrialização tardia não mostrou o mesmo resultado para as nações pobres e ricas e tratar o desenvolvimento como crescimento deixou, então, de fazer sentido, inclusive devido as consequências perversas quanto a distribuição dos bens e serviços produzidos e a natureza.

Crítico da aproximação entre desenvolvimento e crescimento, Correa (2010) destaca:

Ao identificar desenvolvimento como crescimento, os economistas clássicos e neoclássicos sepultam qualquer possibilidade de embate social sobre o problema da redistribuição da riqueza e da erradicação das mazelas geradas pela própria sistemática de acumulação permanente do capital. Ademais, os liberais simplesmente desconsideram a identificação de fatores não-econômicos na delimitação conceitual do conceito de desenvolvimento. Um Estado é desenvolvido, portanto, ao apresentar

índices robustos de crescimento econômico. Entretanto, as causas ou consequências da elevação do crescimento interno não são discutidas pelos liberais, isto é, o crescimento do produto interno pode ter como causa a exploração do trabalhador em razão da flexibilização da legislação trabalhista. (CORREA, 2010, p. 68)

A vinculação do desenvolvimento a quimera ou ilusão foi muito difundida pela obra de Giovanni Arrighi (1997). A tese defendida pelo autor italiano se baseia na dificuldade de se apontar a possibilidade de alteração da situação das nações na hierarquia da economia capitalista mundial. Ele parte da observação da divisão das nações, a partir de um núcleo orgânico formado das nações centrais, uma periferia formada pelas nações pobres e uma semiperiferia das nações emergentes. A tese central é a impossibilidade de mudança significativas dessa hierarquia entre as nações, o que poderia ser comprovada por meio da análise do Produto Nacional Bruto e, portanto, o desenvolvimento seria uma ilusão (ARRIGHI, 1997, p. 217).

Outros autores defendem a tese de desenvolvimento como mito, usando outros critérios além do Produto Nacional Bruto. Rivero (2002) trabalha com a ideia de inviabilidade das nações subdesenvolvidas. O primeiro fator que o autor indica é um elemento histórico. Nas nações industrializadas a formação da identidade nacional precedeu a formação do Estado. Esse mesmo fenômeno não ocorreu nas nações subdesenvolvidas, cuja formação da autoridade estatal e do Estado antecipou ao surgimento de uma burguesia e de uma economia capitalista nacional unificadora (RIVERO, 2002, p.12).

Outro autor sobre o mito do desenvolvimento é Furtado (2001). A tese central da obra se baseia na ideia de que os padrões de consumo das nações altamente industrializadas não poderão ser acessíveis às grandes massas em rápida expansão que formam a periferia. Para Furtado, a ideia de mito possui um papel para a ciência:

O mito congrega um conjunto de hipóteses que não podem ser testadas. Contudo essa não é a dificuldade maior, pois o trabalho analítico se realiza em um nível muito mais próximo da realidade. A função principal do mito é orientar, num plano intuitivo, a construção daquilo que Schumpeter chamou de visão do processo social, sem a qual o trabalho analítico não teria qualquer sentido. (FURTADO, 2001, p. 7).

Para sustentar sua tese sobre o mito do desenvolvimento econômico, Furtado (2001) defende que o traço do capitalismo atual é que ele prescinde do Estado. Como a estabilidade dos Estados quanto a expansão de suas economias dependem de transações internacionais, ditadas pelas empresas transnacionais, forma-se uma relação de poder entre as grandes empresas e os Estados (FURTADO, 2001, p. 32). Assim, ocorre uma transformação da função do Estado e a emergência de uma nova ordem política.

Dessa forma, tem-se a ideia que o “desenvolvimento econômico” pautado na premissa de que as nações pobres poderão desfrutar do padrão de vida das ricas é irrealizável. Na verdade, as nações periféricas ou semiperiféricas, caso continuem a copiar os padrões de consumo e a adotar modelos de “desenvolvimento” das nações ricas, bem como a perpetuação das trocas desiguais internacionais entre elas, não passarão de um quantitativo “crescimento modernizante”, como bem ensina Bercovici (2005), sem preservação da natureza e concentração de riquezas (BERCOVICI, 2005, p. 53).

O autor indiano Amartya Sen, vencedor do Prêmio Nobel de Economia de 1998, desenvolveu a ideia de busca pelo caminho do meio. O caminho do meio que afasta ao mesmo tempo a teoria de se equiparar o desenvolvimento e o crescimento, bem como a teoria que trata o desenvolvimento como uma quimera, algo inexecutável.

A obra se pauta pela necessidade de reconhecer que o papel das diferentes formas de liberdade no combate às privações e opressões existentes no mundo. Para Sen (2000):

O crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da qualidade de vida que levamos e da liberdade que desfrutamos. Expandir a liberdade que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo que vivemos e influenciando esse mundo. (SEN, 2000, p. 29).

Na visão de Sen, portanto, o desenvolvimento não se equipará com crescimento econômico. A expansão da liberdade, conforme afirmado por Amartya Sen, é o fim e o meio do desenvolvimento (SEN, 2000, p. 27). O crescimento econômico é muito importante como meio para promover a liberdade dos membros da sociedade, promovendo acesso a recursos indisponíveis para exercício de uma autonomia. A liberdade, ainda, depende de outros meios para seu exercício pleno, como o acesso a serviços básicos ou a direitos civis:

As liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais. Além de reconhecer, fundamentalmente, a importância avaliatória da liberdade, precisamos entender a notável relação empírica que vincula, uma as outras, liberdades diferentes. Oportunidades sociais facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas podem ajudar a gerar abundância individual, além de recursos públicos para os serviços sociais. (SEN, 2000, p. 25-26).

Para Sen (2000), não é possível auferir desenvolvimento se de alguma forma a liberdade dos membros da sociedade é tolhida. A liberdade poder ser afetada pela pobreza, como a falta de acesso aos recursos disponíveis ou oportunidades econômicas. Pode ser minimizada ainda

pela tirania do Estado, representada pela negligência dos serviços públicos ou a interferência no exercício de direitos fundamentais.

7.2. A vertente sustentável do desenvolvimento

Em 1968, o Conselho Econômico e Social da ONU sugeriu e a Assembleia Geral aprovou a realização de uma conferência internacional com o objetivo de evitar a degradação do meio ambiente (SILVA, 2002, p. 28). A realização da conferência, em 1972, teve repercussões diferentes entre diversas nações, causando maior estranheza nas nações em desenvolvimento e alguns com posição antagônica, como o Brasil (SILVA, 2002, p. 29). As nações com industrialização tardia ainda enfrentavam (e ainda enfrentam) dificuldades graves relacionadas a pobreza e atendimento de serviços públicos básicos à população. Silva (2002) relembra:

A dificuldade enfrentada pelos países em desenvolvimento era que a documentação e toda a filosofia da Conferência espelhava posições de países do hemisfério norte que, além do mais, dispunham, nas reuniões preparatórias, de especialistas, o que não ocorria com os países em desenvolvimento, obrigados, na maioria, a recorrer a seus diplomatas. (SILVA, 2002, p. 29).

Apesar de todo o receio das nações em desenvolvimento, chegou-se a um documento final que, tem em seu mérito, o reconhecimento que os problemas ambientais das nações em desenvolvimento eram e continuam a ser dos problemas das nações industrializados (SILVA, 2002, p. 32). Entre os vários princípios definidos pela declaração redigida na conferência, destaca-se o princípio 11, que estatui:

Princípio 11

As políticas ambientais de todos os Estados deveriam estar encaminhadas para aumentar o potencial de crescimento atual ou futuro dos países em desenvolvimento e não deveriam restringir esse potencial nem colocar obstáculos à conquista de melhores condições de vida para todos. Os Estados e as organizações internacionais deveriam tomar disposições pertinentes, com vistas a chegar a um acordo, para se poder enfrentar as consequências econômicas que poderiam resultar da aplicação de medidas ambientais, nos planos nacional e internacional. (MMA, [20--?]).

Analisando o resultado da Conferência, Correa (2010) destaca que:

A redação final do texto da Declaração de 1972 traduziria o conflito entre países desenvolvidos versus países subdesenvolvidos. De um lado, os países do Norte – amedrontados com os resultados aterradoras do Relatório “Limites do Crescimento” – propunham medidas ambientais mais restritivas, tais como os

princípios 238 e 639 da Declaração de Estocolmo. Por outro lado, países do Sul – ávidos em desfrutar das graças e dos privilégios da “Era do Ouro” do capitalismo mundial – adotaram uma postura de cautela na proteção irrestrita ao meio ambiente. (CORREA, 2010, p. 117)

Após a Conferência de 1972, a ONU criou em 1983 uma Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. A Comissão elaborou posteriormente um documento oficial intitulado “Nosso Futuro Comum”, mas conhecido como Relatório *Brundtland*, em homenagem a Presidente da Comissão Gro Harlem Brundtland, que tem no seu currículo a marca de ser a primeira ministra de meio ambiente a se tornar chefe do executivo de uma nação.

Silva (2002) destaca que o relatório “dá especial ênfase às consequências negativas da pobreza sobre o meio ambiente” (SILVA, 2002, p. 34). No relatório surge a primeira ideia de responsabilidade intergeracional, buscando-se a utilização dos recursos pelas gerações presentes, de modo a garantir o uso pelas gerações futuras. É o relatório, também, que sugere a realização de nova conferência, realizada no Rio de Janeiro em 1992. Sobre o relatório, Correa (2010) que o conceito originado:

Se fundamenta em um sujeito abstrato que buscará, racionalmente, suprir suas necessidades (inclusive, a de consumir bens de consumo). As particularidades sociais, históricas e culturais da “necessidade” de cada indivíduo ou grupo social são extirpadas pela pretensa universalização das necessidades do Homo economicus. (CORREA, 2010, p. 118)

Desde 1987, o conceito de desenvolvimento sustentável vem sendo repetido como mantra. Contudo, sem políticas socioeconômicas e ambientais públicas e privadas eficazes no mundo da vida pelos diversos quadrantes do território terrestre. A definição do conceito sustentabilidade também carrega em si grande divergência teórica. Almejando um aprofundamento teórico, é preciso indicar as bases de construção conceitual e seus eventuais limites. Correa (2010) defende que:

Neste contexto, não há dúvida de que o debate sobre a relação entre a preservação ambiental e o desenvolvimento - e suas respectivas adjetivações: desenvolvimento sustentável, sustentado, sócio-ambiental, ecológico etc. – necessita ser analisado criticamente, a partir da influência que a variável econômica exerce no discurso de uma suposta necessidade de tomada de uma “consciência ecológica universal pela humanidade”. Dito desta forma, a crise ambiental pode parecer de responsabilidade exclusiva de um fantasioso sujeito universal, desprovido de nacionalidade e de classe social, com o que não podemos concordar, pois a crise ambiental atual relaciona-se, diretamente, com a divisão internacional do trabalho e com o atual modelo desigual de distribuição de riqueza. (CORREA, 2010, p. 113)

Há aqueles que defendam que inexistente conflito entre a conservação ambiental e o crescimento econômico (VEIGA, 2010, p. 109). Ainda sobre o enfoque da conciliação há a defesa da tese de que o crescimento econômico só prejudicaria o meio ambiente “até um determinado patamar de riqueza auferida pela renda *per capita*” (VEIGA, 2010, p. 110).

Uma segunda teoria caminha em sentido oposto. Utilizando da segunda lei da termodinâmica afirma que as atividades econômicas transformam a energia em formas de calor tão difusas que são inutilizáveis: “em algum momento do futuro a humanidade deverá apoiar a continuidade de seu desenvolvimento na retração, isto é, com o decréscimo do produto” (VEIGA, 2010, p. 112).

Para uma linha cética, pautada na segunda teoria, haveria uma condição estacionária. O desenvolvimento seria pautado em uma melhoria qualitativa, como, por exemplo, a substituição de fontes de energia fóssil por energia limpa. E defendem ainda:

a hipotética conciliação entre o crescimento econômico e a conservação da natureza não é algo que possa ocorrer no curto prazo, e muito menos de isolada, de certas atividades, ou em locais específicos. Por isso, nada pode ser mais bisonho que chamar de ‘sustentável’ esta ou aquela proeza. (VEIGA, 2010, p. 113).

Entre essas duas linhas teóricas, a primeira pautada na inexistência de conflito entre crescimento econômico e a conservação ambiental e a segunda pela estagnação do crescimento pela incapacidade de se obter recursos naturais suficientes na sua promoção, existe uma linha intermediária, ainda não tão evoluída.

A teoria linha intermediária se pautada pela construção política-ideológica que teve início com a Conferência de Estocolmo de 1972 e foi consagrada pela Conferência do Rio de Janeiro de 1992, com a adoção da linha de sustentabilidade produzida pelo Relatório Brundtland. Veiga (2010) indica que um dos melhores autores que sustenta essa linha é Ignacy Sachs que “soube evitar simultaneamente o ambientalismo pueril, que pouco se preocupa com a pobreza e desigualdades, e o desenvolvimentismo anacrônico, que pouco se preocupa com as gerações futuras” (VEIGA, 2010, p. 171). Ainda para Veiga (2010), “a sustentabilidade ambiental é baseada no duplo imperativo ético de solidariedade sincrônica com a geração atual e de solidariedade diacrônica com as gerações futuras” (VEIGA, 2010, p. 172).

A premissa da sustentabilidade incorpora a ideia da solidariedade entre as gerações futuras e atuais, impelindo a buscar soluções triplamente satisfatórias no seu sentido social, econômico e ambiental. Afasta, portanto, o crescimento modernizante (BERCOVICI, 2005, p. 53), incapaz de gerar transformações na sociedade, sem alto custo aos bens ambientais.

7.2.3 A proposta de Ignacy Sachs de desenvolvimento sustentável

Na visão de Sachs (2000), o crescimento integra o conceito de desenvolvimento e é um dos seus fatores principais. Eles não são equivalentes, especialmente porque no crescimento a mudança é quantitativa, enquanto no desenvolvimento é qualitativa (SACHS, 2000, p. 26). A verdade é que o desenvolvimento tem sido exceção histórica, pois geralmente temos “crescimento modernizante”, sobretudo nas nações periférica ou semiperiféricas, e o desejado do desenvolvimento sustentável não é obra espontânea da força do mercado (CHANG, 2004, p. 13), por autorregulação, mas fruto sim de intervenção estatal planejada direta e indireta (SOUZA, 2017, p. 379) no domínio econômico, social, ambiental e tecnológico.

Sachs (2000) defende a construção de um modelo de desenvolvimento cujo aproveitamento dos recursos naturais ocorra de forma sustentável. As sociedades passadas foram fundamentadas na biomassa, uma vez que dependiam dela para a sua vida material (SACHS, 2000, p. 29). Nessa linha, não se busca a retomada ao passado, mas “a invenção de uma moderna civilização de biomassa”. E completa: “O argumento é que tal civilização conseguirá cancelar a enorme dívida social acumulada com o passar dos anos, ao mesmo tempo que reduzirá a dívida ecológica” (SACHS, 2000, p. 30).

A aposta de Sachs (2000) está na evolução da ciência a fim de que faça a construção do novo paradigma social, mais justo, em termos de equilíbrio social, e com maior respeito à natureza. O avanço científico proposto criará tecnologias e ferramentas equilibrando a balança entre as nações industrializadas, com menor fonte de recursos naturais, e as nações pouco industrializadas, nos quais há maiores reservas ambientais geralmente.

O desenvolvimento sustentável proposto por Sachs (2000), então, passa pelo aproveitamento racional dos bens da natureza, bem como da superação de algumas premissas.

A primeira premissa é a superação do modelo de crescimento econômico. O conflito anterior a Conferência de Estocolmo polarizava duas posições, sendo daqueles que previam a abundância dos recursos naturais e daqueles que pregavam a catástrofe. Tais posições extremas foram descartadas na Conferência, surgindo alternativa média “entre o economicismo arrogante e o fundamentalismo ecológico” (SACHS, 2000, p. 52). O caminho do meio indicava que o crescimento econômico ainda era necessário, mas deveria ser instrumentalizado mais favoravelmente à sociedade e ao meio ambiente, de forma evitar a conversão única do capital da natureza ao PIB (SACHS, 2000, p. 52).

A segunda premissa de superação é a do Mercado. A lógica liberal de mercado, pautada na eficiência proposta por Adam Smith de alocação de recursos, na opinião de Sachs, não é compatível com o desenvolvimento sustentável (SACHS, 2000, p. 55). A superação estaria na busca de um equilíbrio entre sociedade, Estado e Mercado, com as instituições externas ao mercado “como necessárias para fiscalizar e corrigir os seus excessos e deficiências” (SACHS, 2000, p. 56). Por sinal, Sachs (2000) defende que o planejamento se mostra como ferramenta indispensável para projetar e promover as estratégias do desenvolvimento sustentável (SACHS, 2000, p. 56).

Deve-se superar também o antagonismo norte-sul. Isso porque a premissa do desenvolvimento sustentável deve ocorrer em escala global, com estratégias complementares entre norte e sul. O autor defende que a ONU teria papel fundamental nessa integração da estratégia única e articulada e que ela tem obtido "sucesso" na promoção da conscientização ambiental (SACHS, 2000, p. 59).

Por fim, a consagração do modelo de desenvolvimento sustentável dependerá da superação da economia ecológica, catastrófica. Para Sachs (2000), é preciso retomar uma economia política, no sentido de “um planejamento flexível, negociado e contratual, simultaneamente aberto para as preocupações ambientais e sociais” (SACHS, 2000, p. 60)

Inspirado pelas lições de Ignacy Sachs, Veiga (2010) define que,

o desenvolvimento tem a ver, primeiro e acima de tudo, com a possibilidade de as pessoas viverem o tipo de vida que escolheram, e com a provisão dos instrumentos e das oportunidades para fazerem as suas escolhas. (...) Vai desde a proteção dos direitos humanos até o aprofundamento da democracia. (VEIGA, 2010, p. 81).

Deve-se ter em vista que o crescimento econômico privilegia a manutenção da esfera de dominação, nas nações e entre nações. Na linha de raciocínio exposta pelos autores que pretendem superar a premissa do desenvolvimento como crescimento e também afastam a linha ideológica de que o desenvolvimento é mera ilusão, o desenvolvimento é trabalhado na inversão da lógica do “crescimento modernizante”, no “desequilíbrio positivo” que tende a minimizar os impactos negativos coletivos e maximizar o aproveitamento coletivo dos bens da natureza, da tecnologia e distribuição social dos bens e serviços produzidos.

A proposição de Sachs (2000), bem como de Sen (2000), é a definição de um conceito de desenvolvimento que promova justiça social, com graus variáveis de utilização planejada dos recursos naturais para atingir esse fim. Por promover uma justiça social e tendo como fim a dignidade humana, o desenvolvimento sustentável, no modelo proposto, portanto, está no

fundamento do direito brasileiro, ou seja, é um dos princípios da ordem econômica (art. 170, VI da CR) e um dos capítulos (art. 225 da CR) da ordem social da nossa Lei máxima de 1988.

7.3 O Desenvolvimento Sustentável como Direito ao Desenvolvimento Sustentável

O direito ao desenvolvimento possui, portanto, uma carga de aspiração, conteúdo de norma diretiva que deve ser buscado entre os objetivos gerais do Estado. Nos moldes da Constituição brasileira de 1988, em especial, no *caput* do art. 170, a ordem econômica tem como fim assegurar a todos existência digna (BRASIL, 1988). A existência digna, que ganhará relevos especiais, com a introdução do conceito de desenvolvimento sustentável. Paralelamente, o preâmbulo da Constituição de 1998 diz que o Estado Democrático de Direito brasileira deve assegurar o desenvolvimento; a defesa do meio ambiente é ainda um dos princípios da ordem econômica (art. 170, VI da CR) e, portanto, um dos ditames necessários na construção e execução das políticas econômicas públicas e privadas em face do processo produtivo; além de ser garantido constitucionalmente o direito a um meio ambiente equilibrado a todos, seja das gerações presentes e futuras (art. 225 da CR), impondo assim dever dos segmentos sociais de assim agirem.

Assim sendo, a Constituição brasileira impõe o desenvolvimento sustentável a nação, visto pela ótica do Direito Econômico, como direito ao desenvolvimento, ou seja, um “desequilíbrio positivo” (SOUZA, 2017, p. 399), a fim de exterminarmos o dano ambiental irreversível (art. 225 da CR), a dependência cultural (art. 215 da CR) e tecnológicas (arts. 218 e 219 da CR,) a falta de direitos fundamentais (art. 6 da CR), a exploração econômica externa (art. 170, I da CR), entre outros.

Ademais, na visão de Souza (2017), “a ideia de sustentabilidade, por seu turno, trouxe o conceito às considerações jurídicas do compromisso das gerações atuais com as gerações futuras, envolvendo a ação do homem com a natureza” (SOUZA, 2017, p. 406). E, assim, deve-se pensar como um direito ao desenvolvimento sustentável que preserva para todos, inclusive para as gerações futuras, também titulares do direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, da Constituição).

É salutar o alerta crítico feito por Correa (2010), sobre o conceito de desenvolvimento sustentável:

É verdade, conforme demonstramos anteriormente, que o processo de positivação do desenvolvimento sustentável é fruto, em grande medida, de um mecanismo de reorganização do modo de produção capitalista. Todavia, a expressão

desenvolvimento sustentável - como um signo linguístico - pode ter seu significado alterado, conforme a utilização empregada pelos atores sociais na dinâmica e complexa teia social. Isto é: a origem conservadora da construção de desenvolvimento sustentável não imobiliza eternamente o seu conteúdo, pois o significado da expressão altera-se de acordo com os múltiplos usos no processo de luta social. Eis o caráter emancipador da linguagem! (CORREA, 2010, p. 119)

Não se pode, desta forma, desassociar o atendimento dos comandos da constituição, de forma a promover o desenvolvimento, que parte de uma premissa de liberdade como meio e como fim, promovendo a ruptura do equilíbrio que sustenta um Estado de desigualdades. Não se pode pensar em um modelo de desenvolvimento que seja incompatível com a manutenção com o equilíbrio ecológico, inclusive na sua projeção para o futuro, bem como com a construção de uma sociedade plural, inclusive em seu modelo produtivo (CLARK; *et al*, 2013, p. 293).

7.4 Papel normativo do Estado (ordem jurídica) para promoção do direito ao desenvolvimento sustentável

O artigo 225 da Constituição da República possui três partes, com valorações jurídicas distintas aos enunciados. Primeiro, prescreve um direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Neste sentido, existem teorias para sustentar que o direito ecologicamente equilibrado se trata de um direito fundamental do cidadão ou um direito social. Segundo, determina a designação de dever jurídico a ser compartilhado entre Poder Público e sociedade civil, no sentido de se efetivar o direito antecedente para as atuais e futuras gerações. Ambas as partes, em conjunto com o art. 170, inauguram na ordem constitucional a adoção do princípio jurídico do desenvolvimento sustentável. Por fim, prescreve um conjunto de normas que impõe condutas ao Poder Público para a efetivação do direito prescrito no artigo.

Sobre esse conjunto de normas, Derani (2001) indica que “são normas que impõe condutas, fixando tarefas diretivas e materiais do Estado, declarando atividades que estão especificamente sobre tutela e descrevendo deveres especiais do Poder Público.” (DERANI, 2001, p. 269). Reúne-se nos incisos do parágrafo, o arcabouço jurídico para implementação da política ambiental, que vincula não apenas à União, mas os membros da federação, Estados e Municípios e limita o poder econômico privado.

Para Correa (2010), a Constituição adotou unidade entre a preservação ambiental e ordem econômica justa e solidária, que são planos indissociáveis (CORREA, 2010, p. 132). Como consequência, o autor defende:

No âmbito da elaboração de políticas públicas, é inconstitucional qualquer ato que despreze mecanismos técnicos ou legais de controle institucional das atividades econômicas sobre o meio ambiente. Proposituras de leis que dispensam o licenciamento ambiental, em razão de um pretense interesse público, são nitidamente inconstitucionais. Assim como atos administrativos originados de processos de teatralização de licenciamento ambiental são eivados de vício, em razão de afronto aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito. (CORREA, 2010, p. 133)

São normas que materialmente não são essenciais ao texto constitucional, mas em razão de sua estatura constitucional servirão como fundamento para a construção do ordenamento jurídico ambiental pelos entes federados. Dessa forma, vinculam os entes federados no processo legislativo, que por sua vez, criarão normas, que pelo seu conteúdo e natureza de direito econômico, estabelecerão diretrizes orientativas, indutivas, punitivas e restritivas à sociedade na qual se insere.

Neste sentido, ensina Carneiro (2001):

Neste propósito, do ponto de vista econômico, a legislação ambiental pode atuar em duas vertentes fundamentais. A primeira delas é a implementação de regras que disciplinem adequadamente o acesso aos recursos ambientais, levando, através da simulação de um sistema de preços, os agentes que deles se utilizarem a dimensionar seus custos sociais de oportunidade e de reconhecer sua real condição de escassez. A segunda refere-se à redução dos custos sociais de transação, na medida em que as normas de proteção ambiental permitem, de um lado, a definição dos titulares do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida e, de outro, dos parâmetros quantitativos ou qualitativos à geração de externalidades, estipulando as devidas regras de responsabilidade jurídica na hipótese de sua transgressão. (CARNEIRO, 2001, p. 98)

As normas descritas no art. 225 são tratadas igualmente como normas-objetivo. Indicam, dessa forma, fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade. A dinâmica ambiental da escassez dos recursos e da irreversibilidade de certas modalidades de lesão repercute na ineficácia de normas sancionatórias, as quais preveem a consequência jurídica para o ato contrário ao enunciado normativo. A norma com caráter de indução de certo comportamento terá relevo especial no sentido que seja efetivada a prevenção do dano ambiental e a manutenção do equilíbrio ecológico.

8 CONFLITOS FEDERATIVOS AMBIENTAIS

No modelo de distribuição de competências adotado pela Constituição brasileira de 1988, vemos a designação do constituinte ao cumprimento de tarefas legislativas e executivas aos entes federados, que ainda incluem os Municípios, no federalismo assimétrico brasileiro.

Dessa forma, no âmbito da competência legislativa, adota-se o sistema cooperativo com a indicação de matérias privativas da União e residuais aos Estados, bem como um conjunto de competência concorrentes, de atuação conjunta entre Estados e União, acrescidos da atuação suplementar dos Municípios em matérias de interesse local. No âmbito da distribuição de competências executivas, igualmente adota-se as matérias exclusivas da União e comuns à União, Estados e Municípios. Todas as descrições com amplos róis de matérias, na qual se percebe os mínimos resquícios de Estado Unitário, pela concentração de matérias legislativas e executivas da União.

Estão delineados, portanto, os dois focos principais de conflitos. O primeiro situa-se no âmbito da competência legislativa, na construção dos ordenamentos jurídicos parciais que se sobreporão. O segundo no âmbito da competência executiva, na qual deveria prevalecer o pacto federativo para atuação harmônica e coordenada dos entes, mas que poderão resultar em atuação dúplices e contraditórias.

Como pano de fundo para análise dos conflitos utilizamos a temática ambiental. O recorte selecionando a temática ambiental decorre da sua elevação a matéria constitucional, determinado a incumbência ao Poder Público, incluindo-se todos os entes, no dever de promover o equilíbrio ecológico para as futuras e presentes gerações. Neste sentido, Almeida (2013) registra que:

Aliás, principalmente em relação à tutela ambiental, pode-se dizer que a Constituição avançou bastante em comparação com a anterior, que em nenhum passo estabelecia normas expressas sobre a proteção do meio ambiente. Essa proteção decorria apenas implicitamente de normas atinentes a águas, florestas, jazidas, proteção à saúde etc. O único artigo que mencionava o termo “ecológico” era o artigo 172, prevendo que a lei regularia, mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades. No texto vigente, além da regra de competência ora estudada, a proteção ao meio ambiente é objeto de capítulo específico (artigo 225 e parágrafos) e de vários dispositivos esparsos (art. 5º, LXXIII; art. 170, VI; art. 174, § 3º; art. 129, III; art. 186, II, e art. 200, VIII). (ALMEIDA, 2013, p. 115)

Em especial, a escolha do tema de fundo decorre do fato de se tratar de preocupação social contemporânea e premente pela preservação ambiental.

8.1 Conflitos legislativos: temas ambientais na órbita da competência privativa e atuação conjunta no âmbito da competência concorrente

A adoção de sistema misto de distribuição de competências, representado por um remanescente de regime dual, com competências reservadas e residuais, e regime de competências concorrentes, resultará em duas esferas de conflitos legislativos. A repartição de competências teria como função eliminar qualquer hipótese de atuação sobreposta, o que não se confirma na realidade da efetivação dos comandos constitucionais pelo Poder Público.

Nesta seara, os conflitos decorrem, primeiro, da extrapolação das competências determinadas para cada ente e, segundo, pela coabitação de competências, em amalgama legislativo de complexa efetivação concomitante. Ambos os conflitos são intensificados pela participação paralela dos entes municipais.

8.1.1 Competência privativa da União na repartição competência legislativa

A competência constitucional atribuída à União para legislar sobre determinadas matérias atende à distribuição horizontal de competências, remanescente do modelo dual de federalismo. No modelo dual, originário do federalismo americano, caberia à União matérias exclusivas e aos Estados matérias residuais.

A atuação do Congresso Nacional possui o caráter de completude sobre essas matérias, sobre as quais não há espaço de atuação aos Estados e Municípios:

O exercício da competência legislativa privativa implica o exercício de tal atribuição de forma ampla pelo ente federativo, razão pela qual a mesma se dá de forma “horizontal”, ou seja, o ente federativo competente esgota toda a amplitude normativa sobre o tema, independentemente de qualquer regulamentação legislativa complementar a cargo de outro ente federativo, diferentemente, portanto, do que ocorre no exercício da competência legislativa concorrente, em que há uma espécie de exercício “vertical” de competências legislativas, já que se impõe a cooperação e atuação coordenada dos diferentes entes federativos no exercício da mesma. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 924)

Ferreira Filho (2015) explica que a técnica de repartição horizontal implica na exclusão da atuação dos entes nas matérias reservadas de forma recíproca:

Essa partilha dá-se por duas técnicas principais: uma, a da reserva de matérias à União ou aos Estados, daí competências reservadas ou exclusivas da União ou dos Estados. Neste caso, somente quem recebeu a competência pode dispor sobre a matéria, com exclusão de qualquer outro. Daí, por exemplo, o poder constituído da União não poder invadir a esfera de competência dos Estados, sob pena de inconstitucionalidade. Esta técnica é chamada de repartição horizontal, porque separa competências como se separasse setores no horizonte governamental. (FERREIRA FILHO, 2015, p. 83)

Neste sentido, o amplo rol de matérias descritas na Constituição no âmbito da competência privativa está previsto no art. 22:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

II - desapropriação;

III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

V - serviço postal;

VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;

VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;

VIII - comércio exterior e interestadual;

IX - diretrizes da política nacional de transportes;

X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

XI - trânsito e transporte;

XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização;

XIV - populações indígenas;

XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;

XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

XVII - organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 69, de 2012)

XVIII - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais;

XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;

XX - sistemas de consórcios e sorteios;

XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;

XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais;

XXIII - seguridade social;

XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;

XXV - registros públicos;

XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza;

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional;

XXIX - propaganda comercial. (BRASIL, 1988, grifos nossos)

Há íntima correspondência entre as competências materiais designadas à União com as competências legislativas. Conforme destaca Horta (2010):

A competência legislativa incorpora os preceitos declaratórios e autorizativos da competência geral na legislação federal, através da lei e da norma jurídica, sob o comando privativo da União Federal, por intermédio dos órgãos de manifestação da vontade legislativa. Daí a correspondência entre as atribuições de competência geral e as da competência de legislação, sem a qual a competência geral permaneceria um corpo inerte, sem ação e sem vontade. (HORTA, 2015, p. 319).

Por sua vez, a reserva aos Estados da competência residual está prevista no artigo 25, da Constituição da República:

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

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição. (BRASIL, 1988)

A quantidade de matérias determinadas à função legislativa da União revela o nível de concentração de poderes no âmbito do Poder Central. O fim do federalismo dual e a tendência universal de concentração de poderes no Governo Federal repercutiu também no modelo federalista brasileiro, que por se originar de Estado Unitário, sempre manteve a predominância da atuação da autoridade nacional. A escolha pela concentração é do âmbito da discricionariedade do constituinte, que no caso nacional, sempre esteve influenciado pela concentração dos poderes da União.

O diagnóstico pela concentração de poderes na União é unânime nos trabalhos dos teóricos nacionais, conforme ilustra o posicionamento de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018): “as competências legislativas privativas da União estão arroladas no art. 22, I a XXIX, da CF, elenco que, numa primeira mirada e como refere André Ramos Tavares, sugere uma relativamente forte centralização” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 942). Também se refere ao caráter centralizador Baracho Junior (2008):

O caráter centralizador a que me refiro pode ser constatado a partir da análise das matérias constantes dos artigos 22 e 24. Os dois dispositivos são quase exaustivos. Não há tema jurídico que esteja fora dos traçados nestes dois artigos, o que esvazia por completo a competência residual dos Estados previstos no §1º do art. 25. (BARACHO JUNIOR, 2008, p. 133)

No mesmo sentido, Antunes (2015):

A repartição de competências legislativas, ainda que elaborada sob a inspiração de um movimento descentralizador, não atingiu seus objetivos. Conforme afirma César Abreu, “Assim, o Estado Federal nascido da Constituição de 1988, em termos de centralização do poder político, contrasta com o modelo inaugural de 1891, mantendo

viva a sina centralizadora sentida a partir da Emenda constitucional de 1926” (2004, p. 79), acrescento, como uma consequência quase natural do federalismo cooperativo. De fato, a repartição de competências ambientais, tal como posta na Constituição de 1988, é extremamente confusa e, seguramente, centralizadora. (ANTUNES, 2015, p. 67).

Mesmo considerando o amplo rol de atuação do legislativo nacional, o entendimento prevalecente é no sentido de que o rol não é exaustivo (MENDES; BRANCO, 2017, p. 874). O exercício da função legislativa em estrato federal também abarca outras competências descritas no corpo do texto constitucional, bem como para efetivação de direitos fundamentais. Para Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018):

Tais competências não se esgotam naquelas enunciadas no art. 22 da CF, podendo ser encontradas em outros dispositivos constitucionais, como se verifica no caso do art. 48 e seus respectivos incisos, bem como em matéria de direitos e garantias fundamentais, nas diversas hipóteses em que o dispositivo enuncia uma expressa reserva de lei (por exemplo, fixação de prestação alternativa em caso de objeção de consciência (art. 5º, VIII), regulamentação da quebra do sigilo telefônico (art. 5º, XII), entre outros, ou em diversos aspectos vinculados ao sistema. (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2018, p. 942).

Para todas as matérias atribuídas a União, seja àquelas inscritas no art. 22 ou descritas no corpo do texto constitucional há determinação negativa aos Estados e Municípios. São matérias de exclusividade do ordenamento jurídico nacional, que se aplicaria uniformemente a todo território nacional, sem a inserção de quaisquer peculiaridades ou restrições. Igualmente, qualquer incursão da União de matérias que não estejam inseridas no âmbito das competências descritas também poderia ser retirado do ordenamento pela Jurisdição Constitucional.

O critério de repartição de competências adotado pela Constituição não permite que se fale em superioridade hierárquica das leis federais sobre as leis estaduais. Há, antes, divisão de competência entre esses entes. Há inconstitucionalidade tanto na invasão da competência da União pelo Estado-membro como na hipótese inversa. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 880)

A relação invertida, ou seja, de eventual incursão federal nas competências dos Estados, se revela pragmaticamente inexistente, visto o pouquíssimo espaço legislativo reservado aos demais entes.

8.1.2 Conflitos federativos ambientais decorrentes da competência privativa da União e sua resolução pela Jurisdição Constitucional

O tópico que se propõe possui menor importância para teóricos que se debruçaram especificamente sobre o federalismo ambiental. Em boa parte, isso se deve ao fato que as competências que possuem correspondência direta com o tema estão inscritas no âmbito da competência concorrente, bem como decorrem da designação geral ao Poder Público quando da descrição do dever constitucional de se efetivar o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225).

Entretanto, o tema dos conflitos federativos ambientais no âmbito da repartição de competência horizontal não deve ser ignorado, pois, ainda que sujeita à análise específica no âmbito da competência concorrente é terreno fértil para a ocorrência de conflitos em temas com repercussão indireta no ambiente. Neste sentido, Sarlet; Marinoni; Mitidiero (2018):

Além disso, a inclusão de uma lei na esfera das competências privativas da União frequentemente não é fácil de identificar, pois diversas vezes resulta difícil classificar os temas como sendo reportados a um ou outro assunto, como no caso da distinção entre direito civil e direito econômico, apenas para ilustrar com um exemplo, de tal sorte que são inúmeras as discussões levadas ao STF nessa seara, sem que, no entanto, da análise das decisões proferidas pelo Tribunal, se possam extrair conclusões uniformes e seguras. (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2018, p. 943)

São exemplos de possibilidades de conflitos temas descritos no âmbito da competência privativa como (a) águas; (b) energia; (c) jazidas; (d) minas e outros recursos minerais; (e) populações indígenas e (f) atividades nucleares de qualquer natureza, que estão incluídas no conceito geral de meio ambiente (ANTUNES, 2015, p. 67). Outros temas também poderiam ser invocados como direito marítimo, agrário e comércio internacional e interestadual. Parte considerável dos conflitos legislativos, com sobreposição de atuação, decorre em razão de determinado tema estar no âmbito da legislação concorrente sobre meio ambiente e igualmente afetar matéria exclusiva da União.

A posição da doutrina, em sua maioria, adota pela impossibilidade de os Estados e Municípios exercerem a competência legislativa em temas que tocam o âmbito da competência legislativa privativa da União, ainda que, consideráveis críticas possam ser feitas à concentração de poderes no legislativo nacional pelo constituinte originário, que não sequenciou o processo de redistribuição de competências do centro às extremidades. Neste sentido, é a posição de Antunes (2015):

É preciso, portanto, que se chegue a uma solução que seja capaz de dotar de um mínimo de lógica todas as mencionadas disposições constitucionais, harmonizando-as. Contudo, não se pode falar de uma lógica geral, mas da lógica de um determinado sistema. A lógica que tem sido a prevalente é aquela que considera que as competências privativas da União têm precedências sobre todas as outras formas de

competência, quando os assuntos tiverem entre si interseções relevantes. Assim, se a matéria é mineraria (competência privativa da União), os aspectos ambientais (competência concorrente) não podem se sobrepor ao aspecto mineral. Assim, na prática, a competência concorrente se esvazia diante da competência privativa. As normas estaduais e municipais se transformam em inócuas. (ANTUNES, 2015, p. 68)

Com posição semelhante, manifestou-se Almeida (2013):

‘Caso interessante de conflito de competência legislativa pode surgir quando matéria objeto de competência legislativa privativa de determinada esfera de poder também se possa interpretar como sendo objeto de competência legislativa concorrente. [...] em hipóteses do gênero parece-nos que devam prevalecer as determinações emanadas do titular da competência legislativa privativa. Como já frisamos em outro tópico, quando o constituinte, não obstante conscientizado da importância de uma maior descentralização e colaboração entre os entes federativos, defere privativamente a um deles competência para normatizar determinada matéria, é porque haverá razões suficientes para a concentração da competência. (ALMEIDA, 2013, p. 143-144).

Alguns autores possuem posição mais flexível para compreender que as matérias sujeitas a dois aportes de competências constitucionais não terão como regra a prevalência da norma federal. É o que defendem Sarlet e Fensterseifer (2013):

Na nossa compreensão, portanto, a prevalência da legislação editada pela União no exercício da sua competência privativa, em detrimento de medidas legislativas adotadas pelos demais entes federativos no âmbito da competência legislativa concorrente em matéria ambiental, não decorre do texto constitucional, mas sim da interpretação - s.m.j., equivocada - defendida por alguns doutrinadores e também pelos nossos Tribunais. [...] A centralidade da proteção ambiental no nosso sistema constitucional, especialmente a partir da sua consagração como direito fundamental (art. 225 e art. 5.º, § 2.º, da CF/1988), opera no sentido de favorecer o Poder Político-legislativo dos entes federativos periféricos (Estados, Distrito Federal e Municípios) naquilo em que representar “mais proteção normativa”, o que pode ser apreendido da adoção pela Constituição Federal de 1988 da competência legislativa concorrente como “regra geral” para a regulação da matéria ambiental, conforme veremos no tópico subsequente. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 71)

Por sua vez, o STF, árbitro da federação brasileira, se debruçou sobre alguns casos em que havia conflitos entre normas decorrentes de diferentes fontes de competências, nos quais se revelou a sobreposição do ordenamento jurídico dos Estados e Municípios, pretensamente no âmbito da competência concorrente, na competência privativa da União.

Em 1994, a Corte Suprema analisou artigo da Constituição Estadual do Mato Grosso no qual vedava-se a saída do Estado de madeiras em toras. A ação foi ajuizada pelo Governador do Estado que sustentou a inconstitucionalidade do dispositivo por ofensa a competência privativa da União em legislar sobre comércio interestadual e transporte (art. 22, VIII e XI). Intimada a manifestar sobre a constitucionalidade da norma, a Assembleia Legislativa estadual aportou argumento no sentido de se tratar de matéria concorrente, em razão do art. 24, VI, da

Constituição da República: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição”.

Ao tratar sobre o caso em análise, o relator Ministro Francisco Rezek avaliou a Jurisprudência do STF pela prevalência da competência da União em assunto de comércio interestadual e ressaltou:

A questão constitucional ora posta em mesa é rigorosamente a mesma dos precedentes. Lá como aqui, não se condena o radicalismo da proibição da saída de madeira em toras, mas o trato legislativo dado pela unidade federada a matéria que se afirmar como exclusiva da União, escapando mesmo da alçada supletiva dos Estados. (BRASIL, 1994a, p. 5)

Em votação unânime, o STF entendeu pela inconstitucionalidade da disposição da Constituição do Estado, com a seguinte ementa:

ACÇÃO 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. (BRASIL, 1994a)

Em 2005, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 14.162/2003, do Estado do Paraná, que vedava o cultivo, a manipulação, a importação, a industrialização e a comercialização de organismos geneticamente modificados. A matéria foi apreciada julgamento conjunto das ADIs 3.035 (BRASIL, 2005a), de autoria do Partido da Frente Liberal (PFL), e 3.054 (BRASIL, 2005b), de autoria do Governador do Estado, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes. No que a norma estadual se refere ao comércio, importação e exportação e regime de portos, o STF entendeu pela intromissão do rol de competência privativa da União. As ações receberam a seguinte 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. (BRASIL, 2005a)

Ainda sobre o tema, já em 2015, o STF avaliou duas ações diretas de inconstitucionalidade que tratavam de Leis Estaduais de Santa Catarina (ADI 3.852) e Rio

Grande do Sul (3.813) que restringiam o comércio de produtos agrícolas importados nos Estados. Na defesa dos atos impugnados, os representantes dos legisladores estaduais defendiam a atuação supletiva no que se refere a saúde e consumo, sem qualquer intromissão na esfera de competência privativa da União.

Na ADI nº 3813, o Ministro Dias Toffoli defendeu que, mesmo que sobre o âmbito da legislação concorrente, haveria na espécie a incursão da atuação do legislador estadual a matérias exclusivas da União, o que levaria, nesta hipótese de conflito, à vedação de atuação dos Estados: “Primeiramente, porque, se é verdade que a questão toca, sob certo ponto de vista, em temas de competência concorrente (consumo e proteção à saúde), predominam, na hipótese, os limites da competência privativa da União para legislar sobre comércio exterior e interestadual” (BRASIL, 2015a, p 10).

No outro decisum com o mesmo tema, reiterando a posição do Supremo Tribunal Federal, também houve o resguardo da amplíssima competência privativa da União, que recebeu a seguinte ementa:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei estadual (SC) nº 13.922/07. Restrições ao comércio de produtos agrícolas importados no Estado. Competência privativa da União para legislar sobre comércio exterior e interestadual (CF, art. 22, inciso VIII). 1. É formalmente inconstitucional a lei estadual que cria restrições à comercialização, à estocagem e ao trânsito de produtos agrícolas importados no Estado, ainda que tenha por objetivo a proteção da saúde dos consumidores diante do possível uso indevido de agrotóxicos por outros países. A matéria é predominantemente de comércio exterior e interestadual, sendo, portanto, de competência privativa da União (CF, art. 22, inciso VIII). 2. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade das leis estaduais que constituam entraves ao ingresso de produtos nos Estados da Federação ou sua saída deles, provenham esses do exterior ou não (cf. ADI 3.813/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ e de 20/04/2015; ADI nº 280, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 17/6/1994; e ADI nº 3.035, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 14/10/2005). 3. Ação direta julgada procedente. (BRASIL, 2015a)

Em 2017, o STF analisou a constitucionalidade da Lei Estadual nº 11.078/1999, de Santa Catarina, que estabelece normas sobre controle de resíduos de embarcações, oleodutos e instalações costeiras. A análise da constitucionalidade igualmente verificara a invasão na competência privativa, bem como a atuação do Estado nos limites constitucionais da legislação concorrente. Na defesa do ato normativo, o Poder Legislativo local indicou que a sua atuação se devia exclusivamente para a preservação da qualidade das águas da costa marítima catarinense e defesa do meio ambiente, ressaltando a sua competência para tanto.

O relator, Ministro Gilmar Mendes, destacou a reiteração do tipo de conflito federativo, no qual o que se avalia, a bem da verdade, é a fonte de competência da qual se retirou o fundamento de validade da atuação dos entes federados. Neste sentido, defendeu que a

verificação da aderência a determinada competência deveria ser feita por meio de processos interpretativo, com subsunção da lei em relação aos artigos que estabelecem os limites de atuação dos entes federados. Propôs-se, então, a seguinte fórmula:

Ao ser constatada aparente incidência de determinado assunto a mais de um tipo de competência, deve-se realizar interpretação que leve em consideração duas premissas: **a intensidade da relação da situação fática normatizada** com a estrutura básica descrita no tipo da competência em análise e, além disso, o **fim primário a que se destina essa norma**, que possui direta relação com o “princípio da predominância de interesses. (BRASIL, 2018b, p. 7, grifos nossos).

Em razão da ampla abrangência do conceito de Direito Marítimo (art. 22, I) e meio ambiente, objeto de proteção do art. 24, VI, devem-se buscar critérios mais específicos. No caso concreto, portanto, a norma estaria inserida num contexto de “direito ambiental marítimo” tendo em vista o fim a que se destina e sua vinculação à proteção ambiental. Com base nesse fundamento, o STF entendeu pela constitucionalidade da norma estadual, cujo julgamento ficou assim ementado:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Repartição de competências. Lei Estadual 11.078/1999, de Santa Catarina, que estabelece normas sobre controle de resíduos de embarcações, oleodutos e instalações costeiras. Alegação de ofensa aos artigos 22, I, da Constituição Federal. Não ocorrência. Legislação estadual que trata de direito ambiental marítimo, e não de direito marítimo ambiental. Competência legislativa concorrente para legislar sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 22, I, CF), e sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente (art. 24, VIII, CF). Superveniência de lei geral sobre o tema. Suspensão da eficácia do diploma legislativo estadual no que contrariar a legislação geral. Ação julgada improcedente. (BRASIL, 2018b)

Em recente julgamento, outubro de 2018, o STF declarou a inconstitucionalidade de da Lei nº 12.377/2011, da Bahia, que alterou artigos da Lei 11.612/2009, que tratavam sobre procedimentos de outorgas de direito de uso de recursos hídricos. Naquilo que toca a repartição constitucional de competência, alegava-se na ação a sobreposição de competências em razão do enunciado legal indicar a dispensa de outorga para a perfuração de poços tubulares.

Na argumentação exposta pelo Procurador Geral da República, a ofensa decorreria do fato de que cabe à União, no âmbito de suas competências materiais (executivas), para instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso (art. 21, XIX).

Ao analisar o pleito do autor, o relator Ministro Alexandre de Moraes, após transcorrer sobre o histórico de formação e evolução da forma de Estado Federal, ressaltou:

O princípio geral que norteia a repartição de competência entre os entes componentes do Estado Federal brasileiro, portanto, é o princípio da predominância do interesse, não apenas para as matérias cuja definição foi preestabelecida pelo texto constitucional, mas também em termos de interpretação em hipóteses que envolvem várias e diversas matérias, como na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade. (BRASIL, 2018c, p. 15).

A definição dos critérios para definição da concessão de outorgas para uso de recursos hídricos, está inserido no âmbito da competência material, também exclusiva, da União. Apesar de não mencionado expressamente, caberia aqui a aplicação da Teoria dos poderes implícitos, consagrado pela jurisdição constitucional americana, que teve como resultado a concentração de matérias no âmbito do Governo central. Dessa forma, haveria igualmente limites aos Poderes Legislativos e Executivos dos Estados e Municípios em criarem hipóteses de dispensas de outorgas, para situações diversas daquelas estabelecidas pela União, a quem cabe especificamente a definição desses critérios.

Por essa perspectiva, e ressaltando igualmente o compromisso do Poder Público com o equilíbrio ecológico, o STF reconheceu a inconstitucionalidade dos dispositivos legais da norma baiana. O julgamento resultou na seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. VIOLAÇÃO À COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA EXCLUSIVA DA UNIÃO (CF, ART. 21, XIX). AFRONTA AO ART. 225, §1º, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. PROCEDÊNCIA. 1. As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio da predominância do interesse. 2. Ao disciplinar regra de dispensa de outorga de direito de uso de recursos hídricos, o art. 18, § 5º, da Lei 11.612/2009 do Estado da Bahia, com a redação dada pela Lei 12.377/2011, usurpa a competência da União, prevista no art. 21, XIX, da Constituição Federal, para definir critérios na matéria. (...) 5. Medida Cautelar confirmada. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. (BRASIL, 2018c)

A busca pelo difícil equilíbrio federal também perpassa por técnicas de resolução de conflitos legislativos que podem ser apreendidos da sobreposição entre a competência privativa da União e o exercício da competência concorrente ou residual dos Estados e Municípios, em especial quando se tratar de matéria de proteção do ambiente, inserida no âmbito da cooperação entre todos os entes (art. 24, VI). A regra geral, como ressalta a maioria dos exemplos trazidos, bem como ressonante em boa parte da teoria é pela prevalência da legislação federal. A incursão dos Estados e Municípios em matérias que o constituinte elencou como competência da União (ainda que com certo exagero e concentração) resulta em desequilíbrio federativo, o que não é o desejado.

É possível indicar que o constituinte ao alocar determinados assuntos na órbita de competência federal pretendia tratamento isonômico aos membros da federação e da população residente do território nacional. O Federalismo decorre justamente da sobreposição de ordenamentos jurídicos, que permite a União insurgência direta sobre os cidadãos de todo território sem a dependência de validação e confirmação pelo Estado-membro para efetivar os comandos normativos nacionais.

Por essa razão, à guisa de proposição teórica deve-se considerar que nas matérias de competências privativas e exclusivas da União há de se considerar certos limites a atuação dos Estados e Municípios, sobre pena de se criar privilégios ou restrições a nacionais, que deveriam estar sujeitos às mesmas regras de condutas. A vedação de se estabelecer tratamento diferenciados entre nacionais está insculpido no art. 19, III²⁴, da Constituição da República. Sobre a aplicação do princípio as regras de organização do Estado Federal, Sarlet, Marinoni e Mitidieiro (2018) ensinaram:

Além dessa especial proibição de discriminação, que reforça as exigências do princípio geral da igualdade consagrado pelo art. 5º, *caput*, da CF, na relação entre o Estado Federal e suas respectivas unidades e os indivíduos (pessoas físicas e jurídicas), a vedação constitucional, de acordo com a segunda parte do que dispõe o art. 19, III, da CF, **tem por escopo assegurar a paridade entre os próprios entes federativos, precisamente por proibir o estabelecimento de qualquer preferência seja nas relações entre a União e os Estados e os Municípios**, seja no âmbito das relações entre Estados, entre os Municípios e entre Estados e Municípios. (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2018, p. 901, grifos nossos).

Tratando a regra do art. 19, III, como vedação própria do Federalismo brasileiro, Tavares (2018) comenta:

Já que não há hierarquia ou subordinação entre referidas entidades, não há lugar para que umas imponham, em relação às outras, impostos sobre seus patrimônios, rendas ou serviços. Traduz-se referida regra em relação de respeito que deve vingar entre as entidades participantes da Federação, atribuindo a todas idêntico status, impedindo qualquer sorte de subordinação, que, de resto, desvirtuaria toda a forma federativa de organização. (TAVARES, 2018, p. 869).

Destaca-se igualmente que a prevalência da competência legislativa da União, nas matérias sujeitas a essa regra, não repercute, em tese, negativamente contra o dever constitucional pela efetivação do equilíbrio ecológico para as presentes e futuras gerações. Qualquer comportamento federal disruptivo e abrupto no sentido de afastar a determinação

²⁴ “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”.

legal e a indução, regulamentação e fiscalização de promoção do desenvolvimento sustentável, há de ser tratado como materialmente inconstitucional.

Eventualmente, como demonstrado alhures, a matéria poderá estar sujeita ao âmbito da legislação concorrente, na qual abrem-se espaços normativos para a atuação dos Estados e Municípios. Nessas hipóteses não se trata de negar a regra de prevalência da legislação federal, mas a compreensão que se aplicam outros conjuntos de regras constitucionais própria a repartição de competências concorrentes. Ao intérprete e à Jurisdição Constitucional caberá o exercício de subsunção ao conjunto de premissas adequadas, seja pelos limites exclusivos no âmbito da competência privativa ou pelas regras de cooperação no âmbito da competência concorrente.

8.1.3 Competências legislativas concorrentes em matéria de proteção ambiental

A inserção da competência concorrente no federalismo rompe com a modalidade dual, na qual a divisão de competências ocorre apenas no sentido horizontal, com a definição das matérias atribuídas à União, reservando-se aos Estados todos os demais temas que não sejam de caráter exclusivo. Passa a ser o fundamento do federalismo cooperativo, que atribui uma quantidade de matéria para atuação conjunta do Poder central e dos entes estaduais.

A repartição vertical de competências é resultado do reestabelecimento de certo grau de autonomia dos Estados. Como visto, a tendência da federação americana, ainda no primeiro século de existência, convergiu para a concentração de poderes na União, como resultado da mutação constitucional desenhada pela Suprema Corte americana, em especial, pela Teoria dos poderes implícitos. Como resposta a essa tendência centralizadora, a cooperação busca promover novo espectro de equilíbrio, inaugurando novas formas de exercício da autonomia dos Estados.

É de especial relevo, para formação do federalismo de cooperação, a instituição de competências concorrentes na Lei Fundamental de Bonn, em 1949. As justificativas teóricas para a formatação do federalismo de equilíbrio na Alemanha passam pela necessidade de garantir certa atuação dos entes regionais, evitando-se, assim, a fragmentação do território, que convivia com significativas diferenças socioculturais. Igualmente, tenta-se evitar a concentração excessiva de poder na autoridade central, que resultou em certo fracasso na federação alemã na época da República de Weimar e a preponderância da Prússia, e resultante do renascimento de novo líder autoritário, sendo que, nesse segundo aspecto, sofre forte influência da ocupação americana do pós-guerra.

A Constituição de 1988 abraçou o federalismo cooperativo, inserindo no art. 24 matérias sujeitas à legislação concorrente pela União e Estados. No âmbito da legislação concorrente prevê a constituição:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

- I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
 - II - orçamento;
 - III - juntas comerciais;
 - IV - custas dos serviços forenses;
 - V - produção e consumo;
 - VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
 - VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;
 - VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
 - IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)
 - X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;
 - XI - procedimentos em matéria processual;
 - XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;
 - XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;
 - XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;
 - XV - proteção à infância e à juventude;
 - XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.
- § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.
- § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência complementar dos Estados.
- § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.
- § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. (BRASIL, 1988)

É nas matérias sujeitas à legislação concorrente que se reverbera a atuação do Poder Público para a promoção da proteção ao ambiente, controle da poluição e proteção de vários bens ambientais de interesse da sociedade brasileira. Farias (1999) destaca:

Na competência concorrente, ocorre a faculdade de legislar, isto é, baixar normas e diretrizes, estabelecer regras que irão pautar a atividade administrativa e fiscalizadora das diversas unidades políticas do País, por intermédio de seus órgãos ambientais, bem como definir as fontes estatais do direito a ser aplicado às situações concretas sub judice, tudo com vistas no objetivo primordial de proteção da natureza e do meio ambiente. (FARIAS, 1999, p. 328).

A delimitação da competência da União para estabelecer normas gerais é a principal fonte de divergência e de formação dos conflitos federativos.

8.1.4 Natureza jurídicas das normas de caráter geral

Há, basicamente, duas teorias para dar significado ao enunciado norma geral.

A primeira considerada a norma geral como limitação ao poder legislativo da União, a que caberia apenas a indicação de princípios gerais, com maior grau de abstração do que as regras. No julgamento da ADI 927, coube ao Ministro Carlos Velloso a construção jurisprudencial do significado de norma geral:

Penso que essas ‘normas gerais’ devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Penso que ‘norma geral’, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências (BRASIL, 1994b, p. 5).

Essa posição é lastreada no magistério de Horta (2010), que defende igualmente que “a lei de normas gerais deve ser uma lei quadro uma moldura legislativa” (HORTA, 2010, p. 325). Igualmente aderem essa tese o Mendes e Branco (2018), que defendem:

A divisão de tarefas está contemplada nos parágrafos do art. 24, de onde se extrai que cabe à União editar normas gerais – i. é, **normas não exaustivas, leis-quadro, princípios amplos**, que traçam um plano, sem descer a pormenores. Os Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer, com relação às normas gerais, competência suplementar (art. 24, § 2º), o que significa preencher claros, suprir lacunas. Não há falar em preenchimento de lacuna, quando o que os Estados ou o Distrito Federal fazem é transgredir lei federal já existente. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 877-878)

A posição também é adotado por Sarlet, Marinoni e Mitidieiro (2018), que, pautados no termo limitação, defendem a contenção da legislação da União: “o que ocorre é uma espécie de limitação da competência da União, que deverá ater-se a editar normas de caráter geral, no sentido de diretrizes e regras gerais, não podendo, de tal sorte, legislar de modo exaustivo sobre os assuntos objeto das competências concorrentes” (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2018, p. 930).

No sentido defendido a partir do voto do Ministro Carlos Velloso e os autores que o seguem, eventual conflito poderia ser solucionado tanto em favor da prevalência da norma da União, caso desrespeito às normas gerais pelo Estado, tanto em favor da norma estadual, caso a União excedesse o seu papel constitucional na definição das normas gerais. Essa teoria se fundamenta especialmente na inexistência de hierarquia entre União e Estados.

A segunda teoria que tenta dar significado ao enunciado ‘norma geral’ parte da premissa que a distinção entre norma geral e especial ocorre em razão do detalhamento dado a certo conteúdo. Neste sentido, Farias (1999):

Pode-se assim dizer que norma especial é somente a que pode ser derivada de outra, considerada geral. Assim, sendo, quaisquer normas, salvo a constituição, que é norma geral por excelência podem ser consideradas gerais ou especiais, dependendo da sua comparação com outra norma no caso concreto. (FARIAS, 1999, p. 339).

O fundamento jurisprudencial quanto a essa teoria é dado pelo Ministro Ayres Britto, que no julgamento da ADI 3.645 defendeu: “norma geral, a princípio, é aquela que emite um comando passível de uma aplicabilidade federativamente uniforme” (BRASIL, 2006, p. 32). Do entendimento decorre, portanto, que norma da União é geral por excelência, e a partir de sua disposição é que se abre espaço para o Estado e para os Municípios.

Farias (1999) destaca ainda que o enunciado ‘limitar-se a União’ não indica necessariamente que o papel do legislador federal é apenas no sentido de estabelecimentos de princípios gerais:

A limitação da competência da União às normas gerais não significa que a legislação federal nessas matérias deva ater-se ao nível dos princípios e dos critérios, deixando a regulamentação dos institutos específicos à legislação estadual. Normas gerais (...) são todas as normas emanadas da União, desde que aplicáveis uniformemente a todos os Estados e a todos os cidadãos, sem discriminações, ou seja, normas de aplicação isonômica em todo território nacional. (FARIAS, 1999, p. 294).

Dentro dessa linha de raciocínio, para o qual não há contenção da competência legislativa da União em estabelecer apenas premissas gerais, encontra-se uma nova divisão teórica sobre a forma de solucionar os conflitos federativos decorrentes da atuação dos entes no âmbito da competência concorrente.

Alguns autores inclinam-se para o reconhecimento implícito de hierarquia entre as normas da União e as normas do Estado. A teoria encontra respaldo na construção teórica de Loewenstein (1976, p. 358) sobre o federalismo cooperativo, para o qual há de se reconhecer a prevalência da norma central frente a norma estadual. Repercute ainda o fato de que a Lei Fundamental de 1949 estabelece expressamente a predominância da legislação federal no art. 31: “O direito federal tem prioridade sobre o direito estadual”. (DEUTSCHER BUNDESTAG, 2011)

Baracho Junior (2008), com fundamento na teoria de Toshio Mukai, defende a existência de hierarquia em decorrência das disposições dos parágrafos terceiro e quarto do

artigo 24, que, a partir da emissão da lei federal superveniente, retira-se o fundamento de validade das normas estaduais emitidas quando inexistente a norma geral:

Toshio Mukai afirma que no âmbito da legislação concorrente há hierarquia de normas, prevalecendo a lei federal sobre a lei estadual. Aponta que, não obstante, tal prevalência não importe em interferência na autonomia dos Estados, no sentido de que seria vedado à União impedir a edição de normas estaduais no âmbito concorrente, ou mesmo, inexistindo legislação federal, definir o sentido da norma regional a ser editada. (BARACHO JUNIOR, 2008, p. 135).

Por outro lado, firme nas premissas teóricas definidas por Hans Kelsen, no sentido que o federalismo constitui na formação de múltiplos ordenamentos jurídicos, Farias (1999) e Almeida (2013) defendem a inexistência de hierarquia entre as normas da União e as normas dos Estados, o que demandariam outros princípios de hermenêutica para a resolução dos conflitos.

Para Farias (1999) entre normas gerais e especiais não há superposição de preceitos (hierarquia), o que tem como resultado a inaplicabilidade da resolução de antinomias pelo critério cronológico, que decorre da hierarquia de normas. As normas estão alocadas em ordenamentos jurídicos diferentes, justapostos, sem interpolação (FARIAS, 1999, p. 342). Igualmente, para Almeida (2013), a hierarquia existe apenas para as leis em comparação com a Constituição, norma superior por excelência, sendo que cada ente cria o direito dentro de sua órbita de aplicação. E complementa:

O grande problema que se coloca, a propósito, é o da formulação de um conceito de normas gerais que permita reconhecê-las, na prática, com razoável segurança, já que a separação entre normas gerais e normas que não tenham esse caráter é fundamental. De fato, no campo da competência concorrente não cumulativa, em que há definição prévia do campo de atuação legislativa de cada centro de poder em relação a uma mesma matéria, cada um deles, dentro dos limites definidos, deverá exercer a sua competência com exclusividade, sem subordinação hierárquica. Com a consequência de que a invasão do espaço legislativo de um centro de poder por outro gera a inconstitucionalidade da lei editada pelo invasor. (ALMEIDA, 2013, p. 130)

Dessa forma, conclui Farias (1999):

Portanto, os conflitos entre normas gerais e especiais surgidos no contexto da competência concorrente ambiental, pela falta de previsão normativa e critérios objetivos, deverão ser solucionados, caso a caso, pela aplicação de princípios de hermenêutica oriundos da Teoria Geral do Direito e dos princípios consagrados na Constituição de 1988. (FARIAS, 1999, p. 339).

A partir de sua conclusão, Farias (1999) indicará o princípio do *in dubio pro natura*²⁵, ou da prevalência da norma mais protetiva como técnica de resolução do conflito entre normas no âmbito da competência concorrente (FARIAS, 1999, p. 345).

Buscando uma via conciliatória, após análise de diversos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, Tavares (2018) apresenta nova linha de resolução de conflitos de competências concorrentes, utilizando-se de critérios mais objetivos: a proibição e a permissão. Neste sentido:

Dentre os elementos até agora elencados, este se afigura como o mais certo e seguro. Portanto, norma geral é norma que admite ou veda determinada conduta no sentido de que se determinada lei federal admitir certa prática, não caberá à lei estadual estabelecer o contrário; se determinada lei federal proibir certa prática, a lei estadual não poderá permiti-la. (TAVARES, 2018, p. 930)

Em julgamento recente, o STF inaugura novas possibilidades, levando em consideração campos objetivos de proibição e permissão, que indiquem regra clara proibitiva que impeça a suplementação. O entendimento exposto decorreu do julgamento do Recurso Extraordinário nº 194.704, que teve como relator o Ministro Edson Fachin, e recebeu a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI MUNICIPAL 4.253/85 DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. PREVISÃO DE IMPOSIÇÃO DE MULTA DECORRENTE DA EMISSÃO DE FUMAÇA ACIMA DOS PADRÕES ACEITOS. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA À REGRA CONSTITUCIONAL DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS. INOCORRÊNCIA. NORMA RECEPCIONADA PELO TEXTO VIGENTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm

²⁵ Na definição de Nicholas S. Bryner: “No direito ambiental, precisamos de um princípio análogo que proteja o direito humano a um ambiente saudável, ou direitos da natureza, onde eles são reconhecidos. A má aplicação ou falta de lei ambiental pode criar um risco de danos irreversíveis ao meio ambiente. *In dubio pro natura* é uma resposta a esse risco, e um princípio corretivo necessário para um sistema em que os interesses econômicos geralmente foram reforçados em detrimento de interesses sociais, culturais e ambientais. Assim, o princípio orienta os órgãos administrativos e judiciários a evitar ações ou decisões que possam levar a danos ambientais. Em outras palavras, as leis ou decisões que pretendem permitir atividades que possam prejudicar o meio ambiente devem ser inequívocas, de modo a garantir a devida deliberação, transparência e responsabilidade. O efeito dissuasivo pretendido é que aqueles que se engajam em ação com risco de dano ambiental estejam atentos a que as normas no contexto ambiental provavelmente serão interpretadas de maneira ampla contra elas” (BRYNER, 2015, p. 246, tradução nossa). Texto original: “*In environmental law, we need an analogous principle that protects the human right to a healthy environment, or rights of nature where they are recognized. Misapplication or lack of environmental law can create a risk of irreversible harm to the environment. In dubio pro natura is a response to this risk, and a necessary remedial principle for a system in which economic interests have generally been reinforced at the expense of social, cultural, and environmental interests. Thus, the principle guides administrative agencies and judiciaries to avoid actions or decisions that may lead to environmental harm. In other words, laws or decisions that purport to allow activity that may damage the environment must be unambiguous, so as to ensure proper deliberation, transparency, and accountability. The intended deterrent effect is that those engaging in action with a risk of environmental harm are on notice that norms in the environmental context will likely be construed broadly against them*”.

os entes menores para dispor sobre determinada matéria (*presumption against preemption*). 2. Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma adequada, necessária e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (*clear statement rule*), é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente menor. **3. Na ausência de norma federal que, de forma nítida (*clear statement rule*), retire a presunção de que gozam os entes menores para, nos assuntos de interesse comum e concorrente, exercerem plenamente sua autonomia, detêm Estados e Municípios, nos seus respectivos âmbitos de atuação, competência normativa.** 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (BRASIL, 2017)

Em que pese os posicionamentos ilustrados e de autoridades jurídicas que defendem que a competência da União para estabelecer normas gerais deve ser limitada à fixação de princípios ou normas de maior grau de abstração, tendemos a nos posicionar na outra corrente, no sentido que norma geral é aquela que decorre da União e que se aplica uniformemente no território nacional.

A posição que defendemos é pautada nas características da federação que defendemos ao longo do texto. A concentração de poderes da União, que pode ser considerado um problema do nosso federalismo, não decorre da interpretação que se dá às normas gerais no âmbito da legislação concorrente, mas ao conjunto de matérias que se destinaram com exclusividade à União.

Tendo essa visão como partida, relembramos que na essência a norma geral não decorre expressamente da vontade da autoridade federal, mas do Congresso Nacional, integrado pelo Senado Federal cuja formação respeita a paridade dos Estados e a igualdade entre eles. Assim, a lei federal geral, nada mais é do que o produto do debate das unidades federadas, que, por sua vez, escolhem a aplicação de determinada regra de forma equilibrada para toda a nação.

Apenas deixar espaços para os Estados atuarem, delegando assuntos aos entes menores, é campo fértil para a promoção situações de desigualdades entre os entes e os cidadãos dos territórios parciais, novamente em afronta ao art. 19, III da Constituição da República. É de se concluir que, ao menos que a legislação federal seja o agente de desequilíbrio ou fonte de inconstitucionalidade material, presumem-se válidas as suas disposições ainda que no sentido de indicar situações com mais concretude, afastando-se dos princípios gerais.

Dentro dessa linha de raciocínio, também julgamos válida que as realidades estatais peculiares gerem regras diferenciadas, sendo a principal força motriz do federalismo, a descentralização. Neste sentido, na inexistência de regra clara e objetiva que exija a aplicação da legislação federal de forma equânime a todo território, estarão os Estados habilitados a

legislarem. O parâmetro objetivo será sempre: a norma estadual não poderá retirar a eficácia da norma federal no território parcial.

Estabelecida a primeira premissa, também nos filiamos com os adeptos da inexistência de hierarquia entre as leis federais e leis estaduais, tendo em vista a justaposição dos ordenamentos jurídicos parciais e a igualdade entre os entes federados. Contudo, para nós, a regra de solução dos conflitos não está na indicação de novos princípios de hermenêuticas para compreensão de eventual extrapolação de competência dos entes federados. Neste sentido, apesar de não entender pela hierarquia, temos que a norma Estadual que extrapole os limites objetivos impostos pela norma federal padece de inconstitucionalidade formal, pois o seu limite de competência é dado pela norma geral da União.

Eventual norma geral que atente contra os princípios de proteção e os deveres constitucionais de promoção do equilíbrio ecológico para as futuras gerações padecem de inconstitucionalidade material. No raciocínio exposto, não haveria, portanto, espaço para aplicação de princípios de resolução de conflitos que validam apenas as normas ‘mais protetivas’ ou pautadas pelo princípio do *in dubio pro natura*.

8.1.5 Conflitos federativos ambientais na órbita da competência concorrente e técnicas de resolução pelo STF

A agregação de competências legislativas entre União e Estados representou novo período do federalismo, ao mesmo tempo que exige técnicas mais sofisticadas de resolução de conflitos. No âmbito do federalismo dual, com a reserva de competências entre os entes, as competências estão justapostas, o que facilita a análise de conteúdo e a percepção de eventual invasão de um ente no grupo de competências do outro. A competência concorrente resulta na formação de um novo ordenamento jurídico composto de normas federais e estaduais, cuja simbiose provoca novas modalidades de conflitos.

A resolução de conflitos federativos decorrentes da competência federativa sempre esteve presente na pauta do Supremo Tribunal Federal. De certa forma, a cobrança social e institucional para que os Governos de Estados e Municípios efetivassem seu dever constitucional de proteção ao ambiente e promoção do equilíbrio ecológico para as presentes e futuras gerações despertaram certo afincamento legislativo, bem como novas normas surgiram em decorrência de certas pressões para afrouxar normas intensamente restritivas. O incremento legislativo resultante traz novas potencialidades de sobreposição normativa dos Estados-

membros e Municípios com a União e, como consequência, o STF tem rotineiramente sido chamado a resolver novas hipóteses de antinomias.

Um dos marcos de resolução de conflitos normativos pela jurisdição constitucional é decorrente do inciso IV, do § 1º do art. 225, da Constituição da República, que exige, na forma da lei, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental. O Estudo de Impacto Ambiental (EIA) representa, indubitavelmente, o melhor instrumento de gestão ambiental do ordenamento jurídico brasileiro.

Com inspiração no modelo americano, o estudo ambiental exige do empreendedor que deseja iniciar um projeto de significativo impacto ambiental conjunto de avaliações sobre a pertinência do projeto quando comparado à manutenção do ambiente preservado. Dessa forma, exige a avaliação de alternativas técnicas e locacionais, inclusive considerando a hipótese de não realização do empreendimento, exige a análise de impactos e possíveis medidas mitigadoras e compensatórias, sua interpelação com outros projetos impactantes e possíveis integrações com planos governamentais, entre outros. O diagnóstico demanda longo prazo de maturação e vultosos custos de investimentos em etapas pré-operacionais. É instrumento que não pode ser desprezado na gestão ambiental, bem como não pode ser vulgarizado para empreendimentos que não demandam a sua elaboração (empreendimentos em funcionamento, em áreas degradadas, etc).

Em 2001, entrou em pauta no STF, o julgamento da ADI 1.086 que tinha como objeto sindicância a constitucionalidade do § 3º, do art. 182, da Constituição do Estado de Santa Catarina que previa a inexigibilidade de EIA para áreas florestadas ou objeto de reflorestamento para fins empresariais. Em defesa ao texto constitucional estadual, a Assembleia Legislativa defendeu que o constituinte estadual atuou nos limites da suplementação, garantida no âmbito da competência concorrente.

No julgamento da ação, o Ministro Ilmar Galvão deduziu que:

Por outro lado, é certo que, pela lógica sistemática da distribuição de competência legislativa, apenas a lei federal seria apta a excluir hipóteses de incidência do aludido preceito geral, já que se trata de matéria nitidamente inserida no campo da abrangência das normas gerais sobre conservação da natureza e proteção do meio ambiente e, não de normas complementares, que são de atribuição constitucional dos Estados-membros (art. 24, inc. VI, da CF).

Não é de ser invocada, igualmente, a competência legislativa plena dos Estados-membros (art. 24, § 3º, da CF), quando menos porque não se compreende qual seja a peculiaridade local que se estaria atendendo com a edição de uma regra constitucional com tal conteúdo normativo. (BRASIL, 2001b, p. 23).

Pela linha de argumento traçada pelo relator, é nítida a aderência à teoria de que normas gerais são aquelas decorrentes da União com aplicação uniforme a todo território, sem a necessidade de se ater em norma mais genéricas ou abrangentes (principiológicas). É possível indicar, ainda, com fundamento no argumento exposto, certa inclinação à hierarquia interna entre as normas gerais da União e dos Estados, visto que os Estados apenas poderiam flexibilizar eventuais condições quando a norma federal assim dispusesse. O resultado do julgamento foi assim ementado:

ACÇÃO 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. (BRASIL, 2001b)

Outros julgamentos seguiram a linha do posicionamento exposto no caso paradigma. Em 2005, o STF analisou medida cautela na ADI 3.252, originária de Rondônia, que condicionavam o licenciamento ambiental de atividades de significativo impacto ambiental à autorização da Assembleia Legislativa estadual. Com fundamento na ADI 1.086 o Ministro Gilmar Mendes reiterou que normas gerais para estabelecimento de tais procedimentos estariam na órbita de competência da União (BRASIL, 2008b). Igualmente o Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº. 650.909 (BRASIL, 2012), de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (julgado pela 2ª turma), que tratavam de norma do Rio de Janeiro que delegava ao Conselho Estadual de Meio Ambiente a dispensa do EIA. O Ministro reiterou novamente o caráter de norma geral da União, no sentido que se defende:

Assim, conforme destacado na decisão recorrida, o Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 1.086/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, firmou entendimento no sentido de que apenas as normas gerais sobre conservação da natureza e proteção do meio ambiente, de competência da União, poderiam estabelecer hipóteses de dispensa do estudo de impacto ambiental previsto no art. 225, § 1º, IV, da Constituição. Dessa forma, não cabe à legislação estadual criar exceções ao dispositivo constitucional mencionado. (BRASIL, 2012, p. 8).

O caso que mais desperta debate no âmbito dos conflitos federativos ambientais, julgados pelo STF, é o caso do amianto branco (crisotila), que foi objeto de inúmeros julgamentos. A primeira vez que o Supremo se debruçou sobre o assunto foi no julgamento da Medida Cautelar na ADI nº. 2.396 (BRASIL, 2001c), em setembro de 2001.

Naquele julgamento a relatora, no confronto das competências concorrentes, ressaltou que:

O espaço de possibilidade de regramento pela legislação estadual, em caso de competência abre-se: (1) toda vez que não haja legislação federal, quando então, mesmo sobre princípios gerais, poderá a legislação estadual dispor; (2) quando, existente a legislação federal, que fixe os princípios gerais, caiba complementação ou suplementação para o preenchimento de lacunas, para aquilo que não corresponde a generalidades; ou ainda para a definição de peculiaridades regionais. (BRASIL, 2001c, p. 14).

Neste sentido, a medida liminar foi deferida para suspensão da eficácia do artigo 1º, §§ 1º, 2º e 3º, do art. 2º, do art. 3º, §§ 1º e 2º e do parágrafo único do art. 5º, todos da Lei nº 2.210/01, do Estado do Mato Grosso do Sul, que proibiam a utilização, exploração e comercialização do amianto²⁶. O julgamento retoma à perspectiva do papel da União em se limitar ao estabelecimento de princípios gerais, para os quais o Estado não poderia contrariar.

O julgamento de mérito da ADI nº 2.396 (BRASIL, 2003a) ocorreu 08/05/2003, em conjunto com a ADI nº 2.656 (BRASIL, 2003b), que tratava sobre a constitucionalidade da Lei 10.183/2001, do Estado de São Paulo, que igualmente proibiu no Estado o uso do amianto branco. Contudo, merece destaque no julgamento da ADI nº 2.656, nos termos do voto do relator Maurício Corrêa, reconheceu que havia na espécie, além da extrapolação da competência

²⁶ O acórdão recebeu a ementa: “1. ADIN. Legitimidade ativa de Governador de Estado e pertinência temática. Presente a necessidade de defesa de interesses do Estado, ante a perspectiva de que a lei impugnada venha a importar em fechamento de um mercado consumidor de produtos fabricados em seu território, com prejuízo à geração de empregos, ao desenvolvimento da economia local e à arrecadação tributária estadual, reconhece-se a legitimidade ativa do Governador do Estado para propositura de ADIN. Posição mais abrangente manifestada pelo Min. Sepúlveda Pertence. 2. Caráter interventivo da ação não reconhecido. 3. Justificação de urgência na consideração de prejuízo iminente à atividade produtiva que ocupa todo um município goiano e representa ponderável fonte de arrecadação tributária estadual. 4. ADIN. Cognição aberta. O Tribunal não está adstrito aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expendidos na inicial. 5. Repartição das Competências legislativas. CF arts. 22 e 24. Competência concorrente dos Estados-membros. Produção e consumo (CF, art. 24, V); proteção de meio ambiente (CF, art. 24, VI); e proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII). No sistema da CF/88, como no das anteriores, a competência legislativa geral pertence à União Federal. A residual ou implícita cabe aos Estados que "podem legislar sobre as matérias que não estão reservadas à União e que não digam respeito à administração própria dos Municípios, no que concerne ao seu peculiar interesse" (Representação nº 1.153-4/RS, voto do Min. Moreira Alves). O espaço de possibilidade de regramento pela legislação estadual, em casos de competência concorrente abre-se: (1) toda vez que não haja legislação federal, quando então, mesmo sobre princípios gerais, poderá a legislação estadual dispor; e (2) quando, existente legislação federal que fixe os princípios gerais, caiba complementação ou suplementação para o preenchimento de lacunas, para aquilo que não corresponda à generalidade; ou ainda, para a definição de peculiaridades regionais. Precedentes. 6. Da legislação estadual, por seu caráter suplementar, se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha dispor em diametral objeção a esta. Norma estadual que proíbe a fabricação, ingresso, comercialização e estocagem de amianto ou produtos à base de amianto está em flagrante contraste com as disposições da Lei federal nº 9.055/95 que expressamente autoriza, nos seus termos, a extração, industrialização, utilização e comercialização da crisotila. 7. Inconstitucionalidade aparente que autoriza o deferimento da medida cautelar. 8. Medida liminar parcialmente deferida para suspender a eficácia do artigo 1º, §§ 1º, 2º e 3º, do art. 2º, do art. 3º, §§ 1º e 2º e do parágrafo único do art. 5º, todos da Lei nº 2.210/01, do Estado do Mato Grosso do Sul, até julgamento final da presente ação declaratória de inconstitucionalidade.” (BRASIL, 2001c)

suplementar, igualmente ofensa à competência privativa da União para legislar sobre comércio interestadual (art. 22, VIII), sobre jazidas e minas (Art. 22, XII). Naquilo que importa ao texto, o acórdão foi assim ementado:

ACÇÃO 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. (...) 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). Consequência. 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. (BRASIL, 2003b)

Após o julgamento de mérito das duas ADIs, novas ações foram ajuizadas no STF, sendo que foram levadas a julgamento duas medidas cautelares. A primeira foi requerida na ADI nº 3.937 que tratava sobre a proibição de utilização de produtos que continham na sua elaboração o amianto ou asbesto.

Durante os debates de julgamento da cautelar, o Ministro Eros Grau, que era relator de ação de natureza idêntica (ADI nº 3.356), chamou atenção para mudança no seu pensamento. Discorreu que no âmbito da ação que ele relatava havia defendido a inconstitucionalidade formal do diploma estadual (no caso de Pernambuco), entretanto, em novo estudo da matéria indicou que haveria potencial inconstitucionalidade material na Lei Federal nº. 9.055/95 por ofensa ao direito à saúde insculpido no art. 196, da Constituição da República (BRASIL, 2008a).

Em voto-vista, o Ministro Joaquim Barbosa retoma as reflexões ocorridas no Supremo Tribunal Federal sobre o conceito de normas gerais e normas suplementares, em especial do conceito delineado pelo Ministro Carlos Velloso no julgamento da ADI nº 927. O Ministro complementa indicando os perigos à saúde da substância para qual já havia intenso debate internacional e que reconhecido os seus riscos era legítimo ao Estado estabelecer restrições específicas ao emprego da substância no seu território.

Diante da posição dos dois Ministros, o STF iniciou novo movimento de interpretação da matéria. No caso concreto, negaram referendo a cautelar concedida monocraticamente pelo relator, mantendo válida a legislação estadual.

Já em 2017 entrou em pauta para julgamento a ADI 4.066 (BRASIL, 2018a) que novamente debatia leis estaduais que limitavam o uso do amianto. Na oportunidade prevaleceu o entendimento de que havia inconstitucionalidade material na lei federal, por ofensa ao art. 196 e art. 225, da Constituição da República. Contudo, não se atingiu o quórum para a declaração de inconstitucionalidade, apenas reforçou-se a constitucionalidade das leis estaduais.

Posteriormente, no julgamento das ADIs 3.937 (mérito), 3.406, 3.470 e 3.356²⁷ o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento pela inconstitucionalidade da lei federal. Ao reconhecer a inconstitucionalidade incidental da norma federal, o STF não abriu espaço para que os Estados estabeleçam normas mais restritivas e de seu interesse na proteção do meio ambiente. De certa forma, confirma-se o posicionamento de que normas gerais são as delimitadas pela União e que tenham aplicação uniforme em todo território. As normas estaduais que contrariarem o regramento geral padecem de inconstitucionalidade formal. Tanto as normas da União quanto dos Estados que estabelecerem permissividades nocivas, em contrariedade ao conteúdo do art. 225 da Constituição, padecem de inconstitucionalidade material.

8.1.6 A competência legislativa do Município na federação brasileira

O Município foi elevado a ente federado, pessoa jurídica de direito público interno, na Constituição de 1988, encerrando o debate de sua natureza jurídica. Apesar da assimetria causada na federação, reconhecesse a sua autonomia e competência mínima rigidamente estabelecida (FERREIRA FILHO, p. 100). Não possui o mesmo grau de autonomia dos Estados e não integra de forma direta o Governo Central.

Os Municípios não foram inseridos na regra de competência concorrente, que abarcam apenas a União e Estados. As competências municipais são tratadas de forma própria no art. 30 da Constituição Federal o que incluem, nos dois primeiros incisos, assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber. Contudo, aos municípios ainda são destinadas as competências para promover ordenamento territorial, mediante planejamento e

²⁷ Apesar do julgamento em 2017, os acórdãos ainda não foram publicados.

controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano e promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local.

A análise da competência municipal deve compreender o significado do interesse local (art. 30, I). Mendes e Branco (2017) explicam que interesse local significa “interesse predominantemente municipal, já que não há fato local que não repercuta, de alguma forma, igualmente, sobre as demais esferas da Federação” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 879). Sobre o assunto, Sarlet, Marinoni e Mitidieiro (2018) definem que

A exegese mais adequada, de acordo com significativa doutrina, é no sentido de ser prescindível a exclusividade do interesse local (o que, aliás, se revela de difícil configuração), bastando que se verifique uma preponderância (predominância) do interesse local, entendimento afinado com o princípio geral da preponderância do interesse, já referido. Por tal razão é que, salvo as tradicionais hipóteses de interesse local, que não geram controvérsia, em boa parte dos casos a identificação de qual o interesse predominante, de modo a verificar se é de fato o local, haverá de ocorrer caso a caso, o que por sua vez ensejou uma série de decisões do STF na matéria. (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2018, p. 928)

Garante-se competência aos Municípios também para suplementar a legislação local no que couber (art. 30, II). Para alguns autores, haveria aqui uma indicação deslocada também de competência concorrente:

Mas os Municípios também exercem uma competência legislativa suplementar, aqui já no âmbito (diferentemente das competências exclusivas enumeradas e não enumeradas) de uma repartição vertical de competências. Cuida-se de uma possibilidade não prevista na Constituição anterior, que encontra respaldo expresso no art. 30, II, da CF, de acordo com o qual compete aos Municípios “suplementar a legislação federal e estadual no que couber”. Trata-se, em verdade, de uma modalidade de competência concorrente, embora não expressamente inserida no art. 24 da CF, sendo frequentemente (majoritariamente, poder-se-á afirmar) analisada a tal título pelos cursos e manuais e mesmo outras obras de direito constitucional. (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2018, p. 929)

Para outra parte da teoria, a suplementação determinada ao Município também estaria restringida ainda mais a um interesse local. Neste sentido, defende Tavares (2015)²⁸:

²⁸ No mesmo sentido, Mendes e Branco (2017): “Aos Municípios é dado legislar para suplementar a legislação estadual e federal, desde que isso seja necessário ao interesse local, no desempenho da competência disposta no art. 30, II, da Constituição. A normação municipal, proveniente do exercício dessa competência, há de respeitar as normas federais e estaduais existentes. Não é dado ao Município dispor em sentido que frustre o objetivo buscado pelas leis editadas no plano federal ou estadual. A superveniência de lei federal ou estadual contrária à municipal suspende a eficácia desta. A competência suplementar se exerce para regulamentar as normas legislativas federais e estaduais, inclusive as enumeradas no art. 24 da CF, a fim de atender, com melhor precisão, aos interesses surgidos das peculiaridades locais. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 880)

Impõem-se duas condições: 1ª) a presença do interesse local e 2ª) a compatibilidade com a legislação federal e estadual. É competência, portanto, que difere daquela denominada concorrente entre Estados e União, na qual prevalece o interesse local do Estado (art. 24) em face de legislação federal contrária. (TAVARES, 2015, p. 931)

Há de se valorar com alguma restrição mais significativa a escolha pela possibilidade de suplementação da legislação federal e estadual concedida aos Municípios no art. 30, II e não ao lado dos Estados (entes federativos próprios) e União. A submissão política maior dos Municípios aos Estados indica que a eles não há grau de liberdade política concedida aos Estados. Significa dizer, que eventual norma restritiva municipal estaria em conformidade com a competência municipal se tanto Estados e União abrissem espaço para essa atuação, bem como se ela fosse justificada por alguma peculiaridade e particularidade local, bem como a atuação municipal somente poderia se dar naquilo que fosse objeto de matéria concorrente e não em matérias privativas da União e Estados.

A limitação maior ao poder legiferante municipal não significa restrição a legislar sobre assuntos sujeitos à concorrência²⁹, em especial a proteção ambiental do art. 24, VI. Antunes (2015) destaca:

Entretanto, merece destaque o fato de que os Municípios não estão arrolados entre as pessoas jurídicas de direito público interno competentes para legislar sobre meio ambiente. No entanto, seria incorreto e insensato dizer-se que os Municípios não têm competência legislativa em matéria ambiental, visto que teriam que abrir mão de sua autonomia constitucional para cumprir os próprios mandamentos constitucionais de proteger o meio ambiente e combater a poluição. A aplicação pelos municípios dos complexos instrumentos normativos estaduais e municipais é sempre difícil e nem sempre atendem as necessidades locais, motivos pelos quais os Municípios acabam por estabelecer normas ambientais próprias, como a prática tem demonstrado. (ANTUNES, 2015, p. 74)

Na linha da proteção ambiental a ser desempenhada pelos Municípios, o caso paradigma do STF é o Recurso Especial nº. 586.224/SP, que julgou incidentalmente a constitucionalidade

²⁹ No mesmo sentido: “Sem qualquer pretensão de enfrentar o mérito desta questão, sobretudo quanto aos critérios utilizados para o julgamento do aludido recurso extraordinário, cabe aqui concluir que o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência concorrente dos Municípios no que tange à matéria ambiental, reforçando tese já esposada pela doutrina pátria, desde que em conformidade com as normas gerais e específicas respectivamente editadas pela União e pelo Estado-membro, isto é, suplementarmente. Fica apenas a ressalva de que nem sempre a norma suplementar poderá ser afastada pela mera existência de norma estadual sobre a matéria, cabendo ao Poder Judiciário uma análise sensível à Constituição Federal e também às descobertas da comunidade científica acerca dos potenciais danos ao meio ambiente, decorrência do princípio da precaução. Basta imaginar a questão relacionada às mudanças climáticas, que exige uma ação conjunta dos entes federados, prestigiando o meio ambiente em detrimento do crescimento econômico desordenado. Nada impede, portanto, seguindo uma visão mais consonante com as vicissitudes envolvendo as questões ambientais, que os Municípios exerçam competência concorrente implícita em situações específicas com os seus interesses locais (art. 30, I), quando então poderão, à semelhança do que ocorre com os Estados por meio do permissivo contido no § 3.º do art. 24 da CF, legislar plenamente sobre matéria ambiental, ressalvada a apreciação pelo Poder Judiciário quanto a eventual usurpação de competência de outro ente federativo”. (ARANHA FILHO, 2016, p. 468)

da Lei Municipal de Paulínia que proibia a queimada para a colheita da cana-de-açúcar, em oposição ao Código Florestal que permitia a substituição gradual da técnica da queimada pela colheita mecanizada. Os fundamentos da decisão merecem destacados apartados:

- a) **Definição da competência municipal:** “O Município é competente para legislar sobre meio ambiente com União e Estado, no limite de seu interesse local e desde que tal regramento seja e harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI c/c 30, I e II da CRFB)” (BRASIL, 2015b).
- b) **Limite ao interesse local:** “Entretanto, impossível identificar interesse local que fundamente a permanência da vigência da lei municipal, pois ambos os diplomas legislativos têm o fito de resolver a mesma necessidade social, que é a manutenção de um meio ambiente equilibrado no que tange especificamente a queima da cana-de-açúcar” (BRASIL, 2015b).
- c) **Resolução do conflito pelo cheque de eficácia da norma maior:** “Distinção entre a proibição contida na norma questionada e a eliminação progressiva disciplina na legislação estadual, que gera efeitos totalmente diversos e, caso se opte pela sua constitucionalidade, acarretará esvaziamento do comando normativo de quem é competente para regular o assunto, levando ao completo descumprimento do dever deste Supremo Tribunal Federal de guardar a imperatividade da Constituição” (BRASIL, 2015b).

Portanto, a competência municipal possui contornos mais estreitos do que se revela para os Estados, o que, contudo, não elimina a sua competência legislativa, voltada para a realidade diuturna de seus cidadãos e na efetivação da incumbência constitucional, igualmente dirigida a ele, de promoção do equilíbrio ecológico e desenvolvimento sustentável.

8.2 Conflitos administrativos no âmbito da competência executiva comum

No âmbito das competências administrativas a Constituição da República igualmente trata de matérias exclusivas da União (art. 21) e reservadas aos Estados (art. 25, §1º). Aos Municípios também se indicam matérias próprias no art. 30, que tratam tanto de matérias administrativas e legislativas.

Assim como ocorre na repartição de competência legislativa, a Constituição da República rompe com o federalismo dual, para adotar o federalismo de cooperação. Por essa razão, para além das competências exclusivas e reservadas, adota sistema de compartilhamento de competências administrativas.

8.2.1 Repartição de competência comum: potenciais de conflitos e possíveis soluções teóricas

A repartição de competências materiais de cooperação, outorgadas à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, são tratadas no art. 23, que estabelece rol de competências comuns. Tratam-se de competências que estabelecem ações para a Administração Pública. Os autores sobre o tema diuturnamente equiparam as competências comuns e as concorrentes, de modo a indicar que a diferenciação semântica é utilizada apenas para diferenciar a naturezas dos atos decorrentes de cada espécie de competência (executiva e legislativa).

Almeida (2013) reforça que ocorre na repartição de competências comuns o mesmo fenômeno de concorrência de ações, sendo expressões sinônimas. Para a autora, na competência comum, atuação administrativa, “Convocam-se, portanto, todos os entes federados para uma ação conjunta e permanente. São eles, por assim dizer, chamados à responsabilidade diante de obrigações que cabem a todos” (ALMEIDA, 2013, p. 114). Tratam-se de competências que determinam a atuação paralela e simultânea dos entes federados.

Merece destaque a lição de Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2018), para os quais a amplitude dos incisos no rol das competências comuns pretende esgotar as determinações constitucionais ao Poder Público, de forma que, inclusive, não se limitam às matérias do art. 23:

Trata-se de matérias em relação às quais o constituinte pretendeu assegurar certa simetria entre os entes federativos, ademais de garantir uma ampla cobertura de atuação, isenta de lacunas, mediante políticas públicas e ações diversas em áreas sensíveis, como é o caso, apenas para ilustrar, zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público (art. 23, I), cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas com deficiência (art. 23, II), entre outras. Mas também aqui as competências comuns (a exemplo do que ocorre com as exclusivas) não se limitam àquelas definidas no art. 23 da CF, existindo outros dispositivos constitucionais a contemplar competências materiais de exercício concomitante pelos entes da Federação, como é o caso dos arts. 179, 180, 215 e 225, CF. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 922).

No mesmo sentido, Horta (2010) indica que a competência comum condensa preceitos e recomendações dirigidas aos entes federados, que determina intenções diretivas, não dotadas de privatividade ou exclusividade, consolidadas no art. 23, por falta de local melhor de alocação no texto constitucional.

Partindo-se da premissa que as competências comuns extrapolam os objetos descritos na repartição de competência, as incumbências determinadas ao Poder Público no art. 225 da Constituição da República são igualmente competências comuns que completam os incisos do artigo 23, em especial, os incisos “III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor

histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos”, “VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” e “VII - preservar as florestas, a fauna e a flora”. Sobre a competência comum em matéria ambiental, Antunes (2015) destaca:

A competência comum, portanto, é uma imposição constitucional para que os membros da federação atuem em cooperação administrativa recíproca, visando resguardar os bens ambientais. Observe-se, entretanto, cada ente federativo. A competência constitucional comum, em matéria ambiental, foi disciplinada pela Lei Complementar nº 140 de 8 de dezembro de 2011, a qual está basicamente voltada para disciplinar o licenciamento ambiental. (ANTUNES, 2015, p. 69)

Para acomodar a atuação cooperada dos entes federados, a Constituição da República determina a elaboração de leis complementares, visando o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar no âmbito federal (art. 23, parágrafo único). Pretende-se com a lei complementar a acomodação dos interesses de cada ente, e evitar reiteração de ações, desperdícios e, em especial, o choque de competências, com a superposição de atuações contraditórias.

Como não é incomum a omissão do Congresso Nacional, bem como, a expedição da lei complementar não é garantia da inexistência de choques federativos, a atuação conjunta resulta também em série de conflitos federativos, em decorrência de comportamentos contraditórios, ou até mesmo na renúncia ou demissão unilateral de determinado ente, que se furta a cumprir a designação que lhe foi determinada. Os conflitos federativos decorrentes da competência comum comportam diferentes formas de resolução, ambas amplamente debatidas pela teoria.

Parte da teoria constitucional se inclina a certa prevalência das ações da União, por ser mais ampla, tende a permitir resoluções mais genéricas e igualitárias, sem a predileção de certo comportamento estadual. É o que defende Mendes e Branco (2017):

Se a regra é a cooperação entre União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, pode também ocorrer conflito entre esses entes, no instante de desempenharem as atribuições comuns. Se o critério da colaboração não vingar, há de se cogitar do critério da preponderância de interesses. Mesmo não havendo hierarquia entre os entes que compõem a Federação, pode-se falar em hierarquia de interesses, em que os mais amplos (da União) devem preferir aos mais restritos (dos Estados). (MENDES; BRANCO, 2017, p. 877)

Almeida (2013) analisa que parte significativa das competências materiais decorrerão das competências privativas, nas quais concentram-se competências exclusivas da União ou caberá a União o estabelecimento das normas gerais, de forma que há uma sinalização de preponderância da União (ALMEIDA, 2013, p. 117).

O STF, em matéria ambiental, já decidiu no sentido da maior abrangência da União e da hierarquia dos interesses:

[...] Direito ambiental – [...] Existência de potencial conflito federativo – instauração da competência originária do supremo tribunal federal como tribunal da federação – [...] conflito entre a União Federal e as demais unidades federada no exercício, em tema ambiental, de sua competência material comum – Critérios de superação desse conflito: critério da preponderância do interesse e critério da colaboração entre as pessoas políticas – Reconhecimento, na espécie, em juízo de delibação, do caráter mais abrangente do interesse da união federal [...]. (BRASIL, 2014b)

Por sua vez, Tavares (2018) faz uma interpretação integrativa do parágrafo único do artigo 23 e defende que a resolução de conflitos demandará uma análise pragmática e a resolução pelo princípio da predominância dos interesses (TAVARES, 2018, p. 922). É também a posição de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018), que acrescentam:

É que a tendencial prevalência (não em termos de hierarquia) do interesse da União (na condição de interesse geral e nacional) poderá, a depender das circunstâncias e da matéria em causa, sofrer alguma correção, como, por exemplo, em matéria de proteção ambiental (seria possível usar argumento similar na área da saúde e da educação, entre outras), privilegiando-se uma exegese sistemática e teleológica, que – sempre atentando aos critérios da proporcionalidade quando em choque interesses e direitos de cunho fundamental – dê preferência à legislação e ação administrativa (que é do que aqui se trata) mais protetivo da pessoa humana e do meio ambiente no qual se insere e com o qual interage. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 923).

Por fim, há autores que defendem a resolução dos conflitos de competência comum pela regra do princípio da subsidiariedade. Com fundamento nessa premissa teórica, os conflitos tendem a ser resolvidos em favor dos entes menores, mais próximos da realidade social e da implementação dos deveres constitucionais determinados. Defensor da tese, Farias (1999) define o princípio da subsidiariedade como:

A subsidiariedade deve ser vista como princípio pelo qual as decisões serão tomadas ao nível político mais baixo possível, isto é, por aqueles que estão, o mais próximo possível, das decisões que são definidas, efetuadas e executadas. Está, assim, o princípio, relacionado com o processo de descentralização política e administrativa, em outras palavras, associado ao fortalecimento do poder local (FARIAS, 1999, p. 319)

Baracho (1995) ao analisar a evolução do conceito da subsidiariedade e sua aplicação como princípio integrador ao direito ressalta que o federalismo pode ser entendido como a aplicação prática do princípio da subsidiariedade:

Politicamente, Oswald von Nell-Breuning vincula o princípio da subsidiariedade com o conceito de federalismo. Entende que a estrutura de ordem governamental reflete os elementos constitutivos do princípio da subsidiariedade, estabelecendo genuína autoadministração das pequenas unidades, correlacionadas com as formas institucionais superiores. Tomando por base as implicações constitucionais concretas, o federalismo pode ser considerado como a implementação do princípio da subsidiariedade na vida do Estado. Essa compreensão leva ao entendimento de que o federalismo, de fato, é a aplicação do princípio da subsidiariedade. (BARACHO, 1995, p. 49).

Para posicionarmos sobre a aplicação de uma teoria condizente com a proteção ambiental designada ao Poder Público, convém antes avaliar as modalidades de atuação administrativa dos entes federados. Também convém lembrar, brevemente e a título antecipatório, que a matéria ambiental possui Lei Complementar nº 140/2011 que estabelece a cooperação entre os entes federados. Dessa forma, eventuais resoluções de conflitos de atuação administrativa decorrente da repartição de competências comuns, primeiro observará a Lei Complementar, e na insuficiência dela, utilizar-se-á uma das fórmulas aqui descritas, conforme as possibilidades de atuação administrativa dos entes federados, como será demonstrado adiante.

8.2.2 Modalidades de atuação administrativa: poderes da Administração Pública no âmbito da proteção ambiental

No exercício de suas funções constitucionais e legais, a Administração Pública possui poderes e deveres administrativos. Com obediência ao princípio da legalidade administrativa, cabe à Administração executar as ações que as leis a determinam. Dessa forma, na execução de seus poderes, a função executiva do Estado está submetida ao império da lei. Por essa razão, há relação intrínseca entre as competências legislativas e executivas.

Os poderes administrativos são prerrogativas dos agentes administrativos para consecução do fim último do Estado de promoção da melhora das condições de vida da sociedade de forma ampla. Ou seja, os poderes servem à consecução dos fins do Estado.

Podemos qualificar os poderes da Administração Pública em três modalidades gerais: poder discricionário, poder regulamentador ou normativo e poder de polícia (em sentido amplo).

Carvalho Filho (2018) define o poder discricionário como “a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público” (CARVALHO FILHO, 2018, p. 53). Em estudo sobre o tema, Faria (2011) ensina que a permissão ou faculdade “de agir no espaço

delimitado pela lei, conferida ao agente público, é que se dá o *nomen juri* de poder discricionário” (FARIA, 2011, p. 135). E complementa que a discricionariedade é da Administração Pública e não do ato administrativo:

Primeiro porque o ato é apenas decorrência ou materialização do poder discricionário, segundo porque é vinculado ao agente competente, à forma, à hipótese legal, ao pressuposto de fato, à finalidade e ao motivo. O elemento móvel seria a conveniência ou a oportunidade, fatores extrínsecos ao ato administrativo. É evidente que esse móvel dá ao Administrador a oportunidade de dizer a finalidade, o motivo e o objeto do ato, mas sempre de acordo com o arcabouço legal, e sobretudo, com o interesse público. (FARIA, 2011, p. 141).

Correlacionando o poder discricionário com as incumbências constitucionais ao Poder Público de promoção do equilíbrio ecológico para as presentes e futuras gerações, podemos indicar a definição nos respectivos territórios os espaços territoriais especialmente protegidos (art. 225, III). Isso porque, apesar da incumbência imposta, caberá ao Administrador Público determinar o melhor local, o melhor momento e as melhores circunstâncias para a criação de, por exemplo, unidades de conservação ou outras modalidades protetivas. A criação de espaços protegidos é um dever a ser cumprido, mas inserido no âmbito da discricionariedade administrativa a efetivação da incumbência constitucional, ou seja, no âmbito da valoração da efetivação de espécie específica de proteção.

No âmbito do poder normativo, cabe à Administração Pública dar concretude aos preceitos genéricos das leis, de forma a viabilizar a sua aplicação Carvalho Filho (2018) explica que:

A Administração exerce inegavelmente *função normativa*, porquanto expede normas de caráter geral e com grau de abstração e impessoalidade, malgrado tenham elas, fundamento de validade na lei. Como assinala autorizada doutrina, a *função normativa* é gênero no qual se situa a função legislativa, o que significa que o Estado pode exercer aquela sem que tenha necessariamente que executar esta última. É na função normativa geral que se insere o poder regulamentar. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 59).

Em matérias ambientais é inumerável a quantidade de atos normativos expedidos nos Conselhos, autarquia e pela Administração Direta a fim de dar efetividade a comandos genéricos de proteção ambiental. Como breve nota, na nossa opinião, a natureza jurídica das Resoluções normativas do Conselho Nacional de Meio Ambiente (Conama) e dos diversos Conselhos Estaduais é de ato normativo que estabelecem regras gerais, abstratas e impessoais, decorrente do âmbito do poder regulamentar, mas que retira seu fundamento de validade da lei, sendo, portanto, ato normativo secundário.

Neste sentido também se posicionou o Supremo Tribunal Federal³⁰ ao rejeitar o controle concentrado de constitucionalidade de atos desta natureza:

ATOS NORMATIVOS DO IBAMA E DO CONAMA. MUTIRÕES AMBIENTAIS. NORMAS DE NATUREZA SECUNDÁRIA. VIOLAÇÃO INDIRETA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE É incabível a ação direta de inconstitucionalidade quando destinada a examinar atos normativos de natureza secundária que não regulem diretamente dispositivos constitucionais, mas sim normas legais. Violação indireta que não autoriza a aferição abstrata de conformação constitucional. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. (BRASIL, 2004)

É relevante, contudo, o papel normativo exercido pela Administração Pública, que deve ser pautar aos limites da lei e as premissas constitucionais, seja da repartição de competências federais, seja da promoção do desenvolvimento sustentável.

Por fim, a Administração Pública também possui a prerrogativa de polícia administrativa (função). Para Carvalho Filho (2018) é “prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade” (CARVALHO FILHO, 2018, p. 77). Para o autor, o poder de polícia se manifesta na expedição de atos normativos e concretos, no sentido de se estabelecer restrições a direitos particulares, nas determinações e consentimentos estatais, como nas expedições de licenças e autorizações, e em atos de fiscalização, preventivos e repressivos.

Faria (2015) complementa a ideia de limitação imposta pelo Estado, decorrente do poder de polícia:

As limitações impostas pelo Estado fundam-se na compreensão moderna sobre políticas públicas. Segundo essa visão, conferem-se aos indivíduos em geral o direito à liberdade e o direito à propriedade, mas o exercício destes direitos deve compatibilizar-se com o interesse coletivo. O uso abusivo da propriedade privada, como se admitiu no Direito romano, não é mais permitido. Reafirma-se, o direito continua. O seu exercício é que sofreu recortes ou limitações. Em nome do poder de polícia, a autoridade não pode suprimir direitos constitucionalmente garantidos, mas apenas condicioná-los de acordo com o interesse social. (FARIA, 2015, p. 230).

³⁰ No mesmo sentido: “CONSTITUCIONAL. NATUREZA SECUNDÁRIA DE ATO NORMATIVO REGULAMENTAR. RESOLUÇÃO DO CONAMA. INADEQUAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não se admite a propositura de ação direta de inconstitucionalidade para impugnar Resolução do CONAMA, ato normativo regulamentar e não autônomo, de natureza secundária. O parâmetro de análise dessa espécie de ato é a lei regulamentada e não a Constituição. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido.” (BRASIL, 2014a)

A atuação da Administração Pública para a promoção da proteção ambiental também é múltipla quando analisado o poder de polícia. É incumbência do Poder Público licenciar ambientalmente as atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, autorizações as intervenções em áreas de florestas e vegetações nativas ou a utilização particular de recursos hídricos. É igualmente incumbência essencial da função administrativa exercer a atividade fiscalizatória, utilizando-se dos mais variados instrumentos legais colocados à disposição, especialmente para combater a poluição ambiental e prevenir a ocorrência de danos ambientais.

Portanto, para efetivar as determinações constitucionais inseridas no rol de competências comuns e no artigo 225 da Constituição da República, a Administração Pública tem a sua disposição: (a) a discricionariedade para efetivar direitos que não são automáticos, ou seja, não são efetivados somente em decorrência da lei ou da própria Constituição, e que dependem da atuação do Poder Público, (b) a expedição de normas e regulamentos para disciplinar as atividades potencialmente lesivas, efetuando, quando autorizado por lei, eventuais restrições aos direitos particulares; e (c) a fiscalização de caráter preventiva ou repressiva, de modo a combater a poluição e a prevenir os danos ambientais.

Os conflitos federativos, portanto, decorrerão das modalidades de ações descritas.

8.2.3 Regras de organização da competência comum: a Lei Complementar nº 140/2011 na esfera ambiental

Nas matérias descritas no rol do art. 23, a Constituição determina a criação de Leis Complementares que 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). A lei complementar tem como função organizar a atuação conjunta dos entes federados, de modo que a cooperação não resulte em superposição ou atuação contraditória em mesma matéria.

Cabe a lei complementar, portanto, evitar o desperdício de esforços e choques no exercício de atividades correlatas. A regra de ouro é a cooperação no exercício de funções administrativas típicas, na execução dos poderes determinados ao Poder Público.

No âmbito das matérias ambientais, em especial a proteção do ambiente em sentido amplo, indicados nos incisos III, VI, e VII do art. 23 e de forma detalhada no art. 225, foi promulgada a Lei Complementar nº. 140/2011. A Lei Complementar estabelece um conjunto amplo de ações a serem executadas pelos entes federados no âmbito dos territórios de atuação, como a possibilidade de definir espaços territoriais especialmente protegidos (arts. 7º, inc. X;

8º, inc. X e 9º, inc. X) e gerir os recursos ambientais no âmbito de suas atribuições (arts. 7º, inc. II; 8º, inc. II e 9º, inc. II).

Nas matérias em que há uma repetição das atribuições, sem a devida justaposição das ações dos entes federados, como naquelas indicadas acima, ainda permanece inúmeras possibilidades de conflitos federativos.

Na Lei Complementar destaca-se, sobremaneira, que o licenciamento ambiental e a fiscalização foram tratados mais detalhadamente, por serem instrumentos de maior efetivação pelo Poder Público na proteção ambiental.

Sobre o licenciamento ambiental, a Lei Complementar nº 140/2011 determina que caberá apenas um ente federado emitir as licenças ambientais necessárias a um empreendimento potencialmente poluidor, ao determinar no artigo 13 que: “os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar”.

Entretanto, não se apresenta qualquer hipótese de demissão dos demais entes da atribuição licenciadora, visto que o inciso I do art. 13, determina que os demais entes podem se manifestar, de forma não vinculante, sobre processos de licenciamento ambiental conduzidos por outros entes. Além da possibilidade de se manifestarem, a Lei Complementar prevê ainda as hipóteses de atribuição supletiva e atribuição subsidiária, que complementarão a atuação conjunta e coordenada dos entes federados na expedição da licença ambiental:

Art. 2º Para os fins desta Lei Complementar, consideram-se: [...]

II - atuação supletiva: ação do ente da Federação que se substitui ao ente federativo originariamente detentor das atribuições, nas hipóteses definidas nesta Lei Complementar;

III - atuação subsidiária: ação do ente da Federação que visa a auxiliar no desempenho das atribuições decorrentes das competências comuns, quando solicitado pelo ente federativo originariamente detentor das atribuições definidas nesta Lei Complementar. (BRASIL, 2011a)

As hipóteses de atuação supletiva de demais entes federados são: (a) o decurso de prazo legal sem a respectiva decisão administrativa sobre a emissão da licença ambiental (art. 14, §3º) e; (b) na inexistência de órgão ambiental capacitado e conselho de meio ambiente em qualquer ente (art. 15). Em ambas as hipóteses, o deslocamento da atribuição para decidir será no sentido de Município, para Estado, para União.

A partir dessas regras gerais, a Lei Complementar prevê hipóteses privativas para o licenciamento ambiental pela União (art. 7º, inc. XIV) e pelos Municípios (art. 9º, inc. XIV) e as hipóteses residuais de competência dos Estados.

As regras de coordenação da competência comum para a promoção do licenciamento ambiental estão bem definidas e, em razão da regra geral de decisão em nível único, estão justapostas, de forma a afastar, no cenário teórico, dúvida sobre a atuação do ente federado. A Lei Complementar, neste aspecto, se mostra um bom exemplo de instrumento de cooperação e mitigação dos conflitos federados.

O mesmo não pode se dizer sobre as regras relacionadas à fiscalização ambiental. As regras de cooperação estão descritas no art. 17 da Lei Complementar nº. 140/2011:

Art. 17. Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada.

§ 1º Qualquer pessoa legalmente identificada, ao constatar infração ambiental decorrente de empreendimento ou atividade utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores, pode dirigir representação ao órgão a que se refere o caput, para efeito do exercício de seu poder de polícia.

§ 2º Nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato deverá determinar medidas para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis.

§ 3º O disposto no caput deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o caput. (BRASIL, 2011a).

A intenção sobressalente do legislador é evitar qualquer hipótese de restrição ao exercício legítimo e necessário da fiscalização ambiental por qualquer dos entes federados. Contudo, ao possibilitar a lavratura de autos de infração por quaisquer dos entes, abre-se margem para atuações descontraídas e repetidas. Adicionalmente, o exercício do poder de polícia em caráter restritivo, tem potencial, quando excedido ou equivocado, de restringir direitos legítimos do administrado.

A partir da análise da Lei Complementar nº 140/2011, percebe-se que a norma pode não ser critério suficiente para afastar eventuais conflitos federativos no âmbito do exercício da competência comum para a proteção ambiental. Percebe-se, ainda, campo fértil de conflitos no âmbito do poder discricionário, do poder regulatório e do poder de polícia, em sentido estrito.

Por essa razão, diante da potencial insuficiência da Lei Complementar nº 140/2011, é necessário indicar possíveis critérios de resolução de conflitos federativos no âmbito da competência comum.

8.2.4. O princípio da subsidiariedade na solução dos conflitos entre ações administrativas

Na atuação material, o Estado se relaciona diretamente com o cidadão, mais dependente das autoridades públicas locais e regionais. O Estado executa ações pautadas por normas de conteúdo econômico para efetivar o direito ao desenvolvimento e alterar a qualidade de vida. Igualmente, na atuação administrativa o Poder Público dá efetividade a conteúdos constitucionais diretivas.

Como visto acima, a teoria constitucional, para além da existência de lei complementar federal, indica basicamente três métodos de resolução de conflitos federativos no âmbito da competência comum. Partindo das premissas indicadas, na competência comum, o controle do uso do poder político pelas autoridades é mais latente, visto as inúmeras hipóteses de atuação conjunta e a função das regras federais como meio de controle do Poder Público. Convém lembrar que, o controle do Poder Público é umas das funções do federalismo na teoria de Loewenstein (1976).

A primeira é pela prevalência da atuação federal, tendo em vista que sua atuação é mais ampla do que a atuação dos demais entes, indicando uma existência de hierarquia de interesses, que não se confundiria com a hierarquia entre os próprios entes. A segunda defende uma análise casuística a partir da predominância de interesses, o que ganharia especial relevo na proteção ambiental, no sentido da prevalência da ação que mais garantisse a efetivação do direito ao ambiente equilibrado do art. 225. A terceira defende a utilização do princípio da subsidiariedade no âmbito da competência privativa, prevalecendo a atuação do ente mais próximo da sociedade e do fenômeno ambiental que demanda atuação pública.

Com o devido respeito aos inúmeros e respeitados autores que defendem as demais teorias, parece-nos melhor adequar ao sistema constitucional nacional, levando-se em conta a parte orgânica e material, a aplicação, no âmbito da competência comum, do princípio da subsidiariedade. Deve-se rememorar, em especial, que no âmbito da atuação material, o Estado se relacionará mais intensamente com a sociedade, por meio do poder normativo, estabelecendo regras de condutas a partir das diretrizes legais, do poder de polícia, que envolve tanto a fiscalização, em sentido estrito, como o estabelecimento de limitações administrativas a direitos dos cidadãos e concedendo autorizações, e, por fim, por meio do poder discricionário, estabelecendo políticas públicas de preservação ambiental.

Neste sentido, Bim (2018) defende o uso da subsidiariedade para definir a atuação do Poder Público quando do exercício da prerrogativa fiscalizatória, ressaltando que “quanto mais perto do poder decisório, mais democrático é o poder, motivo pelo qual a federação se tornou

o modelo de excelência do Estado democrático, sendo necessário uma forte tendência descentralizadora” (BIM, 2018, p. 87). O autor conclui que:

Sem competência expressa baseada na legislação prevista no artigo 23, parágrafo único, da CRFB – hoje a LC no 140/2011 –, o princípio constitucional da subsidiariedade deve ser aplicado em sua totalidade: nada será exercido pela União ou Estados se puder ser cumprido pelos Estados ou Municípios. A competência comum para fiscalizar o meio ambiente deve ser lida à luz do federalismo cooperativo, especialmente pelo princípio constitucional da subsidiariedade – reconhecimento de benefício de ordem dos entes federativos para proceder à fiscalização ambiental quando não prevista em seu planejamento, na sua zona de discricionariedade. (BIM, 2018, p. 109)

Inexistindo regra específica, dentre as normas da Lei Complementar nº 140/2011, e havendo a possibilidade de exercício da ação material necessária (fiscalização, autorização, limitação, regulação ou efetivação de políticas públicas) deverá prevalecer aquela do ente federado mais próximo da comunidade afetada, em favor da maior eficiência protetiva ambiental almejada.

9 CONCLUSÃO

A forma de organização do Estado federal tem sido reformulada desde a Antiguidade. Entretanto, a partir da Revolução Americana e a adoção do modelo federal em 1787, a organização do Estado em federação passou a ter maior relevância, em especial por possibilitar o controle jurídico e social do Poder Público, alinhada com os valores burgueses que triunfaram na concepção dos Estados Modernos.

A formação da federação americana foi fruto de intenso debate, triunfando a teses jurídicas desenvolvidas pelos Federalistas, que visavam corrigir as fraquezas da Confederação em relação aos riscos da invasão estrangeira, ao fortalecimento do comércio entre os entes internos e entre o Estado e nações estrangeiras e à manutenção das particularidades locais das antigas colônias.

Conforme tratamos na primeira parte do trabalho, a teoria dos federalistas americanos indicava a formação de novo ente estatal, que exerceria parte da soberania que os Estados-membros entregavam a ele. A soberania, portanto, seria dividida entre esse novo ente e os Estados federados. A teoria da cosoberania ressoou no francês Alexis de Tocquerville, que indicava a existência de uma dupla soberania, exercida paralelamente entre a união e os demais entes, por meio da representação desses nos poderes constituídos daqueles.

Por sua vez, Georg Jellinek indica igualmente a formação, na constituição do Estado Federal, de um novo ente que exercerá a soberania em nome dos Estados-membros. A união dos Estados soberanos formará um novo Estado, igualmente soberano, mas diferente dos antigos Estados. De acordo com o autor, com a ampliação e consolidação das competências do novo Estado, haveria a tendência de se reduzir as competências dos Estados-membros, que poderiam perder por completo a sua característica de Estado e, até mesmo, se reformular novamente para Estado Unitário.

Karl Loewenstein descarta a hipótese de que os Estados-membros possuam qualquer traço de soberania. Na visão do autor alemão, eles possuem autonomia para instituir ordenamento jurídico voltado ao atendimento dos interesses da região governada pelo ente federado. Para Loewenstein, a organização do sistema federal dependerá da distribuição de competências, que é a chave de organização do Estado Federal, descrita em uma constituição formal. Como o Governo central possui legitimidade jurídica sobre todo o território, existe um conjunto de competências que deva ser exercida exclusivamente por ele. Contudo, algumas

ações devem se concentrar em zona intermediária, com a possibilidade de atuação conjunta da União e Estados-membros, o que deu fundamento ao federalismo cooperativo.

Hans Kelsen, por sua vez, trata a federação com o mais amplo espectro de descentralização administrativa. A distinção entre um Estado unitário com províncias autônomas e o Estado federal está concentrada apenas no grau de descentralização, isto é, no Estado federal a quantidade de matérias sujeitas à legislação dos Estados componentes é mais numerosa e possui maior importância do que as matérias sujeitas à legislação das províncias no Estado unitário. Ainda que sujeitos à Constituição total da federação, os Estados autônomos possuem, em certa medida, autonomia constitucional.

Tendo em vista, o conjunto das teorias apresentadas, reforçamos nossa visão inicial que a característica primaz do federalismo é a soberania da autoridade central, com legitimidade de atuação em todo o território nacional, de forma a manter a coesão do Estado e se relacionar com Estados estrangeiros. Por sua vez, os seus membros internos possuem autonomia, significando a possibilidade de criar e aplicar normas próprias relativas às peculiaridades regionais, no âmbito de competência previamente traçado. A partir dessa premissa inicial, indicamos que o federalismo possui as seguintes características: (a) a organização do poder ocorre por meio de repartição de competências entre o governo central e as autoridades estaduais, cuja regra poderá acentuar a concentração de poderes em um ou em outro centro de poder; (b) na organização interna de poderes, os membros participam da formação das decisões principais da federação, (c) a participação dos entes federados deverá ser equilibrada por meio da composição igualitária de órgãos de representação deles no Governo Central.

Indicamos igualmente que o Estado Federal depende de dois elementos essenciais: (a) a constituição (formal) e (b) um tribunal com jurisdição constitucional, com atuação sobre todo o território e sobre todos os entes, cuja função seja a de dirimir os conflitos internos da federação.

Portanto, podemos sintetizar o nosso conceito de federalismo como: forma de organização do Estado, com a autoridade central soberana, garantida aos seus membros autonomia e participação igualitária no poder central, cujas regras de competências de atuação legislativa e material dos entes federados estejam descritas em constituição formal e os conflitos dirimidos por um tribunal com jurisdição constitucional sobre todo o território e pessoas jurídicas internas.

A evolução da Teoria do Estado resultou no fato de que os nações que adotavam o sistema federal, abandonassem a ideia primeva de repartição dual de competências, para introduzir elementos de cooperação entre os entes federados.

Apesar do seu nascedouro com viés conciliatório, o Estado Federal convive com forças antagônicas do particularismo regional e da tendência centralizadora do Governo central. É a realidade vivificada de todos os Estados que o adotaram, independentemente da histórica política que justificou a sua adoção, ou seja, formados pela união de Estados independentes e soberanos ou pela redistribuição da autonomia e força política do Estado Unitário.

Por essa razão, o conflito de forças políticas centralizadoras ou descentralizadoras está no cerne do Estado Federal. A força motriz dos conflitos federativos está na regra de distribuição de competência adotada pelo Estado e positivada na constituição, em especial pelo fato de não existir modelo ou fórmula ideal de repartição de competências, visto que cada experiência histórica ou política indicará o modelo a ser adotado por cada Estado, bem como pelo fato que a realidade empírica sempre surpreenderá a incompletude do ordenamento, pautadas em regras gerais e mais abrangentes o possível.

A evolução do sistema federal fez com que se adotasse no Brasil, especialmente na Constituição de 1988, sistema complexo de repartição de competências. A Constituição da República estabelece competências privativas, que ao mesmo tempo podem ser objeto de delegação, competências concorrentes, nas quais os Estados-membros estão sujeitos às regras gerais da União, competências comuns entre os três níveis federativos, competências supletivas e, ainda, convive com competências residuais e remanescentes.

Existem, portanto, dos dois pontos principais de conflitos decorrentes da repartição de competência. O primeiro situa-se no âmbito da competência legislativa, na construção dos ordenamentos jurídicos parciais que se sobreporão. O segundo no âmbito da competência executiva, na qual deveria prevalecer o pacto federativo para atuação harmônica e coordenada dos entes, mas que poderão resultar em atuação dúplices e contraditórias.

Na repartição de competência privativa da União, ou seja, aquelas inscritas no art. 22 ou descritas no corpo do texto constitucional, há determinação negativa aos Estados e Municípios. São matérias de exclusividade do ordenamento jurídico nacional, que se aplicaria uniformemente a todo território nacional, sem a inserção de quaisquer peculiaridades ou restrições. Igualmente, qualquer incurso da União de matérias que não estejam inseridas no âmbito das competências descritas também poderia ser retirado do ordenamento pela Jurisdição Constitucional.

A dificuldade que se resulta da competência privativa é a grande quantidade de matérias, para as quais a complexidade da realidade fática, poderá indica-la como matéria de competência exclusiva ou, eventualmente, matéria de competência concorrente.

A busca pelo difícil equilíbrio federal também perpassa por técnicas de resolução de conflitos legislativos que podem ser apreendidos da sobreposição entre a competência privativa da União e o exercício da competência concorrente ou residual dos Estados e Municípios, em especial quando se tratar de matéria de proteção do ambiente, inserida no âmbito da cooperação entre todos os entes (art. 24, VI). A regra geral, como ressalta a maioria dos exemplos trazidos, bem como ressonante em boa parte da teoria é pela prevalência da legislação federal. A incursão dos Estados e Municípios em matérias que o constituinte elencou como competência da União (ainda que com certo exagero de concentração) resulta em desequilíbrio no âmbito interno da federação, entre os próprios entes federados, o que não é o desejado.

No âmbito da competência legislativa, ainda, existem temas sujeitos à repartição concorrente, na qual abrem-se espaços para a atuação legiferante dos Estados e Municípios. Nessas hipóteses não se trata de negar a regra de prevalência da legislação federal, mas a compreensão que se aplicam outros conjuntos de regras constitucionais própria a repartição de competências concorrentes. Ao intérprete e à jurisdição constitucional caberá o exercício de subsunção ao conjunto de premissas adequadas, ou seja, a verificação da fonte adequada da qual o ente federado retira a validade da norma elaborada. Acrescentamos aqui o sentido que os Estados e Municípios, no âmbito da concorrência, não podem retirar a eficácia da legislação federal.

Por sua vez, no âmbito da competência concorrente, caberá a União a elaboração de normas gerais e os Estados-membros e Municípios de normas suplementares. Podem os Estados e Municípios livremente legislar quando inexistir norma da União, sendo que as normas regionais perderão sua validade com a superveniência da norma federal. No caso dos Municípios, seja na suplementação da norma geral ou na competência legislativa plena, pela ausência da norma geral, ficará limitado ao interesse local.

A dificuldade resulta em definir o limite de atuação da União no estabelecimento de normas gerais. A teoria se divide em duas premissas. Na primeira, as normas que decorrem do legislativo da União e que podem ser aplicadas uniformemente no território nacional são consideradas normas gerais e delimitam o espaço de atuação dos Estados, independentemente do conteúdo ou grau de abstração. Na segunda, a União apenas poderá emitir normas com maior grau de abstração, em nível principiológico, deixando mais espaço para a atuação dos Estados.

Posicionamos no sentido que norma geral é aquela que decorre da União e que se aplica uniformemente no território nacional. A posição que defendemos é pautada nas características da federação que defendemos ao longo do texto. Relembramos que na essência a norma geral não decorre expressamente da vontade da autoridade federal, mas do Congresso Nacional,

integrado pelo Senado Federal cuja formação respeita a paridade dos Estados e a igualdade entre eles. Assim, a lei federal geral, nada mais é do que o produto do debate das unidades federadas, que, por sua vez, escolhem a aplicação de determinada regra de forma equilibrada para toda a nação.

Daí decorre o segundo problema, que é a regra de resolução do conflito quando as normas estaduais e federais entram em conflito. Também nos filiamos com os adeptos da inexistência de hierarquia entre as leis federais e leis estaduais, tendo em vista a justaposição dos ordenamentos jurídicos parciais e a igualdade entre os entes federados. Contudo, para nós, a regra de solução dos conflitos não está na indicação de novos princípios de hermenêuticas para compreensão de eventual extrapolação de competência dos entes federados. Neste sentido, apesar de não entender pela hierarquia, temos que a norma Estadual que extrapole os limites objetivos impostos pela norma federal padece de inconstitucionalidade formal, pois o seu limite de competência é dado pela norma geral da União.

Eventual norma geral que atente contra os princípios de proteção e os deveres constitucionais de promoção do equilíbrio ecológico para as futuras gerações padecem de inconstitucionalidade material. No raciocínio exposto, não haveria, portanto, espaço para aplicação de princípios de resolução de conflitos que validam apenas as normas ‘mais protetivas’ ou pautadas pelo princípio do *in dubio pro natura*.

Ainda no âmbito das competências legislativas, ressoa a dificuldade de se estabelecer a competência legislativa dos Municípios, elevados a entes federados pela Constituição de 1988. Os Municípios não foram inseridos na regra de competência concorrente, que abarcam apenas a União e Estados. As competências municipais são tratadas de forma própria no art. 30 da Constituição Federal o que incluem, nos dois primeiros incisos, assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

Há de se valorar com alguma restrição mais significativa a escolha pela possibilidade de suplementação da legislação federal e estadual concedida aos Municípios no art. 30, II e não ao lado dos Estados (entes federativos próprios) e União. A submissão política maior dos Municípios aos Estados indica que a eles não há grau de liberdade política concedida aos Estados. Significa dizer, que eventual norma restritiva municipal estaria em conformidade com a competência municipal se tanto Estados e União abrissem espaço para essa atuação, bem como se ela fosse justificada por alguma peculiaridade e particularidade local, bem como a atuação municipal somente poderia se dar naquilo que fosse objeto de matéria concorrente e não em matérias privativas da União e Estados.

Portanto, a competência municipal possui contornos mais estreitos do que se revela para os Estados, o que, contudo, não elimina a sua competência legislativa, voltada para a realidade diuturna de seus cidadãos e na efetivação da incumbência constitucional, igualmente dirigida a ele, de promoção do equilíbrio ecológico e desenvolvimento sustentável.

No âmbito da competência comum, identificamos três formas de ações administrativas a serem desenvolvidas pelos entes federados: (a) a prática de determinadas ações de proteção do ambiente, como a definição de espaços territoriais especialmente protegidos, que decorre do poder discricionário da Administração Pública, (b) a expedição de regulamentos, para indicar as ações internas dos entes visando efetivar os comandos legais, que decorrem do poder regulamentar, e (c) a fiscalização em sentido amplo, que decorre do poder de polícia, que poderá significar a efetivação de restrições ao exercício de certos direitos constitucionais, mas nunca a supressão do próprio direito, por meio do licenciamento e da fiscalização em sentido estrito.

Na competência comum, a Constituição da República determina a elaboração de leis complementares, visando o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar no âmbito federal (art. 23, parágrafo único). Pretende-se com a lei complementar a acomodação dos interesses de cada ente, e evitar reiteração de ações, desperdícios e, em especial, o choque de competências, com a superposição de atuações contraditórias. No âmbito das matérias ambientais, em especial a proteção do ambiente em sentido amplo, indicados nos incisos III, VI, e VII do art. 23 e de forma detalhada no art. 225, foi promulgada a Lei Complementar nº. 140/2011. A Lei Complementar estabelece um conjunto amplo de ações a serem executadas pelos entes federados no âmbito dos territórios de atuação, que envolve a execução do poder de polícia e do poder discricionário pela Administração Pública em favor da proteção ambiental.

Dessa forma, as regras descritas na Lei Complementar são as primeiras fórmulas de resolução dos conflitos decorrentes da competência comum. Caso as disposições da LC não contemplem determinada matéria ou sua interpretação ainda resulte em dúvida, abre-se margem para aplicação de novas teorias de resolução de conflitos administrativos. A teoria elenca, pelo menos, três regras. A primeira é pela prevalência da atuação federal, tendo em vista que sua atuação é mais ampla do que a atuação dos demais entes, indicando uma existência de hierarquia de interesses, que não se confundiria com a hierarquia entre os próprios entes. A segunda defende uma análise casuística a partir da predominância de interesses, o que ganharia especial relevo na proteção ambiental, no sentido da prevalência da ação que mais garantisse a efetivação do direito ao ambiente equilibrado do art. 225. A terceira defende a utilização do princípio da subsidiariedade no âmbito da competência privativa, prevalecendo a atuação do ente mais próximo da sociedade e do fenômeno ambiental que demanda atuação pública.

Na nossa visão, na atuação material, o Estado se relaciona diretamente com o cidadão, mais dependente das autoridades públicas locais e estaduais. O Estado executa ações pautadas por normas de conteúdo econômico para efetivar o direito ao desenvolvimento e alterar a qualidade de vida. Igualmente, na atuação administrativa o Poder Público dá efetividade a conteúdos constitucionais diretivas. Partindo das premissas indicadas, na competência concorrente, o controle do uso do poder político pelas autoridades é mais latente, o que demanda, por outro lado, um sistema mais efetivo de controle do poder, que é o papel do federalismo.

Portanto, no âmbito da competência comum, parece-nos melhor adequar ao sistema constitucional nacional, levando-se em conta a parte orgânica e material, a aplicação do princípio da subsidiariedade.

O modelo federal adotado pela Constituição da República é caracterizado pela assimetria em razão da forte concentração de poderes legislativos na União e pela inserção de competências legislativas e materiais nos Municípios. Tendo em vista essa característica, a promoção do desígnio constitucional de promoção do desenvolvimento sustentável ao Poder Público deve ser lida de forma a indicar o papel preponderante da União em traçar leis internas para o desenvolvimento de atividades econômicas e ações públicas uniformes para o território nacional. Ao mesmo tempo, distribui a atuação material comum para todos os entes em promover por meio das ações do Poder Público (normativa, discricionária e de poder de polícia) ações concretas para o promoção do desenvolvimento sustentável.

A concentração da competência legislativa na União, não afasta, contudo, o poder legiferante dos Estados e Municípios para traçar regras próprias de organização administrativa e absorver peculiaridades regionais em prol da proteção ambiental. A concentração de poderes legislativos visa evitar o abuso ou a promoção de desequilíbrios negativos (mais restritivos ou menos protetivos), de forma a não criar distinção entre nacionais. Ainda assim, a concentração dos poderes legislativos não representa liberdade para a atuação legislativa da União em desfavor do promoção do equilíbrio ecológico, de forma que qualquer lei contrário ao direito ao desenvolvimento sustentável, incorporando traços apenas do modelo desenvolvimento econômico industrializante, deva ser tratado como materialmente contrário à ideologia constitucional adotada.

A atuação material, por sua vez, deve ocorrer no âmbito governativo mais próximo do cidadão, tendo como premissa de partida a Lei Complementar nº 140/2011. Cabe a Lei Complementar, como ocorre na realidade, definir certos âmbitos de atuação que devam ser

concentrados nos Estados, ou eventualmente na União, em razão do maior vigor financeiro e possibilidade de atuação mais independente da realidade econômica local.

A promoção do modelo de desenvolvimento sustentável exigido pela Constituição da República deve aderir ao modelo de Estado federal adotado. Por ser o federalismo uma forma de controle do poder político, a execução de políticas públicas voltada ao desenvolvimento sustentável evita a cooptação do poder político pelo poder econômico, bem como evita a adoção de ecologismo radical, tendente a manutenção das desigualdades sociais e econômicas. A chave do equilíbrio ecológico-econômico está na efetivação do equilíbrio federal.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e competências ambientais no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- ARANHA FILHO, José Antônio Pinheiro. A competência do Município em matéria ambiental e a sua responsabilidade na mitigação dos efeitos do aquecimento global. **Revista de Direito Ambiental**. a. 21, v.84, p. 461-476, out-dez. 2014.
- ARRIGHI, Giovanni. **A ilusão do desenvolvimento**. Petrópolis: Vozes, 1997.
- AZEVEDO, Marcelo. A Lei Complementar nº. 140/2011 e a competência comum no licenciamento ambiental. In: NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão (org.) **Direito Ambiental e Urbanístico**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015, p. 451-467.
- AZEVEDO, Marcelo. Mineração e a competência legislativa dos Estados e Municípios: limites e possibilidade dos entes federados. In: QUERUBINI, Albenir; BURMANN, Alexandre; ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental e os 30 anos da Constituição de 1988**. Londrina: Thoth, 2018.
- BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1995.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira; SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Constituição e democracia: aplicações**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Proteção do meio ambiente na Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BELLO FILHO, Ney de Barros; *et al.* O princípio Constitucional da preservação ambiental: a Constituição ambiental brasileira como sistema aberto de princípios e regras. **Revista de Direito Ambiental**. a. 19, v.76, p. 15-36, out-dez. 2014.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das normas ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BIM, Eduardo Fortunato. Fiscalização ambiental à luz do princípio da subsidiariedade. Contornos da competência comum. *In: Revista de Informações Legislativas*. Brasília, v. 55, n. 217, jan.-mar., p. 85-114.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 8ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 dez. 2011a.

BRASIL. Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889. Proclama provisoriamente e decreta como forma de governo da Nação Brasileira a República Federativa, e estabelece as normas pelas quaes se devem reger os Estados Federaes. Brasília, **Câmara dos Deputados**, disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1-15-novembro-1889-532625-publicacaooriginal-14906-pe.html> >. Acesso em 25 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 280. Relator: Francisco Rezek. **Diário de Justiça**, Brasília, 17 jun. 1994a. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266284>>. Acesso em 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 927. Relator: Carlos Velloso, **Diário de Justiça**, Brasília, 11 nov. 1994b. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346697>>. Acesso em 05 ago. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.086. Relator: Ilmar Galvão. **Diário de Justiça**, Brasília, 10 ago. 2001b. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266652>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar n. 2396. Relatora: Ellen Gracie. **Diário de Justiça**, Brasília, 14 dez. 2001c. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347577>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.396. Relatora: Ellen Gracie. **Diário de Justiça**, Brasília, 01 ago. 2003a. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375387>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.656. Relator: Maurício Côrrea. **Diário de Justiça**, Brasília, 01 ago. 2003b. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266877>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.714. Relator: Maurício Côrrea. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 fev. 2004. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266897>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.035. Relator: Gilmar Mendes. **Diário de Justiça**, Brasília, 14 out. 2005a. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363287>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.054. Relator: Gilmar Mendes. **Diário de Justiça**, Brasília, 14 out. 2005b. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363293>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.645. Relatora: Ellen Gracie. **Diário de Justiça**, Brasília, 01 set. 2006. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363395>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar n. 3.937. Relator: Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 out. 2008a. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553763>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar n. 3.252. Relator: Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 out. 2008b. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557255> >. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 650.909. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 03 maio 2012. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1958428>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.074. Relator: Teori Zavascki. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 jun. 2014a. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6155702> >. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária – Medida Cautelar n. 1.255. Relator: Celso de Mello. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 dez. 2014b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630105>>. Acesso em 05 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.813. Relator: Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 abr. 2015a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8255786>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 586.224. Relator: Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 08 maio 2015b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.852. Relator: Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 dez. 2015c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9975878>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 194.704. Relator: Edson Fachin. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 nov. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14071244> >. Acesso em: 05 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.066. Relatora: Rosa Weber. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 07 mar. 2018a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.030. Relator: Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 out. 2018b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748451606> >. Acesso em: 12 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.016. Relator: Alexandre de Moraes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 out. 2018c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748530141> >. Acesso em: 12 nov. 2018.

BRYNER, Nicholas S. *In dubio pro natura: a principle for strengthening environmental rule of law*. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 20, v. 78, p. 245-258, abr.-jun, 2015

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org). **Direito Constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARNEIRO, Ricardo. **Direito Ambiental: uma abordagem econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2001

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Volume 2: Direito Constitucional Positivo. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CHANG, Ha-Joon. **Chutando a Escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2004.

CIRNE, Marina Barbosa. A Lei Complementar nº. 140/2011 e as competências ambientais fiscalizatórias. **Revista de Direito Ambiental**. a. 18, v.72, out-dez. 2013.

CIRNE, Marina Barbosa. História Constitucional Brasileira do Capítulo sobre o Meio Ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 21, v. 83, p. 85-108, jul.-set. 2016.

CIRNE, Marina Barbosa. O que é o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado? **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 23, v. 90, p. 223-241, abr-jun. 2018.

CLARK, Giovani. **O Município em face do direito econômico**. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia Constitucional e Pluralismo Produtivo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. Especial, 2013, p. 265-300.

CORREA, Leonardo Alves. **Direito Econômico e desenvolvimento: uma interpretação a partir da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Publit, 2011.

CORREA, Leonardo Alves. **A contribuição do direito econômico na construção de um modelo jurídico de desenvolvimento constitucionalmente adequado**. 2010. 202f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010. Disponível em <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CorreaLA_1.pdf>. Acesso em 20 nov. 2018.

CORREA, Oscar Dias. **O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental econômico**. 2º ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DEUTSCHER BUNDESTAG. **Lei Fundamental da República Federal Alemã**. Trad. Assis Mendonça Aachen. Berlin, 2011. Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 21 jun. 2018.

ENTERRIA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

ENTERRIA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo positivo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; (org). **Estado de Direito Ambiental: tendências**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito constitucional**. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FREITAS, Wladimir Passos de. **Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional comparado*. 3ª ed. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

GUIMARÃES, Marcos. **Direito Ambiental e as competências municipais**. Rio de Janeiro: Publit, 2012.

GUERRA, Sidney. O licenciamento ambiental de acordo com a LC 140/2011. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 17, v. 66, p. 153-208, abr.-jun, 2012.

GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Trad. Hiltonmar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 1787-2003.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. 2. ed. Trad. Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1954.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 4ª ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEITE, José Rubens Morato. DINNEBIER, Flávia França. (org.) **Estado de Direito Ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza**. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Estado de Direito Ambiental: uma análise da recente Jurisprudência ambiental do STJ sob o enfoque da hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, a. 23, v. 56, p. 55-92, out.-dez., 2018.

LOEWESTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2ª ed. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINISTÉRIO DE MEIO AMBIENTE (MMA). **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano**. [20--?] Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc. Acessado em: 27 de jul. de 2017.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. O licenciamento ambiental e participação dos entes federativos interessados. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, a. 20, v. 79, p.77-94, jul.-set. 2015.

NETO, Nicolao Dino. Conflito de interesses na criação de Unidades de Conservação e repartição de competências. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 18, v. 70, p. 101-126, abr.-jun. 2013.

PIRES, Thiago Magalhães. **As competências legislativas na Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental: na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Produzir para Viver: os caminhos da produção não capitalista**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. Deveres fundamentais ambientais: a natureza de direito-dever da norma jusfundamental ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 17, v. 67, p 11-70, jul-set. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. A competência constitucional legislativa em matéria ambiental à luz do “federalismo cooperativo ecológico” consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 18, v. 71, p 55-116, jul-set. 2013.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional americano**. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental Internacional**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: THEX, 2002.

SILVA, Jose Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Jose Afonso da Silva. **Direito Ambiental Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Romeu Faria Thomé. Comentários sobre a nova Lei de Competências em matéria ambiental (LC 140, de 08.12.2011). **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 17, v. 66, p. 55-76, abr.-jun, 2012.

SOUZA, Washington Albino Peluso de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 7ª ed. São Paulo: LTR, 2017.

SOUZA, Washington Albino Peluso de. CLARK, Giovani. **Questões polêmicas de Direito Econômico**. São Paulo: LTR, 2008.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Marbury v. Madison* (1803). **Oyez**. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/#tab-opinion-1958607>> Acesso em: 12 jan. 2018.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (SCOTUS). *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). **Oyez**. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/#tab-opinion-1958607>> Acesso em: 12 jan. 2018.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (SCOTUS). *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819). **Oyez**. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/#tab-opinion-1918127>> Acesso em: 12 jan. 2018.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (SCOTUS). *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824). **Oyez**. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/22/1/#tab-opinion-1923815>> Acesso em: 12 jan. 2018.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (SCOTUS). *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918). **Oyez**. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/247/251/#tab-opinion-1927707>> Acesso em: 12 jan. 2018.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (SCOTUS). *National Labour Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937). **Oyez**. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/301/1/#tab-opinion-1935607>> Acesso em: 12 jan. 2018.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (SCOTUS). *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941). **Oyez**. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/312/100/#tab-opinion-1927707>> Acesso em: 12 jan. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Livro 1. Leis e Costumes. 2º. ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1859-2005.

TORRES, Marcos Abreu. **Conflito de normas ambientais na federação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente. Paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

THE WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. **Our common future**. Oxford University Press, 1987.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

VIEGAS, Eduardo Coral. Competência da gestão hídrica no Estado Federal Brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 22, v. 87, p. 129-424, jul.-set. 2017.

WALCACER, Fernando Cavalcanti. *et al.* Notas sobre a LC 140/2011. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 18, v. 70, p. 39-76, abr.-jun. 2013.