

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Paulo Antônio Grahl Monteiro de Castro

FEDERALISMO E MEIO AMBIENTE

Belo Horizonte

2014

Paulo Antônio Grahl Monteiro de Castro

Federalismo e Meio Ambiente

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio

Belo Horizonte

2014

M672c

CASTRO, Paulo Antônio Grahl Monteiro de.

Federalismo e meio ambiente / Paulo Antônio Grahl Monteiro de Castro – 2014. 132 f.

Orientador: Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio
Dissertação (mestrado) - Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC

Referências: f. 124 - 132.

1. Direito ambiental
2. Desenvolvimento sustentável
3. Federalismo. I. Título

CDU 349.6(043.3)

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Paulo Antônio Grahl Monteiro de Castro

FEDERALISMO E MEIO AMBIENTE

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em __ / __ / ____

Orientador: Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio

Professor Membro: Profa. Dra. Beatriz Souza Costa

Professor Membro: Prof. Dr. Flávio Couto Bernardes

Nota: _____

Belo Horizonte

2014

Aos meus pais, Paulo Antônio Borges Monteiro de Castro e Elisabeth Grahl Monteiro de Castro, por todo o carinho e apoio que me dedicaram ao longo de minha existência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu Pai, Paulo Antônio Borges Monteiro de Castro, e à minha Mãe, Elisabeth Grahl Monteiro de Castro, por todo o carinho que me proporcionaram ao longo de minha vida, pessoal e profissional, sem cujo auxílio eu jamais teria chegado aonde cheguei.

Sou grato, ainda, ao Município de Belo Horizonte, que, por meio do Fundo de sua Procuradoria-Geral, da qual tenho orgulho de ser integrante, custeou este curso de Mestrado.

Agradeço, também, ao colega e amigo Luiz Gustavo Levate, exímio Professor e Procurador Municipal, que muito me incentivou a ingressar no Mestrado em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara e, conseqüentemente, a seguir a carreira acadêmica.

À Escola Superior Dom Helder Câmara, manifesto minha gratidão pela generosa acolhida, tanto na qualidade de aluno do curso de Mestrado como de Professor da Graduação do curso de Direito. Serei eternamente grato por ter proporcionado o exercício de minha paixão por lecionar.

Mister agradecer, ainda, aos Professores do Mestrado Beatriz Souza Costa, Émilien Vilas Boas Reis, José Adércio Leite Sampaio, José Cláudio Junqueira Ribeiro, Kiwonghi Bizawu, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Paulo Adyr Dias do Amaral, cujas lições tive o privilégio de apreender, bem como a todos os funcionários da Escola Superior Dom Helder Câmara, cordiais e sempre dispostos a ajudar.

Agradeço, outrossim, aos meus alunos e ex-alunos da Escola Superior Dom Helder Câmara, sem os quais este trabalho teria menos razões para existir.

Não poderia deixar de agradecer, igualmente, aos meus estagiários(as) e ex-estagiários(as), especialmente à Renata Maciel Marinho, que me prestaram importante auxílio nas tarefas desempenhadas na Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte ao longo desta caminhada.

Ao Clube Atlético Mineiro, demonstro minha gratidão, especialmente pelos recentes títulos da Copa Libertadores da América e da Recopa Sul-americana, que coincidiram com o período desta pesquisa e a tornaram mais prazerosa.

Agradeço, por fim, à Tatiana, que ingressou em minha vida em um momento muito especial, trazendo-me toda a paixão e todo o carinho de que eu precisava nesta reta de chegada.

Muito obrigado!

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. (Art. 225, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar o Federalismo brasileiro e as competências legislativas e administrativas de cada ente federado em matéria ambiental, na busca por um desenvolvimento sustentável. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não estabelece de forma clara quais os limites da competência legislativa de cada um dos entes federados em matéria de meio ambiente, o que acarreta prejuízos dos mais diversos, desde financeiros até propriamente ambientais. Essa situação ainda se agrava pelo modo como se formou a federação brasileira e pelo fato de o Brasil possuir um modelo federalista que, além de cooperativo, tem a particularidade de consubstanciar três níveis. As consequências desse quadro são as mais diversas, e até nefastas em alguns casos, tais como o centralismo, conflitos entre leis de entes federados e falta de coordenação entre as ações de cada um deles na execução das políticas ambientais, com conflitos de atuação tanto positivos (em que mais de um ente ocupa-se desnecessariamente de um mesmo ponto) quanto negativos, em que a proteção ambiental fica a descoberto. Todas essas situações narradas acabam por aniquilar ora o próprio pacto federativo, ora os benefícios que dele deveriam advir. Analisaremos, ao longo do trabalho, mediante uma necessária e aprofundada pesquisa bibliográfica, importantes temas como o princípio de subsidiariedade e a teoria dos poderes implícitos, que podem representar eficientes balizas para aferição da competência dos entes federados para legislar e para atuar em matéria ambiental. Faremos, ainda, incursão no Direito Comparado, objetivando analisar criticamente o Federalismo ambiental norte-americano e canadense, em cotejo com o brasileiro, para, somente após, apresentarmos nossas considerações finais, no sentido, em síntese, de que a descentralização política, dentro de um Federalismo cooperativo, e de acordo com o princípio de subsidiariedade e da teoria dos poderes implícitos, mostra-se a melhor ferramenta no enfrentamento dos problemas ambientais.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Federalismo. Desenvolvimento sustentável.

ABSTRACT

This study aims to analyze Brazilian Federalism and the executive and legislative competences of federal unit towards sustainable development. The Brazilian Constitution of 1988 doesn't identify clearly which are the limits of the legislative competence of each federal unit involving Environmental Law, which results in many financial and environmental losses. This situation is further aggravated due to the way our Federal system was conceived and to the fact that Brazil has a federal system that, in addition to being cooperative, has the peculiarity of having three levels. The consequences of this are enormous, even malign sometimes, such as excessive centralism, conflicts between statutes of different federal units, lack of coordination in the actions of each one of them on the execution of environmental policies, consubstantiating sometimes actions of more than one federal entity, and sometimes no action at all. All these situations annihilate the benefits that should derive from Federalism and even the Federalism itself. We'll analyze, in this study, by a necessary and thorough literature research, important themes such as the principle of subsidiarity and the implied powers' theory, which can be used as efficient limits in order to determine each federal unit's competence to legislate and act around environmental matters. We'll also make remarks on Comparative Law, in order to critically analyze the American and the Canadian Environmental Federalism, compared to the Brazilian one, in order to, after that, point out our conclusions, which are, in short, that political decentralization, within a cooperative Federalism, and in accordance with the principle of subsidiarity and the implied powers' theory, shows up the best tool in dealing with environmental problems.

Keywords: Environmental Law. Federalism. Sustainable development.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 FEDERALISMO	16
2.1 Outras formas de Estado. Unitarismo X Federalismo	16
2.2 Federalismo. Conceito	19
2.3 Origem do termo “Federalismo” e raízes históricas do instituto	22
2.4 Gênese da ideia de Estado Federal: a experiência norte-americana	27
2.4.1 <i>Formação dos Estados Unidos da América</i>	35
2.5 Experiência federalista brasileira. A gênese do nosso Federalismo	41
2.5.1 <i>Autonomia X Soberania dos entes federados</i>	48
2.6 Federalismo dual x cooperativo	50
2.7 Federalismo de três níveis: o Município como ente federado	54
2.8 Federalismo Ambiental. Importância do instituto num contexto de cooperação ...	59
3 REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS	63
3.1 Descentralização política e espécies de competências	64
3.2 Teoria dos poderes implícitos	66
3.2.1 <i>Caso McCulloch vs. Maryland</i>	66
3.2.2 <i>Consequências gerais da teoria dos poderes implícitos</i>	70
3.2.3 <i>Consequências da teoria dos poderes implícitos para o sistema brasileiro</i>	71
3.3 O princípio de subsidiariedade	73
3.4 Competência dos Municípios em matéria ambiental	83
4 A LEI COMPLEMENTAR N. 140/2011 E AS COMPETÊNCIAS MATERIAIS	87
4.1 Considerações iniciais a respeito da Lei Complementar n. 140/2011	87
4.2 Poder de Polícia Ambiental. Importância	90
4.2.1 <i>Evolução da noção de poder de polícia</i>	93
4.2.2 <i>Atributos do Poder de Polícia</i>	94
4.3 Inovações da Lei Complementar n. 140/2011	95
4.4 Aspecto centralizador	99

5 DIREITO COMPARADO	102
5.1 Federalismo norte-americano	102
5.2 Federalismo canadense	110
5.2.1 <i>Operacionalização do Federalismo ambiental canadense</i>	111
5.2.1.1 <u>Distribuição de poderes e funções</u>	113
5.2.1.2 <u>Conselho Canadense de Ministros do Meio Ambiente</u>	114
5.2.1.3 <u>Legislação ambiental provincial</u>	115
5.2.2 <i>Considerações gerais a respeito do sistema canadense</i>	116
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
REFERÊNCIAS	124

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho diz respeito ao Federalismo e às competências legislativas e administrativas de cada ente federado em matéria ambiental, na busca por um necessário desenvolvimento sustentável. O meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, sendo dever do Poder Público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Pois bem: possuindo o Poder Público dever de defender e preservar o meio ambiente, imperioso se mostra que sua atuação se dê da melhor forma possível. E, para tanto, revela-se fundamental estudar o processo de descentralização, especialmente no aspecto político, típico de Estados organizados sob a forma federativa, dentre eles o Brasil. É essa situação que espelha o problema que será abordado no trabalho, merecendo destaque o fato de o Federalismo nos ser tão caro que é estabelecido como cláusula pétrea, a teor do inciso I do §4º do art. 60 e do art. 1º, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dando azo, ainda, à previsão de imunidade constitucional recíproca, segundo a qual os entes federados não podem instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros, a teor da alínea “a” do inciso VI do art. 150, também da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dentro dessa problemática, é importante destacar que vários são os fatores que tornam nosso sistema constitucional de repartição de competências em matéria ambiental extremamente complexo, tanto do ponto de vista da necessidade prática como da tortuosidade da matéria em si, o que gera um evidente cenário de incerteza. Os constantes conflitos de competência, tanto negativos quanto positivos, geram ora falta de controle e fiscalização, ora desnecessária atuação de mais de um ente federado em questões nas quais bastaria a intervenção de apenas um deles. Lamentavelmente, essa situação de insegurança acarreta custos dos mais diversos, os quais poderiam ser evitados, dentre outras providências, mediante estudos mais específicos, a fim de conjugar os ideais de atuação estatal dinâmica, de proteção ambiental e de desenvolvimento, o qual, evidentemente, deve se dar de modo sustentável.

Tratando do tema do desenvolvimento sustentável, José Eli da Veiga (2010, p. 81) é categórico no sentido de 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” e de que (VEIGA, 2010, p.

171-172) a sustentabilidade ambiental “compele a trabalhar com escalas múltiplas de tempo e espaço, o que desarruma a caixa de ferramentas do economista convencional”, bem como “impede ainda a buscar soluções triplamente vencedoras (Isto é, em termos sociais, econômicos e ecológicos), eliminando o crescimento selvagem obtido ao custo de elevadas externalidades negativas, tanto sociais quanto ambientais”.

Pretendemos trabalhar com uma perspectiva de proteção do meio ambiente, dentro da ideia de que os recursos naturais são finitos e de que a intervenção humana na natureza há que se dar, evidentemente, de modo sustentável, nas premissas já apresentadas. Como bem aduzem José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala (2010, p. 75):

A ideia do passado, enraizada entre nós, de que o homem domina e submete a natureza à exploração ilimitada, perdeu seu fundamento. Através do desenvolvimento da ecologia, demonstrou-se que a intervenção do homem não só destruía os recursos naturais não renováveis, assim como poderia trazer perigo à estruturação e ao equilíbrio do ser humano na Terra. A tendência atual é evoluir-se em um panorama muito menos antropocêntrico, em que a proteção da natureza, pelos valores que representa em si mesma, mereça um substancial incremento. A natureza necessita proteção de *per si* e por seu próprio fundamento.

Na busca desse desenvolvimento dito sustentável, ou seja, compatível com os ideais de proteção ambiental, é de se frisar, em primeiro lugar, que o Brasil é um país de dimensões continentais, o que gera importantes reflexos tanto no campo ambiental propriamente dito (em termos de nossa grande biodiversidade e extensão de reservas naturais), bem como, igualmente, em termos de normatização e fiscalização. Assim, mostra-se claro, desde já, que, para a devida compreensão desse intrincado sistema, é imperioso o estudo a respeito da divisão de competências, que tem como pressuposto indubitável, especialmente no caso brasileiro, um exame minudente e cuidadoso a respeito do Federalismo.

Em segundo lugar, seja por conta de possuímos um modelo federalista ímpar, que consubstancia três níveis, seja até mesmo pela escassez de estudos aprofundados a respeito do tema específico tratado neste trabalho, é incontestável que interpretações equivocadas a respeito do nosso sistema constitucional de repartição de competências, aí incluídas as atinentes à seara ambiental, agravam essa situação de complexidade a que nos referimos linhas acima.

Nesse ponto, de se ver a lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 162):

De se notar que o federalismo brasileiro tem peculiaridades não encontradas em outros sistemas e que a Federação desempenha, com as singularidades próprias forjadas no curso da história pátria, um contraponto à centralização não apenas

territorial, mas principalmente política, que tem dominado o País com mais frequência do que se poderia não apenas aspirar, mas aceitar.

Como o princípio federativo é, no plano constitucional positivo brasileiro, incontroverso e imutável, conquanto a forma de ser aplicado não seja único, persiste a discussão jurídica e política sobre ele e dele depende, muito fortemente, a garantia da República brasileira.

As consequências disso são as mais diversas, e até nefastas em alguns casos, tais como o centralismo e a falta de coordenação entre as ações de cada ente na execução das políticas ambientais. Competência, segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 181), é “a medida de capacidade de ação política ou administrativa, legitimamente conferida a um órgão, agente ou poder, nos termos juridicamente definidos”. Nesse sentido, conforme se pode extrair do próprio conceito, podemos dividir a competência, grosso modo, entre política (ou legislativa) e administrativa. Quanto às providências administrativas, acabamos, por vezes, como já adiantado, diante de situações em que há conflitos de atuação entre os entes federados (seja positivo, em que mais de um ente ocupa-se desnecessariamente de um mesmo ponto, seja negativo, em que a proteção ambiental fica a descoberto). Quanto às legislativas, verificam-se, igualmente, vários embates. Ambas as situações narradas acabam por aniquilar ora o próprio pacto federativo, ora os benefícios que dele deveriam advir, ora ambos, o que se mostra verdadeiramente inaceitável.

A nosso ver, não se tem dado ao Federalismo a devida importância como ferramenta para resolução de problemas dos mais variados, inclusive no que diz respeito à questão ambiental. A falta de consciência política, em especial, é uma das causas desse cenário, agravada, inclusive, pelo elevado nível de compreensão técnica exigido para se entender o fenômeno federal. Como bem aduz José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 566-567):

O federalismo certamente não habita o cotidiano dos cidadãos. Exceto para os aficionados ou políticos, se é que existe alguma distinção aí, não é o tema predileto nas conversas das pessoas nas ruas, nas feiras ou nos bares; tampouco ocupa imprescindíveis mensagens de amor. Mas com o princípio republicano ou com o princípio da divisão dos poderes, será diferente? Os temas constitucionais, via de regra, parecem distantes da rotina das pessoas. Bem ou mal, essa é uma realidade incontestável. Sua importância aparece em momentos de crise ou em períodos graves de transição. No mais, é deixado à conformação que os especialistas lhes queiram ou possam dar. Mas não se trata aqui de especialista no sentido de profundo conhecedor da causa, senão de “especialista político”, que reúne a força de sua representação com a influência que possa receber dos especialistas técnicos, teóricos e práticos.

Tratando-se de matéria deveras intrincada, cabe aos estudiosos, portanto, de forma constante, e não apenas por ocasião de crises clarividentes, influenciar devidamente os “especialistas políticos” a que se refere José Adércio Leite Sampaio, com o escopo

inarredável de buscar uma constante e perene melhoria nos sistemas de proteção ao meio ambiente.

Nesse sentido, a primeira hipótese do trabalho, propriamente dita, diz respeito à eficácia do nosso Federalismo, dito cooperativo (ou de cooperação), especialmente quanto à característica de poder ele se revelar ou não uma importante ferramenta na prevenção e resolução dos problemas ambientais, mediante a conjugação de esforços dos diversos entes federados.

A segunda hipótese refere-se à aplicação do princípio de subsidiariedade e da teoria dos poderes implícitos como balizas para aferição da competência dos entes federados para legislar e para atuar em matéria ambiental. As noções de subsidiariedade e de poderes implícitos, embora por demais intuitivas, merecerão incursão técnica mais aprofundada ao longo do trabalho.

A terceira hipótese guarda relação com o papel dos Municípios, como entes federados, no contexto do Federalismo e do Direito Ambiental. Em nosso peculiar sistema federal, que tem a particularidade de ser cooperativo e de possuir três níveis, revela-se ou não o Município uma importante ferramenta para otimizar a atuação do Poder Público?

No ponto, numa análise que abrange as três hipóteses supramencionadas, importante ressaltar que, no Federalismo cooperativo, de que é exemplo o brasileiro, a separação de competências é menos rígida, sendo que vários entes possuem competências administrativas comuns e competências legislativas concorrentes. De se frisar, especialmente, que o Federalismo cooperativo teve sua gênese num período de grandes crises mundiais, desencadeadas pela Guerra e pela quebra da bolsa de Nova Iorque, tendo sido introduzido no Brasil pela Constituição de 1934. Parte ele do raciocínio de que, mediante cooperação mútua entre os entes, poder-se-ia superar crises de forma mais rápida e menos drástica, segundo a clara noção matemática de que o número de esforços é inversamente proporcional ao tempo necessário para que haja uma devida recuperação.

A metodologia do trabalho consiste, especialmente, em pesquisa bibliográfica a respeito do objeto de estudo, especialmente nos aspectos legais e doutrinários. Será desenvolvido, assim, de modo predominante, o raciocínio hipotético-dedutivo, a partir de aspectos como conhecimentos prévios e expectativas, os quais gerarão entendimentos que serão testados, ao longo do presente estudo, como possíveis soluções para os problemas já apresentados.

Definidos a metodologia, os limites, o problema e as hipóteses a serem examinados no presente trabalho, passamos à análise de seus objetivos.

Os objetivos gerais referem-se à análise do papel dos entes federados, sob a ótica constitucional, como agentes indispensáveis para a garantia do meio ambiente ecologicamente sustentável, de modo a melhor implementar a clara dicção do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Os objetivos específicos são, em suma, por seu turno, analisar o modelo federativo brasileiro, investigar a importância da atuação de cada ente federado em matéria ambiental, distinguir as espécies de competências, estabelecer qual a baliza para aferição da competência dos vários entes federados em matéria ambiental, a partir da teoria dos poderes implícitos e do princípio de subsidiariedade, e determinar se essa baliza é fixa, valendo para qualquer que seja o ente, ou se ela depende de sua aptidão e de suas condições, inclusive técnicas e orçamentárias, para enfrentar os problemas ambientais.

Atendendo à Linha de Pesquisa "Direito, Planejamento e Desenvolvimento Sustentável", pretende-se analisar a temática da presente proposta a partir da compreensão das competências constitucionais em matéria ambiental, cuja definição se mostra de fundamental importância, a fim de se melhor proteger o meio ambiente e evitar custos.

Assim, dentro dessa lógica, entendemos que a busca por um desenvolvimento sustentável exige que haja uma ideal potencialização de esforços, para cuja obtenção pretendemos auxiliar por meio deste trabalho. Isso, pois se mostra imprescindível, num sistema federal, que cada ente possa atuar de acordo com suas principais habilidades, de modo que a conjugação de esforços opere um sinergismo, e não um antagonismo.

Para alcançar esse objetivo, trataremos, inicialmente, em capítulo próprio, do Federalismo, analisando-o em cotejo com outras formas de Estado e traçando seu conceito. Além disso, examinaremos a origem do termo e suas raízes históricas, passando, em seguida, a tratar da gênese da ideia de Estado Federal, com enfoque nas experiências norte-americana e brasileira. Quanto à última, em especial, destacaremos aspectos importantes como a autonomia e a soberania. Dedicaremos especial atenção, ainda, às principais distinções entre o federalismo dual e cooperativo, bem como ao fato de o Federalismo brasileiro ser caracterizado como de três níveis, tendo em vista os nossos municípios deterem estatura de genuínos entes federados. Abordaremos, ainda, em tópico específico, o Federalismo ambiental e sua importância num contexto de cooperação.

Ato contínuo, em novo capítulo, examinaremos a repartição de competências, dando relevo aos importantes temas da descentralização e das competências legislativas e administrativas, à teoria dos poderes implícitos e ao princípio de subsidiariedade, para, em seguida, tratarmos da competência dos municípios em matéria ambiental.

Dedicaremos, ainda, à Lei Complementar n. 140/2011, capítulo próprio, no qual comentaremos suas inovações, mas sem nos esquecer, obviamente, de pontuar importantes críticas. Abordaremos, em especial, se referida Lei atende ou não ao ideal de descentralização e aos preceitos da teoria dos poderes implícitos e ao princípio de subsidiariedade.

Por fim, também em capítulo à parte, faremos incursão no Direito Comparado, objetivando analisar criticamente os sistemas federais norte-americano e canadense em matéria de Direito Ambiental, para, somente após, apresentarmos nossas considerações finais.

2 FEDERALISMO

Para além da forma de governo (República ou Monarquia) e do sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo), o estudo a respeito da organização do Estado deve passar, necessariamente, pela complicada temática atinente à forma como se estrutura. Isso, pois a análise acerca da existência de descentralização política e, caso presente, a respeito de sua amplitude, possui importantes reflexos em se tratando de competências, aí incluídas, evidentemente, aquelas em matéria ambiental.

Dentro dessa ideia, os Estados-nação organizam-se, comumente, de forma unitária (absoluta ou descentralizada administrativamente) ou federal. Cada uma dessas formas de organização traz importantes reflexos no que se refere aos mais diversos aspectos, inclusive em se tratando de meio ambiente. Como bem expõe Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 161):

O federalismo sempre constituiu um dos mais rumorosos temas tanto do Direito Constitucional quanto da Ciência Política. Suas implicações políticas e jurídicas sobre outros institutos, a forma que adota nos sistemas de Direito, sua aplicação nos diferentes Estados, além de outros de seus aspectos essenciais influenciam significativamente os regimes adotados.

O Brasil, que já foi adepto do unitarismo, adota o Federalismo, desde 1889, como forma de Estado. Todavia, conquanto o foco deste trabalho seja o sistema brasileiro de repartição de competências, é de se dizer que, como requisito prévio para seu estudo propriamente dito, mostra-se essencial proceder-se, ainda que de forma perfunctória, à análise da forma como os diversos Estados podem se estruturar.

Assim, muito embora seja nosso intuito dedicar mais atenção ao tema do Federalismo do que ao do unitarismo, especialmente pelo fato de o Brasil, repita-se, ser estruturado sob a forma federativa de Estado, trataremos, primeiramente, de noções gerais a respeito dos Estados Unitários, para, em seguida, concentrarmos nossos esforços em tecer considerações mais aprofundadas a respeito do Federalismo.

2.1 Outras formas de Estado. Unitarismo X Federalismo.

Historicamente, pode-se afirmar que fez-se predominante ao redor do mundo, na maior parte do tempo, a figura do Estado unitário, que não possui a descentralização política

como qualidade essencial. E isso pode ser afirmado, inclusive, porque, cronologicamente, trata-se de concepção que antecedeu a dita federal.

É inegável que, num aspecto sociológico, a ideia de “poder” representa, em última análise, ideais de força e de autoridade, motivo pelo qual sempre espelhou, ao longo dos tempos, algo veementemente desejado. Assim, mostra-se mais do que evidente que a concentração de poder nas mãos de um (ou alguns poucos) costuma ser a tônica buscada pelo homem no desenrolar da história, o que, indiscutivelmente, em última análise, sempre esteve entre as principais razões fomentadoras de vários conflitos, inclusive bélicos, que se fizeram presentes ao longo dos anos. Assim, podemos afirmar que a ambição, quer pela conquista de poder, quer pelo seu incremento, sempre se mostrou uma nota fundamental ao longo do desenvolver da humanidade.

Apenas como exemplo, mister relatar que, embora tratando do assunto dentro de um contexto específico, qual seja, o da Independência do Brasil, Cármen Lúcia Antunes Rocha afirma (1997, p. 202), categoricamente, que o pensamento preconizado na Europa sobre a Monarquia era de que “havia uma sincronia entre a forma monárquica de governo e a forma unitária de Estado, pelo que tanto mais garantida a eficiência daquela na exata medida da segurança desta”. E isso nada mais é do que corolário da concepção acima tratada: os reis, que, no pensamento então dominante, concentrariam um poder divino, tendiam a acumulá-lo e concentrá-lo.

Hoje, todavia, não se pode mais dizer que haja um predomínio incontestado de Estados unitários. Especialmente no paradigma atual, do Estado Democrático de Direito, é facilmente perceptível que, em face da grande complexidade das relações (mormente nas esferas humana, social e política), e até mesmo em razão das rápidas mudanças decorrentes de um contexto de globalização, não mais temos campo fértil para o unitarismo.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, entendemos haver, isso sim, substrato deveras favorável para que os frutos lançados pela experiência federalista norte-americana e disseminados ao longo de todo o mundo possam se fazer presentes e, a seu modo, organizar de forma mais dinâmica os diversos Estados ao redor do globo. E é para esse sentido que se tem caminhado.

A razão disso, a nosso ver, é simples. Enquanto, nos paradigmas anteriores (dos Estados Liberal e Social), não era dada ao indivíduo a busca por uma plena concepção de vida de acordo com sua visão de mundo, temos, hoje, no âmbito do paradigma do Estado Democrático de Direito, um cenário completamente diferente.

Sob a égide dos modelos anteriores, era visto o indivíduo apenas e tão somente como consumidor ou cliente da atuação estatal, e não como coautor ou produtor das normas jurídicas que regulavam sua existência. O paradigma atual, lado outro, especialmente em face das transformações sociais, políticas e econômicas ocorridas após a década de 60 do século passado, exige um atuar ativo e efetivo dos indivíduos em busca de sua inserção como efetivos coautores ou produtores das normas e da atuação estatal. Essa evolução, indubitavelmente, é fruto desse efervescente período, no qual surgiram diversos movimentos em meio à sociedade, que começava a melhor se organizar e a exigir sua participação na formação da vontade estatal, tudo isso somado à complexidade social que se fazia cada vez mais presente a partir do avanço de uma sociedade multicultural e pluralista.

Assim, a concentração absoluta do poder político se revela um verdadeiro empecilho ao atingimento dos escopos a cargo do Estado, e, analisando *a contrario sensu*, pode-se perceber que o Federalismo pode ser (e, efetivamente, é) uma ferramenta importantíssima para a reafirmação do indivíduo como efetivo coautor das normas jurídicas e da atuação estatal. Tanto isso é verdade que, não por coincidência, tivemos, nos governos militares, um Federalismo apenas aparente, nominal, de fachada.

Reflexo dessa conjuntura é o fato de que, conforme bem anota Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 306), levantamento feito por M. Frenkel, já em 1986, anunciava a existência de mais de vinte Estados Federais no mundo, ocupando eles, aproximadamente, 52% (cinquenta e dois por cento) da área territorial de todo o Mundo e representando cerca de 40% (quarenta por cento) de sua população.

Não estamos aqui afirmando ter havido uma modificação candente na ideia ou no conceito de poder, até porque não é esse o objeto do presente estudo. Todavia, revela-se mais do que evidente que, em face das diversas transformações sociais, a sua excessiva concentração tem encontrado óbice, especialmente, nas diversas concepções de mundo e no multiculturalismo típicos do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Como bem expõe Pedro Lenza (2013, p. 445-446), em linhas gerais, diz-se que o Estado unitário pode revestir a forma pura, hoje mais rara, na qual se verifica uma centralização absoluta de competências; descentralizada administrativamente, na qual o ente central concentra as decisões políticas em sua esfera de poder, descentralizando apenas a execução das políticas já tomadas; e descentralizada administrativa e politicamente, na qual se verifica, ainda que tímida, para além da descentralização atinente à execução de políticas tomadas, também alguma descentralização política no que diz respeito à decisão acerca da melhor atitude a ser tomada no caso concreto.

Assim, mesmo em se tratando de Estado unitário, mostra-se bastante incomum uma estrutura em que haja centralização absoluta de competências, até porque, como já exposto, vivemos em uma sociedade cada vez mais complexa, fator que, por si só, já demanda uma repartição de poderes bem configurada e estabelecida, a fim de se propiciar rápida resposta aos mais variados problemas.

Em princípio, poder-se-ia pensar ser bastante a mera ocorrência de descentralização administrativa dentro de um contexto de unitarismo. Todavia, seja por razões históricas, práticas, políticas ou mesmo étnicas, há casos em que a descentralização restrita ao aspecto administrativo não se mostra suficiente e/ou adequada. Para além disso, acrescentaríamos nós, existem situações em que a aceção federal mostra-se, isso sim, absolutamente necessária. Nesse contexto, contrapondo-se à doutrina do Estado unitário, temos o Federalismo, cuja análise aprofundada, como já dito, mostra-se de especial importância no que diz respeito ao presente trabalho. E, justamente por isso, dedicaremos ao tema análise em tópico próprio.

2.2 Federalismo. Conceito.

O Federalismo, por seu turno, ao contrário do que se verifica no unitarismo, consubstancia uma forma de Estado que tem por característica fundamental a existência daquilo que chamamos de descentralização política. Assim, como esclarece José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 5), nessa forma de Estado, para além do poder de um ente tido como central, confere-se autonomia a outros entes federados, dotando-os de capacidade política derivada do referido processo de descentralização.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 860) trazem um conceito abrangente de Estado Federal, aduzindo o seguinte:

É correto afirmar que o Estado Federal expressa um modo de ser do Estado (daí se dizer que é uma forma de Estado) em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma Constituição Federal, em que os Estados federados participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão. No Estado Federal, de regra, há uma Suprema Corte com jurisdição nacional e é previsto um mecanismo de intervenção federal, como procedimento assecuratório da unidade física e da identidade jurídica da Federação.

Representa o Federalismo, desse modo, a nosso ver, a expressão maior e mais efetiva da descentralização, que vai além de um aspecto meramente administrativo e abrange, portanto, a esfera política propriamente dita, conferindo aos diversos entes federados uma

autonomia deveras qualificada. Isso, pois cada um deles possui um Poder Constituinte decorrente, o qual os dota de uma organização político-administrativa própria prevista em sua Constituição Estadual ou Municipal (Lei Orgânica).

Essa característica, inaugurada a partir da pioneira experiência federalista norte-americana (assunto do qual trataremos no momento oportuno), mostrou-se revolucionária, tendo inspirado a organização estatal de vários outros países ao redor do globo.

Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 165):

O Poder Político caracteriza-se por ser uno e indivisível, mas as suas manifestações são plurais e podem emanar de um único centro ou de uma pluralidade deles. A dispersão do exercício do Poder Político do centro para a periferia permite a ocorrência da descentralização política, que se contrapõe à retenção dele num único núcleo, quando, então, se tem a centralização política.

A opção pela manifestação política centralizada determina uma ordem jurídica única no Estado e define a forma por ele adotada, enquanto a eleição de centros diversos criadores do Direito a incidir, parcial e concomitantemente, num mesmo Estado informam a descentralização política, base de modelo específico de organização territorial do poder estatal.

Muito embora, como abordado por Cármen Lúcia Antunes Rocha no trecho acima transcrito, verifique-se, por definição, uma unidade e uma indivisibilidade no que tange ao poder estatal propriamente dito, a grande contribuição trazida pelo Federalismo reside justamente no fato de que, conquanto uno e indivisível, pode o poder emanar de mais de um centro, tendo em vista suas manifestações serem plurais. E essa é, justamente, a ideia de unidade na pluralidade, também trabalhada na lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 172), a qual citamos abaixo.

A ideia predominante no princípio federativo é a “unidade na pluralidade”, aqui considerada a unidade total da ordem jurídica nacional compondo-se, coordenando-se, harmonizando-se, sistematizando-se pela diversidade de ordens jurídicas internas (denominadas por Kelsen de parciais), que se acoplam e formam uma única e que mantêm, nessa unidade sistêmica nacional, um movimento equilibrado em sua aplicação. O princípio federativo assegura a pluralidade de ordens jurídicas autônomas e afinadas numa unidade que se assenta na totalidade da ordem constitucional nacional soberana.

A autonomia conferida aos entes federados não significa, todavia, serem eles soberanos. O conceito de autonomia é ligado, especialmente, ao fato de os diversos entes federados poderem desenvolver suas próprias políticas, regidas por suas constituições e por sua legislação de regência, emanada de órgão próprio atento às peculiaridades daquela esfera de poder. Soberania, de outro turno, é conceito que guarda relação, especialmente, com o aspecto internacional.

No ponto, como bem estabelecem Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 856):

Em seguida à experiência americana, outros Estados assumiram também esse modo de ser, ajustando-o às suas peculiaridades, de sorte que não há um modelo único de Estado federal a ser servilmente recebido como modelo necessário. Não obstante, alguns traços gerais podem ser divisados como típicos dessa forma estatal.

Assim, a soberania, no federalismo, é atributo do Estado Federal como um todo. Os Estados-membros dispõem de outra característica – a característica da autonomia, que não se confunde com o conceito de soberania.

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. Isso resulta em que se perceba no Estado Federal uma dúplice esfera de poder normativo sobre um mesmo território; sobre um mesmo território e sobre as pessoas que nele se encontram, há a incidência de duas ordens legais: a da União e a do Estado-membro.

A autonomia política dos Estados-membros ganha mais notado relevo por abranger também a capacidade de autoconstituição. Cada Estado-membro tem o poder de dotar-se de uma Constituição, por ele mesmo concebida, sujeita embora a certas diretrizes impostas pela Constituição Federal, já que o Estado-membro não é soberano.

Como veremos no tópico atinente à gênese do Federalismo no Brasil, houve, inicialmente, menção a uma suposta “soberania” que seria conferida aos diversos entes federados (antigas províncias) que se faziam presentes à época. Todavia, não durou muito o devaneio, que, conforme abordaremos, foi corrigido em momento imediatamente posterior. Corrigido, a nosso ver, pois não entendemos como compatíveis as noções de Federalismo com a existência de diversos entes federados que detenham soberania, e não apenas autonomia.

Dentro dessa lógica, conceituamos Federalismo, de forma sintética, como a forma de Estado caracterizada pela descentralização política. O estudo a seu respeito, contudo, vai muito além do mero estabelecimento de um conceito. De se frisar, inclusive, que, segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 65), “a Federação é indicativo, importantíssimo, da organização do poder no território”. Ainda segundo a mesma autora (ROCHA, 1997, p. 69), “o regime político *democrático de direito* marca os modelos republicano e federativo, que revelam a essência do Estado brasileiro”.

Nesse sentido, continuando a análise, mister tratar da origem do termo e das raízes históricas dessa importante doutrina.

2.3 Origem do termo “Federalismo” e raízes históricas do instituto.

A origem do termo Federalismo, segundo bem anota Paulo de Bessa Antunes (2007, p. 5), “remonta ao latim foedus, que significava o pacto estabelecido pelo Império Romano com outros povos e que podia servir às finalidades mais diversas”. Referido pacto, ainda segundo o mesmo autor, já representava uma “aliança de diferentes, com vistas a alcançarem objetivos comuns” (ANTUNES, P., 2007, p. 5).

Outros autores, como Kildare Gonçalves Carvalho (2006, p. 643), pontuam a existência de formas semelhantes ao Federalismo também na Grécia Antiga. Vejamos:

O Estado Federal surgiu no século XVIII, com a Constituição norte-americana de 1787, não obstante se falar em federações na Grécia antiga, as quais, sem as características dos Estados federais modernos, traduziam meras alianças temporárias, como as alianças religiosas dos anfictiões, e, mais tarde, na Liga de Delos, na Grécia Central, e na Liga Etólica, no Peloponeso.

Há, ainda, quem afirme que o primeiro ensaio federalista teria se dado na Constituição Helvética (Suíça), celebrada em 1291 entre três cantões, aos quais outros iriam aderir e que perduraria até 1848, tendo formado um pacto de aliança e amizade até se transformar na Confederação Suíça, conforme nos relata Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 196-197), discordando, embora, tratar-se de Federalismo.

Assim, a partir da própria origem da palavra, podemos perceber alguns traços importantes que, normalmente, se fazem presentes nos regimes federais, especialmente no que diz respeito à sobredita aliança e ao atingimento de objetivos comuns. Todavia, embora se possa perceber esse traço comum entre o “foedus” do Império Romano e as concepções modernas de Federalismo, especialmente no que tange, repita-se, à “aliança de diferentes”, costumeiramente presente, e aos “objetivos comuns”, deve-se registrar que há diferenças candentes entre a noção “primitiva”, típica do Império Romano, e a atual.

Assim, nada obstante o “foedus” do Império Romano, e muito embora já se pudesse, talvez, falar em primitivas federações até mesmo na Grécia antiga, fato é que seus traços diferem, e muito, da concepção federativa moderna. É para esse ponto que converge o pensamento da quase totalidade dos autores.

Apenas para exemplificar, e, de certa maneira, condensar os pensamentos de vários estudiosos do Direito Constitucional, merece destaque a lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha, segundo a qual a maior parte dos constitucionalistas entende somente se ter verificado a experiência federalista, tal qual a concebemos modernamente, no século XVIII, mais

especificamente em 1787, com a Constituição dos Estados Unidos da América (ROCHA, 1997, p. 197). Vejamos:

Todavia, a maioria dos constitucionalistas entende somente se ter a experiência federalista, como concebida modernamente, no século XVIII. Apenas naquele momento se tem aperfeiçoada, na história, uma experiência de federalismo como uma concepção constitucional sistematizada num ordenamento jurídico formal, conciliando-se, sob uma mesma ordem jurídica total, diversas unidades, as quais partilham com uma entidade central competências que lhes permitem viver como entidades dotadas de autonomia política.

Com esse perfil jurídico, o federalismo teve a sua gênese em 1787, com a Constituição dos Estados Unidos. Deslocando-se os imigrantes ingleses para a América do Norte desde o século XVII, fugindo de sua pátria por motivos políticos e religiosos, fixaram-se na costa do Atlântico dando origem às treze colônias que floresceram com novos modelos de convivência política.

Desse modo, podemos afirmar, com boa dose de propriedade, que nem referidos pactos do Império Romano, nem as ditas “federações”, da Grécia antiga, e nem mesmo a Confederação Helvética reuniram elementos hábeis a qualificá-los, tecnicamente, como precursores da noção moderna de Estado Federal. Não é muito difícil demonstrar, um a um, os principais motivos para termos chegado a essas conclusões.

Em primeiro lugar, no que tange aos pactos do Império Romano, é possível afirmar que se prestaram, muito mais, a “batizar” o fenômeno do Federalismo, ocorrido muito posteriormente na América do Norte, com base em uma mera ideia de similitude, traduzida pela noção de aliança de diferentes, para alcançar objetivos comuns, à qual se referiu Paulo de Bessa Antunes (2007, p. 5). Assim, em nosso modo de entender, a referência ao Império Romano é muito mais pertinente em se tratando de estudos linguísticos e etimológicos do que, propriamente, técnico-jurídicos.

Em segundo lugar, quanto à Grécia antiga, conforme bem exposto por Kildare Gonçalves Carvalho (2006, p. 643), verificava-se apenas e tão somente a ocorrência de alianças temporárias. E, conforme veremos, a ideia de temporariedade é figura totalmente incompatível com a união perene que deve se fazer presente em um Estado Federal na acepção moderna.

Em terceiro e último lugar, é de se frisar que, no que diz respeito ao caso específico da Confederação Helvética, referida experiência não pode, em hipótese alguma, ser tida como federativa propriamente dita, mas tão somente confederativa. Isso, evidentemente, por não se ter dado gênese a uma concepção constitucional, tecnicamente falando, de um ordenamento jurídico-formal, característica imprescindível para que se configure uma Federação.

Tanto isso é verdade que, enquanto uma Federação se funda em uma Constituição, que representa um documento estruturador de todo um regime jurídico, as Confederações encontram fundamento de validade em mero tratado internacional, o qual, inclusive, mostra-se susceptível de denúncia a qualquer tempo. Embora não esteja entre as nossas pretensões diminuir a importância do fenômeno confederativo, revela-se mais do que evidente que os laços estabelecidos na criação de uma Federação propriamente dita são muito mais fortes, perenes e bem estruturados, consubstanciando um genuíno ordenamento jurídico-formal. Tanto isso é verdade que, no próprio preâmbulo da Constituição norte-americana, podemos perceber a referência a uma “união mais perfeita”. Vejamos (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2002, p. 17):

We, the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.¹

Merece destaque, no mesmo sentido, a lição de Fernanda Dias Menezes de Almeida (2005, p. 26):

(...) a Confederação tem por fundamento um tratado, que é, em regra, o instituto jurídico por meio do qual Estados soberanos oficializam acordos de vontade a que se vinculam, podendo, não obstante, rompê-los a qualquer momento, por isso que mantêm sua soberania. Já a base jurídica da Federação é sempre uma Constituição comum a todas as entidades federadas, na qual estão fixados os fundamentos essenciais de suas relações recíprocas.

Esclarece Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 171), adicionalmente, que “o elemento informador do princípio federativo é a pluralidade consorciada e coordenada de mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território estatal, posta cada qual no âmbito de competência previamente definidas, a submeter um povo”. Ressalta a mesma autora, ainda, no que se refere ao objetivo da Federação (ROCHA, 1997, p. 171), que se deve buscar um exercício de poder eficaz no plano interno, mas “resguardando-se a sua integridade pela garantia de atendimento das condições autônomas dos diferentes grupos que compõem o seu povo e assegurando-se, assim, a legitimidade do poder e a eficiência de sua ação”. A toda

¹ **Nós, o Povo** dos Estados Unidos, para formar uma União mais perfeita, estabelecer Justiça, assegurar a Tranquilidade doméstica, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral e assegurar as bênçãos da Liberdade a nós e a nossa Posteridade, ordenamos e estabelecemos esta Constituição dos Estados Unidos da América. (tradução nossa).

evidência, não se verificavam, nos casos citados acima como pretensos precursores, nem esse elemento, nem esse objetivo.

Além disso, embora tratando do caso específico da República Federativa do Brasil, bem elucidada Raul Machado Horta (2003, p. 273-274):

O Estado Federal caracteriza-se pela dualidade de ordenamentos jurídico-constitucionais. A Constituição Federal, que provém da atividade originária do constituinte, é o documento fundamental do ordenamento jurídico da República Federal. É a sede de normas que estruturam o ordenamento central, que é o da União ou Federação, e os ordenamentos parciais, que são os dos Estados Federados e dos Municípios.

Modernamente, assim, é possível afirmar que o principal traço distintivo entre o Federalismo e outras formas de Estado descentralizadas é o fato de se atribuir ou não ao ente dito federado um poder constituinte decorrente, ou seja, de se atribuir-lhe ou não o poder de elaborar sua própria Constituição e proceder, portanto, com autonomia política. No caso brasileiro, temos que cada Estado-membro tem sua própria Constituição (art. 25 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), bem como cada um dos Municípios, cujas constituições são chamadas de leis orgânicas (art. 29, também da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Além disso, é de se pontuar a forte ligação entre as ideias republicana e federal. Sobre essa relação, de conteúdo eminentemente simbiótico, vários autores já dedicaram importantes estudos, merecendo destaque especial a lição de Geraldo Ataliba (2001, p. 44), abaixo transcrita, em que trata especificamente do sistema brasileiro:

A federação é, assim, uma decorrência necessária, no sistema brasileiro, do próprio regime republicano (em outros regimes, como, por exemplo, o francês e o italiano, a república não implica tal consequência, mesmo porque toda federação há de ter suportes históricos, geográficos, sociológicos, econômicos, etc. A autonomização das regiões italianas é expressão de descentralização republicana, tendo em vista aproximar do cidadão os órgãos de governo, quase como que numa federação. O mesmo se diga das regiões autônomas da Espanha).

Não é por outra razão que desde o primeiro instante surge o regime já batizado de “republicano-federativo” pela própria pena de Ruy Barbosa. E foi afeto à federação que esse notável civilista aderiu à república. Para ele essas duas ideias tornam-se associadas tão intimamente, que já não podem ser separadas. Assim surge positivamente a república, entre nós, na linha de uma pregação que deita raízes bem antes da Independência, na Inconfidência Mineira.

Efetivamente, a consideração do nosso regime constitucional tradicional desde 1891, leva a robustecer a convicção de que eles são, para o Brasil, dois institutos indissociáveis. República, no Brasil, realiza-se, também e necessariamente, pela “autonomia recíproca da União e dos Estados, sob a égide da Constituição Federal”, na lapidar definição do velho Sampaio Dória. Por essa razão, foram tratadas, no plano constitucional, em igualdade de condições, postas no mesmo nível e objeto de cuidado especial (arts. 1º e 25) e proteção idêntica (art. 60, §4º).

No mesmo sentido, afirma Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 69):

Pelo exposto, o regime político *democrático de Direito* marca os modelos republicano e federativo, que revelam a essência do Estado brasileiro. A Constituição declara que a República Democrática forma e conforma o modelo de convivência política no Brasil e informa todas as instituições.

Claras, assim, a origem do termo Federalismo e as raízes históricas do instituto, haveremos de tratar, de forma específica e mais minudente, da gênese da ideia de Estado Federal. É o que faremos a seguir.

2.4 Gênese da ideia de Estado Federal: a experiência norte-americana

A gênese do Estado Federal, conforme já adiantado, está ligada, conforme a quase totalidade dos estudiosos do Direito Constitucional, ao surgimento dos Estados Unidos da América, cuja estruturação, como país, deu-se com a sua Constituição, em 1787.

No momento histórico imediatamente anterior à Independência dos Estados Unidos, verificou-se um quadro de profunda opressão perpetrado pela Coroa e Parlamento britânicos sobre as então colônias. Foram levadas a efeito inúmeras condutas tidas como odiosas, tais como estabelecimento de embaraços a leis tidas pelo povo como necessárias ao bem comum, proibição aos Governadores de aprovar leis consideradas de importância premente e imediata, recusa à aprovação de outras Leis para a acomodação de pessoas, bem como, até mesmo, convocação de Corpos Legislativos para lugares incomuns, desconfortáveis e distantes do acervo de registros públicos.

Além disso, fez-se presente recusa injustificável à eleição de novas Câmaras, barramento a Leis de Naturalização de Estrangeiros, negativa à aprovação de legislação encorajando migração, ampliação de requisitos para novas apropriações de terras, embaraço à aprovação de regras que estabelecessem Poderes Judiciais, pressão sobre juízes, criação de uma multiplicidade de novos Departamentos que foram preenchidos por oficiais britânicos com objetivo de perturbar o povo e retirar sua substância, manutenção de Exércitos permanentes em tempo de paz, estabelecimento de um Poder Militar independente e superior ao Poder Civil, aquartelamento de grandes corporações de forças armadas entre o povo, estabelecimento de julgamentos arranjados para deixar homicídios contra habitantes das colônias impunes, impedimento de Relações Comerciais com outras partes do Mundo,

imposição de tributos sem consentimento (em violação ao princípio do “no taxation without representation”, já conhecido desde a Magna Carta, de 1215, do Rei João Sem Terra), supressão do benefício do julgamento por iguais (júri), transporte de pessoas através do oceano para julgamento por supostas ofensas, abolição do sistema livre das Leis Inglesas na colônia vizinha de Quebèc, retirada de privilégios e suspensão de Corpos Legislativos.

Esse quadro, que enfureceu os habitantes das 13 Colônias, e que foi precedido, ainda, de importantes fatos históricos, tais como a Guerra dos Sete Anos (durante cujo período os colonos defenderam suas terras praticamente sozinhos, o que lhes conferiu forte sentimento de união e de autoconfiança) e a posterior tentativa da Grã-Bretanha de encurtar as rédeas por meio de um endurecimento do pacto colonial, foi retratado de forma minudente na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, abaixo transcrita e devidamente traduzida (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2002, p. 9-15):

When in the Course of human Events, it becomes necessary for one People to dissolve the Political Bands which have connected them with another, and to assume among the Powers of the Earth, the separate and equal Station to which the Laws of Nature and of Nature’s God entitle them, a decent Respect to the Opinions of Mankind requires that they should declare the causes which impel them to the Separation.

We hold these Truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness – That to secure these Rights, Governments are instituted among Men, deriving their just Powers from the Consent of the Governed, that whenever any Form of Government becomes destructive of these Ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its Foundation on such Principles, and organizing its Powers in such Form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness. Prudence, indeed, will dictate that Governments long established should not be changed for light and transient Causes; and accordingly all Experience hath shewn, that Mankind are more disposed to suffer, while Evils are sufferable, than to tight themselves by abolishing the Forms to which they are accustomed. But when a long Train of Abuses and Usurpations, pursuing invariably the same Object, evinces a Design to reduce them under absolute Despotism, it is their Right, it is their Duty, to throw off such Government, and to provide new Guards for their future Security. Such has been the patient Sufferance of these Colonies; and such is now the Necessity which constrains them to alter their former Systems of Government. The History of the present King of Great-Britain is a History of repeated Injuries and Usurpations, all having in direct Object the Establishment of an absolute Tyranny over these States. To prove this, let Facts be submitted to a candid World.

He has refused his Assent to Laws, the most wholesome and necessary for the public Good.

He has forbidden his Governors do pass Laws of immediate and pressing Importance, unless suspended in their Operation till his Assent should be obtained; and when so suspended, he has utterly neglected to attend to them.

He has refused to pass other Laws for the Accommodation of large Districts of People, unless those People would relinquish the Right of Representation in the Legislature, a Right inestimable to them, and formidable to Tyrants only.

He has called together Legislative Bodies at Places unusual, uncomfortable, and distant from de Depository of their public Records, for the sole Purpose of fatiguing them into Compliance with his Measures.

He has dissolved Representative Houses repeatedly, for opposing with manly Firmness his invasions on the Rights of the People.

He has refused for a long Time, after such Dissolutions, to cause other to be elected; whereby the Legislative Powers, incapable of Annihilation, have returned to the People at large for their exercise; the State remaining in the mean time exposed to all the Dangers of Invasion from without, and Convulsions within.

He has endeavoured to prevent the Population of these States; for that Purpose obstructing the Laws for Naturalization of Foreigners; refusing to pass others to encourage their Migration hither, and raising the Conditions of new Appropriations of Lands.

He has obstructed the Administration of Justice, by refusing his Assent to Laws for establishing Judiciary Powers.

He has made Judges dependent on his Will alone, for the Tenure of their Offices, and the Amount and Payment of their Salaries.

He has erected a Multitude of new Offices, and sent hither Swarms of Officers to harass our People, and eat out their Substance.

He has kept among us, in Times of Peace, Standing Armies, without the consent of our Legislatures.

He has affected to render the Military independent of and superior to the Civil Power.

He has combined with others to subject us to a Jurisdiction foreign to our constitution, and unacknowledged by our Laws; giving his Assent to their Acts of pretended legislation.

For quartering large Bodies of Armed Troops among us:

For protecting them, by a mock Trial, from punishment for any Murders which they should commit on the Inhabitants of these States:

For cutting off our Trade with all Parts of the World:

For imposing Taxes on us without our Consent:

For depriving us, in many Cases, of the Benefits of Trial by Jury:

For transporting us beyond Seas to be tried for pretended Offences:

For abolishing the free System of English Laws in a neighbouring Province, establishing therein an arbitrary Government, and enlarging its Boundaries, so as to render it at once an Example and fit Instrument for introducing the same absolute Rule into these Colonies:

For taking away our Charters, abolishing our most valuable Laws, and altering fundamentally the Forms of our Governments:

For suspending our own Legislatures, and declaring themselves invested with Power to legislate for us in all Cases whatsoever.

He has abdicated Government here, by declaring us out of his Protection and waging War against us.

He has plundered our Seas, ravaged our Coasts, burnt our Towns, and destroyed the Lives of our People.

He is, at this Time, transporting large Armies of foreign Mercenaries to compleat the Works of Death, Desolation, and Tyranny, already begun with circumstances of Cruelty and Perfidy, scarcely paralleled in the most barbarous Ages, and totally unworthy the Head of a civilized Nation.

He has constrained our fellow Citizens taken Captive on the high Seas to bear Arms against their Country, to become the Executioners of their Friends and Brethren, or to fall themselves by their Hands.

He has excited domestic Insurrections amongst us, and has endeavoured to bring on the Inhabitants of our Frontiers, the merciless Indian Savages, whose known Rule of Warfare, is an undistinguished Destruction, of all Ages, Sexes and Conditions.

In every stage of these Oppressions we have Petitioned for Redress in the most humble Terms: Our repeated Petitions have been answered only by repeated Injury. A Prince, whose Character is thus marked by every act which may define a Tyrant, is unfit to be the Rules of a free People.

Nor have been wanting in Attentions to our British Brethren. We have warned them from Time to Time of Attempts by their Legislature to extend an unwarrantable Jurisdiction over us. We have reminded them of the Circumstances of our Emigration and Settlement here. We have appealed to their native Justice and

Magnanimity, and we have conjured them by the Ties of our common Kindred to disavow these Usurpations, which, would inevitably interrupt our Connections and Correspondence. They too have been deaf to the Voice of Justice and of Consanguinity. We must, therefore, acquiesce in the Necessity, which denounces our Separation, and hold them, as we hold the rest of Mankind, Enemies in War, In Peace, Friends.

We, therefore, the Representatives of the **united States of America**, in General Congress, Assembled, appealing to the Supreme Judge of the World for the Rectitude of our Intentions, do, in the Name, and by Authority of the good People of these Colonies, solemnly Publish and Declare, That these United Colonies are, and of Right ought to be, **Free and Independent States**; that they are absolved from all Allegiance to the British Crown, and that all political Connection between them and the State of Great-Britain, is and ought to be totally dissolved; and that as Free and Independent States, they have full Power to levy War, conclude Peace, contract Alliances, establish Commerce, and to do all other Acts and Thing which Independent States may of right do. – And forte the support of this Declaration, with a firm reliance on the Protection of Divine Providence, we mutually pledge to each other our Lives, our Fortunes, and our sacred Honor.²

² Quando, no decorrer dos acontecimentos humanos, torna-se necessário a um povo dissolver os elos políticos que o ligaram a outro e assumir, dentre os Poderes da Terra, a diferenciação e igualdade à qual as Leis da Natureza e de seu Deus lhe dão direito, o Respeito diante das concepções da Humanidade exigem que o povo declare as causas que levaram à separação.

Temos essas verdades como evidentes por elas mesmas, no sentido de que todos homens são criados iguais e são-lhes concedidos pelo Criador certos direitos inalienáveis, entre os quais os direitos à Vida, Liberdade e busca da Felicidade – Para assegurar esses Direitos, os Governos são instituídos entre os Homens, emanando seus justos Poderes do consentimento dos governados, e que sempre que qualquer forma de governo se torna contrária a esses fins, é direito do povo alterá-la ou aboli-la e instituir um novo Governo, baseando seus fundamentos nesses princípios, e organizando os poderes de forma que sejam mais adequados à consecução da sua segurança e felicidade. A prudência, todavia, recomenda que os Governos estabelecidos há muito não sejam modificados por razões simples e momentâneas; e a experiência mostra que a Humanidade está mais propensa a aceitar, enquanto os males forem suportáveis, do que a abolir as formas de governo a que está acostumada. Mas quando um grande número de abusos e usurpações, sempre com um mesmo objetivo, demonstra a intenção de os reduzir a um Despotismo Absoluto, é seu Direito, e seu dever, destituir esse governo, e nomear novos Guardiões para sua segurança futura. Assim sem sido o sofrimento paciente destas colônias; e é essa a necessidade que as leva a alterar os antigos sistemas de governo. A história do atual Rei da Grã-Bretanha é de repetidas injúrias e usurpações, todas com objetivo direito de estabelecer uma absoluta tirania sobre estes Estados. Para provar tudo isso, submetamos os fatos ao Mundo cândido.

Ele recusou aprovar leis mais favoráveis e necessárias ao bem comum.

Ele proibiu seus Governadores aprovar leis de importância premente e imediata, tendo-as suspenso até que obtivessem seu assentimento. Ao fazer isso, negligenciou-as.

Ele se recusou a aprovar outras Leis para a acomodação de grandes distritos de pessoas, a menos que essas pessoas renunciassem ao direito de representação no Legislativo, um direito inestimável e típico apenas de tiranos.

Convocou os Corpos Legislativos para lugares incomuns, desconfortáveis e distantes do acervo de registros públicos, com o objetivo único de vencê-los pelo cansaço, induzindo-os a aquiescer com suas medidas.

Ele dissolveu as Câmaras de Representantes, que se opunham firmemente a suas invasões sobre os direitos das pessoas.

Ele se recusou, durante longo período, após essas dissoluções, a eleger novas Câmaras; assim, os Poderes Legislativos, insusceptíveis de aniquilação, retornaram ao Povo para seu exercício; tornou o Estado vulnerável a todos os perigos de invasão, bem como de convulsão interna.

Ele fez o possível para impedir o povoamento dos Estados; para isso, barrou as Leis de Naturalização de Estrangeiros; recusou a aprovar leis encorajando migração e ampliou os requisitos para novas apropriações de terras.

Ele obstruiu a administração da Justiça, recusando aprovação a leis que estabelecessem Poderes Judiciais.

Ele sujeitou os juízes à sua única vontade, assim como o pagamento e valor de seus salários.

Ele criou uma multiplicidade de novos Departamentos, e enviou grandes quantidades de oficiais para perturbar o povo e retirar sua substância.

Ele manteve entre nós, em tempo de paz, Exércitos permanentes, sem consentimento de nosso Legislativo.

Ele tornou os Militares independentes e superiores ao Poder Civil.

Do supratranscrito documento histórico, é possível não apenas verificar a conjuntura em si, mas também que o movimento imediatamente anterior à independência das então 13 Colônias foi longo e gradual, permitindo o amadurecimento da consciência coletiva e a verificação de que os anteriores laços dos habitantes das 13 Colônias para com os seus ascendentes britânicos haveriam de ser rompidos. Houve, assim, uma devida e efetiva ruptura com as instituições anteriormente vigentes.

Ele se aliou a outros para nos sujeitar a uma Jurisdição estranha à nossa Constituição, e não reconhecida por nossas Leis, dando consentimento às Leis daí resultantes, as quais:

Autorizaram aquartelamento de grandes corporações de forças armadas entre nós;

Eximem de punição homicídios cometidos contra habitantes destes Estados por meio de julgamentos arrançados;

Impedem Relações Comerciais com todas as partes do Mundo;

Impõem tributos sem nosso consentimento;

Retiram o benefício do julgamento por um júri;

Transportam-nos através do oceano para sermos julgados por supostas ofensas;

Aboliram o sistema livre das Leis Inglesas em uma província vizinha, estabelecendo um governo arbitrário e alargando suas fronteiras, para utilizar como exemplo e instrumento de adequação para introduzir as mesmas regras despóticas nestas Colônias;

Retiram nossos privilégios, abolindo as mais valiosas Leis, e alterando fundamentalmente as Formas dos nossos Governos;

Suspendem nossos próprios Corpos Legislativos, declarando-os investidos de poder para legislar por nós em todos os casos;

Ele abdicou do Governo aqui, ao declarar-nos fora de sua proteção e guerrear contra nós.

Ele saqueou nossos mares, devastou nossas Costas, incendiou nossas cidades e destruiu as vidas de nosso povo.

Ele está, neste momento transportando grandes exércitos de mercenários estrangeiros para finalizar sua empreitada de morte, desolação e tirania já iniciada, com requintes de crueldade e perfídia sem precedentes nem mesmo nas Eras mais bárbaras, sendo totalmente imprestável para exercer a Chefia de uma nação civilizada.

Ele obrigou nossos cidadãos que foram levados como prisioneiros a alto mar a empunhar armas contra seu País, a serem executores de seus amigos e irmãos, ou sucumbirem eles em suas próprias mãos.

Ele instigou insurreições domésticas entre nós, tendo provocado os habitantes de nossas fronteiras, os impiedosos Índios Selvagens, sabidamente em constante estado de guerra, com destruição indistinta de pessoas de qualquer idade, sexo ou condição.

Em todos os estágios dessa opressão, peticionamos por reconsideração nos mais humildes termos. Nossos repetidos pedidos foram respondidos apenas por repetida injúria. Um Príncipe, cujo caráter é marcado pelas ações de um tirano, não se ajusta às regras de um povo livre.

Não quisemos deixar de dar atenção aos irmãos britânicos. Avisamos a eles, de tempos em tempos, da tentativa de seus corpos legislativos de estender uma jurisdição indevida sobre nós. Nós os relembramos das circunstâncias da Emigração e estabelecimento neste território. Apelamos a sua justiça e magnanimidade, e lhes pedido que, em face da origem comum, desautorizassem essas usurpações, que iriam inevitavelmente interromper nossa conexão e correspondência. Foram surdos à voz da justiça e consanguinidade. Temos, portanto, que reconhecer a necessidade de separação, pelo que os consideramos, tal como o restante da humanidade, inimigos na guerra e amigos na paz.

Nós, portanto, os Representantes dos Estados unidos da América, reunidos em congresso geral, apelando ao Juiz Supremo do Mundo pela retidão de suas intenções, em nome com a autoridade que o nobre povo dessas colônias conferiu, solenemente publicamos e declaramos que estas Colônias Unidas são, e por direito devem ser, Estados livres e independentes; que estão livres de toda fidelidade à Coroa Britânica, e que toda conexão política entre eles e o Estado da Grã-Bretanha está e deve estar totalmente dissolvida. E que, como Estados livres e independentes, eles têm total poder para declaram guerra, celebrar a paz, contrair alianças, estabelecer comércio, e perpetuar todas e quaisquer ações ou decisões, do modo como Estados Independentes o fazem. – E para dar suporte a esta Declaração, confiando totalmente na Proteção da Divina Providência, empenhamos mutuamente nossas vidas, nossos bens e nossa sagrada honra. (tradução nossa).

Após a declaração de independência das 13 Colônias britânicas, ocorrida em 04 de julho de 1776, foi celebrado, entre elas, no Segundo Congresso Continental, ocorrido em 15 de novembro de 1777, um tratado internacional denominado Artigos da Confederação (“Articles of Confederation”), que deu origem à Confederação dos Estados Americanos. Embora a celebração tenha ocorrido em 1777, somente entrou em vigor em 1º de março de 1781, quando houve ratificação por Maryland.

Referida Confederação nada mais era do que um pacto de colaboração para que pudessem os Estados dela componentes, em especial, melhor se proteger das constantes ameaças provenientes da antiga metrópole. Permitia-se, evidentemente, a denúncia do Tratado a qualquer tempo, o que deixava clara a possibilidade, àquele momento, de imediata retirada ou separação (secessão).

Restava expresso no Tratado que cada Estado mantinha sua soberania, liberdade e independência, e que qualquer poder, jurisdição ou direito que não estivesse expressamente delegado aos Estados Unidos reunidos em Congresso continuaria pertencendo aos Estados confederados (Artigo II). Vejamos (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1777, p. 1):

II.

Each state retains its sovereignty, freedom and Independence, and every power, jurisdiction, and right, which is not by this Confederation expressly delegated to the United States, in Congress Assembled.³

Todavia, aquela Confederação, conforme ainda abordaremos, mostrava-se insuficiente para atingir seus desejados objetivos. Remanesciam problemas de várias ordens, especialmente nos aspectos comerciais e bélicos. Restava evidente que aqueles laços estabelecidos eram muito fracos, incapazes de realizar os objetivos a que se propunham. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 855), nesse sentido, aduzem que:

Para garantir a independência então conquistada, as antigas colônias britânicas firmaram um tratado internacional, criando uma confederação, que tinha como objetivo básico preservar a soberania de cada antigo território colonial.

Cada entidade componente da confederação retinha sua soberania, o que enfraquecia o pacto. As deliberações dos Estados Unidos em Congresso nem sempre eram cumpridas, e havia dificuldades na obtenção de recursos financeiros e humanos para as atividades comuns. Além disso, a confederação não podia legislar para os cidadãos, dispondo, apenas, para os Estados. Com isso não podia impor tributos, ficando na dependência da intermediação dos Estados confederados. As deliberações

³ II. Cada Estado mantém sua soberania, liberdade e independência, bem como todo poder, jurisdição e direito, que não for por esta Confederação expressamente delegado aos Estados Unidos reunidos em Congresso Geral. (tradução nossa).

do Congresso, na prática, acabavam por ter a eficácia de meras recomendações. Não havia, tampouco, um tribunal supremo, que resolvesse juridicamente diferenças entre eles.

A confederação estava debilitada e não atendia às necessidades de governo eficiente comum do vasto território recém-libertado. O propósito de aprimorar a união entre os Estados redundou na original fórmula federativa, inscrita pela Convenção da Filadélfia de 1787 na Constituição elaborada, conforme se vê do próprio preâmbulo da Carta, em que se lê “nós, o povo dos Estados Unidos, a fim de formarmos uma União mais perfeita...”.

Em face disso, mediante um processo de agregação, aqueles diversos Estados, até então, soberanos, uniram-se, aceitando, em prol de um bem (ou, quiçá, de uma necessidade) maior, abrir mão de sua soberania. De se ressaltar que, embora tenham aberto mão desse importante atributo, conservaram, de outro lado, autonomia, a qual lhes foi assegurada, especialmente, a partir do estabelecimento de um poder constituinte decorrente, apto a garantir que cada um deles pudesse se auto-organizar. Quanto à soberania e à autonomia, vale transcrever a lição de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 856):

Em seguida à experiência americana, outros Estados assumiram também esse modo de ser, ajustando-o às suas peculiaridades, de sorte que não há um modelo único de Estado federal a ser servilmente recebido como modelo necessário. Não obstante, alguns traços gerais podem ser divisados como típicos dessa forma estatal.

Assim, a soberania, no federalismo, é atributo do Estado Federal como um todo. Os Estados-membros dispõem de outra característica – a característica da autonomia, que não se confunde com o conceito de soberania.

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. Isso resulta em que se perceba no Estado Federal uma dúplici esferas de poder normativo sobre um mesmo território; sobre um mesmo território e sobre as pessoas que nele se encontram, há a incidência de duas ordens legais: a da União e a do Estado-membro.

A autonomia política dos Estados-membros ganha mais notado relevo por abranger também a capacidade de autoconstituição. Cada Estado-membro tem o poder de dotar-se de uma Constituição, por ele mesmo concebida, sujeita embora a certas diretrizes impostas pela Constituição Federal, já que o Estado-membro não é soberano.

Há quem afirme que os Artigos da Confederação tenham sido a primeira Constituição norte-americana. Baseiam-se, inclusive, em passagem traçada na “Introdução Geral” da obra “O Federalista”, composta de uma coletânea de oitenta e cinco artigos sobre o tema do Federalismo, publicados na cidade de Nova Iorque sob o pseudônimo “Publius”, e redigidos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, os quais objetivavam convencer a população a respeito do acerto da opção federalista da Constituição norte-americana, que ainda estava pendente de ratificação. Vejamos (MADISON; HAMILTON; JAY, 2010, p. 1):

After an unequivocal experience of the inefficacy of the subsisting federal government, you are called upon to deliberate on a **new Constitution** for the United States of America. The subject speaks its own importance; comprehending in its consequences nothing less than the existence of the UNION, the safety and welfare of the parts of which it is composed, the fate of an empire in many respects the most interesting in the world. (negrito nosso)⁴

Ousamos discordar desse entendimento, tendo em vista terem os Artigos da Confederação consubstanciado, a nosso ver, apenas um tratado internacional com vista ao estabelecimento de uma “liga de amizade” em busca de objetivos comuns. Não chegaram, propriamente, a galgar estatura constitucional. Nesse sentido, o próprio texto é autoexplicativo:

III.

The said States hereby severally enter into a firm **league of friendship** with each other, for their common defense, the security of their liberties, and their mutual and general welfare, binding themselves to assist each other, against all force offered to, or attacks made upon them, or any of them, on account of religion, sovereignty, trade, or any other pretense whatever.⁵ (negrito nosso)

A nosso ver, portanto, Hamilton, no trecho supracitado, referiu-se a “uma nova Constituição” em evidente erro técnico, justificável, talvez, como artifício de persuasão para incutir no povo um maior espírito de união para aquele que seria um momento decisivo da história norte-americana, de modo a salientar sua importância.

Retomando o assunto da Confederação, é de se reiterar que ela, de fato, não conseguiu atingir devidamente os objetivos a que se propunha. Todo aquele contexto histórico, assim, conspirou para que se caminhasse rumo a um sistema que, embora pioneiro, encontrava raízes firmes na experiência do povo norte-americano. Esse modelo de Estado viria a ser o Federalismo.

Desse modo, foi a partir da Constituição dos Estados Unidos de 1787 que deixou de existir aquela Confederação, a qual foi verdadeiramente substituída por uma Federação propriamente dita, num movimento denominado federalismo centrípeto. Diz-se centrípeto esse movimento pelo fato de ter havido uma aglutinação daqueles diversos Estados, que

⁴ Depois de uma experiência inequívoca da ineficácia do governo federal existente, vocês são chamados a deliberar sobre **uma nova Constituição** para os Estados Unidos da América. O assunto demonstra sua importância por si só; compreendendo em suas consequências nada menos que a existência da UNIÃO, a segurança e o bem-estar das partes da qual é composta, o destino de um império que é, em vários pontos, o mais interessante do mundo. (tradução e negrito nossos)

⁵ III. Os referidos Estados adentram solidariamente numa firme **liga de amizade**, uns com os outros, pela sua defesa comum, por sua segurança e por suas liberdades, e seu bem-estar mútuo e geral, obrigando-se a auxiliar uns aos outros, contra toda força ou ataque feitos sobre eles, ou qualquer deles, por conta de religião, soberania, comércio ou qualquer outro pretexto que seja (tradução e negrito nossos).

abriram mão de sua soberania, para, conservando, cada um deles, de outro lado, sua autonomia política, formarem um único país.

O momento histórico era propício para tanto, quer pelas experiências pretéritas (que serão abordadas a seguir), quer por se ter exigido uma maior coesão entre as antigas “Treze Colônias”, que passavam por sérias dificuldades. Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 291) sintetiza esses problemas da seguinte forma:

Em 1791, nos Estados Unidos, ficou claro que a confederação inicialmente estabelecida após a independência da Inglaterra não bastava para resolver o conjunto dos problemas com que se defrontavam os treze Estados americanos. Era necessária uma unidade maior a fim de que pudessem enfrentar os sérios desafios postos pela soberania recém-adquirida. A necessidade de adotar uma moeda única em todo território ou a conveniência de se enfrentarem de maneira unida os desafios militares levantados pela antiga metrópole eram os fatores que tornavam impositiva a adoção de uma ordem jurídica capaz de coordenar de maneira eficiente os esforços de todos os povos integrantes da Federação.

Todavia, não bastava a Convenção da Filadélfia e a elaboração da Constituição para que a nova ordem jurídica fosse inaugurada. Conforme a redação do Artigo VII da Constituição dos Estados Unidos, o seu estabelecimento dependia da ratificação de, no mínimo, nove Estados, momento a partir do qual, aí sim, substituiria os Artigos da Confederação. Vejamos (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2002, p. 36):

Article. VII.
The Ratification of the Conventions of nine States, shall be sufficient for the Establishment of this Constitution between the States so ratifying the Same.⁶

Assim, mostrava-se fundamental, ainda, essa ratificação posterior. Como já adiantado, a fim de atingir esse objetivo, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay publicaram oitenta e cinco artigos sobre o tema na cidade de Nova Iorque, utilizando-se do pseudônimo “Publius”. Posteriormente, a coletânea desses artigos deu origem à obra “Federalist Papers”, comumente traduzida para o português como “O Federalista”.

Alexander Hamilton, naquilo que chamou de “Introdução Geral”, pontuou o seguinte (MADISON; HAMILTON; JAY, 2010, p. 1):

After an unequivocal experience of the inefficacy of the subsisting federal government, you are called upon to deliberate on a new Constitution for the United States of America. The subject speaks its own importance; comprehending in its

⁶ Artigo. VII. A Ratificação das Convenções de nove Estados será suficiente ao estabelecimento desta Constituição entre os Estados que a ratificarem. (tradução nossa).

consequences nothing less than the existence of the UNION, the safety and welfare of the parts of which it is composed, the fate of an empire in many respects the most interesting in the world. It had been frequently remarked that it seems to have been reserved to the people of this country, by their conduct and example, to decide the important question, whether societies of men are really capable or not of establishing good government from reflection and choice, or whether they are forever destined to depend for their political constitutions on accident and force. If there be any truth in the remark, the crisis at which we are arrived may with propriety be regarded as the era in which that decision is to be made; and a wrong election of the part we shall act may, in this view, deserve to be considered as the general misfortune of mankind.⁷

James Madison, por seu turno, em outra passagem emblemática, aduz (MADISON; HAMILTON; JAY; 2010, p. 111):

The proposed Constitution, therefore, is, in strictness, neither a national nor a federal Constitution, but a composition of both. In its foundation it is federal, not national; in the sources from which the ordinary powers of the government are drawn, it is partly federal and partly national; in the operation of these powers, it is national, not federal; in the extent of them, again, it is federal, not national; and, finally, in the authoritative mode of introducing amendments, it is neither wholly federal nor wholly national.⁸

Vingou, ao final, a Constituição norte-americana, fato histórico que consagrou a primeira experiência genuinamente federal no âmbito mundial e cuja vigência perdura até hoje, tendo seu texto recebido, ao longo de todos os tempos, apenas e tão somente vinte e sete emendas.

2.4.1 *Formação dos Estados Unidos da América*

Para bem se entender o Federalismo, fundamental se mostra um estudo mais aprofundado a respeito da pioneira experiência norte-americana, no que se refere, ainda mais

⁷ Depois de uma experiência inequívoca da ineficácia do governo federal existente, vocês são chamados a deliberar sobre uma nova Constituição para os Estados Unidos da América. O assunto demonstra sua importância por si só; compreendendo em suas consequências nada menos que a existência da UNIÃO, a segurança e o bem-estar das partes da qual é composta, o destino de um império que é, em vários pontos, o mais interessante do mundo. Foi frequentemente observado que parece ser reservado ao povo deste país, por sua conduta e exemplo, decidir a questão importante, se sociedades de homens são capazes ou não de estabelecer um bom governo a partir da reflexão e da escolha, ou se serão para sempre destinados a depender, para suas constituições políticas, de acidente e força. Se houver alguma verdade nesse comentário, a crise à qual nós chegamos pode ser, com propriedade, considerada como o momento em que essa decisão deve ser feita; e uma escolha errada pode, desse ponto de vista, merecer ser considerada a infelicidade geral da humanidade. (tradução nossa).

⁸ A Constituição proposta, portanto, é, em rigor, nem nacional nem federal, mas uma conjugação de ambos. Em sua fundação é federal, não nacional; no que se refere aos sistemas a partir dos quais os poderes ordinários do governo são derivados, é parcialmente federal e parcialmente nacional; na execução desses poderes, é nacional, não federal; na extensão deles, novamente, é federal, não nacional; e, finalmente, na forma oficial de introdução de emendas, nem é totalmente federal, nem totalmente nacional. (tradução nossa).

especificamente, à sua formação. A formação do Estado Federal norte-americano, tal como estruturado hoje, deu-se mediante um processo complexo e demorado.

Antes da ratificação da Constituição, ou seja, ainda ao tempo da Confederação, cada Estado, grosso modo, tomava suas atitudes de forma absolutamente livre da influência dos demais, tendo ainda sua própria milícia independente, sua moeda, suas leis, seu governo e suas taxas. Havia receio generalizado (que consubstanciava, quiçá, verdadeiro trauma decorrente da experiência colonial) de que o estabelecimento de um forte governo central pudesse apenas substituir a figura da Inglaterra, que desempenhou o papel de uma opressora metrópole.

Temia-se, portanto, que todo o esforço e derramamento de sangue que se fizeram necessários para alcançar a Independência em face da Inglaterra pudessem ser simplesmente desperdiçados caso viesse a ser constituído um governo único e centralizador, o qual poderia vir a levar a efeito ações semelhantes àquelas tomadas anteriormente pela então metrópole, com consequências, obviamente, nefastas.

Esse medo era justificável, especialmente pelo fato de que as várias ex-colônias possuíam território, poderio bélico e população de extensões variadas, motivo pelo qual, em tese, os maiores poderiam acabar por tentar impor os seus interesses em face dos outros e gerar, de fato, situação muitíssimo semelhante à anterior. De outro lado, ficava cada vez mais clara a necessidade de uma moeda única para facilitar o comércio e uma efetiva conjugação de esforços para que houvesse mais coesão militar, de modo a implementar o fortalecimento do país que estava por ser criado nos âmbitos interno e externo.

Assim, foi em meio a essa tensão entre o medo de retorno de um “centro opressor” e a necessidade de uma estrutura mais coesa, especialmente nas esferas monetária, comercial e militar, que se deu a gênese do Federalismo. Dessa forma, oportunizou-se o alcance desses ideais sem que, todavia, se estabelecesse um governo estritamente centralizador.

Mas não foram apenas esses os aspectos históricos importantes. Nesse sentido, a Constituição norte-americana, fruto de todo aquele momento histórico efervescente e dos intensos debates que permearam a Convenção da Filadélfia, representou uma indubitável composição de interesses. Isso, pois, de forma sábia, objetivou harmonizar a ideia de autonomia (da qual nenhum dos Estados pretendia abrir mão) com a necessidade imperiosa e urgente de estabelecimento de um poder central apto a desenvolver uma coesão mínima nos âmbitos interno e externo.

Fê-lo a Constituição norte-americana, assim, mediante a criação de um Congresso Nacional, ao qual eram atribuídos diversos poderes, mas que, evidentemente, não eram

ilimitados. Buscou combater, nesse ponto, o notório temor de advento de um novo centro opressor. E esse combate demandava mais do que a mera limitação de poderes do que viria a ser um ente central: exigia, igualmente, que outros muitos poderes (a maioria deles, a bem dizer), mediante a técnica de “residualidade”, fossem deixados inteiramente para os Estados. “Residualidade”, dizemos nós, pois todos os poderes que não tivessem sido conferidos para o ente central, implícita ou explicitamente, haveriam que pertencer aos Estados-membros. E foi justamente isso que aconteceu. Os Estados continuaram a deter as competências de taxar propriedade, conceder terras, construir rodovias e canais, entre outras.

Sobre as competências no bojo da Constituição dos Estados Unidos da América, especialmente no que tange à ideia de “residualidade” ora tratada, interessante se ver a lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 183):

Assim, na Constituição norte-americana, por exemplo, o art. 1, Seção 8, enumera as competências do Congresso Nacional, enquanto a 10ª Emenda estabelece que aquelas não delegadas ao Congresso Nacional são reservadas aos Estados-membros e ao povo. A esses cabem, pois, as competências apelidadas de remanescentes ou reservadas, porque não são cometidas à entidade nacional, ficando-lhes reservado o campo que remanesce, que sobra após aquela listagem exaustivamente traçada, ainda que nem sempre e totalmente em sua forma expressa. É que além daquelas que são explicitamente enumeradas, pode haver – e, em geral, há – outras que são consideradas inseridas no rol das competências da entidade nacional, mas que o constituinte ali não incluiu diretamente, no sentido de uma manifestação expressa, conquanto pela sua natureza, matérias e porque não se poderia dotá-la de eficácia apenas local, ela é tida como nacional e, portanto, outorgada à entidade que exerce o poder sobre toda a sociedade.

Nesse caminho, o papel da Suprema Corte, como intérprete da Constituição norte-americana, foi fundamental. Suas decisões, no mais das vezes, mostraram-se bastante ponderadas ao longo da história daquele país e, em especial, em seus primeiros momentos. Revelaram-se importantíssimas, destacamos nós, na reafirmação de importantes competências do Congresso Nacional (como no caso *McCulloch v. Maryland*, do qual nos ocuparemos em tópico específico, e no precedente *Marbury v. Madison*, que trouxe a origem propriamente dita e os contornos do sistema do “judicial review” norte-americano), mas sem gerar o retorno a um governo central opressor. Colaboraram, pois, em muito, para o desenvolvimento e a consolidação da forma federativa de Estado.

O Federalismo não foi um modelo pensado de uma hora para outra, tendo sido, isso sim, fruto de um longo período histórico e, concomitantemente, de várias elucubrações e debates também ocorridos ao longo do tempo. Tratando do intrincado tema atinente às origens ideológicas do Federalismo norte-americano, Alison L. LaCroix (2010, p. 11) deixa claro que

o pensamento federal não foi resultado de algum tipo de ideia brilhante que surgiu repentinamente. Foi ele, isso sim, um conceito criado ao longo de muito tempo, possuindo, portanto, um histórico prévio que foi fundamental para seu nascimento. Vejamos (LACROIX, 2010, p. 11):

Federalism was a concept created in time, not an eternally existing model. The time of creation was between 1764 and 1802. Yet, as is nearly always the case with intellectual history, the idea had a prehistory. Federalism's core idea of divided governmental authority drew from several strands of political, legal, and constitutional thought, some of which originated in the late sixteenth and early seventeenth centuries, in contexts that had little to do with North America.⁹

Como bem explicou Alison L. Lacroix, portanto, a ideia de se dividir a autoridade do governo adveio de várias análises que contemplaram experiências prévias, especialmente nas esferas política, legal e constitucional, cujas sementes remontam aos séculos XVI e XVII e que somente vieram a florescer de fato com a Convenção da Filadélfia e com a promulgação da Constituição norte-americana. Partiu a ideia de Federalismo, assim, tanto dos debates constitucionais pretéritos envolvendo a metrópole (Inglaterra) e suas colônias americanas, como da filosofia política europeia, sem deixar de lado, evidentemente, as experiências das colônias norte-americanas e os exemplos escocês e irlandês. Vejamos, novamente, as lições da autora (LACROIX, 2010, p. 11):

The antecedents of federal thought in the eighteenth century can be grouped under four headings, two of which pertain to theory and two to practice: seventeenth-century Anglo-American constitutional debates; continental European political philosophy; experiments with North American colonial union; and the Scottish and Irish examples.¹⁰

Ainda segundo Alison L. LaCroix (2010, p. 145), Alexander Madison, que era estudioso da ciência política, acreditava que o que havia faltado nas anteriores experiências confederativas também faltara na Confederação norte-americana. Lado outro, entendia ele que esse elemento, o qual, segundo suas reflexões, seria uma autoridade firme que emanasse de

⁹ O Federalismo foi um conceito criado ao longo do tempo, não um modelo já existente. O período de criação foi entre 1764 e 1802. No entanto, como sempre ocorre em se tratando de história intelectual, a ideia teve um histórico prévio. A ideia central do Federalismo de autoridade governamental dividida adveio de várias vertentes de pensamento político, legal e constitucional, algumas das quais se originaram final do século XVI e início do século XVII, em contextos que pouco tinham a ver com a América do Norte. (tradução nossa).

¹⁰ Os antecedentes do pensamento federal no século XVIII podem ser agrupados sob quatro categorias principais, duas das quais teóricas e duas práticas: os debates constitucionais Anglo-americanos; a filosofia política da Europa continental; experimentos com a união colonial norte-americana; e os exemplos escocês e irlandês. (tradução nossa).

um poder central e estabelecesse as regras fundamentais de união e a respeito dos limites em que poderiam os Estados se comportar, esteve presente no Império Britânico. Para Madison, então, seria necessário conferir ao Governo Federal o poder de vetar leis estaduais, tal como existia no Conselho Privado do Reino Unido (“Privy Council”). Vejamos, também aqui, sua lição (LACROIX, 2010, p. 145):

Put simply, Madison believed that what had been lacking in every other confederacy in history was also lacking in the American Confederation but had been present under the British Empire: a firm authority emanating from the center that established the foundational rules of union and policed the extremes of the states’ behavior.¹¹

O Conselho Privado do Reino Unido (“Privy Council”) é composto de conselheiros que prestam auxílio ao monarca britânico. A epígrafe “privado” diz respeito a secreto, e não de Direito Privado, como poderia o nome sugerir. Muito embora tenha havido uma mudança de perfil ao longo da história, foi esse Conselho concebido, originalmente, como um corpo de pessoas destinado a dar ao Monarca conselhos de índole confidencial.

Como bem expõe Alison L. LaCroix (2010, p. 145), a ideia de Madison restou derrotada na Convenção da Filadélfia, tendo em vista o temor de que esse poder por ele proposto fosse apenas substituir a antiga opressora, a Inglaterra, por um novo tirano, que seria o governo central. Seria, assim, a substituição de uma tirania por outra. Esse medo, diga-se de passagem, mostrava-se deveras real, até porque Madison, confessadamente, havia se espelhado, como já dito, em um aspecto deveras centralizador que identificara na experiência britânica do Conselho Privado do Reino Unido.

Nada obstante tenha sido derrotada a tese de Madison, era peremptória a necessidade, de fato, de algum elemento que pudesse garantir a união e a harmonia naquele modelo que estava por ser criado. E, nesse ponto, venceu a ideia de Thomas Jefferson. Enquanto Alexander Madison era estudioso da ciência política e, talvez, muito por conta disso, tenha enxergado a saída para o problema no campo político, Jefferson, por outro lado, era um devoto das ciências jurídicas, motivo pelo qual buscou sua solução no ramo do Direito.

Pois bem. Muito embora Jefferson também tenha se inspirado na experiência do Conselho Privado do Reino Unido, não o fez no aspecto político atinente ao poder de vetar legislação, o qual certamente conduziria a um maior centralismo. Espelhou-se, isso sim, no

¹¹ Simplificando, Madison acreditava que o que havia faltado em todas as outras confederações também faltara na norte-americana, mas esteve presente no Império Britânico: uma autoridade firme que emanasse do centro e que estabelecesse as regras fundamentais da união e controlasse os extremos no que tange ao comportamento dos Estados. (tradução nossa).

sistema de controle judicial “a posteriori” que se fazia presente, naquele Conselho, em hipóteses excepcionais.

Ainda conforme Alison L. LaCroix (2010, p. 159), muito embora Thomas Jefferson vislumbrasse a evidente necessidade de um elemento apto a garantir que a Federação que se formava não fracassasse, ele também era um dos que se contrapunham à ideia de que houvesse um poder do governo central para vetar leis estaduais em um controle prévio. Sugeriu, assim, uma alternativa, que caberia ao Poder Judiciário, consistente no fato de este ter a possibilidade de empreender uma revisão judicial das leis de uma jurisdição inferior por parte de uma corte superior, que ocorreria “a posteriori”. Lançadas estavam as bases do “judicial review” norte-americano, que se consolidaria a partir da parcimoniosa atuação da Suprema Corte norte-americana.

Vejamos as palavras de Alison L. LaCroix (2010, p. 165):

Federal Judicial review depended on a court, to be sure, but a court that stood for – while also creating – the judicial power of the nation itself. Imperial review, whether legislative or judicial, was fairly modest in that it directed parties to seek a remedy through existing institutions: send the law in question to the Privy Council, and the Privy Council will say whether it is repugnant to the laws of England. Federal review under the Supremacy Clause, in contrast, would subject the state law in question not to a mere court, but to an entirely separate and distinct level of government, which would be embodied in, but not confined to, the Supreme Court. The power of this court would originate in the power of the nation itself, from which the court would derive authority to police the States¹².

Ainda ao tempo em que se faziam presentes as colônias inglesas na América do Norte, já se defendia que as regras emanadas das Assembleias locais valeriam mais do que aquelas traçadas pelo Parlamento britânico. Podemos dizer, assim, também com base na importante obra de Alison L. LaCroix (2010), que foi daí que começaram a surgir incipientes ideias no sentido de uma descentralização política, que, no momento oportuno, desaguariam no pensamento federalista moderno.

Assim, seja por razões políticas, econômicas ou mesmo militares, os antigos confederados conceberam e, posteriormente, puseram em prática a forma federalista de

¹² A revisão judicial federal dependeria de uma corte, certamente, mas de um corte que criasse e significasse o Poder Judiciário da nação ela mesma. A revisão ocorrida no Império Britânico, seja legislativa, seja judicial, era bastante modesta no que ela direcionava as partes a procurar um remédio por meio de instituições existentes: enviar a lei em questão para o Conselho Privado, e o Conselho Privado diria se ela é repugnante às leis da Inglaterra. A revisão federal por meio da cláusula de supremacia, lado outro, sujeitaria a lei estadual em questão não a uma mera corte, mas a um nível de governo totalmente separado e distinto, que faria parte, mas não estaria confinado, à Suprema Corte. O poder dessa corte emanaria do poder da própria nação, de cuja autoridade derivaria o poder de controlar os Estados. (tradução nossa).

Estado, num modelo pioneiro que derivou de uma longa experiência histórica e de uma consciência nacional consolidada.

2.5 Experiência federalista brasileira. A gênese do nosso Federalismo.

O Brasil, desde que se tornou República, e até mesmo pouco antes da Constituição de 1891, adota o Federalismo como forma de Estado, tendo todas as Cartas Constitucionais posteriores feito referência explícita a essa importante característica. Assim, no mínimo nominalmente, esteve a forma federativa de Estado prevista em todas as Constituições brasileiras posteriores. Dizemos nominalmente, pois, pelo menos em dois momentos históricos, o Federalismo se fez presente apenas de direito, e não de fato.

O primeiro deles foi durante a vigência da Constituição de 1937 (Polaca), a qual não mais definia a forma federal de Estado como um princípio constitucional sensível. Raul Machado Horta vai além (1957, p. 72) e, muito à frente de seu tempo, já aduz que, durante esse período, tivemos apenas um federalismo nominal, pois fez-se presente, ao longo daquele interregno autoritário, apenas e tão somente um estado unitário descentralizado. Dessa maneira, muito embora o art. 3º da Carta de 1937, no plano do “dever-ser”, afirmasse o Brasil um estado federal, houve, no plano do “ser”, uma substituição “da estrutura federal anterior pela de um Estado unitário descentralizado”, nas palavras do grande constitucionalista (HORTA, 1957, p. 72). Isso, em especial, tendo em vista o manejo desarrazoado do instituto da intervenção federal.

O segundo deles foi ao longo do regime militar, haja vista que, nada obstante as Constituições de 1967 e de 1969 estabelecessem ser o Brasil uma “República Federativa”, o que houve, na prática, foi um autoritarismo levado ao extremo, o qual negava todas as premissas essenciais a um sistema federal, especialmente no que diz respeito à inexistência de eleições para os governos estaduais e à figura dos “senadores biônicos”.

No mesmo sentido, de se ver a lição de Michael Burgess (2006, p. 98):

The construction of this theoretical framework is built upon the following four assumptions:

1 That federation as a conceptual and analytical category is founded upon the notion of a liberal democratic constitutional state.

(...)

The first assumption enables us usefully to omit non-democratic, authoritarian, military states that do not facilitate authentic local/regional autonomy with constitutional guarantees for the constituent units of federations. This allows us effectively to rule out the old Soviet Union and Argentina, Brazil and Nigeria when they suffered intermittent periods of military government. Such coercive unions

certainly exhibited federalism but they were not real federations. Federations are voluntary unions based firmly upon liberal democratic notions of constitutional government.¹³

Para que entendamos bem o funcionamento do federalismo brasileiro e tenhamos subsídios para avaliar seus pontos positivos e negativos, mostra-se importante uma análise acerca do modo como se originou a Federação brasileira, buscando-se uma contraposição, inclusive, com a maneira como se cunhou a Federação norte-americana naquela supracitada experiência pioneira. E é disso que nos incumbiremos a partir de agora.

Como visto, a criação dos Estados Unidos da América se deu mediante um processo de agregação, pois vários Estados, até então soberanos, abriram mão dessa soberania e se uniram para formar um único país, com manutenção, embora, do respeito à autonomia de cada um daqueles que passaram a ser entes federados. Esse processo, como dito, foi longo e gradual, motivo pelo qual a ideia, ou melhor, a consciência federalista norte-americana se construiu de forma menos súbita, sem maiores atropelos, ao contrário do que se verificou no Brasil.

A formação da Federação brasileira decorreu de fenômeno diametralmente oposto ao norte-americano, embora o tenha tomado, confessadamente, como exemplo. O Brasil deixou de ser um Estado Unitário para adotar um modelo Federal, a nosso juízo, de forma prematura e, via de consequência, predominantemente artificial. Artificial, dizemos nós, pois o fenômeno, naquele momento histórico, mais foi resultado de ideias de juristas e teóricos como Rui Barbosa, por demais entusiasmados com a pioneira experiência norte-americana, do que, propriamente, de uma consciência nacional derivada de um processo histórico.

Dado o fato, repita-se, de que éramos um Estado Unitário, nosso Federalismo teve matiz centrífugo, ou seja, ocorreu por desagregação. Nada obstante seja válida a inspiração em experiências vividas no Direito alienígena, é absolutamente inoportuno, de outro turno, promover a pura e simples importação de um modelo sem adaptá-lo à realidade para onde será transplantado. Com o perdão da metáfora, a situação é semelhante à da pessoa que recebe um

¹³ A construção desse arcabouço teórico é feita sobre quatro presunções:

1 Que a federação, como categoria conceitual e analítica, é fundada na noção de um estado constitucional liberal e democrático.

(...)

A primeira presunção nos habilita a, de forma útil, omitir estados antidemocráticos, autoritários e militares que não facilitam verdadeira autonomia local/regional com garantias múltiplas para os entes federados. Isso nos possibilita efetivamente eliminar a antiga União Soviética, bem como Argentina, Brasil e Nigéria durante seus intermitentes períodos de governo militar. Essas uniões coercitivas certamente têm aparência de federalismo, mas não são verdadeiras federações. Federações são uniões voluntárias baseadas firmemente em noções democrático-liberais de governo constitucional. (tradução nossa)

órgão transplantado e tem a infelicidade de ocorrência de uma rejeição inicial. É justamente essa importação prematura, a nosso ver, que gera até hoje muitas dúvidas, e, havemos de acrescentar, variadas distorções.

Nesse sentido, de se ver a lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 174-175):

É certo que alguns Estados, como o Brasil, partiram de uma decisão do centro no sentido de promoverem a descentralização pela federalização, o que, entretanto, é menos comum. Situações de Estado Unitário que chegam à opção no sentido da descentralização pelo acolhimento da forma federativa, em geral, decorrem de conflitos políticos. Motivados por lutas de separatistas, que fazem de seus ideais de viver segundo suas opções autonomamente assumidas uma fonte de tentativas de descentralizar suas decisões, os Estados Unitários federalizam-se por decisão externa e não por decisão do próprio centro. Têm sido raras, na história, experiências como a brasileira, em que a busca de descentralização era frequente, mas não chegou a motivar conflitos mais graves em sua defesa durante a vigência da forma unitária imperial que dominou o país até o final do século XIX.

A convivência entre o ordenamento federal e os demais entes, por si só, mesmo em Estados Federais que se formaram mediante agregação, já se mostra deveras tormentosa. Raul Machado Horta (2003, p. 306) é categórico nesse sentido:

O convívio harmonioso entre o ordenamento federal e os ordenamentos estaduais, entre a União e os Estados-Membros, perdura ainda como grande desafio à criatividade técnica do constituinte federal, quando já percorridos mais de duzentos anos de implantação constitucional dessa forma de Estado, a partir de sua recepção inominada na Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, de 17 de setembro de 1787. A técnica de coexistência nem sempre consegue sobrepujar o que Garcia Pelayo qualificou da ‘unidade dialética de duas tendências contraditórias: a tendência à unidade e a tendência à diversidade’ pela permanência no Estado Federal desses dois momentos contraditórios – a coesão e o particularismo –, os quais dependem de uma série de fatores extraconstitucionais de índole natural, econômica, social.

No caso brasileiro, em que a formação do Estado Federal foi resultado de um processo de desagregação, e, para além disso, derivou não de um sentimento nacional consolidado, mas de ideias de pequenos grupos, que poderiam, quiçá, ser tratados como uma elite intelectual, a situação mostra-se ainda mais grave. No ponto, o historiador José Murilo de Carvalho (2002, p. 81-83) alerta o seguinte:

Sob certos aspectos, a República significou um fortalecimento das lealdades provinciais em detrimento da lealdade nacional. Ela adotou o federalismo ao estilo norte-americano, reforçando os governos estaduais. Muitos observadores estrangeiros e alguns monarquistas chegaram a prever a fragmentação do país como consequência da República e do federalismo. Houve um período inicial de instabilidade e guerra civil que parecia dar sustentação a esses temores. A unidade foi mantida afinal, **mas não se pode dizer que o novo regime tenha sido considerado uma conquista popular e portanto um marco na criação de uma**

identidade nacional. Pelo contrário, os movimentos populares da época tiveram quase todos características anti-republicanas. Tal foi o caso, por exemplo, da revolta de Canudos.

(...)

Pode-se concluir, então, que até 1930 **não havia povo organizado politicamente nem sentimento nacional consolidado. A participação na política nacional, inclusive nos grandes acontecimentos, era limitada a pequenos grupos.** A grande maioria do povo tinha com o governo uma relação de distância, de suspeita, quando não de aberto antagonismo. Quando o povo agia politicamente, em geral o fazia como reação ao que considerava arbítrio das autoridades. Era uma cidadania em negativo, se se pode dizer assim. **O povo não tinha lugar no sistema político, seja no Império, seja na República.** O Brasil era ainda para ele uma realidade abstrata. **Aos grandes acontecimentos políticos nacionais, ele assistia, não como bestializado, mas como curioso, desconfiado, temeroso, talvez um tanto divertido.**

(grifos nossos)

Em sentido bastante semelhante, Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 54-55) afirma:

O Brasil dormiu Monarquia e acordou República. Significa dizer que o povo não chegou a perder o sono por conta dela. Isso não é bom, politicamente, porque, mesmo acordando República, a indiferença ao sonho sobrevive no dia seguinte como se tudo fosse distante e sem compromisso.

A República foi proclamada, em verdade, pelo documento solene assinado na tarde de 15 de novembro de 1889 e implantada pelo Decreto exarado pelo Governo Provisório formado naquela mesma data, e não pelos fatos da madrugada daquele dia.

A proclamação fez-se, pois, na forma da norma que veio solenizar o que se passara faticamente. A queda da Monarquia não dependia de forma: afinal, debacle não é formalizada. Mas a implantação de uma nova forma de governo demanda forma, modelo e norma. Proclamar é reconhecer solenemente. E a solenidade das instituições políticas documenta-se com normas de Direito.

Daí por que a proclamação da República veio no documento assinado pelos membros do Governo Provisório formado no mesmo dia 15 de novembro e implantada a forma republicana de governo no Decreto acima mencionado, cuja epígrafe frisava “proclama provisoriamente e decreta como forma de Governo da Nação Brasileira a República Federativa e estabelece as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais”.

Necessário registrar, todavia, a opinião contrária de J. Pinto Antunes (1953, p. 106-107), que, de outro lado, entende que o federalismo brasileiro não teve criação artificial. Vejamos:

Não tem fundamento na nossa história constitucional a afirmativa de que é profunda a diferença entre a origem da federação brasileira e a da Norte-América.

Rompidos os vínculos com a Metrópole, as colônias inglesas da América do Norte se transformaram em Estado independentes; daí, passaram para a Confederação e depois para a Federação.

Entre nós, sob o ponto de vista formal, deu-se o contrário. A federação foi estruturada pela Constituição de 91, que substituiu o chamado Estado unitário da Monarquia.

Partindo desta superficial consideração afirmam os unitaristas, intérpretes da Constituição, que o nosso sistema federal é criação puramente legal, criação do constituinte de 91.

No entanto, a verdade, fundada na realidade social, é que “a carta geográfica do Brasil é um imperativo de autonomia provincial, como diz Alberto Torres.

E este mesmo escritor continua mostrando que a federação no Brasil, tal como nos Estados Unidos, era já uma imposição do fato social, antes do seu reconhecimento político: “País extensivíssimo, diz ele, de climas variados, com regiões de caracteres, naturezas e produções diferentes, seria simples violência recusar-se cada uma de suas circunscrições a faculdade de governar seus interesses mais íntimos, de acordo com as inspirações próprias de seu meio, escolhendo livremente os seus mandatários. A forma longitudinal do país impõe a autonomia de suas grandes divisões. De fato, conclui o sociólogo patricio, a autonomia geográfica já era um fenômeno social, antes de ser um fato político: da terra de S. Paulo, do Rio Grande, da Bahia e do Pará, com suas profundas diferenças e do tipo do rio-grandense do sul, do baiano, do paulista e do paraense, com os seus traços característicos bem distintos, resultaram certas tendências locais, patentes em toda história do regime monárquico”.

E as agitações da nossa história, que culminaram no Ato Adicional, demonstram que a Federação é dado irremovível da nossa constituição sócio-econômica e uma imposição, por conseguinte, ao reconhecimento pela nossa constituição política.

Assim sendo, a semelhança dos fundamentos tira a importância das diferenças formais entre o federalismo brasileiro e o americano. Em ambos trata-se de imposição do complexo meio social ao legislador constituinte e, mais ainda, ao legislador ordinário, a quem cabe explicar as competências distribuídas pela constituição.

Concordamos, de fato, que o Federalismo teve substrato favorável no Brasil, bem como que, mais hora, menos hora, caminharíamos no sentido de sua adoção. É inquestionável que, sobretudo num país como o nosso, de dimensões continentais, haja campo fértil para a aplicação da figura da descentralização política. Todavia, muito embora reconheçamos ter sido o Federalismo brasileiro uma criação apenas predominante, mas não totalmente artificial, não podemos afirmar, de outro lado, ter sido uma consequência natural do momento histórico em si. Assim, discordamos, nesse ponto específico, da análise de J. Pinto Antunes e entendemos, com Cármen Lúcia Antunes Rocha e José Murilo de Carvalho, que a reação do povo, que demonstrou não ter sequer chegado a ter plena consciência do que realmente se passava, denota ter sido a opção federalista, em terras brasileiras, tomada de forma ainda açodada.

De outro turno, nos Estados Unidos, a Constituição foi fruto efetivo do assentimento e da ratificação do povo. Nesse sentido, de se ver as palavras de Alexander Madison (MADISON; HAMILTON; JAY, 2010, p. 109-110):

(...) it appears, on one hand, that the Constitution is to be founded on the assent and ratification of the people of America, given by deputies elected for the special purpose; but, on the other, that this assent and ratification is to be given by the

people, not as individuals composing one entire nation, but as composing the distinct and independent States to which they respectively belong. It is to be the assent and ratification of the several States, derive from the supreme authority in each State, the authority of the people themselves. The act, therefore, establishing the Constitution, will not be a NATIONAL, but a FEDERAL act.¹⁴

Nosso Federalismo foi criado a partir do Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889, responsável, igualmente, por formalizar a proclamação da República Brasileira. Não derivou, ao contrário do ocorrido nos Estados Unidos, de uma consciência federal nacional. Referido Decreto proclamou provisoriamente a República como forma de governo daquilo que chamou, em seu art. 1º, de nação brasileira. No art. 2º, determinou que as antigas províncias passariam a ser os Estados Unidos do Brasil. E, no art. 3º, dizia que os Estados, no exercício daquilo que chamou de “legítima soberania”, decretariam oportunamente sua constituição definitiva (poder constituinte decorrente), elegeriam seus corpos deliberantes e seus governos locais.

A primeira Constituição da República, de 1891, consolidou essa proclamação provisória, mantendo, ainda, o Federalismo como forma de organização do Estado. A nosso ver, houve uma preocupação muito maior com a formalização da recém-proclamada República do que com reclamos da população, que, conforme as supracitadas lições de Cámen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 54-55) e José Murilo de Carvalho (2002, p. 81-83), mal sabia o que estava acontecendo.

Não estamos negando que a opção federativa tenha sido benéfica para o Brasil, muito pelo contrário. O que criticamos é o fato de ter sido tomado esse tormentoso atalho. Caso a escolha pela forma federativa de Estado tivesse decorrido verdadeiramente de um sentimento ou de uma consciência consolidados, a partir do curso natural da história, talvez não vivêssemos em um modelo tão centralista e, em muitos momentos, operando aquém do seu potencial.

José Eduardo da Fonseca, em 7 de setembro de 1930, por ocasião do proferimento de sua oração de paraninfo na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e imediatamente após a Revolução de 1930, demonstrando estar muito à frente de seu tempo, fez a seguinte exortação (FONSECA, 1931, p. 56):

¹⁴ (...) parece, de um lado, que a Constituição deve ser fundada no assentimento e ratificação do povo da América, dado por deputados eleitos para esse especial propósito; mas, de outro lado, esse assentimento e ratificação devem ser dados pelo povo, não como indivíduos compondo uma nação inteira, mas como componentes dos distintos e independentes Estados dos quais, respectivamente, pertencem. Deve ser o assentimento e ratificação dos diversos Estados, derivado da autoridade suprema em cada um deles, que é a autoridade do povo. O ato, portanto, estabelecendo a Constituição, não será NACIONAL, mas FEDERAL. (tradução nossa)

Ora, de republica á norte-americana andamos fartos, como farta estava de monarchia á ingleza a geração que nos precedeu.

O que cumpre fazer é cunhar em moldes genuinamente brasileiros as fórmulas políticas institucionais, de que dependerá o curso dos nossos destinos collectivos. Evitemos o decalque, certo, como é, que divergem as próprias origens do direito federal nos Estados Unidos e no Brasil.

Na América do Norte, Estados soberanos e dispersos reuniram-se e organizaram-se em federação. Esta, pois, implantou allí a unidade nacional. Aqui, uma nação unitária, dividida em províncias, assegurou ás mesmas a autonomia, transformando-as em Estados federados. A federação foi apenas a descentralização.

Já estava formada de muito a consciencia nacional, quando, em 1891, se converteram em Estados autonomos as antigas províncias. Instituiu-se o *self-government* local. Nada mais. Porque a obra de coesão e unificação se concluiu sob o regimen anterior e constitue a gloria do Imperio.

A outros intuitos serviram os fundadores da grande republica septentrional: transmudaram a confederação em federação; estabeleceram entre as colonias emancipadas uma reunião solida e perfeita; crearam e unificaram uma patria...

Em face de taes origens, o perigo americano consistiria na possibilidade de romper-se a estrutura federativa, como dolorosamente o verificou Lincoln no curso da guerra da secessão, ao passo que a calamidade brasileira seria o abastardamento do regimen, como cruentemente o demonstrou a revolução de 3 de outubro.

Portanto, José Eduardo da Fonseca, já em 1931, identifica que, no Brasil, não houve propriamente um ensaio federativo naquele primeiro momento, mas apenas e tão somente uma experiência descentralizadora. No seu entender, assim, nada mais se verificou, naquele instante inicial, do que a instituição de um autogoverno local. A seu ver, assim, essa pode ter sido, inclusive, uma das causas da Revolução de 03 de outubro de 1930, que culminou com a deposição de Washington Luís e colocou fim à República Velha.

Ainda hoje podem ser sentidas consequências negativas decorrentes desse modo predominantemente artificial de criação da Federação brasileira. Dentre elas, apesar da vedação constitucional, fica evidente a constante tentativa da União, sob as mais variadas justificativas, de invadir a competência dos demais entes federados, inclusive em matéria ambiental, o que denota um evidente ressaibo centralizador e aniquila muitos dos grandes e importantes benefícios que deveriam advir da adoção da forma federativa de Estado.

Ainda assim, há quase sessenta anos, de forma visionária, embora apresentando várias críticas ao nosso Federalismo (com o evidente objetivo, certamente, de aprimoramento do instituto), Raul Machado Horta (1957, p. 88) já antevia que o caminho em direção à forma federativa de Estado era de difícil retorno. Vejamos:

A atitude crítica em face do federalismo vigente não nos distancia da solução federal.

Seria ilógico prognosticar o desaparecimento próximo de instituição que exerce atração universal e se disseminou pelos continentes.

O federalismo é dado constante da organização política moderna e a sedução por ele exercida é visível na própria estrutura do Estado unitário, bastando observar, para

comprovação da assertiva, que traços federais despontam no Estado regional italiano, versão moderna do Estado unitário descentralizado.

É notória, portanto, a atualidade do federalismo como técnica de organização estatal.

Assim, apesar das já apontadas mazelas do Federalismo brasileiro, acrescidas de algumas que ainda iremos identificar, cumpre-nos analisá-las, tal qual o fizemos e tal qual iremos ainda fazer, com o intuito-mor de corrigi-las e, conseqüentemente, apontar soluções para a melhor operacionalização da descentralização política na busca por um desenvolvimento sustentável.

2.5.1 *Autonomia X Soberania dos entes federados*

Como já abordado, o Federalismo brasileiro teve sua gênese a partir do Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889, responsável, igualmente, por formalizar a proclamação provisória de nossa República, tendo-a chamado, em seu art. 1º, de nação brasileira. No art. 2º, determinou que as antigas províncias passariam a ser os Estados Unidos do Brasil. E, no art. 3º, dizia que os Estados, no exercício daquilo que chamou de “legítima soberania”, decretariam oportunamente sua constituição definitiva (poder constituinte decorrente), elegeriam seus corpos deliberantes e seus governos locais. A primeira Constituição da República, de 1891, consolidou essa proclamação provisória, mantendo, ainda, o Federalismo como forma de organização do Estado.

Assim, já na origem do Federalismo brasileiro, formalmente consubstanciada a partir do supramencionado Decreto, há determinação, em seu art. 3º, no sentido de que “Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará oportunamente a sua constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus governos locais” (negrito nosso). Essa referência ao termo “soberania” exige análise mais aprofundada.

Segundo Raul Machado Horta (1957, p. 68),

A organização originária do Estado Federal no Brasil provocou na Constituinte de 1891 largos debates sobre a natureza do Estado-membro, chegando-se a sustentar a soberania deste último como decorrência da dualidade soberana do Estado Federal.

Os chamados ultra-federalistas brasileiros transplantaram para o nosso ambiente político as caracterizações ideológicas que tiveram curso nos Estados Unidos, no período anterior à Guerra de Secessão, e que ali se explicavam como sobrevivência da organização política anterior; mas, no Brasil, equivaliam a mera sugestão imitativa.

Registram os “Anais” da Constituinte as intervenções de Campos Sales, João Barbalho, Homero Batista, Nina Ribeiro e outros, preconizando a soberania dual, por entendê-la princípio organizatório típico do Estado Federal, o que, aliás, foi

reconhecido no alvorecer da República, através do Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889, onde é expressa a alusão à legítima soberania dos Estados.

Embora, como relata Raul Machado Horta (1957, p. 69), várias das Constituições estaduais então elaboradas contivessem referência expressa a essa suposta “soberania”, dentre elas a da Bahia, do Espírito Santo, do Paraná, de Goiás e do Mato Grosso, não durou muito esse devaneio. Devaneio, dizemos nós, pelo fato de que as noções de Federalismo e de soberania de entes federados mostram-se totalmente antagônicas. Conforme relata Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 214-215),

A análise dos dispositivos contidos no Decreto n. 1/1889 releva dois aspectos: em primeiro lugar, chama a atenção a imputação, inusitada, de “soberania” reconhecida às entidades federadas. O paradigma dessa utilização põe-se na fonte norte-americana, sem embargo de nem por isso deixar de atentar contra o modelo e a natureza da Federação. Em segundo lugar, sobreleva a utilização da expressão “Estados Unidos”, demonstrando o mero transplante também do modelo norte-americano, o qual não se prestava à utilização por aqui, vez que a formação histórica de ambos se opunha (aquele formado pela união de Estados soberanos e esse pela descentralização do poder antes unificado).

Quanto ao primeiro aspecto, é de se notar que não prevaleceu por muito tempo aquela “soberania” atribuída aos Estados-membros da Federação recém-implantada, plasmando-se, logo em seguida àquele Decreto, o entendimento correto no sentido de que a eles seria reconhecida tão-somente autonomia. A falta de resistência das Províncias transformadas em Estados-membros da Federação às medidas do governo provisório determinaram a implantação de uma nova ordem jurídica sobre a matéria, o que veio com o Decreto n. 7, de 20 de novembro de 1889. Por esse documento normativo determinou-se a dissolução das Assembleias Provinciais, ficando os novos Estados submetidos à administração de Governadores nomeados pelo Governo Provisório, o qual se reservou competências para ampliar, restringir e suprimir qualquer das faculdades que lhes fossem conferidas.

Assim, é possível perceber que esse ideal de soberania presente na Federação inicialmente instaurada, que, talvez, uma vez levado a efeito, mais a aproximasse mais de uma Confederação, logo foi deixado de lado, passando a prevalecer apenas o atributo da autonomia no que se refere aos Estados-membros. Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho (1986, p. 21):

A noção de soberania, como salienta Mouskheli, domina a teoria jurídica do Estado federal. Denota a distinção entre Estados-membros e Estado central, sendo que apenas este é considerado soberano; os Estados-membros têm de Estado a denominação e não se distinguem de outras coletividades públicas inferiores, como comuna ou província, senão pela participação na formação da vontade federal.

Houvesse soberania, teríamos, isso sim, uma Confederação, assemelhada à anteriormente instituída pelos “Articles of Confederation” (Artigos da Confederação) norte-americanos. Os Estados-membros deixariam de sê-lo e passariam a ser Estados-nação.

Todavia, na prática, restou clara e consolidada não a ideia de uma Confederação, como mera liga de amizade estabelecida por intermédio de um tratado internacional, mas sim de uma Federação propriamente dita, formalmente estruturada por meio do superveniente diploma constitucional de 1891. Fernanda Dias Menezes de Almeida (2005, p. 25) aduz, no ponto, o seguinte:

Os Estados-membros da Federação não gozam de soberania, isto é, daquele poder de autodeterminação plena, não condicionada por nenhum outro poder externo ou interno. A soberania passa a ser apanágio exclusivo do Estado federal – e esta é a primeira nota distintiva em relação à Confederação. Desfrutam os Estados-membros, isto sim, de autonomia, ou seja, de capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano, que lhes garante auto-organização, autogoverno, autolegislação e auto-administração, exercitáveis sem subordinação hierárquica dos Poderes estaduais aos poderes da União.

Como já abordado, a autonomia conferida aos entes de uma Federação não significa serem eles soberanos. O conceito de autonomia é ligado, especialmente, ao fato de os diversos Estados poderem desenvolver suas próprias políticas, regidas por suas constituições e por sua legislação de regência, emanada de órgão próprio atento às peculiaridades daquela esfera de poder. Soberania, de outro turno, é conceito que guarda relação, especialmente, com o aspecto internacional. Resta claro, portanto, que os Estados brasileiros passaram a deter a característica da autonomia, e não da soberania.

2.6 Federalismo dual X cooperativo

Por ocasião da análise de qualquer sistema federal, mostra-se de especial importância avaliar sua tipologia. A doutrina divide o Federalismo, comumente, em duas delas, que são a dual e a cooperativa. Enquanto, na primeira, temos uma divisão de competências mais rígida, com atuação individual de cada ente no âmbito das atribuições a ele cometida pela Constituição, e com tom segregador, verifica-se, na segunda, uma situação diferenciada.

É que o Federalismo cooperativo se destaca, em especial, pelo fato de não haver uma divisão rígida de competências entre o ente central e os demais entes federados. Para além disso, caracteriza-se o Federalismo cooperativo pela possibilidade (e, muitas vezes, imperatividade) de auxílio de um ente a outro. De outro lado, no Federalismo clássico (ou dual), verifica-se uma repartição de competências mais rígida e mais bem definida, com hipóteses escassas de cooperação. Esse é a tipologia presente nos Estados Unidos da América.

Raul Machado Horta (1957, p. 69), falando sobre o Federalismo estatuído na Constituição de 1891, esclarece que:

O federalismo dualista é segregador e centrífugo, não apreciando contatos e relações frequentes com o Governo Federal.

Fiel a esse espírito, o constituinte de 1891 chegou ao detalhe de só admitir ajuda e auxílio da União às administrações estaduais nos casos de calamidade pública, condicionando a efetividade desse socorro à formal solicitação do Estado afetado. O texto constitucional de 1891, para caracterizar a excepcionalidade da medida, prefere falar em prestação de socorro, forma extrema de ajuda, geralmente inspirada nos sentimentos de solidariedade humana.

Assim, no federalismo dualista propriamente dito, até mesmo o auxílio de um ente federado a outro consubstancia medida excepcionalíssima. A esse federalismo clássico, ou dual, repugna a ideia de cooperação, especialmente em vista da concepção, tida, hoje, como superada, segundo a qual essa atuação cooperativa poderia facilmente estabelecer laços de excessiva dependência e, portanto, enfraquecer o pacto federativo.

Thomas O. Hueglin (2003, p. 316) explica que a noção de Federalismo cooperativo é típica da Europa continental, afastando-se em muito da concepção tradicional norte-americana. Vejamos:

The notion of balance is crucial. Federalism is a system of mutual check and balances. Minimally, it gives expression to two manifestations of the popular will: national and regional. Decentralisation in the context of federalism therefore cannot be understood as a unilateral withdrawal from joint responsibilities. Particular autonomies remain embedded in a commitment to universal solidarity.

It should be noted here that this understanding of federalism as solidarity among autonomous communities has its roots in a continental European tradition (Hueglin, 1999) that is different from the American understanding of competitive federalism (Dye, 1990).¹⁵

No Federalismo de cooperação, como já dito, a separação de competências é menos rígida, sendo que vários entes possuem uma chamada competência administrativa comum. O Federalismo cooperativo teve sua gênese num período de grandes crises mundiais, desencadeadas pela Guerra e pela quebra da bolsa de Nova Iorque, tendo sido introduzido no Brasil pela Constituição de 1934. Parte ele do raciocínio de que, mediante cooperação mútua

¹⁵ A noção de balanço é crucial. O Federalismo é um sistema de mútuos freios e contrapesos. Minimamente, isso dá vazão a duas manifestações da vontade popular: nacional e regional. A descentralização no contexto do federalismo, portanto, não pode ser entendida como uma retirada unilateral de responsabilidades conjuntas. Autonomias particulares continuam embutidas em um compromisso para a solidariedade universal.

Deve ser notado aqui que esse entendimento de federalismo como solidariedade entre comunidades autônomas tem suas raízes em uma tradição da Europa continental (Hueglin, 1999) que é diferente do entendimento norte-americano de federalismo dual, competitivo (Dye, 1990). (tradução nossa).

entre os entes, mostra-se possível superar crises de forma mais rápida e menos drástica, segundo a noção matemática de que o número de esforços é inversamente proporcional ao tempo necessário para que haja recuperação.

Conforme o magistério de Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 172),

A ideia predominante no princípio federativo é a “unidade na pluralidade”, aqui considerada a unidade total da ordem jurídica nacional compondo-se, coordenando-se, harmonizando-se, sistematizando-se pela diversidade de ordens jurídicas internas (denominadas por Kelsen de parciais), que se acoplam e formam uma única e que mantêm, nessa unidade sistêmica nacional, um movimento equilibrado em sua aplicação. O princípio federativo assegura a pluralidade de ordens jurídicas autônomas e afinadas numa unidade que se assenta na totalidade da ordem constitucional nacional soberana.

Raul Machado Horta (1957, p. 73), escrevendo sob a égide da Constituição de 1946, afirma o seguinte:

Ao contrário do federalismo segregador de 1891, que só admitia ação federal nos Estados para prestação de socorros, estamos vivendo atualmente o período do federalismo cooperativo, através do qual a União, mediante processos vários e recursos hauridos nos setores orçamentários, bancários e creditícios, dispensa aos Estados-membros ajuda financeira abundante, assinalando a primazia do federalismo financeiro nas relações inter-governamentais.

Muito embora o Federalismo cooperativo tenha sido idealizado como um mecanismo para melhor superar crises de índole eminentemente econômica, seu mecanismo, caso bem utilizado, pode se revelar de importância ímpar no ideal de proteção ambiental. Paulo de Bessa Antunes (2007, p. 39) bem explica:

A proteção ambiental, certamente, é um dos expoentes do chamado federalismo cooperativo, visto que repousa sobre as bases de uma ação, em tese, conjunta e coordenada entre a União e os Estados. Entretanto, a implementação das políticas ambientais tem sido, essencialmente, um ato de constante e frequente federalização.

Também fazendo apologia ao federalismo cooperativo, Raul Machado Horta (1957, p. 87) diz o seguinte:

Assim, a participação do Estado-membro e dos Municípios nas rendas federais sedimentaria poderoso elemento federativo, que, ao lado das instituições políticas e jurídicas, captadoras iniciais desses vínculos, viria acentuar, com energia, a indissolúvel solidariedade entre as partes componentes, o que é da essência da federação.

(...)

O exame dos problemas do federalismo brasileiro deixou claro que o nosso sistema federal reclama correções. Todavia, é necessário que a efetivação dessas últimas,

dentro do processo constitucional, nos afaste, igualmente, do federalismo segregador do passado e da atual hipertrofia do federalismo brasileiro.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, objetivando a proteção do meio ambiente, estabelece, em seu art. 24, §1º, que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limita-se ao estabelecimento de normas gerais. Complementa, então, o §2º do mesmo artigo, no sentido de que a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. O §3º, por seu turno, determina que, inexistindo legislação federal a respeito de tema afeto à competência concorrente, os Estados devem exercer competência legislativa plena, a fim de atender às suas peculiaridades. E, nos termos do §4º, na superveniência de lei federal sobre normas gerais, haverá apenas e tão somente suspensão da eficácia da lei estadual, naquilo em que houver contrariedade.

Pois bem. Já nos idos de 1953, escrevendo sob a égide da então vigente “Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946”, alertava-nos J. Pinto Antunes para o fato de que as competências concorrentes consubstanciam o ponto nevrálgico do sistema federativo, haja vista que, por meio delas, conservar-se-ia ou se atrofiaria o sistema federativo até a morte. Vejamos sua lição (ANTUNES, J., 1953, p. 110):

Mas há competências de certa forma concorrentes – são as do artigo 6º. Dizemos – de certa forma, porque, nestes assuntos, há sempre uma parte que é de princípios e outra de corolários. À União caberá legislar sobre os princípios e aos Estados legislar sobre a forma da aplicação destes princípios às peculiaridades regionais. E, nesta distribuição está a essência, o respeito à Federação.

A chamada competência concorrente é, sem dúvida, o ponto nevrálgico do sistema federativo. Por aí se conserva ou se atrofia, até à morte, o sistema federativo de competências.

Não poderia haver entendimento mais acertado. Se, no bojo das competências concorrentes, não é observada a regra de que a competência da União deve se restringir a legislar sobre assuntos de interesse geral, enquanto aos Estados cabe disciplinar assuntos de interesse regional, além de, transplantada para hoje a noção, os Municípios deverem legislar sobre assuntos de interesse local, a consequência é a atrofia do sistema federativo, de fato, até a morte. Lançando mão de uma metáfora, tratar-se-ia de morte por inanição, acrescentamos nós. Isso, pois é justamente o poder constitucionalmente conferido a cada ente federado que mantém viva, que alimenta a Federação. O imiscuir-se de uns entes nas competências de outros é conduta inconstitucional e, certamente, absolutamente lesiva.

A resposta a vários problemas ambientais passa, indubitavelmente, pela atuação conjunta sinérgica e coordenada dos entes federados objetivando a proteção do meio

ambiente. Pensar diferentemente, a nosso ver, constitui, a uma, um imediatismo injustificável, e, a duas, um inadmissível retrocesso.

Embora reconheçamos que a tipologia cooperativa possa, eventualmente, em uma situação extrema, conduzir a um enfraquecimento do pacto federativo, não entendemos que isso possa servir de óbice à sua adoção. Os pontos positivos dela advindos podem ser inúmeros, especialmente em se tratando da seara ambiental, sendo hábeis, portanto, a justificar de modo eficaz a sua presença, especialmente no seio do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

2.7 Federalismo de três níveis: o Município como ente federado

Apesar da confusão e das dúvidas já mencionadas, podemos dizer que o modelo federativo brasileiro evoluiu bastante, em especial com a Constituição de 1988. É que, na dita “Constituição Cidadã”, foi conferida aos Municípios, expressamente, uma maior autonomia, tendo-lhes sido outorgadas, ainda, maiores e mais importantes competências, administrativas e legislativas. Nesse contexto, grandes discussões se formaram em torno da sua estatura constitucional.

Importantes vozes da doutrina negam aos Municípios brasileiros a qualidade de entes federados, dentre os quais destacamos Aires Fernandino Barreto (2009), Geraldo Ataliba (2001), José Nilo de Castro (2006, p. 27-36) e José Afonso da Silva (2009, p. 639).

José Afonso da Silva conceitua o Município como mera “entidade político-administrativa, dotada de autonomia política, administrativa e financeira” (2009, p. 639). E completa, logo em seguida (2009, p. 640):

E os Municípios transformaram-se mesmo em unidades federadas? A Constituição não o diz. Ao contrário, existem onze ocorrências das expressões *unidade federada* e *unidade da federação* (no singular ou no plural) referindo-se apenas aos Estados e Distrito Federal, nunca envolvendo os Municípios.

Pedindo redobrada vênua ao entendimento dos eminentes doutrinadores supracitados, não vemos como lhes dar razão nesse ponto. Em primeiro lugar, nosso texto constitucional, já no art. 1º, deixa claro que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e *Municípios* e do Distrito Federal, em dicção expressa cuja taxatividade já seria bastante para embasar nosso entendimento. E, em segundo lugar, pois a Constituição da

República Federativa do Brasil de 1988 dotou os Municípios de grande autonomia, que abrange as esferas política, administrativa e financeira.

Até mesmo o Aires Fernandino Barreto (2009, p. 9), embora não considere o Município como ente federado, destaca os importantes contornos da autonomia municipal:

O princípio da autonomia municipal expressa-se, especialmente, pelas disposições veiculadas nos arts. 29 e 30, da Constituição Federal. O primeiro deles contempla a autonomia política, outorgando ao Município o direito à eleição de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores (inciso I), enquanto o art. 30, por seu inciso I, ao atribuir aos Municípios competência para legislar sobre assuntos de interesse local, confere-lhes autonomia administrativa. Esse mesmo dispositivo, em seu inciso III, ao conceder-lhes competência para instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, contempla a autonomia financeira.

Tem-se, pois, nesses preceitos, o tripé que demarca a latitude da autonomia municipal: autonomia política, administrativa e financeira.

Na atual Constituição, o conceito de autonomia deve ser extraído das três características fundamentais: instituição e arrecadação dos tributos de sua competência, eleição dos seus governantes e organização administrativa de tudo quanto seja predominantemente de interesse local.

Rigorosamente, esse tríplice alicerce, sustentáculo da autonomia municipal, ainda hoje pode ser resumido na definição de João Mendes Júnior: “direção própria daquilo que é próprio”.

Geraldo Ataliba (2001, p. 46), embora, igualmente, não entenda o Município como ente federado, também reconhece sua importância no sistema brasileiro:

Realiza-se no Município brasileiro, com notável extensão, o ideal republicano da representatividade política, com singular grau de intensidade. Aí, a liberdade de informação, a eficácia da fiscalização sobre o governo, o amplo debate das decisões políticas, o controle próximo dos mandatários pelos eleitores, dão eficácia plena a todas as exigências do princípio republicano representativo.

Posta a autonomia municipal como princípio constitucional dos mais eminentes – ao lado da forma republicana representativa e democrática (art. 34, VII, “a”) e da independência dos poderes (inciso IV) –, protegido pela mais drástica das sanções institucionalmente previstas (a intervenção federal, art. 34), é, no Brasil, ingrediente necessário e ínsito na própria república; é decorrência imediata e indissociável do princípio republicano.

Todos os preceitos constitucionais direta ou indiretamente aplicáveis aos Municípios têm a dupla finalidade de: a) dar eficácia ao princípio republicano, garantindo o autogoverno local; e b) assegurar mecanismos republicanos de funcionamento do Município, nas suas relações internas.

Estudar essas regras é desdobrar, até suas últimas consequências, o princípio republicano. Analisá-las é desvendar todas as repercussões e refrações do princípio, em cada manifestação interna da pessoa política constitucional (Ruy Cirne Lima) do Município, ou em suas relações externas. O modo pelo qual foi constitucionalmente tratado o Município no Brasil só faz esplender, com maior intensidade e brilho, as virtudes notáveis da república representativa, com seus postulados democráticos.

Entendemos que fatores como os destacados por Aires Fernandino Barreto e Geraldo Ataliba apenas reforçam a ideia de Município como ente federado, indo, assim, de encontro aos seus próprios argumentos. A essas características, junta-se a principal: o Município tem

capacidade de autogoverno, decorrente da possibilidade de se regular mediante sua própria Lei Orgânica (equivalente às Constituições estaduais). Assim, possui o Município, tal como os Estados, Poder Constituinte Decorrente.

Há quem pense, talvez, que a tipologia atual, de três níveis, tenha sido mera invenção do Constituinte de 1988. Ledo engano, todavia. Já em 1957, Raul Machado Horta (1957, p. 80-81) alertava para a intensificação de contato entre os Municípios e o Governo Federal. Vejamos:

A intensificação dos contactos entre os Municípios e o Governo Federal constitui dado novo no federalismo brasileiro.

Já se tem dito que esse tipo de relações afeta a estrutura federativa e, sobretudo, a clássica compreensão do município como planta do Estado-membro.

O Professor Orlando Carvalho, examinando proposta de criação de uma Fundação dos Municípios, lembrou que a relação direta do Município com a União Federal, sem a interveniência do Estado-membro, fere “a tradição do direito público estadual do país” e representa “ataque à Federação e enfraquecimento das unidades federadas”.

Levy Carneiro também manifestou suas apreensões por esse tipo de relações diretas entre a União e os Municípios, assinalando que a realização ou o financiamento federal dos serviços locais elementares constitui séria ameaça ao princípio da autonomia municipal.

Neste, como em outros aspectos, o federalismo contemporâneo rompeu com a posição doutrinária do federalismo clássico, para se tornar responsável pela ampliação dos laços relacionais entre o Governo Federal e os Municípios.

Podemos perceber, portanto, que, já há algum tempo, vinha se desenhando o atual cenário, em que os Municípios galgaram o patamar de genuínos entes federados. Já àquela época, como visto, havia estabelecimento de relações diretas entre Município e União, típicas, normalmente, de entes federados, as quais eram criticadas apenas sob o frágil argumento de que haveria afronta a uma suposta tradição. Isso, como se o pensamento jurídico fosse matemático, imutável, perene.

O mais interessante é que Raul Machado Horta (1957, p. 88), no mesmo artigo, de forma visionária, alerta que “Na variedade de seus tipos e na pluralidade de suas técnicas, o federalismo não se petrificou no tempo, não se imobilizou na rigidez dogmática e continua a florescer num processo de evolução que ainda não se interrompeu”. Fato é que, também na atualidade, passados quase sessenta anos da supramencionada publicação, continua o Federalismo se desenvolvendo e se reinventando ao longo do tempo e ao redor do globo, num movimento que não parece estar para cessar.

Assim, dada a clara dicção constitucional, aliada ao fato de os Municípios possuírem autonomia política, administrativa e financeira (o que é, em certa medida, reconhecido até

mesmo pelos doutrinadores que lhes negam estatura de ente federado), não se mostra correto entendê-los como meras entidades político-administrativas.

A maior parte da doutrina é categórica em qualificar os Municípios como genuínos entes federados, merecendo ser citados, apenas para exemplificar, Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 302), José Luiz Quadros de Magalhães (2002, p. 82), Kildare Gonçalves Carvalho (2006, p. 650), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2003, p. 58) e Paulo Bonavides (2009, p. 344-356).

José Luiz Quadros de Magalhães (2000, p. 17-18), inclusive, aduz o seguinte:

O federalismo brasileiro, ao contrário do norte-americano, é centrífugo e absolutamente inovador ao estabelecer um federalismo de três níveis, incluindo o município como ente federado e, portanto, com um poder constituinte decorrente. A partir da Constituição de 1988, os municípios brasileiros não só mantêm sua autonomia como conquistam a posição de entes federados, podendo, portanto, elaborar suas Constituições municipais (chamadas pela Constituição de leis orgânicas), organizando os seus Poderes Executivo e Legislativo e promulgando sua Constituição sem que seja possível ou permitida a intervenção do Legislativo estadual ou federal para a aprovação da Constituição municipal. O que ocorrerá com as Constituições municipais será apenas o controle *a posteriori* de constitucionalidade. Alguns autores têm rejeitado a ideia do município como ente federado, por ser uma ideia nova, mas seus argumentos são frágeis (ausência de representação no Senado, impossibilidade de falar-se em União história de municípios) diante da hoje característica essencial do federalismo, diferente de outras formas descentralizadas, que têm um poder constituinte decorrente. Quanto à união histórica, esta não existiu no Brasil assim como em vários Estados federais. Quanto à inexistência de representação no Senado, existem Estados federais não bicamerais, assim como existe o bicameralismo em Estados unitários (França), regionais (Itália), autonômicos (Espanha), sendo que no caso brasileiro o nosso Senado, na realidade, não representa uma casa de representação dos Estados (isto é apenas formal), mas sim uma casa extremamente conservadora, que distorce a representação popular, e por isso deve ser extinta ou reformada.

Como se pode perceber, José Luiz Quadros de Magalhães destaca, assim, que o fato de os Municípios não possuírem Poder Judiciário próprio ou representantes no Senado não lhes retira sua característica de ente federado. Frisa ele, de maneira brilhante, que vários Estados federais não são bicamerais e que há, de outro lado, Estados unitários que o são.

Assim, acompanhamos o pensamento do autor no sentido de que se mostra suficiente a atribuição ao Município das já mencionadas características de autonomia política, administrativa e financeira, confirmadas pela clara dicção constitucional. Com a devida vênia dos autores que sustentam a inexistência de um Poder Judiciário municipal e a falta de representantes dos Municípios no Senado como argumentos suficientes para negar aos Municípios a qualidade de entes federados, entendemos que esse pensamento não passa de um saudosismo ao modelo de Federação de dois níveis, que, inegavelmente, é o mais comum

(clássico). Nesse ponto, igualmente, merece destaque a lição de Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 302):

Embora isso desatenda àqueles estudiosos que preferiam a adoção de um modelo mais clássico de federação, onde se desconhece a ordem municipal no próprio nível da Constituição, não se pode negar que nesse particular andou bem o constituinte ao incluir o município como parte integrante da Federação. O argumento principal é que, sendo a autonomia municipal um dos centros de polarização de competência constitucional a ser exercida de forma autônoma, não se vê por que não hão de, os municípios, figurar naquele próprio artigo que fornece o perfil jurídico-político da República Federativa do Brasil. O fato de os municípios não se fazerem representar na União e, portanto, não comporem de certa forma o suposto pacto federativo, nos parece ser um argumento de ordem excessivamente formal, que deve ceder diante da realidade mais substancial como aqueles que acima apontamos.

Os autores que negam estatura de ente federado aos Municípios apegam-se de maneira muito forte aos modelos estrangeiros, nos quais, via de regra, como já dito, há apenas dois níveis na Federação. De se registrar que, nos idos de 1953, J. Pinto Antunes (1953, p. 111) já destacava a rivalidade existente entre as cidades, o que, segundo ele, trazia o sentimento de que o Município brasileiro consubstanciaria uma comunidade, vindo de longo tempo, conforme seu magistério, a tradição de autonomia. Afirma, ainda, já àquele tempo, que o municipalismo brasileiro possuía quatrocentos anos e que as autonomias foram apenas reconhecidas, e não criadas. Além disso, é categórico no sentido da importância do Município para os cidadãos. Vejamos, então, a lição completa de J. Pinto Antunes (1953, p. 110-113):

O Município brasileiro, muito mais que os Estados-membros, tem uma longa tradição de autonomia que algumas vezes atingiu às raias da independência. As rivalidades entre os Municípios coloniais, os movimentos políticos que encabeçavam, revelam, no fundo, uma consciência solidária, entretida de interesse comuns de vizinhos, que vai atravessando os séculos da nossa história e constituindo um destes fatos imponentes na estruturação constitucional do país.

(...)

A rivalidade existente entre as cidades, que veio até os nossos dias, revela, no seu pitoresco, este vivo sentimento de que cada Município brasileiro é uma comunidade. É ainda a história dos Municípios paulistas que nos dá a notícia da anciandade do espírito de unidade municipal fundada em peculiaridade de interesses.

(...)

O nosso municipalismo é velho de quatrocentos anos. E também a concepção da unidade superior dos interesses regionais. O direito da primeira Constituição republicana juntou-se ao fato e não o criou. Estas autonomias são forças histórico-sociais que impuseram o seu reconhecimento aos constituintes de 91.

Há a frase sentimental de um jurista que possui significação de verdade histórica e com valor de dado social que não pode deixar de ser ponderável ao legislador – “O município é o primeiro amor do cidadão”.

(...)

O Município, com mais razão em nossos dias, não pode ser sacrificado aos interesses regionais do Estado-membro, nem tão pouco, aos nacionais da União. Se atentarmos para a realidade que nos cerca vemos, claramente, que dependemos,

hoje, do Município, onde temos o centro de nossas atividades, tanto ou mais do que, outrora, o cidadão dependia do Estado em que vivia.

Desse modo, fica claro que a consagração do Município como ente federado, ao contrário da prematura formação da Federação brasileira, não derivou de uma determinação constitucional precoce ou inconsequente, mas, agora sim, de todo um processo histórico que, conforme se pode perceber da supracitada lição, representava, já àquela época, o reconhecimento da essencialidade do poder local na Federação brasileira. Assim, especialmente nos momentos atuais, fica ainda mais simples perceber a importância de se conferir autonomia às entidades locais (Municípios) no âmbito do Federalismo brasileiro.

Para completar, embora o Federalismo de três níveis seja mais raro, o Brasil não é o único país a adotá-lo. Paulo de Bessa Antunes (2007, p. 32) cita, além do exemplo brasileiro, o canadense (em que as comunidades indígenas são reconhecidas como um nível de poder político) e belga (no qual a comunidade linguística é esfera de poder político integrante do modelo federativo).

Assim, tanto a partir da clara dicção constitucional, quanto por conta da inquestionável autonomia municipal, inclusive com capacidade de autogoverno, estamos certos de que os Municípios, no modelo brasileiro, são genuínos entes federados.

2.8 Federalismo Ambiental. Importância do instituto num contexto de cooperação

Como é cediço, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, sendo dever do Poder Público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. A esse respeito, bem nos ensina Beatriz Souza Costa (2010, p. 63):

No Brasil, não há dúvida de que o meio ambiente é considerado um direito fundamental, porque qualquer interpretação contrária não encontrará amparo. A própria Constituição Federal, em seu art. 225, enuncia que “todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Portanto, fala de ‘todos’ e de cada ‘um’. Sendo assim, o indivíduo tem o direito fundamental e subjetivo a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Dessa forma, para além desse dispositivo constitucional, é importante destacar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não é de titularidade apenas de alguns indivíduos ou de alguns grupos, mas sim da humanidade inteira. A coletividade, portanto, ao

mesmo tempo em que tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, possui, igualmente, o dever de promover sua defesa e preservação. Como bem aduz José Adércio Leite Sampaio (2013, p. 640):

A titularidade de direitos fundamentais por grupos sociais não personalizados, pela coletividade ou mesmo pela humanidade inteira, está na literatura jurídica, de modo cada vez mais recorrente. Todos revelam a necessidade de reconhecer as peculiaridades de grupos sociais ou humanos particularmente oprimidos, a exemplo de minorias étnicas, religiosas e raciais, ou de interesses que perpassam fronteiras de etnias e nacionalidades, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, os recursos naturais, os testemunhos históricos, as produções do espírito e da cultura, os resultados dos avanços científicos, o genoma humano e outros bens da humanidade, no processo de desenvolvimento dos direitos fundamentais.

É justamente por isso que, ao Poder Público, bem como à coletividade, incumbe promover a defesa e a preservação do meio ambiente. Isso, sem contar que os danos ambientais estendem-se a ela própria, o que reforça esse dever. Merece ser transcrita, no ponto, a lição de José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala (2010, p. 73):

Qualquer que seja o conceito que se adotar, o meio ambiente engloba, sem dúvida, o homem e a natureza, com todos os seus elementos. Desta forma, se ocorrer uma danosidade ao meio ambiente, esta se estende à coletividade humana, considerando tratar-se de um bem difuso interdependente.

Numa sociedade de risco, a existência de políticas de gestão mostra-se elemento essencial, sem o qual, conforme salientam José Rubens Morato Leite e Patryck Araújo Ayala (2010, p. 113), o contexto passa a ser de genuína “irresponsabilidade organizada”. Assim, dentro do objeto do presente estudo, concentraremos nossos olhares na ação dos entes públicos, que, evidentemente, devem atuar da forma mais eficiente e coordenada possível, mormente nesse contexto dito de risco.

Para tanto, em busca desse objetivo, revela-se fundamental a existência de descentralização, especialmente no aspecto político. Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho (1986, p. 44), enquanto a centralização significa a existência de um centro único, ou seja, de uma unidade de centro, a descentralização se caracteriza pela existência de centros múltiplos, por uma pluralidade destes. Para uma tarefa tão relevante como a proteção ambiental, mormente num país de dimensões continentais, dotado de uma inacreditável biodiversidade e de relevantíssimas reservas naturais, entendemos ser deveras complicado que as ações de proteção provenham de um único centro.

Assim, a descentralização se mostra uma ferramenta de importância e utilidade ímpares, especialmente com vista a melhor desempenhar as difíceis tarefas atinentes a aspectos como normatização, fiscalização e, inclusive, de efetiva atuação positiva, e não meramente repressiva, em prol do meio ambiente. Com uma descentralização eficiente nos campos político e administrativo, mostra-se possível um controle mais efetivo sobre as intervenções humanas eventualmente lesivas à natureza, bem como uma atuação estatal mais firme, acarretando, assim, genericamente falando, uma proteção ambiental mais densa e adequada.

Obviamente, todavia, deve a descentralização se dar de forma cooperativa. Nesse sentido, Mark Winfield e Douglas Macdonald (2012, p. 241) fazem, sabiamente, a seguinte afirmação:

The efficient and effective co-ordination of federal and provincial government activity is essential in the field of environmental policy. Pollution crosses borders, and Canadian courts have established that the regulation of harmful emissions lies within the jurisdictional competence of both orders of government.¹⁶

Dentro da premissa de que a descentralização é a única alternativa viável num país de dimensões continentais como o Brasil, havemos de ressaltar a concepção segundo a qual o Federalismo é, acima de tudo, uma avançada forma de descentralização. Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho (1986, p. 43):

O Estado federal é considerado, inclusive por Kelsen, como forma do mais alto grau de descentralização, que só se distingue quantitativamente de outros tipos da mesma. A teoria da descentralização extrema foi defendida por Kunz, Eisenmann, Durand, Mouskheli. O Estado federal é um Estado que se caracteriza por sua descentralização de forma especial e grau mais elevado, compondo-se de unidades membros dominadas por ele, mas possuem autonomia constitucional e participam da formação da vontade federal, distinguindo-se de outras coletividades públicas menores.

A noção de descentralização constitui um princípio fundamental de organização das diferentes comunidades jurídicas.

A teoria da descentralização de Kelsen, além dos seus aspectos de originalidade, tem o grande mérito de insistir na importância da ideia da descentralização para a construção jurídica do Estado federal.

Pois bem. Sendo a descentralização, como vimos, imprescindível para a proteção ambiental em um país como o Brasil, e sendo o Federalismo uma avançada forma de

¹⁶ A eficiência e coordenação eficiente da atividade dos governos federal e provincial são essenciais em se tratando de política ambiental. A poluição atravessa fronteiras, e as cortes canadenses estabeleceram que a regulação de emissões nocivas encontra-se dentro da competência jurisdicional de ambas as ordens de governo. (tradução nossa).

descentralização, temos ser referida forma de Estado verdadeiro imperativo lógico para o melhor cumprimento do ideal de preservação da natureza. Ademais, num contexto de Federalismo cooperativo, é possível alcançar uma potencialização de efeitos, mediante a atuação coordenada e sinérgica de mais de um ente federado.

3 REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Definido que nossa forma de Estado é federalista, sob o regime cooperativo, e com estruturação em três níveis, tendo em vista possuir o Município estatura de genuíno ente federado, passamos ao problema seguinte, que diz respeito a como definir as competências legislativas dessas três esferas (federal, estadual e municipal) em matéria ambiental. Para tanto, fundamentais as noções de que trataremos a seguir.

Até mesmo nos Estados Unidos, que capitanearam a experiência federalista pioneira e, portanto, mais antiga, têm se verificado inúmeros debates a respeito da delimitação das competências, especialmente em matéria ambiental. Nesse ponto, de se ver a lição de Denise Scheberle (2004, p. 7-8):

Federalism, with has been define by Thomas Anton as “the system of rules for the division of public policy responsibilities” among national and state governments, has prompted as much debate as perhaps any constitutional principle. John Donahue referred to federalism as “America’s endless argument,” while historian Richard Hofstadter famously quipped that government was “a harmonious system of mutual frustration”. Debates over the appropriate scope and division of power, responsibilities, and authority among the federal and state governments are certainly not over, and especially not for environmental federalism.¹⁷

No caso brasileiro, não é diferente. Muito embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fixe critérios para o exercício da competência administrativa comum e da competência legislativa concorrente, é de se dizer que as diferentes interpretações dadas a esses parâmetros acabam gerando, no mais das vezes, sobreposição de normas e de ações, as quais, eventualmente, mostram-se contraditórias entre si. É inegável, assim, que a circunstância de vários entes estarem encarregados da disciplina e da execução de tarefas comuns acaba por gerar conflitos, os quais podem e devem ser evitados, de modo a se buscar, isso sim, uma necessária coordenação.

Nesse sentido, trataremos, a seguir, da descentralização política, das espécies de competências, da teoria dos poderes implícitos e do princípio de subsidiariedade.

¹⁷ O Federalismo, definido por Thomas Anton como “o sistema de regras para divisão das responsabilidades políticas públicas” entre os governos estaduais e nacional, gerou tanto debate quanto talvez qualquer princípio constitucional. John Donahue se referiu ao federalismo como “discussão interminável da América”, enquanto o historiador Richard Hofstadter brincou, em frase famosa, dizendo que aquele governo é “um sistema harmonioso de frustração mútua”. Debates a respeito de seus escopos e da divisão de poder, responsabilidades e autoridade entre os governos estaduais e federal certamente não acabaram, mormente em se tratando de federalismo ambiental. (tradução nossa)

3.1 Descentralização política e espécies de competências

Definido que a forma de Estado brasileira é federal, e sabedores de que o Federalismo tem como principal característica a figura da descentralização política, mostra-se essencial, como pressuposto lógico, analisar a temática das competências e de suas respectivas espécies.

Segundo Richard Charles Crook (2003, p. 240):

Decentralisation is a very general term, conventionally used to describe the extent to which the political, administrative or fiscal powers of a central government have been shared or distributed amongst territorially defined sub-national agencies or authorities. This special distribution usually forms a series of nested hierarchies coinciding with the territorial subdivisions. But within this broad definition, governmental decentralization in practice exhibits an enormous variety of forms, based on different principles, and with widely differing purposes. Three main types can be identified: de-concentration, delegation and devolution. Only the latter is based on the principle of power sharing between national and sub-national units, in which the sub-units are granted legal, financial and/or political autonomy over agreed areas of activity.¹⁸

Thomas O. Hueglin (2003, p. 316), por seu turno, aduz o seguinte:

Decentralisation simply means that certain powers of the central government, legislative, regulatory or administrative, are redistributed or delegated to a lower level of government. This can happen in federal or in unitary political systems. Britain, for example, a strongly unitary state until recently, nevertheless has had a long tradition of decentralised local government. In the context of federalism as an institutionalised form of divided government, decentralization includes a constitutional guarantee that these powers cannot be taken away from the lower level of government without its own formal consent. Decentralisation in federal systems means, in other words, a formal shift in the constitutionally designed balance of powers.¹⁹

¹⁸ Descentralização é um termo muito geral, convencionalmente utilizado para descrever se a extensão dos poderes políticos, administrativos e fiscais de um governo central foram compartilhados ou distribuídos ao longo de agências ou autoridades subnacionais territorialmente definidas. Essa especial distribuição, geralmente, forma uma série de autoridades estabelecidas coincidentemente com as subdivisões territoriais. Mas, dentro dessa definição ampla, a descentralização governamental, na prática, exige uma enorme variedade de formas, baseadas em diferentes princípios, e com propósitos com grande disparidade. Três tipos principais podem ser identificados: desconcentração, delegação e devolução. Apenas o último é baseado no princípio do compartilhamento de poder entre as unidades nacionais e subnacionais, no qual às entidades subnacionais é garantida autonomia legal, financeira e política sobre áreas de atividade acordadas. (tradução nossa).

¹⁹ A descentralização simplesmente significa que certos poderes do governo central, legislativos, regulatórios ou administrativos, são redistribuídos ou delegados a um nível inferior de governo. Isso pode acontecer em sistemas políticos federais ou unitários. Na Grã-Bretanha, por exemplo, um estado fortemente unitário até recentemente, tem tido, não obstante, uma longa tradição de governo local descentralizado. No contexto do federalismo como uma forma institucionalizada de governo dividido, a descentralização inclui uma garantia constitucional de que esses poderes não podem ser tomados do nível inferior de governo sem seu consentimento formal. A descentralização em sistemas federais significa, em outras palavras, uma mudança formal no balanço dos poderes constitucionalmente definidos. (tradução nossa).

Podemos perceber que ambos os autores analisam a descentralização como sendo uma outorga, uma distribuição de poderes a outros entes que não àquele dito central, os quais, ao lado deste último, passam a ser qualificados como federados. Embora, como ressaltado por Richard Charles Crook (2003, p. 240), a distribuição dos poderes guarde alguma relação com a questão do território, é de se dizer que, como bem ressaltado por ele próprio, pode ela revestir uma grande variedade de formas.

Thomas O. Hueglin (2003, p. 316), por seu turno, numa acepção mais didática, centra suas ideias na constatação de que a descentralização significa uma redistribuição de poderes, sejam legislativos, administrativos ou regulatórios, a um nível inferior de governo. Embora frisando que isso pode se fazer presente até mesmo em estados unitários, deixa claro que, nos sistemas federais, há uma mudança formal no balanço constitucional de poderes. Assim, verifica-se, aqui, um importante elemento: nos sistemas federais, tipicamente, a definição das competências de cada ente federado é estabelecida constitucionalmente, sendo o Brasil um típico exemplo disso.

Dessa maneira, pode-se perceber que o termo descentralização, no aspecto político, diz respeito à concessão de poderes também a entidades subnacionais, que são os entes federados. Não há grande diferenciação em se tratando do específico estudo do meio ambiente. Esses poderes podem dizer respeito a atribuições legislativas (de, mediante lei, poder disciplinar certas matérias) e administrativas (consistentes na apresentação de uma atuação prática).

Conceituamos a descentralização política, pois, como a redistribuição de poderes políticos a entidades subnacionais, consistentes em atribuições legislativas ou administrativas.

Não basta, entretanto, saber no que consiste a descentralização política típica dos sistemas federais. É necessário ir além e buscar o conceito de competência. Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 181) define competência como “a medida de capacidade de ação política ou administrativa, legitimamente conferida a um órgão, agente ou poder, nos termos juridicamente definidos”, numa conceituação bastante precisa, a qual adotaremos a partir de agora.

Assim, conforme se pode extrair do próprio conceito, é possível separar as competências, grosso modo, entre políticas (ou legislativas) e administrativas. Luís Paulo Sirvinskas (2012), no mesmo sentido, deixa claro que a competência em matéria ambiental pode ser dividida em administrativa ou legislativa. As competências legislativas, também apeladas de formais, possuem uma conotação verticalizada, piramidal, fundada no princípio

da predominância do interesse (geral, regional e local, correspondentes, respectivamente, à União, aos Estados e aos Municípios). Já as competências administrativas, por seu turno, também apelidadas de materiais, são dotadas de feição horizontalizada, paralela ou cumulativa, sendo que, nelas, tipicamente, a atuação de um ente não exclui a do outro.

As competências legislativas e administrativas, fixadas em âmbito constitucional, não de ser respeitadas, sob pena de afronta à forma federativa de Estado, a qual, como sabemos, consubstancia cláusula pétrea. Todavia, referida fixação, muitas vezes, é realizada de forma por demais genérica, tornando imperiosa a atuação do intérprete.

Nesse sentido, é importante frisar, em primeiro lugar, que as competências administrativas devem guardar relação com as legislativas e, evidentemente, em segundo lugar, respeitar o critério da preponderância dos interesses. Fundamental, assim, a nosso ver, a análise a respeito da teoria dos poderes implícitos e do princípio de subsidiariedade, que será feita a seguir.

3.2 Teoria dos poderes implícitos

O estudo a respeito da teoria dos poderes implícitos, a nosso ver, mostra-se obrigatório em se tratando de Federalismo. Nesse sentido, entendemos pertinente uma pequena incursão histórica, com abordagem da sua primeira aplicação de que se tem notícia. O emprego pioneiro da noção ora estudada deu-se no célebre caso *McCulloch vs. Maryland*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em que o “Second Bank of America”, representado pelo Gerente de sua filial no Estado de Maryland, foi demandado pelo referido ente federado para pagamento de uma substancial multa. Explicaremos melhor o caso.

3.2.1 Caso McCulloch vs. Maryland

Os primeiros bancos nos Estados Unidos da América surgiram em torno de 1780, cerca de quarenta anos antes do caso *McCulloch vs. Maryland*, mas logo após a Independência, ocorrida em 1775. O conflito que originou o dito caso se deu a partir da criação, pelo Congresso norte-americano, do “Second Bank of America” (figura assemelhada ao nosso Banco Central do Brasil), ao qual incumbia, dentre outras tarefas, cunhar moeda e regular seu valor, assim como disciplinar o comércio com nações estrangeiras. Ocorre que,

em virtude do momento histórico então vivido pelos norte-americanos, havia uma desconfiança generalizada de muitos daqueles cidadãos no que dizia respeito aos Bancos.

Os fazendeiros, de um lado, manifestavam verdadeira aversão às instituições bancárias pelo fato de muitas delas, anteriormente, terem exigido o pagamento de empréstimos durante e logo após a Guerra de Independência, num contexto em que todo aquele sangrento conflito havia prejudicado em muito o interesse do mercado por produtos por eles oferecidos, especialmente comida e algodão. Menos pessoas podiam comprar suprimentos e o dinheiro era utilizado, basicamente, com armas e pólvora.

De outro lado, todavia, comerciantes e homens de negócios confiavam nos bancos, tanto naqueles do Governo Federal, quanto nos dos Estados. Enquanto os fazendeiros não tinham grande necessidade de lidar com dinheiro, até porque sua riqueza, naquele contexto temporal, era primordialmente medida pela quantidade de terras que possuíam, os comerciantes, por seu turno, necessitavam melhorar seus mecanismos de comércio, o que só seria possível com o uso de dinheiro, sabidamente facilitador de transações comerciais.

Vários dos Estados também tinham grande desconfiança no que tange ao “Second Bank of America”, instituição bancária criada pelo Congresso Nacional, ou seja, pelo ainda jovem governo federal, e trataram de criar embaraços à sua instalação. O Estado de Maryland, por exemplo, passou a impor vultosas taxas aos bancos cuja operação não fosse por ele próprio autorizada. Ocorre que, não por coincidência, o único Banco que não tinha alvará concedido pelo estado de Maryland era, justamente, o “Second Bank of America”. Ficou nítido, assim, o objetivo puro e simples de impedir a operação do banco naquele Estado, mediante uma tributação de cunho manifestamente confiscatório.

Pois bem. McCulloch, então gerente da filial do “Second Bank Of America” em Maryland, recusou-se a pagar a taxa exigida por aquele Estado. Maryland, ato contínuo, tomou suas providências contra McCulloch e o Banco, que foram processados na corte daquele Estado, a qual, por sua vez, os entendeu culpados. Em consequência, multou, tanto o Banco quanto o gerente, em substancial quantia.

McCulloch apresentou recurso para a Corte de Apelação de Maryland, que, por sua vez, houve por bem manter a decisão. Recorreu McCulloch, em seguida, à novel Suprema Corte, por meio do então chamado “writ of error”.

Basicamente, a tese de Maryland era de que a taxação era possível e de que a Constituição norte-americana não dava poderes ao Congresso para criar um Banco. Lado outro, os defensores da competência do Congresso entendiam que, já que a Constituição lhe confere competência para cunhar moeda e regular seu valor, assim como para disciplinar o

comércio com nações estrangeiras, entre outros pontos, seria evidente o assinalamento, implícito, dos meios para efetivar esses fins. E isso decorreria não só de parâmetros lógicos, mas, em especial, da “necessary and proper clause”, segundo a qual o Congresso é dotado de competência para editar todas as leis necessárias e próprias à execução das atividades a ele conferidas. Vejamos (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2002, p. 23-25):

Article. I.

(...)

Section. 8.

The Congress shall have Power To lay and collect taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States.

(...)

To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.²⁰

O embate foi severo, mas, a partir da análise, especialmente, de aspectos lógicos e do próprio dispositivo constitucional supracitado, acabou vingando a segunda tese, qual seja, a dos poderes implícitos do governo federal (“implied powers of the federal government”). Não haveria lógica em conferir poderes e deveres a um determinado ente sem lhe assinalar os meios para regulá-los e implementá-los.

Na decisão, a cargo do “Chief Justice” Marshall, ficou claro que, quaisquer que fossem os poderes do governo federal, é ele supremo em sua esfera de ação. Apesar de limitado em seu poder, é ilimitado no que diz respeito às competências a ele asseguradas. De se frisar novamente, todavia, que Marshall não buscou fundamentos apenas e tão somente na redação da “necessary and proper clause”, tendo ido bem além.

Conforme observado por Donald P. Kommers e John E. Finn (1999, p. 170), Marshall demonstrou que, mesmo na ausência de qualquer disposição expressa, ainda assim se haveria que reconhecer a existência de poderes implícitos, que derivam, em último grau, de noções lógicas e intuitivas. Vejamos a lição dos autores:

²⁰ Artigo. I.

Seção 8.

O Congresso terá competência para lançar e arrecadar taxas, tributos, impostos e impostos especiais de comércio, para pagar seus débitos e prover a defesa e o bem comum dos Estados Unidos; mas todas taxas, tributos, impostos e impostos especiais de comércio devem ser uniformes em todos os Estados.

(...)

Terá competência para elaborar todas as leis necessárias e apropriadas ao exercício dos poderes acima especificados e dos demais assegurados por esta Constituição ao Governo dos Estados Unidos ou quaisquer de seus Departamentos ou funcionários. (tradução nossa)

By examining the words and structure of the Constitution, and aided by the magnetic force of this own rhetoric, Marshall set out to show that even in the absence of any express language conferring on the national government the power to incorporate a national bank, Congress was nevertheless empowered to do so. In one of Marshall's most unforgettable passages, he reminded the world that "it is a constitution we are expounding" – a document that limits itself to marking government's "great outlines" and "important objects". Among these important objects – or express powers – is the power to tax and borrow money "on the due execution of which the happiness and prosperity of the nation so vitally depends." Any government entrusted with these powers, said the Chief Justice, must have "ample means for their execution" so long as they consist with the letter and spirit of the Constitution. (...)

Having established the bank's validity, Marshall proceeded to declare unconstitutional Maryland's tax on the operations of the federal bank within its borders. No state, he wrote, is empowered to deploy its taxing authority for the purpose of undermining or destroying a federal instrumentality. In the course of his argument, Marshall conceded that the power to tax "is essential to the very existence of [a state] government" and may be exercised to the utmost extent over persons and property within the state. "The only security against the abuse of this power," said Marshall, "is found in the structure of [state] government itself." But a state's right to tax the federal government cannot validly be "given by the people of a particular State."²¹

Posteriormente, clareando ainda mais a matéria, a Décima Emenda à Constituição norte-americana confere aos Estados todos os poderes que não são conferidos ao Governo Federal, mas, óbvia e logicamente, não nega a possibilidade de existirem poderes implícitos (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2002, p. 45). Vejamos:

Amendment X.

The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.²²

²¹ Ao examinar as palavras e a estrutura da Constituição, e auxiliado pelo magnetismo de sua própria retórica, Marshall propôs-se a mostrar que, até na ausência de qualquer linguagem expressa conferindo ao governo nacional o poder de criar um banco nacional, o Congresso teria o poder de fazê-lo. Em uma das passagens mais inesquecíveis de Marshall, ele lembrou ao mundo que "é uma constituição que estamos interpretando" – um documento que se limita ao estabelecimento de "linhas gerais" e "matérias importantes". Entre essas importantes matérias – ou poderes expressos – está o de taxar e pedir dinheiro emprestado "na devida execução daquilo de que a felicidade e prosperidade da nação dependem de forma vital". Qualquer governo a que sejam confiados esses poderes, disse o "Chief of Justice", deve ter "amplos meios para sua execução", desde que eles sejam consistentes com a letra e o espírito da Constituição. (...)

Tendo estabelecido a validade do banco, Marshall declarou inconstitucional a taxa de Maryland sobre as operações do banco federal dentro de suas fronteiras. Nenhum estado, escreveu ele, tem poder de exercer sua competência tributária com o propósito de minar ou destruir a instrumentalidade federal. Ao longo de sua argumentação, Marshall admitiu que o poder de tributar "é essencial para a existência de um governo [estadual]" e pode ser exercido, em sua extensão máxima, sobre pessoas e bens dentro do Estado. "A única segurança contra o abuso desse poder", disse Marshall, "é encontrada na estrutura do próprio governo [estadual]". Mas o direito do estado de tributar o governo federal não pode validamente "ser dado pelo povo de um determinado Estado". (tradução nossa)

²² Emenda X. Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela proibidos aos Estados, são reservados aos Estados, respectivamente, ou ao povo. (tradução nossa).

Assim, traçadas as considerações acima, havemos que passar à análise das consequências gerais da teoria dos poderes implícitos, o que faremos a seguir.

3.2.2 Consequências gerais da teoria dos poderes implícitos

A ideia trazida pela teoria dos poderes implícitos, portanto, é bastante intuitiva: se a alguém é dado algum fim, haverá que lhe ser conferido, igualmente, o meio para realizá-lo. Dessa maneira, cada ente federado há que ser supremo em sua esfera de ação, característica derivada da autonomia que lhe é assegurada em virtude do pacto federativo.

Dessa maneira, a partir da atribuição de poderes pela Constituição norte-americana ao Congresso (“Federal Government”), está implícita a outorga, igualmente, dos meios necessários para a execução desses poderes.

Várias foram as consequências, certamente, dessa importante teoria, as quais, certamente, não se restringiram ao ordenamento jurídico norte-americano. Segundo José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 601):

A doutrina, dentro e fora dos Estados Unidos, passou, desde então, a catalogar uma série de princípios ou métodos de revelação de competências federais implícitas, destacadamente o princípio da pressuposição ou da conexão material e o métodos das consequências (Verfahren des Konsequenz), segundo seus diversos desdobramentos: a interpretação extensiva e a aplicação analógica, a aplicação do argumento *a maiori ad minus* e o princípio teleológico e da adequação. A atribuição de uma competência, em regra, pressupõe outra competência implícita. Se se confere, por exemplo, ao Chefe do Executivo a competência para a nomeação e destituição de funcionários públicos pressupõe-se o seu poder sobre o estabelecimento e manutenção de um corpo burocrático. A analogia e a interpretação extensiva também auxiliam no trabalho de descoberta de tais competências, segundo um juízo de semelhança da *ratio* que inspirou o deferimento expresso de outra competência. Assim também, se a Federação detém poderes para concluir tratados internacionais, há de lhe ser reconhecido, como um poder menor, o estabelecimento das relações internacionais e a condução dos negócios exteriores. O exame da finalidade ou escopo da competência serve para demonstrar uma grande variedade de poderes tácitos, sobretudo pelo caminho que vai do fim ao meio de realizá-lo.

Embora a teoria dos poderes implícitos tenha resultado, em sua gênese, que fossem asseguradas mais competências ao Governo Federal, sua aplicação pode acarretar, dependendo do caso, o cometimento de poderes às entidades subnacionais. É muito comum que isso se faça presente, em especial, em um Federalismo cooperativo, tal como o nosso, em que importantes matérias, tais como a ambiental, encontram-se entre as competências comuns (administrativas) e/ou concorrentes (legislativas). E é esse ponto que analisaremos a seguir.

3.2.3 *Consequências da teoria dos poderes implícitos para o sistema brasileiro*

Trazendo a ideia da teoria dos poderes implícitos para o sistema brasileiro, havemos de reconhecer que, numa primeira análise, poderíamos pensar haver menos espaço para sua aplicação, visto ter sido ela associada, em sua aplicação original, à garantia de poderes ao Governo Federal para implementar suas competências genericamente definidas no texto constitucional. Ou seja, de garantir ao Congresso os meios para desempenhar suas atribuições definidas constitucionalmente.

A Constituição Brasileira é muito mais minudente do que a norte-americana, traçando poderes da União, dos Estados e dos Municípios. Além disso, enquanto, no sistema norte-americano, a grande maioria das competências fica reservada aos Estados, temos, no Brasil, um fenômeno inverso, havendo, aqui, um desmedido centralismo.

Todavia, há um domínio em que a teoria dos poderes implícitos pode ser amplamente explorada em nosso sistema. Esse campo, evidentemente, é o das competências legislativas concorrentes e das competências administrativas comuns, tema relevantíssimo em se tratando de Direito Ambiental.

Assim, aplicando essa lógica, as competências legislativas cometidas a cada ente pela Constituição não de corresponder às administrativas, até porque, se algum deles deve zelar a respeito de determinado assunto, nada mais natural do que poder disciplinar referido tema (disciplina que, via de regra, deve ser tratada em sede de lei). Essa noção, de que “quem dá os fins dá os meios”, nada mais é do que aplicação da teoria dos poderes implícitos.

Ou seja: cada ente federado há que ser supremo dentro de sua esfera de ação, tal como reza a teoria estudada. Assim, se é reservada a algum ente determinada tarefa administrativa, devem-lhe ser cometidos, igualmente, os meios para sua execução, os quais, no mais das vezes, exigem o poder de disciplinar – legislativamente – o assunto respectivo.

Nesse sentido, apenas para exemplificar, merece destaque a afirmação de Fernanda Dias Menezes de Almeida (2005, p. 157), tratando da competência suplementar do Município, em franca aplicação da ideia de poderes implícitos, no sentido de que os Municípios “(...) legislarão suplementarmente, estabelecendo normas específicas e, em sendo o caso, também as normas gerais, sempre que isto for necessário ao exercício de competências materiais, comuns ou privativas”. Dessa maneira, a autora não apenas reafirma a atribuição de competências concorrentes aos entes municipais como, igualmente, defende que eles podem e devem legislar quando tal tarefa se mostrar necessária no desempenho de suas competências materiais.

Na origem, assim, lançou-se mão da teoria dos poderes implícitos para se justificar a criação de um Banco pelo Congresso norte-americano, que, muito embora não detivesse competência explícita para tanto, teria, no lugar, esse poder implícito, decorrente do fato de gozar da incumbência de cunhar moeda e de regular seu valor, assim como de disciplinar o comércio com nações estrangeiras.

Transplantada a noção para o sistema brasileiro e, mais especificamente, para nosso objeto de estudo, se determinado ente tem atribuição administrativa de proteção do meio ambiente, haverá, igualmente, de ser dotado da competência legislativa de regular sua atuação, tendo em vista o princípio da autonomia dos componentes da Federação.

Fica clara, assim, a importância de uma correlação entre fins e meios, que pode se dar, inclusive, de forma cruzada, mediante a dedução de uma competência legislativa implícita decorrente de uma competência administrativa explícita, ou, mesmo, de uma competência administrativa implícita decorrente de uma competência legislativa expressa. Vejamos, no ponto, a lição de José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 601-602):

Se a Constituição confere uma competência expressa à União, pode-se dela extrair as competências que se revelem necessárias para atingir os fins perseguidos pela norma constitucional, foi esse o método de Marshall na decisão em *McCulloch v. Maryland*. Esses métodos se aplicam de forma cruzada entre as competências legislativas e materiais. Assim, das competências legislativas federais expressas se extraem competências materiais tácitas e de competências administrativas enumeradas, deduzem-se atribuições legislativas implícitas.

Além disso, é de se registrar que, mesmo que não exista, na Constituição da República Federativa do Brasil, como de fato inexistente, uma expressa “necessary and proper clause”, ainda assim há lugar a teoria dos poderes implícitos. Como dissemos, referida noção, dela decorrente, é intuitiva, derivando, em última análise, de raciocínio lógico. E, como expusemos acima, mesmo na aplicação originária do princípio, em termos de competência, ocorrida no caso *McCulloch vs. Maryland*, o “Chief Justice” Marshall não restringiu sua argumentação a uma mera interpretação gramatical da “necessary and proper clause”, tendo ido muito mais além e demonstrado que, até mesmo se silente tivesse sido a Constituição norte-americana nesse aspecto, ainda assim teria chegado à mesma conclusão (KOMERS, Donald P. FINN, John E. 1999, p. 170).

3.3 O princípio de subsidiariedade

Como bem vimos, por ocasião do estudo a respeito da temática da competência legislativa, compete à União e aos Estados, concorrentemente, legislar sobre matérias ambientais (art. 24 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), sendo a edição de normas gerais incumbência da União. Vimos, ainda, que cabe ao Município complementar a legislação federal e estadual, no que couber, bem como legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Assim, é possível observar dois extremos a partir da análise conjugada dos arts. 24 e 30 da Constituição da República Federativa do Brasil: de um lado, compete à União estabelecer normas gerais a respeito daqueles assuntos ali discriminados, enquanto, de outro lado, compete aos Municípios editar normas sobre assuntos de interesse local. Disso, por exclusão, podemos identificar que aos Estados resta a matéria dita residual, qual seja, aquilo que não é nem geral, nem local. Restar-lhes-á, pois, cuidar de assuntos de interesse regional. Esse é o critério comumente chamado pela doutrina como “preponderância do interesse”.

Infelizmente, a conclusão acima estabelecida não se mostra suficiente, por si só, para, nos casos concretos, especialmente em matéria ambiental, verificarmos a qual ente compete legislar sobre um dado assunto. Sim, evidente que, no âmbito da competência concorrente, compete à União legislar sobre assuntos de interesse geral, aos Estados sobre assuntos de interesse regional e aos Municípios sobre assunto de interesse local. Mas, na prática, o que significa assunto de interesse geral, regional ou local? Trata-se de indagação muito mais complexa do que possa parecer.

Qual seria, então, a solução para essa pergunta? Entendemos que a questão deva ser analisada à luz de um elemento, a nosso ver, ainda pouco estudado, que é o princípio de subsidiariedade. O estudo do referido princípio mostra-se de especial importância, especialmente em se tratando do Federalismo brasileiro, de matiz cooperativo, dotado, ainda, do fato agravante de possuir três níveis (federal, estadual e municipal).

A Assembleia Constituinte de 1988, como já dissemos, andou muito bem ao conferir aos Municípios a estatura de entes federados. Todavia, ousamos dizer que foi, de outro lado, descuidada, pois não estabeleceu com contornos bem definidos sua a competência legislativa (inclusive em matéria ambiental), deixando essa difícil tarefa para os aplicadores do Direito.

Arriscamo-nos, aqui, a buscar definir, com mais precisão, o que seja interesse geral, regional ou local para fim de definição da competência legislativa concorrente. “Interesse local”, certamente, pode ser considerado como um conceito jurídico indeterminado, da mesma

forma que “normas gerais”. O que é “assunto de interesse local” ou “norma geral” para um dado intérprete pode não sê-lo no entender de outro. Da mesma forma, trata-se de noções que podem variar ao longo do tempo e mesmo do espaço.

Quanto ao espaço, em especial, temos grandes reflexos no Brasil, que, repetimos, é país de dimensões continentais. Além disso, lamentavelmente, nosso país possui indubitáveis desigualdades regionais, as quais, inclusive, são confessadas no texto constitucional, com o nobre propósito, evidentemente, de buscar combatê-las e reduzi-las. Afirmamos isso com base na confissão da existência dessas desigualdades regionais no ponto em que proclama a Constituição da República Federativa do Brasil, no inciso III de seu art. 3º, constituir objetivo fundamental da República a redução das desigualdades regionais. Estabelece, ainda, em seu art. 43, que a União pode articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

Todavia, no que tange à definição do que seja geral, regional ou local, e também no que diz respeito às desigualdades regionais em matéria de definição de competências comuns, não existe, no texto constitucional, uma baliza clara para definir até que ponto vai a atribuição legislativa de cada ente. E, não havendo definição clarividente, abre-se espaço para a (necessária, diga-se de passagem) atuação do intérprete.

Em se tratando de repartição de competências, fundamental o estudo a respeito do princípio de subsidiariedade. Como José Alfredo de Oliveira Baracho bem analisa (1997, p. 61), referido princípio encontra relação direta com o Federalismo, haja vista que, numa Constituição Federal, o principal ponto a ser considerado verifica-se no “que se refere à repartição de competências, quando procura-se indagar as diversas instâncias de proximidade que cumprem suas tarefas”. Nesse sentido, em primeiro lugar, há que se buscar sua conceituação.

Nos estados federais (entre os quais, obviamente, inclui-se o Brasil), como já vimos, verifica-se a existência de descentralização política, ou seja, a atribuição de poderes de ordem política a outros entes, que não o ente central. Vimos, igualmente, que, no específico caso brasileiro, há um Federalismo de três níveis, no qual o Município é considerado genuíno ente federado.

Em princípio, poderia haver uma inclinação no sentido de um livre cometimento de tarefas ao ente central ou aos demais entes federados, de forma empírica, sem qualquer noção científica por detrás desse ato, dentro de uma simples ideia de “jogo de poderes”. Mostra-se evidente, todavia, não ser essa a melhor medida, até porque o empirismo pode conduzir a situações em que uma dada providência se mostre mostrar adequada para um determinado

intervalo temporal, mas inadequada a outro imediatamente posterior, o que repugna a qualquer noção de Constituição como um elemento minimamente perene dentro de uma dada ordem jurídica.

A solução científica para esse ponto, a nosso ver, passa pela noção de subsidiariedade, a qual, acrescida de atributos científicos, galga a estatura de um genuíno princípio. Importante ressaltar que a noção de “subsídium” é simples e intuitiva, já se tendo revelado presente, inclusive, em textos pontifícios. No ponto, bem nos explica José Alfredo de Oliveira Baracho (1997, p. 52):

O princípio de subsidiariedade, invocado por numerosos textos pontifícios, resume-se em uma ideia simples: as sociedades são subsidiárias em relação à pessoa, ao passo que a esfera pública é subsidiária em relação à esfera privada. Como corolário, não se deve transferir a uma sociedade maior aquilo que pode ser realizado por uma sociedade menor. Tratando-se de coletividade intermediária, torna-se mais adequado determinar a natureza da autonomia, que deve ser consentida.

A intuitividade reside no fato, aferível até mesmo por um leigo, de que as tarefas executáveis diretamente pela sociedade devem a ela ser conferidas, ao passo que aquelas cometidas ao Poder Público devem ser executadas dentro da lógica de que as “sociedades” menores (em tamanho, evidentemente) e mais próximas do cidadão (caso dos Municípios) devem se encarregar das questões tidas como locais, enquanto os Estados devem se encarregar das questões regionais e a União deve se incumbir das questões de âmbito geral. Referida noção está, evidentemente, umbilicalmente ligada à ideia de capacidade: se a tarefa pode ser desempenhada pela esfera mais próxima, é ela quem deve dela se ocupar. Nessa posição, somos acompanhados por pensadores da envergadura de José Alfredo de Oliveira Baracho (1997, p. 52), Paulo de Bessa Antunes (2007, p. 324) e Geraldo Ataliba (2001, p. 43).

O princípio de subsidiariedade é, assim, para nós, no que diz respeito ao Federalismo, *um parâmetro norteador da atividade do legislador e do aplicador do Direito, que deve ser utilizado sempre que se mostrar necessário classificar determinada matéria como de interesse geral, regional ou local, segundo o qual os problemas devem ser resolvidos pela esfera mais próxima do cidadão, sempre que ela esteja apta a enfrentá-los*. No ponto, de se ver a lição de Paulo de Bessa Antunes (2007, p. 324):

A regra básica do princípio da subsidiariedade é que os problemas sejam resolvidos na esfera mais próxima do cidadão, a menos que ela não tenha capacidade de fazê-lo. Assim, em princípio, o desempenho das competências comuns ambientais deveria estar alicerçado na ação desenvolvida pelos Municípios, que seriam os

primeiros e enfrentar os problemas concretos. Cidades como São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e outras capitais poderiam assumir as tarefas de fiscalização ambiental em sua plenitude, seja mediante convênio com os Estados e a União, seja pela implementação de normas locais próprias. Estados e União deveriam repassar recursos a fim de assegurar que a descentralização pudesse se tornar uma realidade. Os Estados ficariam encarregados das áreas nas quais as medidas fossem de natureza regional ou das atividades nos municípios sem a adequada capacitação para assumir o controle ambiental. O licenciamento poderia continuar com os Estados, salvo para as atividades consideradas de impacto reduzido.

Conforme bem esclarece José Alfredo de Oliveira Baracho (1997, p. 30), pode o princípio de subsidiariedade ser aplicado nas relações entre órgãos centrais e locais (o que se mostra deveras importante num Estado Federal), observando-se o grau de descentralização porventura presente. Esclarece o autor, ainda, que a descentralização é o principal campo a merecer a aplicação do referido princípio, haja vista ser um problema de poderes e de competências.

José Alfredo de Oliveira Baracho (1997, p. 30-31) esclarece, igualmente, que referido princípio “explica e justifica, em muitas ocasiões, a política de descentralização. A compreensão do princípio de subsidiariedade, em certo sentido, procura saber como em organização complexa pode-se dispor de competências e poderes”.

O princípio de subsidiariedade vem sendo aplicado pelo Judiciário, já tendo sido, até mesmo, consagrado pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal. No ponto, bem nos explica, mais uma vez, Paulo de Bessa Antunes (2007, p. 185):

Não há dúvida de que o poder local pode com muito mais eficiência proteger um patrimônio que se encontra no solo de seu município do que um administrador em uma distante capital. Aliás, o STF entendeu que: “a inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas (grifo PBA): donde, a previsão, no parágrafo único do artigo 23, CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação (v., sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a L. 3.924/61), cuja edição porém, é da competência da União e, de qualquer modo, não abrangem o poder de admitirem-se a União e os Estados dos encargos constitucionais para descarregar-los ilimitadamente sobre os municípios.”

Embora não se referindo de forma expressa ao termo “princípio de subsidiariedade”, Geraldo Ataliba (2001, p. 43) defende seu conteúdo de forma peremptória:

Tal como fixado o regime republicano, entre nós, a federação é uma forma necessária de sua realização: a autonomia dos Estados surge, já em 1891, como forma de expressão das exigências republicanas, entre nós. Como postulado pela mais lúcida doutrina, tudo o que puder ser feito pelos escalões intermediários haverá de ser de sua competência; tudo o que o povo puder fazer por si mesmo, a ele

próprio incumbe. Aí está a demonstração da íntima relação entre república e federação.

José Alfredo de Oliveira Baracho (1997, p. 30-31) bem estabelece a importância do estudo do princípio de subsidiariedade em se tratando de Federalismo e descentralização:

O princípio de subsidiariedade pode ser aplicável nas relações entre órgãos centrais e locais, verificando-se, também, o grau de descentralização. A descentralização é um domínio predileto de aplicação do princípio de subsidiariedade, sendo que a doutrina menciona as relações possíveis entre o centro e a periferia. A descentralização é um problema de poderes, seja financeiro ou qualquer outro que proponha efetivá-la, bem como de competências. O princípio de subsidiariedade explica e justifica, em muitas ocasiões, a política de descentralização. A compreensão do princípio de subsidiariedade, em certo sentido, procura saber como em organização complexa pode-se dispor de competências e poderes. Aceitá-lo é, para os governantes, admitir a ideia pela qual as autoridades locais devem dispor de certos poderes. O princípio de subsidiariedade intui certa ideia de Estado, sedo instrumento de liberdade, ao mesmo tempo que não propõe a absorção de todos os poderes da autoridade central. A modificação da repartição de competência, na compreensão do princípio da subsidiariedade, pode ocorrer com as reformas que propõem transferir competências do Estado para outras coletividades. Através da sua aplicação, todas as competências que não são imperativamente detidas pelo Estado, devem ser transferidas às coletividades. Procura-se resolver a questão de saber quando o Estado e as demais coletividades devam ser reconhecidos na amplitude de suas competências. Deverá ser ela exercida em nível local, ao mesmo tempo que se propõe determinar qual coletividade terá sua competência definida. Nem sempre o princípio de subsidiariedade dá resposta precisa a todas essas questões. Ele fixa apenas o essencial, quando visa a orientar uma reforma, uma política, indicando direção, inspirada na filosofia da descentralização.

Nesse contexto, referido princípio pode (e deve) agir como norteador na interpretação a respeito do que deve ser entendido como questão local, regional ou nacional. Devemos entender como locais, sempre, as questões que possam ser resolvidas pelo Município, solução que conjuga as já umbilicalmente ligadas ideias de “subsídium” e de capacidade e que afasta o nefasto ressaibo centralizador derivado do modo como a Federação brasileira foi formada. Idêntico raciocínio é aplicável em se tratando de Estados e questões regionais.

Nesse sentido, ainda sobre o princípio de subsidiariedade, esclarece José Alfredo de Oliveira Baracho (1997, p. 31):

Aceitá-lo é, para os governantes, admitir a ideia pela qual as autoridades locais devem dispor de certos poderes. O princípio de subsidiariedade intui certa ideia de Estado, sedo instrumento de liberdade, ao mesmo tempo que não propõe a absorção de todos os poderes da autoridade central. A modificação da repartição de competência, na compreensão do princípio da subsidiariedade, pode ocorrer com as reformas que propõem transferir competências do Estado para outras coletividades. Através da sua aplicação, todas as competências que não são imperativamente detidas pelo Estado, devem ser transferidas às coletividades. Procura-se resolver a questão de saber quando o Estado e as demais coletividades devam ser reconhecidos na amplitude de suas competências. Deverá ser ela exercida em nível local, ao mesmo tempo que se propõe determinar qual coletividade terá sua competência

definida. Nem sempre o princípio de subsidiariedade dá resposta precisa a todas essas questões. Ele fixa apenas o essencial, quando visa a orientar uma reforma, uma política, indicando direção, inspirada na filosofia da descentralização.

Assim, por exemplo, o que é questão local para uma determinada comunidade pode não ser para outra, pois a definição de interesse local depende da capacidade de cada Município para agir em uma específica situação. Raciocínio análogo é aplicável no que diz respeito aos Estados e às questões regionais. Conquanto isso possa, talvez, conduzir para algum grau de assimetria no que tange ao tratamento aos entes federados, frisamos que essa assimetria somente ocorrerá nos casos em que estes não cumprirem o imperativo constitucional implícito de se aparelharem para a defesa e proteção ambiental.

Embora as entendamos descabidas, é necessário registrar que alguns autores apresentam severas críticas ao princípio de subsidiariedade, taxando-o de um dos principais pilares de ideias neoliberais. Conquanto muitas das concepções neoliberais mereçam severa crítica, não concebemos que possa ser descartada toda a contribuição científica trazida pelo princípio de subsidiariedade com base apenas e tão somente numa pretensa vinculação à doutrina de Friedrich von Hayek, de modo a lhe atrair toda a antipatia que muitos possuem contra o pensamento neoliberal. Fosse assim, num argumento “ad absurdum”, também haveríamos de descartar as contribuições de Karl Schmidt ao constitucionalismo apenas com base no seu propagado alinhamento com a doutrina nazista.

Apesar de a ideia de subsidiariedade poder, sim, servir a alguns ideais neoliberais, especialmente no que se refere à concessão de serviços públicos à iniciativa privada, não podemos, de modo algum, negar sua contribuição no sentido de que as questões locais devam ser resolvidas em âmbito local, as regionais em âmbito regional e as gerais em âmbito nacional. Assim, a nosso ver, o princípio de subsidiariedade nada mais é do que a aplicação científica de uma noção que nos é clara e intuitiva.

Outra problemática interessante, em sede de meio ambiente, diz respeito à diferenciação entre abrangência de dano e preponderância de interesse. Embora tratando do Federalismo ambiental canadense, Mark Winfield e Douglas Macdonald (2012, p. 241) fazem a seguinte afirmação:

The efficient and effective co-ordination of federal and provincial government activity is essential in the field of environmental policy. Pollution crosses borders, and Canadian courts have established that the regulation of harmful emissions lies within the jurisdictional competence of both orders of government.²³

²³ A eficiência e coordenação eficiente da atividade dos governos federal e provincial são essenciais em se tratando de política ambiental. A poluição atravessa fronteiras, e as cortes canadenses estabeleceram que a

Nada obstante referidos autores possuam, a nosso ver, uma clara e quase confessada tendência centralizadora, ainda assim entendem que a melhor forma de regular emissões danosas ao meio ambiente é mediante ações coordenadas entre os diferentes níveis de governo. Transplantando essa noção para o ordenamento jurídico brasileiro, mostra-se mais do que evidente que essa colaboração deve seguir as normas constitucionais de repartição de competências, segundo as quais cabe aos Municípios, por exemplo, regular assunto de interesse local, e não, por óbvio, condutas passíveis de produzir danos meramente locais.

O que queremos dizer é que não basta afirmar que a abrangência de um potencial dano seja regional ou nacional para excluir sua regulação, *a priori*, no âmbito de competência de um dado Município. O mesmo vale no que tange à afirmação de que determinado potencial dano fosse nacional para retirar dos Estados a competência de sobre ele legislar. Referido raciocínio é perigoso e revela um equívoco metodológico, pois confunde as ideias de abrangência local de dano e de abrangência de interesse.

Interesse local, regional e geral são conceitos que, a nosso ver, guardam relação estrita com as noções de subsidiariedade acima tratadas. Abrangência de dano, todavia, é algo que somente pode ser verificado empiricamente, a partir de estudos a serem efetuados no caso concreto a respeito de pontos que não podem ser, com segurança absoluta, aferidos de forma apriorística. Imaginemos, por exemplo, a situação de uma legislação municipal que proíba queimadas no perímetro desse determinado Município. Ora, eventuais queimadas dentro desse perímetro podem, em tese, gerar danos que atinjam municípios vizinhos, ou seja, danos que alcancem um espectro regional.

Poderia esse raciocínio, então, retirar da competência do Município o poder de legislar a respeito de queimadas? Evidente que não. E nosso entendimento encontra base, justamente, na ideia de subsidiariedade. Em primeiro lugar, a competência ambiental, em nosso modo de entender, deve ser conferida à esfera política que, ao mesmo tempo em que se encontre mais próxima do indivíduo, revele-se capaz de enfrentar um dado problema. Caso ela se mostre capaz para tanto, não se há a menor necessidade de afetação da tarefa a outra esfera de poder. No que tange à abrangência de dano, lado outro, além de não haver qualquer base dentro da ciência jurídica para transferir a competência para outra esfera de poder, é de se ressaltar o absurdo a que isso pode conduzir. Isso, pois, como sabemos, os critérios de competência devem ser predeterminados. Ora, se deve haver essa predeterminação, como se verificar, antes de determinado fato acontecer, o âmbito do dano dele advindo? Poder-se-ia

regulação de emissões nocivas encontra-se dentro da competência jurisdicional de ambas as ordens de governo. (tradução nossa).

argumentar que é possível estimar essa abrangência. Todavia, não há lógica em se estimar uma abrangência de dano que não se sabe sequer se advirá ou não.

Tivemos oportunidade, em artigo publicado Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte (MONTEIRO DE CASTRO, 2012, p. 197-216), e chegando à mesma conclusão, de analisar caso prático nesse sentido, julgado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na Representação de Inconstitucionalidade n. 1.0000.07.454942-9/000, em face da Constituição do Estado (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2009).

Referida representação de inconstitucionalidade foi motivada pelo fato de o Município de Ponte Nova / MG ter editado a Lei Complementar n. 3.027/2007, instituidora de seu então novo Código de Posturas, a qual, publicada em 26/01/2007, entrou em vigor 90 (noventa) dias depois. Dentre outras inúmeras disposições, proibiu, em seu art. 281, a prática de queimadas em todo o território daquele Município, inclusive aquelas associadas a práticas agrícolas e ao preparo para colheita da cana de açúcar, ressalvando apenas a queima controlada nos casos de controle e eliminação de pragas e doenças. O pedido liminar, de suspensão da eficácia do dispositivo legal objeto da ação, foi deferido pelo Relator, cuja decisão foi ratificada, por maioria, pela Corte Superior do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Todavia, ao final, entendeu o Tribunal, de forma corretíssima, que podia o Município, de fato, legislar sobre queimadas, proibindo-as, inclusive.

Merece destaque o segundo voto, de lavra do Desembargador Kildare Gonçalves Carvalho, que inaugurou a divergência, a qual restou, por sua vez, vencedora. O eminente constitucionalista deixou claro que, no Estado Federal, as normas não são hierarquizadas em função da origem de sua emanção, mas sim em razão de um critério predeterminado de competências. Aduziu, ainda, que, em se tratando de proteção ao meio ambiente, conservação da natureza e afins, cabe à União editar normas gerais, aos Estados suplementá-las e aos Municípios também suplementá-las, com relação aos assuntos que digam respeito ao interesse local. Fundamentou, também, que a poluição que as queimadas trazem para a região de Ponte Nova / MG e o empobrecimento do solo, bem como as repercussões que os municípios podem sofrer em decorrência de sua prática, são assuntos eminentemente locais. Adotou, assim, de forma clara e absolutamente correta, as ideias de subsidiariedade e de abrangência de interesse, rechaçando, de outro lado, o critério da abrangência do dano.

Ad absurdum, se fôssemos utilizar o critério da abrangência de dano, confundindo-o com o de abrangência de interesse, a União, *mutatis mutandis*, não poderia legislar a respeito de atividades causadoras de danos para além das fronteiras do Brasil, o que soaria risível até

mesmo para um leigo. Pode, eventualmente, haver coincidência, mas é bastante claro se tratar de questões que não guardam relação causal.

Lamentavelmente, a Lei Complementar n. 140/2011, ao tratar do tema da competência para o licenciamento ambiental, disciplina que, a fim de se verificar qual ente federado deve ser responsável pela sua promoção, deve-se observar não o critério da preponderância do interesse, mas o da abrangência do dano. Entendemos tratar-se de solução que não coaduna com a disciplina constitucional atinente ao nosso pacto federativo, que, em matéria de competência legislativa, afirma caber ao Município a atribuição de legislar sobre assuntos de interesse local.

Ora, conforme também já abordado por ocasião da análise da teoria dos poderes implícitos, mostra-se mais do que evidente que as competências legislativas e administrativas devem guardar relação entre si, sob pena de afronta à autonomia de cada ente federado. Se este possui competência administrativa (fim), deverá ele, evidentemente, possuir os meios de exercê-la, que passam, certamente, pela forma como sua atuação é disciplinada (competência legislativa).

Assim, deve-se tomar o interesse como local nos casos em que ele seja, para o Município, predominante, ainda que não de forma exclusiva ou privativa. Essa, nada mais é, do que a lição de Aires Fernandino Barreto (2009, p. 9), abaixo transcrita:

A cláusula “assuntos de interesse local” deve ser interpretada como a relativa a temas ou questões em que predomina o interesse do Município, ainda que não seja exclusivo ou privativo. É de interesse local aquele que da perspectiva imediata é a ele pertinente, embora possa envolver proveito mediatamente estadual ou nacional. Basta que o interesse principal seja do Município.

Afirma Prof. Paulo de Bessa Antunes (2007, p. 178), no mesmo sentido, que “Coerentemente, as sociedades superiores devem ceder passo às inferiores, de modo que as suas intervenções somente se façam em auxílio às inferiores, em atitude de ajuda (subsídium)”.

E, para se verificar se o assunto é de interesse regional ou nacional, deve ser aplicado análogo raciocínio: será de interesse regional ou nacional, respectivamente, nas hipóteses em que for, predominantemente, regional ou nacional, ainda que não de forma exclusiva ou privativa.

Se, no caso concreto, determinado Município apresentar-se incapaz de agir a respeito de determinada questão ambiental sobre a qual legislou, a Lei por ele editada haverá que ser tida como inconstitucional, por vício de competência. Lado outro, se o Município se mostrar

capaz de bem lidar com os problemas a respeito dos quais legislou ou pretende legislar, a constitucionalidade da Lei será evidente.

Fica, ademais, resguardada a capacidade das coletividades mais próximas (no caso, do Município) de autodeterminar sua competência, mediante o estabelecimento de órgão ambiental capacitado. Caso o Município não detenha essa capacidade e a esteja exercendo, a solução haverá que ser judicial, caso a caso, dentro da ideia, típica do sistema norte-americano, e por nós adotada, de que competirá ao Tribunal Constitucional, em última instância, zelar pela guarda da Constituição e, portanto, pela forma federativa de Estado, que reveste caráter de princípio constitucional sensível.

Como bem afirma José Luiz Quadros de Magalhães (2002, p. 84):

Podemos concluir que toda e qualquer atuação do Legislativo e do Executivo da União que tenda a centralizar competências, centralizar recursos, centralizar poderes, uniformizar ou padronizar entendimentos direcionados aos Estados membros e/ou municípios é conduta inconstitucional e deve ser combatida, além de não ser de observância obrigatória para os Estados e Municípios, pois inconstitucional.

Assim, a análise há que ser feita caso a caso, considerando-se a realidade de cada Município ou Estado, para o fim de deferir-lhe ou não competência para legislar sobre determinado assunto. Pensar diferentemente poderia conduzir à equivocadíssima noção de existência de hierarquia entre as esferas federal, estadual e municipal. Trata-se de ideia totalmente dissonante dos preceitos constitucionais, que fixam as competências de acordo com um critério regido por noções de abrangência de interesse e, evidentemente, resguardam a autonomia de cada ente federado. Existisse hierarquia, permitir-se-ia que houvesse avocação de competência do ente municipal pelos entes estadual e federal, bem como do ente estadual pelo ente federal, o que feriria de morte as disposições constitucionais.

De todo modo, mesmo em se aplicando o princípio de subsidiariedade, reconhecemos que ainda pode restar dúvida a respeito da definição das competências em matéria ambiental. É que referido princípio, embora tenha traços mais bem definidos se comparado à mera referência ao “critério da preponderância do interesse”, ainda pode deixar espaço para dúvidas interpretativas, cuja resolução, em caso de conflito, deve ficar a cargo do Poder Judiciário.

Assim, a mera eleição do princípio de subsidiariedade como baliza apta a definir a competência dos Municípios em matéria ambiental pode não ser suficiente para a eliminação de todo o problema. De qualquer modo, todavia, mostra-se um importante avanço em busca

do objetivo-mor de melhor entender as controvérsias interpretativas, pois trabalha com uma noção bastante intuitiva, consistente no já citado critério do “subsídium”. Assim, uma merecida atenção ao princípio de subsidiariedade é pressuposto lógico em qualquer estudo que aborde ou venha a abordar a problemática atinente à competência legislativa concorrente, e, por via reflexa, à competência administrativa comum, especialmente em se tratando de questões ambientais.

3.4 Competência dos Municípios em matéria ambiental

Embora raciocínio idêntico caiba, também, para os Estados federados, resolvemos dedicar tópico específico aos Municípios pelo fato de não haver determinação textual, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a respeito de sua competência em matéria de meio ambiente, o que poderia gerar a equivocada ideia de que referidos entes federados não fossem dela detentores.

Apesar de a atual Constituição já estar vigente há mais de um quarto de século, a questão atinente à repartição da competência legislativa em matéria ambiental, como podemos ver, ainda se mostra bastante controvertida. Nosso sistema federativo acaba por gerar situação de indefinição jurídica, incerteza e instabilidade, o que acarreta custos dos mais diversos, em especial econômicos e ambientais, como bem frisado por Paulo de Bessa Antunes (2007, p. 103-113).

Conquanto, repita-se, não confira a Constituição da República Federativa do Brasil, aos Municípios, textualmente, competência para legislar em matéria ambiental (ao contrário do que ocorre no que diz respeito à União e aos Estados), não podemos negar que referidos entes federados a detenham. E isso, essencialmente, por dois motivos principais, que descreveremos abaixo.

A uma, visto que compete aos Municípios, nos termos do inciso II do art. 30 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, suplementar a legislação federal e estadual no que couber. A duas, pois, como já se mostra possível concluir a partir das considerações acima tratadas a respeito da teoria dos poderes implícitos, seria absolutamente desarrazoado que se conferissem ao Município competências materiais específicas no sentido de proteger o meio ambiente (art. 23, III, IV, VI e VI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) sem que se lhe outorgassem competências legislativas a elas correlatas.

De se ver, no ponto, a lição de Fernanda Dias Menezes de Almeida (2005, p. 156):

A leitura do *caput* do art. 24 mostra que a competência legislativa concorrente foi distribuída entre a União, os Estados e o Distrito Federal, não se mencionando os Municípios entre os aquinhoados.

Isto não significa que estes estejam excluídos da partilha, sendo-lhes dado suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, conforme dispõe o art. 30, II, da Constituição.

(...)

Os Municípios legislarão suplementarmente, estabelecendo normas específicas e, em sendo o caso, também as normas gerais, sempre que isto for necessário ao exercício de competências materiais, comuns ou privativas.

É intuitivo que, para que o Município promova uma efetiva proteção ambiental, deve-lhe ser garantida a prerrogativa de legislar em matéria de meio ambiente. Negar-lhe autonomia constitucional para legislar a respeito dos mandamentos constitucionais que é obrigado a cumprir seria equívoco crasso, pois, conforme já abordado, segundo a teoria dos poderes implícitos, quem detém atribuição atinente a fins, há, certamente, que deter os meios para executá-los, os quais passam, necessariamente, em matéria de meio ambiente, pela regulamentação legislativa. Não poderiam os Municípios, por exemplo, desempenhar suas atribuições de proteção ambiental e de combate à poluição, sem que lhes fosse conferida a possibilidade (ou, melhor, a imperatividade) de legislar a respeito dos referidos temas.

Pois bem. Não havendo definição textual específica da competência legislativa dos Municípios em matéria ambiental, devemos ter como base a regra geral, segundo a qual cabe ao Município legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber (art. 30, I e II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Nesse sentido, de se ver a lição de Raul Machado Horta (2003, p. 276):

Não sendo a legislação sobre o meio ambiente matéria deferida explícita e diretamente ao Município, ao contrário do que ocorreu com a União e os Estados, que receberam da Constituição a competência explícita e direta para legislar sobre meio ambiente, a consequência que se extrai da diversidade de tratamento é que, no caso do Município, legislação sobre o meio ambiente, se houver, deverá consignar assunto de interesse local ou decorrer da residual suplementação de legislação federal e estadual, no que couber. Os dois pressupostos aqui admitidos, a configuração do assunto de interesse local e a secundária suplementação de legislação federal e estadual – para abrigar eventual legislação municipal sobre o meio ambiente, recomendam a cautela do legislador local no seu exercício.

Quanto ao critério de repartição das competências legislativas concorrentes, é necessário, ainda, tecer a seguinte análise. Como vimos, apenas um ente tem poder, em princípio, para expedir normas gerais (União); outro para suplementá-las (Estado); e daí adiante (Município). A esse critério, soma-se o referente ao tratamento, pelos Municípios, dos assuntos de interesse local. Assim, embora o sistema constitucional de repartição de

competências legislativas não admita sobreposições, os diversos entes federados, na prática, muitas das vezes, acabam por atropelar as competências uns dos outro.

A dificuldade reside, exatamente, na interpretação do que seja “norma geral” e “suplementação”, conceitos claramente equívocos, abertos, cuja indefinição gera muitas discussões tanto na doutrina como na própria jurisprudência. E, além de discussões, fazem-se presentes inúmeras tentativas, por parte da União e dos Estados, de esgotar a disciplina das matérias, em atitudes de claro viés centralizador (inconstitucionais, portanto). Paulo de Bessa Antunes (2007, p. 325) bem explica:

O que se vê atualmente é uma sobreposição de ações, com a União realizando um “controle” sobre os integrantes da federação que não encontra qualquer previsão constitucional e que tem dado margem a muita controvérsia. Por outro lado, a União pode desempenhar um importante papel ao capacitar os Estados e Municípios para o desempenho local das tarefas acima enumeradas. A hipertrofia tem se revelado, inclusive, na ação perante a Justiça, quando se tem buscado federalizar todos os conflitos. Neste particular, é de se louvar a tendência do Poder Judiciário em dar interpretação estrita às hipóteses de competência da Justiça Federal. Não desconheço que a opção pela descentralização encerra toda uma série de dificuldades; contudo, parece-me ser o único caminho possível para que possamos, de uma só vez, aumentar a proteção ambiental, economizar recursos e, principalmente, diminuir o déficit democrático de nosso federalismo.

Esse ressaibo centralizador decorre, certamente, do fato de nosso Federalismo ter tido uma origem centrífuga, sem que houvesse, repetimos, uma identidade nacional consolidada. Ausente esse elemento, evidente que seriam mantidos os principais poderes nas mãos do ente central.

A competência administrativa de proteção do meio ambiente e de combate à poluição em qualquer de suas formas é atribuída à União, mas de forma concorrente com os demais entes (art. 23 da Constituição da República Federativa do Brasil). No que tange, por sua vez, à competência legislativa a ela correlata, é de se dizer que cabe a todos os entes legislar (arts. 24 e 30 da Constituição da República Federativa do Brasil) concorrentemente sobre: florestas, caça, pesca, fauna, conservação, defesa do meio e dos recursos naturais, *proteção ao meio ambiente e controle da poluição*, bem como proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico. Todavia, nesse aspecto, as competências privativas da União limitam-se ao estabelecimento de normas gerais (§§ 1º e 2º do art. 24 da Constituição da República Federativa do Brasil).

Observadas, pois, as normas gerais a cargo da União, cada Estado pode e deve estatuir suas próprias regras de âmbito regional. Se inexistente legislação federal, o Estado exerce competência legislativa plena, e, caso sobrevenha lei federal sobre normais gerais,

ocorrerá suspensão da eficácia da lei estadual, no que for contrária à federal (§§ 3º e 4º do art. 24 da Constituição da República Federativa do Brasil).

A importância de os Municípios agirem na proteção ambiental é evidente, pois população e autoridades locais têm ampla condição de bem conhecer os problemas e mazelas de sua realidade, sendo os primeiros a localizá-los e identificá-los. E esse, segundo nosso entendimento, é exatamente o ponto que define o alcance da competência municipal em matéria ambiental, devidamente balizada pelo princípio de subsidiariedade em cotejo com a teoria dos poderes implícitos.

E, nesse sentido, fundamental se mostra o estudo a respeito da Lei Complementar n. 140/2011, que, nos termos de seu art. 1º, fixa normas 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, assunto do qual nos incumbiremos no capítulo a seguir.

4 A LEI COMPLEMENTAR N. 140/2011 E AS COMPETÊNCIAS MATERIAIS

Como já adiantado, dentro do objeto do presente estudo, não podemos deixar de analisar a Lei Complementar n. 140/2011, que, nos termos de seu art. 1º, fixa normas 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. É dessa tarefa que nos incumbiremos a partir de agora.

4.1 Considerações iniciais a respeito da Lei Complementar n. 140/2011

Como já abordado, o Brasil adota o chamado Federalismo cooperativo, que se caracteriza, com o perdão da aparente obviedade, pela atuação cooperada entre os diversos entes federados com vista ao alcance de objetivos comuns. Como consequência dessa adoção, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece várias competências legislativas ditas concorrentes, ou seja, a cargo de mais de um ente federado. E, para além das competências legislativas concorrentes, enuncia, ainda, um rol de competências administrativas comuns.

Ao contrário do Federalismo dito dual, ou clássico, típico dos Estados Unidos da América, em que há uma separação mais clara entre as competências do ente central e dos demais, temos, no Federalismo cooperativo, uma divisão dotada de maior fluidez, na qual, muitas vezes, mais de um deles se mostra responsável por uma mesma tarefa, genericamente falando. Todavia, conforme nos esclarece Thiago Marrara (2012, online):

Ainda que o federalismo brasileiro assuma um perfil cooperativo, como sustentam os constitucionalistas, o direito administrativo brasileiro, infelizmente, nem sempre oferece as melhores ferramentas de colaboração estatal. Basta examinar diplomas como o Estatuto da Cidade, por exemplo, em que praticamente não se fala de cooperação intermunicipal ou oitiva de outros entes federativos na elaboração de plano diretor. No campo do direito administrativo ambiental, o problema se repete, quer dizer, repete-se. A cooperação federativa em políticas ambientais relevantes para dois ou mais entes políticos era colocada em segundo plano. Há pouco tempo, porém, esse cenário começa a mudar.

Nesse sentido, muito embora haja um nobre objetivo constitucional de serem promovidas e incentivadas as ações concorrentes, é possível acontecer, em dados casos, situações em que a atuação estatal acaba se materializando de modo conflitante, seja com

sobreposição de competências (conflito positivo), seja com competências que acabam deixando de ser exercitadas (conflito negativo).

Evidentemente, como se pode depreender até mesmo de nossas considerações anteriores, não negamos a possibilidade de dois ou mais entes atuarem ao mesmo tempo a respeito de um determinado ponto. Todavia, mostra-se essencial que esse modo de atuação se dê sempre de forma coordenada e, preferencialmente, sinérgica.

Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2004, p. 545), a coordenação diz respeito a uma atuação articulada dentro de uma totalidade ordenada, tratando-se de noção, assim, que guarda relação com um agir cuidadoso e bem estruturado. Já o termo sinergismo, também conforme seu ensinamento (FERREIRA, 2004, p. 1852), é originalmente afeto à ciência da química e denota a situação em que duas ou mais substâncias agem de forma cooperativa, fazendo com que a força resultante da atuação de ambas seja superior à soma de suas atuações individuais. Transplantando essa noção, típica da química, para nosso âmbito de estudo, dizemos que ocorrerá sinergismo, com o perdão da obviedade, nos casos em que se verificar uma potencialização de efeitos, na qual o resultado final seja reforçado pela conjugação das ações individuais.

Mostra-se incontestável, dentro dessa lógica de busca da coordenação e do sinergismo, que deve ser absolutamente rechaçada a situação em que, havendo atuação de mais de um ente federado, acaba por ocorrer antagonismo. Assim, resumindo nosso ponto de vista, entendemos que a coordenação é elemento essencial, o sinergismo é elemento desejável e o antagonismo é uma consequência nefasta que deve ser combatida.

Mas como buscar essa coordenação e esse sinergismo? Como evitar a possibilidade de antagonismo? Há atendimento ao princípio de subsidiariedade? É exatamente nesses pontos que nos cabe analisar a Lei Complementar n. 140/2011, que, nos termos de seu art. 1º, fixa normas 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. Assim, a Lei Complementar n. 140/2011 trata do tema específico das competências administrativas, haja vista, inclusive, que a matéria atinente às competências legislativas é tipicamente constitucional, e não infralegal.

A edição da Lei Complementar n. 140/2011, conquanto, lamentavelmente, tenha vindo com boa dose de atraso, atendeu, de outro lado, aos constantes reclamos da doutrina no sentido de se dar efetivo cumprimento ao comando insculpido no parágrafo único do art. 23

da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que trata das competências administrativas comuns, segundo o qual cabe a leis complementares a tarefa de fixar normas no que diz respeito à cooperação entre os entes federados, objetivando o equilíbrio do desenvolvimento e ao bem-estar em âmbito nacional, aí incluída, obviamente, a questão ambiental.

Entre as competências administrativas comuns listadas no supracitado art. 23, devem ser destacadas, em matéria ambiental, em sentido lato, as atinentes: a) à proteção de documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; b) ao impedimento à evasão, à destruição e à descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; c) à proteção do meio ambiente e ao combate à poluição em qualquer de suas formas; d) à preservação das florestas, da fauna e da flora; e) ao registro, acompanhamento e fiscalização das concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais.

Por sua vez, dentre esses pontos, a Lei Complementar n. 140/2011 preocupou-se, em especial, com os constantes dos itens “a”, “b”, “c” e “d”, conforme podemos depreender da leitura de seu art. 1º, já abordada acima.

Em seu bojo, estão reguladas questões fundamentais atinentes a instrumentos de cooperação em matéria ambiental, tais como consórcios públicos, convênios, acordos de cooperação técnica, fundos públicos e privados, delegação de atribuições entre entes federados, delegação da execução de ações administrativas entre entes federados, entre outros pontos.

Referida Lei Complementar regula, ainda, o atuar cooperativo dos diversos componentes da Federação, em prol do meio ambiente, especialmente no que diz respeito à importantíssima temática do licenciamento ambiental. Busca fixar, ainda, quais são as ações de competência da União, dos Estados e dos Municípios, conferindo ao Distrito Federal aquelas tipicamente outorgadas aos dois últimos.

Desse modo, temos importantes reflexos no âmbito do poder de polícia, da fiscalização e do licenciamento ambientais. Como é cediço, toda obra, atividade ou empreendimento apto a causar poluição ou degradação ambiental deve se submeter a um processo de licenciamento. Anteriormente à Lei Complementar n. 140/2011, a regulação desses temas ficava praticamente restrita ao art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, à Lei Federal n. 6.938/1981 (que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, além de dar outras

providências) e às Resoluções Conama n. 01/1986 (que trata das definições, responsabilidades, critérios básicos e diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente) e n. 237/1997 (que dispõe a respeito do licenciamento ambiental e do Estudo Prévio de Impacto Ambiental).

E, quando o assunto diz respeito a competências administrativas, merece especial destaque o aspecto atinente à fiscalização e, conseqüentemente, ao poder de polícia, tema do qual nos ocuparemos a seguir.

4.2 Poder de Polícia ambiental. Importância.

Aos particulares, de um modo geral, como é cediço, é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíba. E a explicação disso é simples: num Estado Democrático de Direito, tal qual o nosso, mostra-se imperiosa a liberdade dos administrados, sob pena de retorno ao autoritarismo e, em último grau, à velha concepção das monarquias absolutas.

Todavia, para que haja uma convivência social harmônica, que não descambe para quaisquer dos extremos (autoritarismo ou caos social), mostra-se de fundamental importância que, em nome do interesse público, sejam estabelecidas limitações aos direitos individuais. Referidas limitações, que devem estar previstas em lei (como reza o princípio da legalidade), não de ser fiscalizadas pelo Estado, cuja existência se justifica, especialmente, em nome da pacificação social.

Nesse sentido, bem sabemos, não basta que a lei estabeleça as citadas limitações ou restrições. É fundamental, outrossim, que o Estado aja para fiscalizar e, eventualmente, reprimir as atividades entendidas como contrárias ao interesse público, ou ao bem-estar coletivo, inclusive no que se refere à temática ambiental, sendo nesse ponto que toma lugar, invariavelmente, o estudo atinente ao poder de polícia.

Em matéria ambiental, o poder de polícia merece um destaque ainda maior. O *caput* do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina 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”. Seu §1º, por seu turno, é impositivo no que diz respeito às missões do Poder Público nessa empreitada, deixando claras várias incumbências fiscalizatórias, especialmente no que tange à

obrigatoriedade de Estudo Prévio de Impacto Ambiental no caso de instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente.

Sendo o Poder de Polícia noção inicialmente estudada pelos administrativistas, importante destacar que vários são os conceitos por eles atribuídos a tão relevante instituto. Alguns autores definem seus limites em contornos mais amplos, de modo a privilegiar as prerrogativas da Administração Pública. Outros preferem dar maior enfoque às liberdades individuais. Mesmo com essa diferença de abordagem, pode-se dizer que, quanto aos aspectos essenciais, as definições são coincidentes.

Pontuamos, apenas, que, em se tratando de matéria ambiental, há que ser feita uma leitura mais protetiva, proporcionando aos órgãos fiscalizatórios maior liberdade de atuar do que ordinariamente ocorre, por exemplo, em aspectos tributários ou meramente administrativos. É que, sendo o meio ambiente um bem que merece uma especial proteção, mormente nos dias atuais, em que se verifica uma degradação ambiental cada vez mais intensa, não que ser conferidos maiores poderes para que os entes estatais ajam de acordo com o comando constitucional. Não estamos, certamente, entre aqueles que defendem uma atuação estatal ilimitada, que seria, inclusive, conflitante com as mais modernas noções, especialmente no contexto de um Estado Democrático de Direito. Certamente que não. Entretanto, por exceção, em se tratando de matéria ambiental, defendemos que deve o Poder Público ter limites mais elásticos de atuação em sua atribuição fiscalizatória, mas sem, evidentemente, se olvidar dos direitos e garantias individuais.

Hely Lopes Meirelles (2006, p. 131) apresenta dois conceitos de poder de polícia. No primeiro, mais técnico, aduz que “*Poder de polícia* é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.” Seu segundo conceito, confessadamente menos técnico, aponta que “o *poder de polícia* é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual”. Completa Hely Lopes Meirelles (2006, p. 131), ainda, que, “Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional”.

José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 68), por seu turno, entende o poder de polícia como “(...) a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade, da propriedade, em favor do interesse da coletividade”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 111) pontua dois conceitos, sendo um deles apontado como clássico e o outro apontado como moderno. Assim, “Pelo conceito clássico, ligado à concepção liberal do século XVIII, o poder de polícia compreendia a atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança”. E completa: “Pelo conceito moderno, adotado no sistema brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.

Como se pode perceber, Hely Lopes Meirelles centra seu conceito na ideia do poder de polícia como uma faculdade de que dispõe a Administração Pública. José dos Santos Carvalho Filho, igualmente, qualifica-o como uma prerrogativa que “autoriza” a intervenção do Estado. Maria Sylvia Zanella de Pietro não utiliza termo semelhante, apenas afirmando o poder de polícia como uma atividade do Estado, sem a pontuar, em sede de conceito, como dotada de discricionariedade. Todavia, mais à frente, ao falar dos atributos do poder de polícia, afirma-o discricionário (2005, p. 113), pelo menos na maioria dos casos. Retomaremos esse assunto mais à frente, por ocasião da análise a respeito dos atributos do poder de polícia.

A lei tributária também conceitua o poder de polícia. Embora isso possa, em princípio, causar estranheza, há uma explicação bastante simples. É que, para o Direito Tributário, a identificação do poder de polícia também se afigura essencial, haja vista que seu exercício é um dos fatos geradores da taxa, uma das espécies de tributos consagradas no nosso sistema tributário nacional. Vejamos, no ponto, a dicção do art. 78 do Código Tributário Nacional:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar n. 31, de 28.12.1966)

Assim, a partir das lições acima, bem como da disciplina legal a respeito do tema, não se mostra deveras tormentosa a tarefa de apresentarmos nosso próprio conceito, no qual buscamos aliar a simplicidade e a precisão técnica. Conceituamos o poder de polícia como a atividade da administração pública limitadora dos direitos, interesses e liberdades individuais em prol do interesse público. Numa acepção mais específica, definimos o poder de polícia

ambiental como sendo a atividade da administração pública limitadora dos direitos, interesses e liberdades individuais em prol do interesse público de proteção ambiental.

4.2.1 *Evolução na noção de poder de polícia*

Embora seja o Direito Administrativo considerado uma disciplina relativamente nova, a ideia de poder de polícia, por seu turno, vem de longa data. Segundo Odete Medauar (2007, p. 331), “Ainda na Idade Média já se detecta ao exercício do poder de polícia, tal como é hoje considerado, no âmbito das comunas (municípios) europeias, por seus administradores, contribuindo para fixar a raiz nascente da cidade moderna”.

A partir do Estado de Direito, cujo cerne é o princípio da legalidade, a atividade estatal passa a ser submetida às leis, deixando-se para trás a antiga concepção segundo a qual a vontade do soberano era imperativa, e, por definição, seria sempre a correta (“*the King can do no wrong*”).

Nesse contexto, houve um primeiro momento, mais precisamente o do Estado Liberal, no qual qualquer interferência do ente estatal nas relações privadas era tida como excepcionalíssima. Sua atuação, assim, era eminentemente negativa.

No momento seguinte, em que o Estado passa a ter uma atitude de maior intervenção, mostra-se necessário que seus poderes sejam mais amplos, caracterizando genuínas obrigações de fazer. Assim, nessa fase, passa ele a ter uma atuação mais efetiva, inclusive em campos como economia e políticas sociais.

No que se refere à utilização do vocábulo “poder de polícia”, bem nos explica Odete Medauar (2007, p. 332):

A expressão poder de polícia vigente no ordenamento brasileiro é a tradução de *police power*. Segundo Caio Tácito, esta expressão ingressou pela primeira vez na terminologia legal no julgamento da Suprema Corte norte-americana, no caso *Brown x Maryland*, de 1827; a expressão, aí, se referia ao poder dos Estados-membros de editar leis limitadoras de direitos, em benefício do interesse público.

Assim, fica evidente que a forma de atuação estatal, ou mais especificamente, a forma de exercício do poder de polícia, evoluiu bastante ao longo do tempo, com inegável alargamento de seu âmbito.

No que tange ao poder de polícia em sede de meio ambiente, o assunto mostra-se ainda mais intrincado, mormente diante do fato de que o Direito Ambiental é matéria ainda mais nova do que o Direito Administrativo. É justamente por isso que nos socorremos de

lições desse último ramo do direito, mas sem nos olvidar de promover as devidas adaptações no que se refere aos ideais de proteção ambiental.

4.2.2 *Atributos do poder de polícia*

Os atributos ou características ordinariamente caros ao poder de polícia são, segundo a maior parte da doutrina, a discricionariedade, a coercibilidade e a autoexecutoriedade. Passaremos ao estudo de cada um deles.

A discricionariedade representa um grau de liberdade para a Administração, dentro de cujos limites qualquer ação tomada será tida como válida, operando-se segundo a conveniência e oportunidade da Administração. Não pode, todavia, ser confundida com arbitrariedade.

A distinção entre vinculação e discricionariedade tem sua razão de ser no fato de o ato discricionário, em princípio, não ser passível de controle pelo Poder Judiciário, sob pena de afronta à divisão constitucional de poderes. Caso se admitisse o controle judicial irrestrito dos atos discricionários, a consequência seria o total esvaziamento das funções próprias do Poder Executivo, cuja atividade ficaria a total mercê daquilo que o Juiz entendesse como correto.

A doutrina administrativista majoritária, conforme já adiantamos no tópico atinente ao conceito de poder de polícia, considera-o uma atividade discricionária. Contudo, essa ideia merece ser relativizada, especialmente em sede de Direito Ambiental. Felizmente, muitos autores, mesmo no campo do direito administrativo puro, reconhecem que o poder de polícia pode ser um ato vinculado. Como bem exposto por Maria Sylvia Zanella di Pietro (2005, p. 113-114):

Quanto à discricionariedade, embora esteja presente na maior parte das medidas de polícia, nem sempre isso corre. Às vezes, a lei deixa certa margem de liberdade de apreciação quanto a determinados elementos, como o motivo ou o objeto, mesmo porque ao legislador não é dado prever todas as hipóteses possíveis a exigir a atuação de polícia. Assim, em grande parte dos casos concretos, a Administração terá que decidir qual o melhor momento de agir, qual o meio de ação mais adequado, qual a sanção cabível diante das previstas na norma legal. Em tais circunstâncias, o poder de polícia será discricionário.

Em outras hipóteses, a lei já estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração terá que adotar solução previamente estabelecida, sem qualquer possibilidade de opção. Nesse caso, o poder será vinculado. O exemplo mais comum de ato de polícia vinculado é o da licença. Para o exercício de atividades ou para a prática de atos sujeitos ao poder de polícia do Estado, a lei exige alvará de licença ou de autorização. No primeiro caso, o ato é vinculado, porque a lei prevê os requisitos diante dos quais a Administração é obrigada a conceder o alvará; é o que ocorre na

licença para dirigir veículos automotores, para exercer determinadas profissões, para construir. No segundo caso, o ato é discricionário, porque a lei consente que a Administração aprecie a situação concreta e decida se deve ou não conceder a autorização, diante do interesse público em jogo; é o que ocorre com a autorização para porte de arma, com a autorização para circulação de veículos com peso ou altura excessivos, com a autorização para produção ou distribuição de material bélico.

À exposição acima, acrescentamos, como exemplo de poder de polícia vinculado, o que diz respeito à repressão imediata de ações lesivas ao meio ambiente, com as quais o Estado, por imperativo constitucional, não pode coadunar.

A autoexecutoriedade diz respeito à possibilidade de a Administração Pública agir sem que necessite de recorrer previamente ao Poder Judiciário. Desdobra-se em duas vertentes, que são a exigibilidade (possibilidade de tomada de decisões executórias, mediante meios indiretos, tais como restrições enquanto não forem pagas eventuais multas), e a executoriedade propriamente dita, que é a faculdade de realizar diretamente a execução forçada.

Referido atributo mostra-se de suma importância, em matéria de meio ambiente, até mesmo por conta de, muitas vezes, a atuação imediata do órgão ambiental na repressão de alguma conduta lesiva à natureza ser imperiosa. Em vários casos, aguardar um provimento judicial autorizativo da atuação repressiva do poder público em matéria ambiental poderia significar, simplesmente, ineficácia por conta da demora em obter a prestação jurisdicional. E o dano ambiental, como sabemos, tem como característica não poder, na maior parte das vezes, ser reparado.

A coercibilidade diz respeito ao fato de o poder de polícia ser dotado de força coercitiva. Esse atributo é logicamente dedutível a partir da própria ideia expressa em seu conceito, que é de limitação de direitos, liberdades e interesses individuais. Caso se negasse sua feição coercitiva, estar-se-ia a lhe tornar letra morta.

4.3 Inovações da Lei Complementar n. 140/2011

Com o advento da Lei Complementar n. 140/2011, tivemos importante mudança no quadro de repartição de competências administrativas, especialmente no que tange à alteração do art. 10 da Lei Federal n. 6.938/1981, e a vários aspectos em que modificou a disciplina anteriormente presente nas Resoluções Conama n. 01/1986 e 237/1997. Nesse ponto, merece ser frisado que a Lei Complementar n. 140/2011 definiu as competências para o licenciamento ambiental e para a atuação administrativa de cada um dos entes.

Anteriormente, o “caput” do art. 10 da Lei Federal n. 6.938/1981 fazia referência, no que se refere ao tema ora tratado, à necessidade de prévio licenciamento ambiental levado a efeito por órgão estadual competente. Além de pequenas e menos relevantes modificações de grafia, a alteração do “caput” suprimiu a referência ao “órgão estadual competente”. No mais, houve revogação dos parágrafos do referido artigo, exceto o §1º. Consequentemente, a disciplina a respeito da competência para o licenciamento ambiental ordinário passou a estar regulada quase em sua inteireza pela Lei Complementar n. 140/2011.

Nos termos do inciso XIV do art. 7º da Lei Complementar n. 140/2011, compete à União (e, conseqüentemente, ao seu respectivo órgão ambiental, que é o Instituto Nacional do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA), promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades localizados ou desenvolvidos no Brasil e em país limítrofe; localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva; localizados ou desenvolvidos em terras indígenas; localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em caso de Áreas de Preservação Ambiental; localizados ou desenvolvidos em dois ou mais Estados; de caráter militar, exceto nos casos de preparo e emprego de Forças Armadas; referentes a questões nucleares; e que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo a partir da Comissão Tripartite Nacional.

Cabe aos municípios, de acordo com a Lei Complementar n. 140/2011 (art. 9º, XIV), promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, de acordo com a tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade, ou os localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em caso de Áreas de Proteção Ambiental.

De se reafirmar, no ponto, nossa crítica à adoção do critério de abrangência de dano e não de abrangência de interesse, que afronta, a nosso ver, de forma flagrante, o texto constitucional. A repartição de competências deve seguir as normas estabelecidas constitucionalmente, no sentido de caber aos Municípios regular assunto de interesse local, e não, por óbvio, regular condutas passíveis de produzir danos meramente locais.

Como já dissemos, não basta afirmar que a abrangência de um potencial dano seja regional ou nacional para excluir sua regulação, *a priori*, do âmbito de competência de um dado Município. A confusão entre as ideias de abrangência local de dano e de abrangência de interesse é francamente violadora ao critério constitucional.

Interesse local, regional e geral, repetimos, são conceitos que, a nosso ver, guardam relação estrita com as noções de subsidiariedade. Abrangência de dano, todavia, é variável que somente pode ser verificada empiricamente, a partir de estudos a serem efetuados no caso concreto a respeito de pontos que não podem ser, com segurança absoluta, aferíveis de forma apriorística.

Feita a crítica, e continuando o estudo da Lei Complementar n. 140/2011, necessário frisar que aos Estados, por seu turno, conforme o art. 8º, XIV e XV, da lei ora analisada, cabe promover o licenciamento ambiental de atividades que não se incluam na competência da União e dos Municípios, bem como atividades ou empreendimentos localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pelo Estado, exceto Áreas de Preservação Ambiental. Como exemplo evidente, dentro da lógica da lei (criticável, a nosso ver), poderíamos citar um licenciamento de empreendimento e atividade cujo impacto abranja dois ou mais municípios.

No que se refere ao Distrito Federal, temos a mesma regra ordinariamente utilizada para outras matérias: suas competências serão as tipicamente conferidas aos Estados e aos Municípios, tendo em vista não ser ele dividido em Municípios. Quanto aos eventuais territórios federais (hoje inexistentes, mas que podem, porventura, ser criados), embora seja a Lei Complementar n. 140/2011 omissa, mostra-se evidente que, caso não sejam divididos em Municípios, toda a competência ficará a cargo da União, enquanto, caso o sejam (§1º do art. 33 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), os Municípios serão incumbidos das competências que ordinariamente lhes são conferidas, enquanto a União ficará a cargo das competências habitualmente federais e estaduais.

A Lei Complementar n. 140/2011 dispõe, em franca aplicação do princípio de subsidiariedade, que, caso o Município não tenha órgão ambiental capacitado ou Conselho de Meio Ambiente, deve ocorrer atuação supletiva do Estado membro. Na eventualidade, por sua vez, de o Estado membro não ser dotado de órgão ambiental capacitado, as competências devem ficar a cargo da União. Também haverá competência da União nos casos em que nem o Município nem o Estado membro possuam órgãos ambientais capacitados ou Conselho de Meio Ambiente. Referidas situações estão disciplinadas no inciso II do art. 2º da Lei Complementar n. 140/2011 (conceito de atuação supletiva) e no seu art. 15 (hipóteses de atuação supletiva).

Além disso, em franca aplicação dos ideais preconizados em se tratando de federalismo cooperativo, a Lei Complementar n. 140/2011, por meio de seu art. 16, dispõe que um ente federativo pode pedir a prestação de auxílio a outro, de índole técnica, científica,

administrativa ou financeira, sem prejuízo de outras formas de cooperação. Trata-se de ideal louvável, especialmente em se tratando do tema “meio ambiente”, cuja proteção, nos exatos termos do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, demanda atuação do Poder Público como um todo (aí abrangendo, evidentemente, a totalidade dos entes federados) e da coletividade.

Nesses pontos, a Lei Complementar n. 140/2011 merece aplausos, muito embora, lamentavelmente, não haja, de outro turno, qualquer disposição em seu bojo no sentido de incentivar o aparelhamento dos Municípios com órgãos ambientais capacitados.

No que se refere à lavratura de eventual auto de infração em matéria ambiental e instauração de processo administrativo nessa seara, a Lei Complementar n. 140/2011 foi bastante inovadora. Conforme disciplinado em seu art. 17, o órgão responsável pelo licenciamento ou pela autorização, conforme o caso, de empreendimento ou atividade, é quem deve lavrar o correspondente auto de infração e instaurar o processo administrativo para apuração de eventuais infrações à legislação ambiental. Assim, na prática, em princípio, quem licencia uma obra, atividade ou empreendimento é quem deve promover sua fiscalização.

Poder-se-ia dizer que, nesse ponto, a Lei Complementar n. 140/2011 seria incompatível com a Constituição da República Federativa do Brasil, mais especificamente no que diz respeito ao art. 23 da Lei Maior, haja vista tratar-se a fiscalização de competência comum. Como se percebe, a Lei Complementar n. 140/2011 atrelou, em alguma medida, o licenciamento à fiscalização. Todavia, a nosso ver, não há qualquer impedimento à atuação de órgãos pertencentes a outro(s) ente(s) federado(s).

De fato, entendemos que podem e devem outros órgãos, de outros entes federados, empreender fiscalização no âmbito ambiental, de forma conjunta, em atenção ao comando do art. 23 da Constituição da República Federativa do Brasil. Assim, embora, em princípio, a fiscalização caiba ao órgão que promoveu o licenciamento, não há vedação a que integrante de órgão de outro ente federado eventualmente constate dano ambiental, atual ou iminente. Nesse caso, reputamos inexistir qualquer vedação a que atue, lavrando, inclusive, se for o caso, e observado o devido processo administrativo, eventual auto de infração.

Lado outro, deve promover imediata comunicação ao órgão responsável pelo licenciamento, nos termos do §2º do art. 17 da Lei Complementar n. 140/2011. Na eventualidade, todavia, de dupla atuação, deverá prevalecer, em nosso entendimento, aquela lavrada pelo órgão competente para o licenciamento, mesmo que tenha havido atuação anterior por parte de outro órgão.

Vale, ainda, fazer referência às comissões tripartites e bipartites disciplinadas na Lei Complementar n. 140/2011. A Comissão Tripartite Nacional é formada pela União, pelos Estados e Municípios, sendo seu papel definir novas tipologias para o licenciamento ambiental e submetê-las ao chefe do poder executivo. Há, também, previsão de comissões tripartites estaduais, que cada Estado pode ter. Verifica-se, ainda, referência à Comissão Bipartite do Distrito Federal, o qual, como vimos, conjuga atribuições típicas de Estado e Município (não podendo, portanto, ser tripartite).

Além das já citadas modificações, deve ser frisado que a Lei Complementar n. 140/2011 também acarretou a revogação de alguns dispositivos presentes na Resolução do Conama n. 237/1997, especialmente no que tange às competências da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que passam a ser estabelecidas nos termos acima explanados.

4.4 Aspecto centralizador

Muito embora a Lei Complementar n. 140/2011 mereça aplausos em vários pontos, dentre os quais destacamos os dispositivos em que ela aplica de forma bastante franca o princípio de subsidiariedade e aqueles em que promove relevante incentivo à colaboração entre os entes federados, mostra-se inegável seu evidente ressaibo centralizador. Explicamos melhor.

É facilmente aferível, a partir da simples leitura da Lei Complementar n. 140/2011, que as competências da União apresentam-se muito mais bem definidas, enquanto as dos Municípios mostram-se extremamente restritas e as dos Estados, pior ainda, acabam sendo, em sua maior parte, esvaziadas, haja vista serem estabelecidas mediante a já abordada técnica da residualidade.

De fato, a partir da edição da Constituição da República Federativa do Brasil, percebeu-se um fenômeno (que não se restringe à seara ambiental) no sentido de manter o já inflado âmbito de competências da União e de transferir várias delas, anteriormente conferidas aos Estados, para os Municípios. Com isso, em vários pontos, os Estados tiveram uma relevante diminuição de competências a partir da Constituição Cidadã.

Pois bem. Não negamos mostrar-se louvável a atribuição de mais competências aos municípios. Como já abordado, somos da corrente segundo a qual o princípio de subsidiariedade deve nortear a sua distribuição em um Estado Federal, cometendo aos particulares as tarefas possíveis de por eles ser assumidas de forma eficaz, enquanto aos Municípios devem ser conferidas as competências que eles são aptos a assumir (o que diz

respeito ao âmbito local), aos Estados as que eles são capazes de acumular (o que diz respeito ao âmbito regional) e à União as demais (atinentes à esfera nacional propriamente dita). Todavia, segundo nossa percepção, há várias matérias que poderiam ser claramente cometidas aos Municípios e que não são, além de várias competências da União que poderiam ser muito bem desempenhadas pelos Estados.

Tudo isso deriva, certamente, da já abordada gênese do Federalismo brasileiro, em que houve um processo de desagregação, sem grandes debates, que culminou por, de fato, aplicar uma descentralização política, mas que, lamentavelmente, operou-se de forma deveras tímida, mantendo os principais poderes no âmbito da esfera federal.

Por mais que se possam fazer presentes fundamentos técnicos, no sentido de que o órgão federal se mostra mais bem capacitado e/ou aparelhado, é inegável que não se trata de uma visão que possa subsistir a um médio ou longo prazo. Lamentavelmente, muitas vezes percebe-se a ocorrência de um grande temor a respeito da realidade imediata, como se se tratasse de bombeiros apagando um incêndio, mas sem se preocupar com o que causou as chamas.

Não podemos nos esquecer de que, muito embora a necessidade de promover uma devida proteção ambiental seja premente, também é fundamental se pensar a médio e longo prazo, de modo a, no devido tempo, permitir o desenvolvimento e a “emancipação” técnica dos Estados e Municípios e de seus respectivos órgãos ambientais.

De fato, a grande maioria dos municípios não possui órgão ambiental capacitado. Todavia, no que tange aos Estados e ao Distrito Federal, todos eles têm órgão ambiental competente para promover licenciamento, conforme se pode depreender de consulta efetuada ao sítio eletrônico do Ministério do Meio Ambiente (2014, online). Esperamos que, a cada ano que passe, mais municípios passem a se aparelhar devidamente, para, assim, caminhar no sentido da aptidão de atuar em prol do meio ambiente, cumprindo os comandos constitucionais atinentes à proteção e fiscalização em matéria ambiental e à competência a eles outorgada dentro de um contexto de federalismo cooperativo e de observância ao princípio de subsidiariedade. De se registrar que não há, lamentavelmente, no bojo da Lei Complementar n. 140/2011, qualquer incentivo para que os Municípios promovam seu devido aparelhamento no aspecto ambiental, o que entendemos tratar-se de falha categórica.

A transferência apriorística de competências, operada pela Lei Complementar n. 140/2011, e baseada pura e simplesmente no fato, por exemplo, de muitos municípios não possuírem órgão ambiental capacitado, acaba por desatender o princípio constitucional, ferindo de morte os preceitos do federalismo e, a longo prazo, desestimulando a capacitação

técnica dos entes locais. Inicialmente, pode parecer, sim, mais adequado pensar em uma proteção imediata do meio ambiente; todavia, num futuro não muito distante, é provável que se perceba não ter sido essa a melhor escolha. Caso não exerçamos com habilidade os comandos constitucionais no que se refere à repartição de competências, a consequência será não somente jurídica ou política (inconstitucionalidade), como será, igual e principalmente, fática: os entes mais distantes não conseguirão, certamente, mesmo que inflem ainda mais seus corpos técnicos, dar cabo de todos os problemas.

Assim, a nosso ver, por mais que a proteção ambiental exija atuação imediata, havemos que distinguir uma atuação imediata de um imediatismo. O uso inteligente de outras ferramentas, no âmbito de um Federalismo realmente cooperativo, além das já previstas na Lei Complementar n. 140/2011 (ações de cooperação no âmbito técnico científico e até financeiro – art. 7º, V), é medida necessária para que se busque a devida proteção ambiental, mas sem se olvidar do fato de que as coletividades mais próximas são capazes de melhor resolver os problemas, inclusive ambiental, como nos reza o princípio de subsidiariedade.

Para além do estudo da disciplina constante do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, mostra-se importante, ainda, estudar experiências vividas em outros países, tanto no aspecto prático como no plano teórico. Nesse sentido, faremos, a seguir, breve análise, em sede de Direito Comparado, a respeito das experiências norte-americana e canadense no que tange à seara ambiental.

5 DIREITO COMPARADO

O estudo do direito comparado, objetivando não uma busca por soluções milagrosas, mas, isso sim, perceber os acertos e desacertos de cada sistema jurídico, mostra-se de importância capital. E não poderia ser diferente no que diz respeito ao tema deste trabalho.

Como bem esclarece Caio Mário da Silva Pereira (1955, p. 40-41):

Tendo em vista os dois sentidos de comparação, e inspirado na sua materialização geométrica, eu chamo ao primeiro de <<comparação vertical>> e ao segundo <<comparação horizontal>>. Em ambos atua o método comparativo. No primeiro, faz o jurista uma comparação em profundidade, sem se preocupar com a ocorrência do mesmo fenômeno jurídico em outros países ou sistemas na atualidade. Desce verticalmente até à fonte, ou desta sobe verticalmente até o momento presente. No segundo, abraça os sistemas jurídicos vigentes, realiza uma comparação espacial, como que olhando pelas janelas do vizinho a ver o que se passa em sua casa, confronta no mesmo plano horizontal os sistemas que lhe interessam, para tirar as suas conclusões quanto ao bom ou mal tratamento do tema, para se valer da experiência alheia, para melhorar o seu direito nacional, e até, excepcionalmente, formular norma que possa uniformizar um instituto no plano internacional.

Nesse sentido, traçaremos algumas considerações breves a respeito de características dos modelos federais dos Estados Unidos e do Canadá, de modo a auxiliar nossa compreensão a respeito do acerto ou desacerto do sistema brasileiro. Assim, segundo a lição supracitada de Caio Mário da Silva Pereira, pretendemos, a partir de agora, promover uma análise de comparação horizontal, de modo a verificar os principais caracteres presentes nas experiências americana e canadense, para, então, encontrar mais subsídios no que diz respeito aos assuntos ora estudados. Iniciamos pelo Federalismo norte-americano.

5.1 Federalismo norte-americano

Já pudemos, neste trabalho, tratar de algumas noções do Federalismo norte-americano, no que diz respeito à sua pioneira experiência na cunhagem da doutrina federal. Neste capítulo, todavia, daremos especial enfoque à seara ambiental.

Curiosamente, embora os Estados Unidos tenham uma tradição de manutenção de importantes competências a cargo dos Estados-membros, o movimento no aspecto ambiental tem sido diverso. Pelo que pudemos perceber, há uma postura centralista, que deixa a cargo de uma agência federal, por exemplo, a definição dos padrões aceitáveis de poluição.

Como bem analisa David Schoenbrod (1997, p. 259), tem havido uma nacionalização recente da política ambiental, cabendo a Washington, por meio da “EPA – Environmental

Protection Agency” (Agência de Proteção Ambiental), definir os padrões de poluição, as metas de qualidade e os prazos fatais para implementação. Segundo seu magistério, enquanto, em 1970, a regulação ficava a cargo dos governos estadual ou local, a partir de então, devido ao pânico generalizado, tanto em termos ambientais como em outros aspectos (tais como a Guerra do Vietnã e motins urbanos), acabou-se por optar por uma solução centralista. Vejamos a lição do autor (SCHOENBROD, 1997, p. 259-260):

The nationalization of environmental policy is both radical and recent. Washington sets mandatory environmental quality goals, specifies standards for categories of pollution sources, and dictates deadlines and procedures for states and cities by which to implement them. Yet the regulation of pollution was almost entirely the province of state and local governments before the early 1970s.

The early 1970s were a time of panic, not just about the environment, but also about Vietnam, urban riots, and the ability of government at any level to respond to the needs of human beings. The desperate times produced martial measures. The response to Vietnam was war, the response to poverty was called a “war”, and the response to environmental degradation was sufficiently warlike that national politicians could boast that they had won the fight before it began. A federal chain of command was established in which Congress gave instructions to the states about how they should deal with all environmental problems. The statutory and regulatory instructions take into account every conceivable contingency and also order the states to submit voluminous plans and reports to the EPA to ensure that the primary instructions are carried out. There was little thought that the eco-war would be run from state capitals rather than Washington; after all, the federal government itself had caused many of the most controversial problems of the day (e.g., nuclear power plants, big dams, stream channelization, federal highways, overgrazing of federal lands). Similar problems came from nationally marketed goods, which states could not regulate without subjecting manufactures to a maze of requirements (e.g., new cars, lead in gasoline, DDT). But the federal government did not stop with correcting its sins of commission and omission – it decided to declare war on all aspects of the environmental problem, no matter how local.²⁴

²⁴ A nacionalização da política ambiental é radical e recente. Washington define metas de qualidade do meio ambiente, especifica padrões para categorias de fontes de poluição e dita prazos fatais e procedimentos para estados e cidades, que devem implementá-los. A regulação da poluição ficava, anteriormente, quase totalmente a cargo dos governos estadual ou local antes do início da década de 1970.

O início da década de 1970 foi um tempo de pânico, não apenas em matéria de meio ambiente, mas também a respeito do Vietnã, de motins urbanos, e da habilidade do governo, em qualquer nível, de responder às necessidades das pessoas. Esses tempos de desespero produziram medidas marciais. A resposta ao Vietnã foi a guerra, a resposta à pobreza era chamada de “guerra” e a resposta à degradação ambiental foi suficientemente parecida com uma guerra que os políticos nacionais iriam ostentar que ganharam a briga antes de ela ter começado. Uma cadeia federal de comando foi estabelecida, na qual o Congresso tem instruções para os estados sobre como eles devem lidar com todos os problemas ambientais. As instruções legais e regulamentares levam em conta cada contingência concebível e também ordenam os estados a mandar volumosos planos e relatórios para a EPA para assegurar que as instruções primárias estão sendo executadas. Havia pouco pensamento no sentido de essa guerra ecológica seria executada a partir das capitais dos Estados em vez de Washington; afinal, o próprio governo federal havia causado, ele mesmo, vários dos mais controvertidos problemas (ex.: usinas nucleares, grandes barragens, canalização de córregos, autoestradas federais, sobrepastoreio de terras federais). Problemas parecidos vieram de bens nacionalmente comercializados, os quais os estados não podem regular sem sujeitar os fabricantes a um labirinto de requisitos (ex.: novos carros, chumbo na gasolina, DDT). Mas o governo federal não parou com essa correção de seus pecados decorrentes de ação e omissão – decidiu declarar guerra em todos os aspectos do problema ambiental, sem se importar quão locais pudessem ser. (tradução nossa).

Nada obstante haja, nos Estados Unidos, algum grau de descentralização administrativa em matéria de meio ambiente, o Governo Federal, em muitos pontos, continua responsável por estabelecer como os Estados devem agir, determinando padrões uniformes e deixando de lado o fato de que se mostra essencial, numa efetiva política ambiental, levar em conta as peculiaridades locais. Denise Scheberle (2004, p. XV) relata que as leis ambientais norte-americanas baseiam-se quase sempre na premissa de que os Estados farão o trabalho de base, enquanto às autoridades federais cabe a fiscalização. Assim, embora possamos verificar a ocorrência de descentralização administrativa, percebe-se um indesculpável excesso de centralismo na esfera legislativa propriamente dita.

Como bem anota David Schoenbrod (1997, p. 260), uma das razões normalmente utilizadas para justificar o centralismo é o fato de que a poluição pode atravessar fronteiras. Embora seja isso uma verdade incontestável, será que ela se mostra apta a determinar uma opção tão forte pela centralização? Entendemos que não.

O cenário de crise no federalismo ambiental norte-americano é evidente. Como bem anota Denise Scheberle (2004, p. 7-8):

Federalism, with has been define by Thomas Anton as “the system of rules for the division of public policy responsibilities” among national and state governments, has prompted as much debate as perhaps any constitutional principle. John Donahue referred to federalism as “America’s endless argument,” while historian Richard Hofstadter famously quipped that government was “a harmonious system of mutual frustration”. Debates over the appropriate scope and division of power, responsibilities, and authority among the federal and state governments are certainly not over, and especially not for environmental federalism. When Congress passed a series of environmental laws three decades ago, lawmakers envisioned federalism and intergovernmental relations in environmental governance changing in dramatic and permanent ways, but they had no idea at the outset how complicated and contentious intergovernmental relations would become.²⁵

Os Estados Unidos da América, embora não disponham da riqueza brasileira em termos de biodiversidade e de recursos naturais, são, tal como o Brasil, um país de grande extensão territorial. Nada obstante entendamos a seara ambiental, evidentemente, como uma

²⁵ O Federalismo, definido por Thomas Anton como “o sistema de regras para divisão das responsabilidades políticas públicas” entre os governos estaduais e nacional, gerou tanto debate quanto talvez qualquer princípio constitucional. John Donahue se referiu ao federalismo como “discussão interminável da América”, enquanto o historiador Richard Hofstadter brincou, em frase famosa, dizendo que aquele governo é “um sistema harmonioso de frustração mútua”. Debates a respeito de seus escopos e da divisão de poder, responsabilidades e autoridade entre os governos estaduais e federal certamente não acabaram, mormente em se tratando de federalismo ambiental. Quando o Congresso aprovou uma série de leis ambientais três décadas atrás, os legisladores vislumbraram o federalismo e as relações intergovernamentais em matéria de governança ambiental mudarem de maneira permanente e dramática, mas eles não tinham ideia, no início, de como as relações intergovernamentais se tornariam complicadas e controversas. (tradução nossa)

matéria de importância capital, não podemos concordar que a vontade dos Estados-membros fique tão relegada a segundo plano.

Embora a lição possa não se amoldar perfeitamente ao nosso sistema, que é de cooperação, Henry N. Butler e Jonathan R. Macey (1996) empreendem uma análise econômica para, no âmbito do Federalismo norte-americano, tipicamente dual, demonstrar como os preceitos federais podem ser úteis na proteção do meio ambiente. Na mesma esteira, David Shoenbrod (1997), Henry N. Butler e Jonathan R. Macey (1996, p. 16) aduzem o seguinte:

Federal domination of environmental regulation came about in part because environmentalists and others articulated persuasive arguments in favor of federal control. The alleged benefits of centralized federal regulation are related to the ability of the federal government to engage in activities and adopt policies that are beyond the scope of individual state activities and policies.²⁶

E, colocado o problema de forma semelhante, explanam, ao longo da obra (BUTLER; MACEY, 1996), que, no Federalismo norte-americano, mediante uma análise econômica, até mesmo a competição entre os entes federados, quiçá, pudesse conduzir a um incentivo no que tange à preservação ambiental. No ponto, entendemos que, talvez, essa análise seja por demais utópica. Todavia, trata-se de um componente que, em associação a outros, há que ser analisado, sobretudo diante do fato de que, mesmo com essa forte intervenção da “Environmental Protection Agency – EPA” (Agência de Proteção Ambiental), não se tem alcançado uma proteção ambiental adequada.

No mesmo sentido, acrescentando que a regulação federal pode, inclusive, trazer desnecessários custos adicionais e excesso de burocracia, Terry L. Anderson e Peter J. Hill (1997, p. XVIII) aduzem:

Elevating natural resource and environmental regulations to the national level may have had some benefits. Spillover effects, such as pollution across state boundaries, can be taken into account. But this elevation has come with high costs. A one-size-fits-all policy has left too many problems unsolved and has led to a bureaucracy that is largely unaccountable to the American public. There is growing doubt about whether the growth in national control should be sustained. For most natural resource and environmental problems, devolution is an alternative that can reduce costs and align results with the demands of citizens. While private ownership offers the ultimate degree of devolution, a government role

²⁶ A dominação federal da regulação ambiental iniciou-se, em parte, devido a argumentos articulados e persuasivos de ambientalistas e de outras pessoas no sentido do controle federal. Os benefícios alegados para uma regulação centralizada federal estão relacionados à habilidade do governo federal de se engajar em atividades e adotar políticas que estão além dos escopos das políticas e atividades dos Estados individualmente. (tradução nossa)

may be appropriate when there are environmental effects that markets cannot fully handle. Devolution to local and state governments would leave it to governments at these levels to decide the boundary between public and private.²⁷

Em suas conclusões, David Schoenbrod (1997, p. 268) propõe que a “Environmental Protection Agency – EPA” (Agência de Proteção Ambiental) deva perder esse largo poder a ela conferido, exceto em quatro casos. Esses quatro casos dizem respeito à publicidade no que tange à poluição e suas consequências, tanto nos âmbitos nacional como local, num aspecto predominantemente educativo; à proposição de regras de conduta ao Congresso, para controlar a poluição interestadual, que não estiverem adequadamente dirigidas ou que requeiram proteção especial, no que exemplifica com o Grande Cânion; a propor ao Congresso regras de conduta para bens, tais como carros, quando a regulação estadual pudesse erigir barreiras significativas ao comércio interestadual; e, por último, ao oferecimento de modelos de legislação ambiental e de políticas públicas aos Estados, os quais poderiam ou não adotá-los.

Henry N. Butler e Jonathan R. Macey (1996, p. 64-65) chegam a uma conclusão semelhante, embora não de forma tão minudente. Aduzem eles que as políticas ambientais levadas a efeito nos Estados Unidos estão em desacordo com os princípios gerais do Federalismo, sendo que um dos mais importantes atributos da forma federal de Estado reside, justamente, no fato de se conferir autonomia aos entes federados para resolução dos problemas locais.

Embora não concordemos totalmente com suas conclusões, as quais reputamos, em alguns pontos, por demais otimistas, compactuamos com a necessidade de que seja empreendida uma efetiva descentralização, motivo pelo qual as transcrevemos abaixo (BUTLER; MACEY, 1996, p. 64-65):

The environmental policies that we actually observe are at odds with the theory of federalism articulated in this volume. One of the most important attributes of a properly functioning federal system is that local governments are given autonomy to

²⁷ Elevar as regulações de recursos naturais e do meio ambiente ao nível nacional pode ter tido alguns benefícios. Efeitos colaterais, como poluição além das fronteiras estatais, podem ser levados em conta. Mas essa elevação veio com altos custos. Uma política de tamanho único deixou vários problemas sem solução e levou a uma burocracia que é em grande parte inexplicável ao povo norte-americano. Há dúvida crescente a respeito a respeito de se dever ou não sustentar esse crescimento no controle por parte do ente nacional. Para muitos recursos naturais e problemas ambientais, a devolução das competências é uma alternativa que pode reduzir custos e alinha os resultados com as expectativas dos cidadãos. Enquanto a propriedade privada oferece elevado grau de devolução, uma atuação governamental pode ser apropriada quando há efeitos sobre o meio ambiente que os mercados não podem manejar completamente. Devolução aos governos local e estadual deixaria isso para os governos dos respectivos níveis a escolha a respeito da fronteira entre público e privado. (tradução nossa)

tailor regulatory solutions to local problems and concerns, leaving the federal government free to address multistate problems.

There are several reasons why local governments should be permitted to address environmental issues that have primarily localized effects. First, different localities are likely to have different preferences and concerns. Decentralized government through a federalist system is far more responsive to local needs and concerns.

(...)

Although this perspective may seem radical to some environmentalists, it has a long history in American constitutional law and theory.

(...)

Clearly, however, not all environmental problems should be addressed by local authorities – like policy issues generally. Where one state is producing environmental hazards not contained within its borders, a national response may be called for.

(...)

A federal response is appropriate on occasion; but the federal response should be tailored to particularized environmental and federalism concerns.²⁸

De fato, a descentralização também sofre críticas. Wallace E. Oates (2001, p. 23-24), embora seja contra o centralismo, expõe quais são os argumentos daqueles que defendem a concentração de poder no Governo Central. São eles, em suma, o fato de que pode haver um nivelamento por baixo, pois cada ente federado poderia definir uma maior taxa máxima de emissões a fim de atrair investimentos; a necessidade de um corpo técnico competente, derivado do fato de a gestão ambiental exigir conhecimentos técnicos aprofundados; e a velha história da influência política, que, para muitos, acaba por exercer maior pressão em se tratando de esferas políticas menores.

Todavia, ainda segundo Wallace E. Oates (2001, p. 24), esses argumentos não são suficientes para se conduzir a um centralismo. Vejamos sua lição:

My own sense is that where environmental quality is basically a local public good, the case for the setting of environmental standards at an appropriately decentralized

²⁸ As políticas ambientais que atualmente observamos estão em desacordo com a teoria do federalismo articulada neste volume. Um dos mais importantes atributos de um sistema federal que funcione corretamente é de que os governos locais tenham autonomia para empreender soluções regulatórias a problemas e preocupações locais, deixando o Governo Federal livre para dirigir problemas entre mais de um Estado.

(...)

Há várias razões por que os governos locais deveria ter permissão para dirigir questões ambientais que tenham efeitos de âmbito primordialmente local. Em primeiro lugar, localidades diferentes provavelmente têm diferentes preferências e preocupações. O governo descentralizado ao longo de um sistema federalista é muito mais ágil no que diz respeito a necessidades e preocupações locais.

(...)

Embora essa perspectiva possa parecer radical a alguns ambientalistas, ela encontra forte guarida na teoria e no Direito Constitucional norte-americanos.

(...)

De outro lado, claramente, nem todos os problemas ambientais devem ser dirigidos pelas autoridades locais – como questões de política de modo geral. Onde um Estado estiver praticando atividade nociva ao meio ambiente que vá além de suas fronteiras, uma resposta nacional pode ser necessária.

(...)

A resposta federal pode ser apropriada ocasionalmente; mas uma resposta federal deve ser adequada a preocupações particularizadas em termo de meio ambiente e do federalismo. (tradução nossa)

level of government is quite compelling. At the same time, one can envision an essential informational and guidance role for the central authority. With the substantial scientific and policy expertise at its disposal, a central agency can effectively provide a menu of options for standards and a choice of policy instruments. Such guidance would become an important resource for state and local officials and their constituencies in the actual design of decentralized environmental programs.²⁹

Como alternativa, o autor propõe que as questões locais fiquem reservadas ao governo local, numa efetiva descentralização. Quanto a questões mais complicadas, tais como na ocorrência de efeitos colaterais que abranjam mais de um ente federado, embora reconhecendo a dificuldade de implementação, sugere ele que haja uma cooperação regional. Vejamos suas palavras (OATES, 2001, p. 25):

A purely locally determined outcome in such circumstances cannot be expected to be efficient. But neither is an outcome in which the central government establishes uniform standards across all jurisdictions. A third alternative is some kind of cooperative or regional program that involves joint decisions on the part of the relevant jurisdictions.

(...)

Regional cooperation offers, in principle, opportunities to internalize interjurisdictional spillover effects with the design of policy measures that address particular conditions. But in practice such things as regional compacts present a formidable challenge; it is hard to be sanguine about a general presumption that they will always produce superior outcomes.³⁰

Já podemos ver um reflexo negativo dessa centralização. Mais recentemente, com os problemas atinentes à segurança nacional norte-americana que se materializaram a partir dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, verificou-se uma intensa redução dos orçamentos destinados à proteção do meio ambiente. Denise Scheberle (2004, p. XVII) comenta a situação, aduzindo que o governo federal está menos propenso a colaborar

²⁹ Minha sensação é de que, onde a qualidade ambiental é, basicamente, um bem público local, definir padrões ambientais em nível descentralizado de governo mostra-se bastante convincente. Ao mesmo tempo, pode-se visualizar um papel da autoridade central no sentido de informações e orientações essenciais. Com experiência científica e especialistas em políticas públicas a sua disposição, uma agência central pode, efetivamente, disponibilizar um menu de opções a respeito de padrões e uma escolha de instrumentos de política. Essa orientação tornar-se-ia um importante recurso para os oficiais estatais e locais e seus eleitores no efetivo desenho de programas de descentralização ambiental. (tradução nossa)

³⁰ Um resultado puramente local, nessas circunstâncias, não pode ser eficiente. Mas também não o pode um resultado no qual o governo central estabelece padrões uniformes ao longo de todas as jurisdições. Uma terceira alternativa seria algum tipo de programa cooperativo ou regional que envolvesse decisões conjuntas por parte das jurisdições relevantes.

(...)

A cooperação regional oferece, em princípio, oportunidades para internalizar efeitos colaterais que abranjam mais de uma jurisdição com a estruturação de medidas políticas que direcionem condições especiais. Mas, na prática, pactos regionais representam um formidável desafio; é difícil ter certeza a respeito de uma presunção geral de que eles irão sempre produzir melhores resultados. (tradução nossa)

devidamente no que diz respeito ao aspecto ambiental. Vejamos sua lição (SCHEBERLE, 2004, p. XVII):

The new emphasis on national security and the war on terrorism since September 11 has also affected the budgets of environmental programs. And it has increased, prolonged, and deepened the economic recession, which in turn has affected state budgets. Increasing federal budget deficits means that the federal government is less likely to increase its contribution to environmental protection efforts – unless that protection is in the interest of “national security”.³¹

Como já abordado, o Federalismo cooperativo teve sua gênese em períodos de crise, mostrando-se aliado eficaz para superá-las. Não é difícil perceber que uma solução federal, que se baseasse em ideais de cooperação, poderia ser muito mais efetiva na proteção ambiental do que toda essa ação centralizadora do governo federal norte-americano. Se o ideal de trazer quase inteiramente a disciplina ambiental para uma agência federal era nobre, é de se reconhecer, noutro giro, que, especialmente no atual contexto, essa “nobreza” não está mais surtindo os efeitos desejados.

O centralismo na política ambiental norte-americana é movimento que contraria todo o histórico no sentido da eficiência de seu Federalismo, numa decisão que reputamos precipitada. A partir de nossas análises, mostrou-se nítida a preocupação de vários estudiosos norte-americanos no sentido de se empreender uma adequada descentralização e, portanto, de cumprir devidamente o pacto federativo.

Estamos com David Schoenbrod (1997, p. 259) no sentido de que foi o pânico generalizado, na década de 1970, tanto em termos ambientais como em outros aspectos, dentre eles a Guerra do Vietnã e motins urbanos, que acabaram conduzindo para esse centralismo exacerbado em termos ambientais.

Devemos, assim, no Brasil, permanecer em estado de alerta, pois, lamentavelmente, parece que estamos caminhando para situação semelhante à norte-americana, no sentido de inflar as competências da União, muito provavelmente devido a estarmos passando por momento de pânico generalizado semelhante ao que ensejou, a nosso ver, a equivocada opção norte-americana pelo centralismo em matéria ambiental.

³¹ A nova ênfase na segurança nacional e na guerra contra o terrorismo desde 11 de Setembro também afetou os orçamentos dos programas ambientais. E aumentou, prolongou e aprofundou a recessão econômica, o que afetou os orçamentos dos Estados. Aumentar o déficit do orçamento federal significa que o governo federal está menos propenso a aumentar sua contribuição para os ideais de proteção ambiental – a menos que essa proteção esteja no interesse da “segurança nacional”. (tradução nossa)

5.2 Federalismo canadense

O sistema federal canadense é extremamente complexo, possuindo, pelo menos, seis tipologias. Conforme bem enunciam Grace Skogstad e Herman Bakvis (2012, p. 340),

They are: first, an independent governments model in which the two orders of government work independently on policy matters within their assigned jurisdictions; second, a unilateral shared-cost model in which the autonomous activity of one order of government (invariably the government of Canada) imposes conditions on the other and/or distorts its priorities (Lazar, 2006); third, a collaborative shared-cost model in which both orders of government contribute to the costs of social programs via transfer payments or tax points; fourth, a collaborative regulatory model in which governments co-ordinate their rules and regulations, for example, on how markets can function; fifth, a joint-decision model in which formal rules of intergovernmental agreement require a super-majority, or even unanimity, for a decision to be taken; and sixth, asymmetrical federalism, in which one constituent unit (province) has a different status than other units in the federal system, either constitutionally or by virtue of especial administrative arrangements. As has become clear throughout this text, these various models of intergovernmental relations reflect the practice of federalism – that is, governments’ behavior – as distinct from what the Canadian constitution stipulates.³²

No que tange ao ponto nevrálgico deste trabalho, atinente à temática ambiental e à sustentabilidade, é de se frisar que o Canadá tem a particularidade de sua Constituição ser silente em se tratando de meio ambiente. Assim, na prática, esse aspecto acaba sendo disciplinado de maneira semelhante às noções que temos de competência concorrente, com a agravante, todavia, de não haver sequer disposição constitucional no sentido de se optar, por exemplo, por um critério de preponderância de interesse.

Como consequência disso, inclusive, tem-se o fato de as cortes canadenses entenderem que ambos os níveis de governo compartilham competência para regular, por exemplo, a questão atinente à poluição. Nesse ponto, inclusive, Grace Skogstad e Herman Bakvis também pontuam (2012, p. 343):

³² Eles são: primeiramente um modelo de governos independentes no qual duas ordens de governo trabalham independentemente em matérias políticas dentro de suas jurisdições; em segundo lugar, um sistema unilateral de divisão de custos no qual a atividade autônoma de uma ordem de governo (invariavelmente o governo do Canadá) impõe condições ao outro e/ou distorce suas prioridades (Lazar, 2006); em terceiro lugar, um modelo colaborativo de divisão de custos no qual ambas as ordens de governo contribuem para os custos de programas sociais por meio de transferência de pagamentos ou impostos; em quarto lugar, um modelo de contribuição regulatória no qual os governos coordenam suas regras e regulações, por exemplo, a respeito de como os mercados podem funcionar; em quinto lugar, um modelo de decisões conjuntas no qual regras formais de acordo intergovernamental requerem uma maioria qualificada ou mesmo unanimidade para uma decisão ser tomada; e em sexto lugar, federalismo assimétrico, no qual uma unidade constituída (província) tem um diferente status de outras unidades no sistema federal, ou por ordem constitucional ou por em virtude de arranjos administrativos especiais. Como ficou claro ao longo do texto, esses vários modelos de relações intergovernamentais refletem a prática do federalismo – ou seja, do comportamento governamental distintamente daquilo que a constituição canadense estipula. (tradução nossa).

To take yet another example, while the constitution is silent on ‘the environment’, the courts’ ruling that both levels of government share constitutional jurisdiction for regulating pollution creates strong incentives for governments to co-ordinate their policy-making. One example is the 1998 Environmental Harmonization Accord.³³

Analisando as políticas de mudança climática do Canadá em cotejo com o Federalismo, Mark Winfield e Douglas Macdonald (2012, p. 241), por seu turno, afirmam:

The efficient and effective co-ordination of federal and provincial government activity is essential in the field of environmental policy. Pollution crosses borders, and Canadian courts have established that the regulation of harmful emissions lies within the jurisdictional competence of both orders of government.³⁴

Traçaremos, assim, a partir de agora, aspectos gerais a respeito do Federalismo ambiental canadense, baseados, especialmente, na obra coordenada por Grace Skogstad e Herman Bakvis (2012) e no estudo de Neil Hawke (2002).

5.2.1 *Operacionalização do Federalismo ambiental canadense*

Como já adiantado, no Canadá, a questão atinente à atuação estatal em se tratando de meio ambiente vem se mostrando dificultosa. A partir do excelente estudo desenvolvido por Neil Hawke (2002), traremos algumas noções de direito comparado no que diz respeito ao interessante sistema canadense.

No Canadá, que também adota um Federalismo de cooperação, há uma evidente concentração de poderes nas mãos do ente central. Assim, naquele país, busca-se uma cooperação dos entes por meio de uma regulação por parte de um Ministério. Nesse sentido, foi criada a “Environment Canada”³⁵, que é um Ministério Federal dotado de cinco escritórios regionais, localizados em Ontário, na Região Atlântica, na Pradaria / Região Norte, em Quebec e na Região Pacífica / Yukon.

³³ Para dar outro exemplo, enquanto a constituição é silente no que diz ao “meio ambiente”, o entendimento das cortes de que ambos os níveis de governo compartilham jurisdição constitucional na regulação da poluição cria forte incentivo aos governos para coordenarem a formulação de políticas. Um exemplo é o Acordo de Harmonização Ambiental de 1998. (tradução nossa).

³⁴ A eficiência e coordenação eficiente da atividade dos governos federal e provincial são essenciais em se tratando de política ambiental. A poluição atravessa fronteiras, e as cortes canadenses estabeleceram que a regulação de emissões nocivas encontra-se dentro da competência jurisdicional de ambas as ordens de governo. (tradução nossa).

³⁵ Meio Ambiente Canadense. (tradução nossa).

A “Environment Canada”³⁶ administra cinco serviços, que são os atinentes a política/comunicações, serviços corporativos, proteção ao meio ambiente, conservação do meio ambiente e conservação da atmosfera. Está incumbida do cumprimento de quinze leis federais em matéria ambiental, dentre elas a “Canadian Environmental Protection Act”³⁷, e a “Water Quality Provisions of the Fisheries Act”³⁸.

Além da “Environment Canada”, outros Ministérios Federais também têm responsabilidades ambientais. É o caso, por exemplo, do “Heritage Canada”³⁹, que lida com parques nacionais. Dessa forma, fica clara a grande complexidade da disciplina ambiental canadense.

A legislação federal do Canadá, dentro do já mencionado contexto de federalismo de cooperação, procura encorajar a cooperação com as províncias. O “Canadian Environmental Assessment Act de 1992”⁴⁰, por exemplo, exige que o Ministro estabeleça a “Canadian Environmental Assessment Agency”⁴¹, com o fito de promover uniformidade e harmonização na avaliação de efeitos ambientais ao longo do Canadá em todos os níveis de governo.

O “Canadian Environmental Protection Act de 1999”⁴² contém uma declaração importante, no sentido de que o governo federal é obrigado a esforçar-se para agir de forma cooperativa com os governos para proteger o meio ambiente, para estabelecer níveis consistentes de qualidade ambiental em âmbito nacional, e assegurar que a regulação federal em matéria ambiental seja obrigatória e não haja uma desnecessária duplicação de controle, de modo a promover uma proteção efetiva e ampla.

A parte 5 do “Act for the purpose of cooperative administration”⁴³ autoriza o intercâmbio de informações entre os governos no que diz respeito a substâncias tóxicas. Permite, assim, que os requisitos estabelecidos pelas províncias sejam considerados equivalentes, normalmente para facilitar uma administração efetiva. Contém, igualmente, ampla estrutura para consulta com governos das províncias.

Em relação ao controle de substâncias tóxicas, por exemplo, o Ministro Federal pode oferecer se consultar com um governo provincial assim como autoridades municipais no que diz respeito a estabelecer diretrizes relativas à aplicação da Parte 5 do Ato, estabelecendo, ainda, ser o Ministro livre para agir nos casos em que uma oferta de consulta não é retomada.

³⁶ Idem.

³⁷ Lei Canadense de Proteção Ambiental. (tradução nossa).

³⁸ Disposições de Qualidade da Água da Lei da Pesca. (tradução nossa).

³⁹ Patrimônio canadense. (tradução nossa). (tradução nossa).

⁴⁰ Lei Canadense de Avaliação Ambiental de 1992. (tradução nossa).

⁴¹ Agência Canadense de Avaliação Ambiental. (tradução nossa).

⁴² Lei Canadense de Proteção Ambiental de 1999. (tradução nossa).

⁴³ Lei de Cooperação Administrativa. (tradução nossa).

A “National Round Table on the Environment and Economy”⁴⁴, criada em 1994, é uma agência independente do governo federal que tem por encargo a geração de informação objetiva e precisa no que diz respeito ao meio ambiente e à economia em benefício das agências ambientais. Seu trabalho inclui a formulação de políticas e recomendações de ação em conjunto com o desenvolvimento sustentável. Busca-se, assim, uma cooperação extralegal entre governos federal e provincial por meio do “Canadian Council of Ministers of the Environment – CCME”⁴⁵, em conjunto com assuntos ambientais internacionais, regionais e nacionais.

As municipalidades têm papel menor, mas não menos importante. Embora os Municípios não detenham, lá, estatura de entes federados, percebe-se que eles somam competências administrativas, as quais estão quase sempre sujeitas ao regime legislativo criado pela província em que estão situados. Assim, verifica-se uma delegação de poderes pelo governo provincial. Responsabilidades como planejamento e zoneamento, saúde pública e controle de poluição, perturbações e pragas são, normalmente, delegadas às municipalidades.

5.2.1.1 Distribuição de poderes e funções

Segundo Neil Hawke (2002), o Ato Constitucional de 1867, em suas seções 91 e 92, não contém qualquer referência direta ao meio ambiente, como bem jurídico, para o propósito de repartir competência legislativa entre os níveis federal e provincial, o que resulta numa difícil divisão de poderes.

Exemplos de competência “expressa” conferida ao governo federal na seção 91 dizem respeito à navegação, pesca, direito penal e transporte interprovincial e internacional, bem como comunicação. Alguns poderes conferidos às províncias pelas seções 92 e 93 do Ato Constitucional, por seu turno, dizem respeito às municipalidades, obras e empresas locais, propriedade e direitos civis, gestão e venda de terras públicas pertencentes à província e o desenvolvimento, conservação e gestão de recursos naturais não renováveis e recursos florestais.

No que diz respeito à competência concorrente, ela se faz presente em algumas áreas, dentre as quais a agricultura, conforme especificado na seção 95 do Ato Constitucional. Em

⁴⁴ Mesa Redonda Nacional sobre Meio Ambiente e Economia. (tradução nossa).

⁴⁵ Conselho Canadense de Ministros do Meio Ambiente. (tradução nossa).

caso de conflito, a decisão da jurisdição legislativa federal prevalece, numa solução claramente centralista.

Merece ser registrado que muitas das competências ambientais são conferidas às províncias. O Parlamento tem poder para legislar apenas nos casos em que não ultrapassar áreas de exclusiva competência legislativa provincial. Mas, em matéria de Direito Penal, de acordo com a Suprema Corte canadense, fica resguardada a competência federal, ainda que se trate de Direito Penal Ambiental.

Todavia, a mesma Suprema Corte, cinco anos depois, decidiu ser possível que o ente central encomendasse um estudo de impacto ambiental concernente a uma obra ou empreendimento local. Negou o que chamou de “imunidade entre as jurisdições” no caso de competência concorrente.

5.2.1.2 Conselho Canadense de Ministros do Meio Ambiente

O “Canadian Council of Ministers of the Environment – CCME”⁴⁶ foi estabelecido para promover cooperação e coordenação no que se refere a questões de conflitos de jurisdição relativos a certos assuntos em matéria de meio ambiente. É composto de quatorze delegados, oriundos dos níveis federal, provincial e territorial, que trabalham na proposição de padrões ambientais consistentes e objetivos. Possui referido órgão relevante papel no sentido de encorajar a colaboração entre os entes federados, conforme destacado por Hawke (2002, p. 194).

O “Subagreement on Inspections and Enforcement”⁴⁷, proveniente do mesmo Conselho, foi aceito, exceto por Quebec, em junho de 2000, e se preocupa com inspeção e aplicação, no intuito de verificar e assegurar adequação às leis de proteção ambiental. A intenção é que ele possa ser implementado mediante acordos bilaterais entre os governos federal e provinciais.

O objetivo, assim, é promover processos cooperativos, compartilhados e eficientes para propósitos de aplicação onde os governos envolvidos tiverem poderes para agir em situações similares, baseados em qual governo é melhor situado tomando em conta fatores como proximidade, recursos e aptidão técnica. A nosso ver, também consubstanciam um reflexo do princípio de subsidiariedade, já minudenciado anteriormente.

⁴⁶ Conselho Canadense de Ministros do Meio Ambiente. (tradução nossa).

⁴⁷ Subacordo sobre Inspeções e Aplicação. (tradução nossa).

Mas esse acordo, lado outro, tem explícito que as violações de leis federais ou provinciais serão repelidas mediante, respectivamente, ações do Advogado-Geral Federal ou Provincial. O acordo teve sua validade submetida à Corte Federal canadense. Alegou-se que implicaria uma delegação indevida de autoridade ao Conselho e diminuía os poderes do Ministro, o qual, de outro lado, excedia sua autoridade ao assiná-lo. Além disso, sustentou-se que estabelecia uma estrutura sob a qual os governos participantes rearranjavam entre eles seus papéis e responsabilidades. A corte negou provimento ao pedido.

5.2.1.3 Legislação ambiental provincial

O “Environmental Act of Nova Scotia”⁴⁸ declara o propósito de legislar para dar suporte e promover a proteção, aprimoramento e uso prudente dos recursos naturais, ao mesmo tempo em que reconhece a responsabilidade de trabalhar em conjunto, de forma cooperada, e construir parcerias com outras províncias, o Governo do Canadá e outras pessoas a respeito de assuntos transfronteiriços e coordenação de iniciativas legislativas e regulatórias.

Na parte administrativa, estatui que o Ministro é obrigado a consultar e coordenar atividades junto a outros departamentos, agências governamentais, municipalidades, governos e outras pessoas.

Ele tem poder de delegar, por escrito, seus poderes, que podem ser a vários indivíduos ou organizações incluindo qualquer empregado do Governo do Canadá ou agência daquele governo ou mesmo qualquer empregado da municipalidade.

A parte IV trata do processo de avaliação (licenciamento) ambiental, fomentando avaliações conjuntas, pois facilita acordos entre os governos provinciais e federal para vários propósitos relevantes, aí incluídos delegação de competência administrativa por parte do Ministro provincial ao governo federal.

Há, no Canadá, uma tendência de não regular alguns elementos referentes à proteção ambiental, ou seja, de devolução de poderes regulatórios tanto para o setor privado quanto para as municipalidades e de recuo da aplicação da lei de forma colaborativa por parte do governo federal, em consonância com o princípio de subsidiariedade. Essa tendência resulta de cortes no orçamento e reestruturação de tarefas e responsabilidades na escala vertical.

Neil Hawke (2002, p. 194) critica esse fato, demonstrando possuir uma postura mais centralista. Segundo seu modo de entender, o sistema de proteção ambiental canadense é

⁴⁸ Lei Ambiental da Nova Escócia. (tradução nossa).

complexo e depende de numerosas variáveis, legais ou extralegais. Aduz, ainda, que falta transparência em alguns pontos, e que, em outros, o sistema de proteção ambiental é exageradamente complexo, o que se mostraria desnecessário.

5.2.2 Considerações gerais a respeito do sistema canadense

O Canadá, como visto, vem passando por dificuldades no que diz respeito ao Federalismo ambiental, especialmente por conta de problemas atinentes à falta de cooperação entre os entes federados e devido a um alinhamento com as políticas ambientais norte-americanas. Várias são as críticas apontadas pelos autores estudados.

Em primeiro lugar, de se ver a lição da Neil Hawke (2002, p. 195):

The constitutional envelope within which environmental protection is provided for is undeniably complex and dependent on a host of legal and non-legal variables. Arguably the greatest problem lies in a resultant lack of transparency where matters of implementation and enforcement are concerned. This is not just a matter of transparency and effective accountability arising from implementation and enforcement of the law; it extends to the implementation and enforcement of policy and standards as they flow between the two crucial levels of government. As a result there may be a tendency for regulatory control of the environment to become unnecessarily complex, particularly (say) from the point of view of a proponent wishing to undertake a mining operation.⁴⁹

Além da supratranscrita posição de Neil Hawke, é de se registrar, igualmente, que, embora Mark Winfield e Douglas Macdonald (2012, p. 256) possuam uma posição centralista, são categóricos no sentido de que o Canadá vem falhando peremptoriamente na criação de uma política nacional. Vejamos:

Canada has failed utterly to produce an effective national policy response despite what is now an overwhelming scientific and economic consensus regarding the urgency of actions on the climate change problem, and that delay only raises the impacts and costs of both mitigation and adaptation. Canada's economic interests are poorly served by simply moving lockstep with the US federal government. In early 2011, the likelihood of major action at the federal level in the US is at best uncertain, and even if a federal regime were to emerge, its design would respond to economic concerns in the US, not Canada. The emergence of transborder sub-national initiatives on climate change is a major new development in North-

⁴⁹ O envelope constitucional dentro do qual a proteção ambiental está prevista é inegavelmente complexo e dependente de uma série de variáveis legais e não legais. Provavelmente, o maior problema está numa consequente falta de transparência no que diz respeito à implementação e à execução. Não se trata apenas de um problema de transparência e de efetiva responsabilização decorrentes da execução e do cumprimento da lei; estende-se, também, à implementação e execução da política e de padrões à medida que flutuam entre os dois níveis de governo. Como resultado, pode haver uma tendência para que o controle regulatório do meio ambiente se torne desnecessariamente complicado, particularmente (por exemplo) do ponto de vista de um proponente que deseje iniciar atividade mineratória. (tradução nossa).

American federalism. Initiatives such as the WCI are becoming major forums for climate change policy development, but as recent events have demonstrated, they are inherently unstable. Moreover, these initiatives are only coalitions of the willing, within which the jurisdictions who account for the bulk of the growth in Canada's GHG emissions have declined to participate.⁵⁰

Embora entendamos ser necessária uma política nacional, reputamos ser essa noção muito diferente da de uma “política centralista”. De qualquer modo, a partir da leitura acima, é possível identificar a inexistência, igualmente, de normas gerais bem definidas a partir do ente central, dentro de uma lógica de preponderância de interesses. Nesse sentido, Grace Skogstad e Herman Bakvis (2012, p. 350) sintetizam que, à exceção do âmbito fiscal, as instituições federais canadenses não estão funcionando da maneira esperada. Vejamos:

Across all policy areas, the scores assigned by authors in this collection for the performance, effectiveness, and legitimacy of Canadian federalism are much more likely to be ‘fair’ or ‘poor’ rather than ‘good’. These ratings signal a diminution in the performance, effectiveness and legitimacy of federalism since 2008.⁵¹

Há importante crítica, ainda, dos quebequenses e dos aborígenes, que têm demonstrado uma visão negativa a respeito do federalismo canadense. Continuam Grace Skogstad e Herman Bakvis (2012, p. 346-347):

Nonetheless, Cameron recognizes that the Canadian federation suffers a problem of legitimacy in Quebec, where a significant portion of the population believe the 1982 Constitution is illegitimate in that it lacks the consent of the Quebec people. This weak legitimacy can also be attributed to an overwhelming tendency for Quebec elites to emphasize federalism as a system of self-rule – and a means to preserve and promote Quebec's distinct identity – and to underplay federal systems as also entailing shared rule and the promotion of values of solidarity and interdependence (Laforest, 2010).

Besides many Québécois, Aboriginal peoples also view Canadian federalism negatively. As Martin Papillon (Chapter 15) observes, the initial exclusion of

⁵⁰ O Canadá falhou totalmente em produzir uma resposta política nacional efetiva, apesar do consenso científico e econômico esmagador no que diz respeito à urgência de ações no problema atinente às mudanças climáticas, e esse atraso apenas aumenta os impactos e custos tanto de mitigação como de adaptação. Os interesses econômicos canadenses são mal servidos ao simples manter sincronia com o governo federal norte americano. No início de 2011, a probabilidade de uma ação principal em nível federal nos Estados Unidos é, na melhor das hipóteses, incerta, e até mesmo se um regime federal fosse surgir, suas linhas gerais seriam para responder a preocupações econômicas nos Estados Unidos, não no Canadá. O aparecimento de iniciativas transfronteiriças de entidades subnacionais em matéria de mudanças climáticas é o principal novo desenvolvimento no federalismo norte-americano. Iniciativas como a WCI estão se tornando fóruns principais para o desenvolvimento de políticas em matéria de mudanças climáticas, mas como os eventos recentes demonstraram, elas foram inerentemente instáveis. Além disso, essas iniciativas são apenas coligações de vontade, das quais as jurisdições que representam a maior parte do crescimento das emissões de GHG do Canadá se recusaram a participar. (tradução nossa).

⁵¹ Em todas as áreas da política, os placares assinalados pelos autores nesta coleção para o desempenho, efetividade e legitimidade do federalismo canadense estão muito mais próximos de razoáveis ou pobres do que de bons. Essas estatísticas sinalizam uma queda no desempenho, efetividade e legitimidade desde 2008. (tradução nossa).

Aboriginal peoples as parties to Confederation has had a deleterious impact on their perceived legitimacy of Canadian federalism. It has also impaired the performance and effectiveness of the institutions and processes of Canadian federalism when it comes to serving the needs of Aboriginal peoples. Aboriginal peoples have ‘no statutory voice’ in the institutions of intrastate federalism (Parliament) and they have only limited access to the institutions of executive federalism. While federal and provincial governments accept in principle the inherent right of Aboriginal peoples to self-government and have taken important shifts toward redefining the extent and meaning of aboriginal rights, it is Papillion’s conclusion that much more remains to be done before intergovernmental mechanisms are effective sites for addressing the pressing social and economic issues in aboriginal communities that cut across federal and provincial jurisdiction.⁵²

Várias propostas vêm sendo feitas para recuperar a efetividade do sistema constitucional canadense, especialmente no que diz respeito à efetiva coordenação entre as atividades federal e provincial. Na seara ambiental, Neil Hawke (2001, p. 196), sugerindo cooperação entre os entes federados, pontua a atuação do “Canadian Council of Ministers of the Environment – CCME”⁵³. Vejamos:

At the core of attempts to make the relationship between the levels of government work is CCME which has undoubtedly encouraged cooperative working in the areas addressed to date. This has facilitated development of policy and standards although in many cases provinces have had their own standards in place by statute for some time.⁵⁴

Grace Skogstad e Herman Bakvis (2012, p. 356), por seu turno, propõem duas reformas dentro quadro institucional existente. Vejamos suas lições:

⁵² No entanto, Cameron reconhece que a federação canadense sofre de um problema de legitimidade em Quebec, onde uma porção significativa da população acredita que a Constituição de 1982 é ilegítima no que diz respeito ao consentimento por parte do povo quebequense. Essa fraca legitimidade pode também ser atribuída a uma tendência inarredável das elites quebequenses de enfatizar o federalismo como um sistema de autoadministração – e um meio de preservar e promover a identidade distinta de Quebec – e a subestimar sistemas federais como implicadores também de regras compartilhadas e de promoção de valores de solidariedade e de interdependência (Laforest, 2010).

Além de vários quebequenses, povos aborígenes também têm uma visão negativa do federalismo canadense. Como Martin Papillon (Chapter 15) observa, a exclusão inicial dos povos aborígenes como parte da Confederação teve um impacto deletério em sua percepção sobre a legitimidade do federalismo canadense. E isso também debilitou o desempenho e a efetividade das instituições e processos do federalismo canadense no que diz respeito ao atendimento às necessidades dos povos aborígenes. Os povos aborígenes não têm nenhuma “voz legal” nas instituições de federalismo intraestatal (Parlamento) e têm apenas acesso limitado às instituições do federalismo executivo. Enquanto os governos federal e provincial aceitam em princípio o direito inerente dos povos aborígenes ao autogoverno e tomaram importantes mudanças em direção à redefinição da extensão e significado dos direitos dos aborígenes, Papillon conclui que resta muito a ser feito antes que os mecanismos intergovernamentais sejam local eficaz para abordar as questões sociais e econômicas urgentes nas comunidades aborígenes que atravessam as jurisdições federal e provincial. (tradução nossa).

⁵³ Conselho Canadense de Ministros do Meio Ambiente. (tradução nossa).

⁵⁴ No núcleo de tentativas de se fazer o relacionamento entre os níveis de governo funcionar está a CCME, que tem, sem dúvida alguma, encorajado o trabalho cooperativo nas áreas abordadas até o momento. Isso facilitou o desenvolvimento das políticas e normas, embora em muitos casos as províncias tenham estabelecido em lei seus próprios padrões há algum tempo. (tradução nossa)

Two reforms could be made within the existing institutional framework.

One reform is to institutionalize the rules of the game of intergovernmental relations. Simeon and Nugent (Chapter 4) believe that the absence of rules and norms regarding matters such as the convening of first ministers' conferences, voting procedures, and alterations to intergovernmental agreements exacerbates conflict in the system. Federalism appears to work better where agreements incorporate explicit rules for amendments to programs as circumstances change. In the interest of enhancing the standing of the federal system on the three dimensions, governments could – and should – make a much greater effort to incorporate decision rules governing amendments to federal-provincial agreements, whether in the area of fiscal federalism or of climate change. Such rules would ideally go beyond the simple right of a government to terminate an agreement after giving notice. As an example of the institutionalization of intergovernmental relations, the Council of the Federation represents a step in the right direction.

A second change would be to embrace more fully various mechanisms of consultative democracy: that is, to bring non-state actors into intergovernmental discussions. As Simmons observes in Chapter 17, such linkages have the potential to improve both governments' and non-governmental actors' understanding of issues, and thereby to enhance both the legitimacy and effectiveness of policy outcomes.⁵⁵

Muitas vezes, há uma tendência de se supervalorizar sistemas estrangeiros, especialmente aqueles provenientes de países ditos de primeiro mundo, e relegar as nossas construções a segundo plano. Todavia, nessa pesquisa no direito canadense, foi possível perceber que seu modelo federal também vem sendo avaliado negativamente em vários aspectos, especialmente na seara ambiental, em que a crítica é severa.

⁵⁵ Duas reformas podem ser feitas dentro do quadro institucional existente.

Uma reforma é institucionalizar as regras do jogo das relações intergovernamentais. Simeon e Nugent (Capítulo 4) acreditam que a ausência de regras e normas a respeito de matérias como a convocação de conferências de primeiros-ministros, processos de votação e alteração aos acordos intergovernamentais exacerba os conflitos no sistema. O federalismo parece funcionar melhor quando os acordos incorporam regras explícitas para emendas a programas à medida que as circunstâncias mudam. No interesse de melhorar a posição do sistema federal nas três dimensões, os governos poderiam – e deveriam – fazer um esforço muito maior para incorporar regras de decisão para emendas a acordos entre governo federal e provinciais, tanto na área de federalismo fiscal como na de mudanças climáticas. Tais regras iriam, numa concepção ideal, além do simples direito de um governo encerrar um acordo depois de avisar. Como um exemplo da institucionalização das relações intergovernamentais, o Conselho da Federação representa um passo na direção certa.

Uma segunda mudança seria reunir mais mecanismos variados de democracia participativa: isso é, trazer atores não-estatais para as discussões intergovernamentais. Como Simmons observa no Capítulo 17, essas ligações têm potencial para melhorar o entendimento dos problemas tanto por parte dos atores estatais como não-estatais, a portanto melhorar tanto a legitimidade quanto à efetividade dos resultados das políticas. (tradução nossa).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nada obstante possua o Federalismo brasileiro potencial para enfrentar de forma eficaz os mais diversos problemas ambientais, entendemos estar ele operando de forma excessivamente centralizada, e, portanto, muito aquém de sua capacidade. Deve-se isso, em muito, ao modo como se formou a Federação brasileira, predominantemente artificial e ocorrido de forma precoce e sem grandes debates ou rupturas. Embora o Brasil já caminhasse, de fato, para uma solução federal, o indevido atalho tomado, em 1889, ao qual o povo assistiu sem muito entender, conduz a um sentimento de indiferença generalizado, o qual perdura até hoje, não só de parte da população, mas, até mesmo, de muitos estudiosos do Direito e da Política.

No contexto atual, como visto, não se tem atentado, muitas vezes, para o fato de que o imiscuir-se de uns entes na competência de outros consubstancia conduta francamente inconstitucional e, mais ainda, violadora do pacto federativo, olvidando-se ser ele, nada mais, nada menos, do que princípio um constitucional sensível. A tendência centralizadora de parte da União, muito embora seja corriqueiramente (e pretensamente) embasada no fato de que a proteção ambiental mereça urgência, representa um imediatismo injustificável e, em último grau, um franco retrocesso.

Embora, de fato, os danos ambientais devam ser evitados a todo custo, é de se registrar que não se pode admitir, apenas e tão somente, uma preocupação do Poder Público com a realidade imediata. Os Estados Unidos, como vimos, de afogadilho e por razões semelhantes, tomaram esse mesmo caminho no sentido da centralização, o qual não obteve sucesso em longo prazo e vem sendo, hoje, duramente criticado. Além da ineficácia na proteção ambiental, que já seria suficiente para demonstrar o desacerto da opção lá tomada, esse centralismo tem gerado, conforme apuramos, custos adicionais e excesso de burocracia.

O uso inteligente das ferramentas típicas do Federalismo cooperativo pode, certamente, permitir uma proteção muito mais adequada do meio ambiente, em busca de um necessário desenvolvimento sustentável. Para tanto, mostra-se fundamental que a análise acerca das competências de cada ente se dê de acordo com as premissas constitucionais interpretadas à luz das diretrizes traçadas neste trabalho. Além disso, é essencial que sejam reforçados os laços de cooperação, de modo a se promover ações sinérgicas e repudiar aquelas de cunho antagônico.

A descentralização se revela uma ferramenta importantíssima na atuação do Poder Público na seara ambiental, sendo capaz de permitir, num país de dimensões continentais e

com tão ampla biodiversidade como o nosso, uma atuação direcionada às peculiaridades regionais e locais. E isso, nos mais variados aspectos, dentre os quais podemos citar os de normatização, fiscalização e, inclusive, de efetiva atuação positiva em prol do ambiente.

Sendo o Federalismo uma avançada forma de descentralização, não temos dúvida, igualmente, no sentido de que referido modo de organização do Estado se revela, certamente, importantíssimo nos ideais de preservação ambiental.

Dentro da ideia de poderes implícitos, é de se reconhecer que, se determinado ente federado tem atribuição administrativa de proteção do meio ambiente, haverá, igualmente, de ser dotado de competência legislativa para regular sua atuação, haja vista, especialmente, o fato de possuir o atributo da autonomia. Quem possui os fins há, igualmente, de possuir os meios de exercitá-los, os quais passam, sem sombra de dúvida, pela regulamentação legislativa.

O princípio de subsidiariedade, por sua vez, atrelado à noção de capacidade, deriva da intuitiva noção, aferível até mesmo por um leigo, de que as tarefas executáveis diretamente pela sociedade devem a ela ser conferidas, ao passo que aquelas cometidas ao Poder Público devem ser executadas dentro da lógica de que as esferas mais próximas dos cidadãos devem, sempre que possível, se encarregar das questões que sejam capazes de enfrentar. E não pode ser diferente no âmbito ambiental.

Nesse sentido, a consagração dos Municípios como genuínos entes federados, por sua vez, ao contrário da precoce formação inicial de nosso Federalismo, adveio de longa tradição, devendo ser frisado que, até mesmo no período colonial, a autonomia municipal se mostrava sobremaneira alargada. Desse modo, têm eles importante responsabilidade, incrementada pelo fato de possuírem o dever constitucional implícito de se aparelharem, objetivando a proteção ambiental. Além disso, merece ser frisado que população e autoridades locais têm ampla condição de bem conhecer os problemas e mazelas de sua realidade, sendo os primeiros a localizá-los e identificá-los, o que reforça a essencialidade de sua atuação.

Dentro da lógica de cooperação entre os entes federados, mostra-se fundamental destacar, uma vez mais, que a articulação de suas ações é elemento essencial, enquanto o sinergismo é elemento desejável. O antagonismo, todavia, consequência natural da falta de coordenação nas políticas ambientais, deve ser, por seu turno, duramente combatido.

Apesar de ter trazido alguns avanços, a Lei Complementar n. 140/2011, na esteira do movimento que identificamos acima, tem inegável tendência centralizadora. Para além disso, estabelece como critério para definição de competência administrativa a eventual abrangência

de dano, enquanto a Constituição, ao revés, fala em abrangência de interesse. Quanto a isso, tecemos severa crítica.

Para que seja cumprida a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e, por conseguinte, advenham reais benefícios ao meio ambiente decorrentes da ação coordenada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mostra-se essencial, repita-se, que a aferição das competências de cada um dos citados entes se dê de acordo com as linhas trazidas pelo princípio de subsidiariedade e pela teoria dos poderes implícitos. São noções intuitivas que muito podem contribuir para a resolução dos constantes conflitos de competência entre os entes federados, tanto positivos, como negativos.

Dentro da ideia de subsidiariedade, por exemplo, os Municípios, que, na ordem federalista brasileira, são genuínos entes federados, não de possuir competência para legislar sobre meio ambiente, quanto ao âmbito local, justamente por serem responsáveis, de forma comum com a União e com os Estados, entre outros aspectos, por protegê-lo e por controlar a poluição.

Os entes federados devem atuar, assim, na sua esfera de competência, não sendo admissível que invadam as atribuições uns dos outros. Temos, sim, um federalismo cooperativo, mas não podemos nos esquecer de que, para que haja uma cooperação efetiva, é necessário que ocorra uma devida coordenação, de modo a, na lógica já citada e repisada, atingir o sinergismo e fugir do antagonismo. Assim, dentro da ideia de preponderância de interesses, analisada, por sua vez, sob a ótica do princípio de subsidiariedade, cabe à União editar normas gerais, enquanto aos Estados e aos Municípios é reservado o papel de suplementá-las, observando, respectivamente, se o assunto é regional ou local.

“Preponderância de interesses” é um conceito claramente equívoco, aberto, indeterminado. Essa equivocidade, abertura ou indeterminação só pode ser atenuada com a atividade interpretativa, doutrinária e jurisprudencial, que deve buscar uma conceituação mais bem definida, de modo, inclusive, a garantir os preceitos de obediência à segurança jurídica. Patente, assim, a necessidade de melhor definir seu conteúdo, para o mister de delimitar a competência legislativa e administrativa em matéria ambiental, bem como para se entender se essa definição é total e absoluta, valendo para a realidade de qualquer ente federado, ou se deve ser apurada caso a caso.

De fato, entendemos que a definição não é total ou absoluta, variando, sim, de acordo com as características de cada ente. O motivo é muito simples: a partir de nossos estudos, ficou claro que o traço para se melhor delimitar a competência, conforme já dito, é o princípio

de subsidiariedade, segundo o qual, no que se refere ao Poder Público, é a esfera mais próxima dos indivíduos que deve agir, desde que capacitada para tanto.

Inegavelmente, o princípio de subsidiariedade também é dotado de alguma carga de equivocidade. Lado outro, essa equivocidade é muito menor, pois seus contornos são mais bem definidos do que os atinentes à mera ideia preponderância de interesse, sendo fundados, em última medida, como já deixamos claro, em noções intuitivas, com o perdão da redundância, até mesmo para um leigo.

Assim, concluímos ser o Federalismo cooperativo por demais apto a enfrentar os problemas ambientais. Todavia, para que ele se operacionalize de forma efetiva, ou seja, para que essa aptidão saia do plano meramente teórico, deve a repartição de competências respeitar os ditames constitucionais, interpretados, obviamente, à luz do princípio de subsidiariedade e da teoria dos poderes implícitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANDERSON, Terry L; HILL, Peter J. (Org.) *Environmental Federalism*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, INC, 1997.

ANDERSON, Terry L; HILL, Peter J. *Environmental Federalism: Thinking Smaller*. In: ANDERSON, Terry L; HILL, Peter J. (Org.) *Environmental Federalism*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, INC, 1997. p. XI-XIX.

ANTUNES, J. Pinto. *O Princípio Federativo na Constituição Brasileira*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. V. 5. Belo Horizonte, 1953. p. 105-121.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e Competências Ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. Atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2001.

BAKVIS, Herman; SKOGSTAD, Grace. *Canadian Federalism: performance, Effectiveness and Legitimacy*. 3. ed. Ontario: Oxford University Press, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionariiedade e Controle Judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARRETO, Aires Fernandino. *ISS na Constituição e na Lei*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERNARDES, Flávio Couto. *Caracterização do Estado Federal*. In: *Revista de Direito Tributário*. V. 82. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 249-271.

BLINDENBACHER, Raoul; KOLLER, Arnold. *Federalism in a Changing World – Learning from Each Other*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. *Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1-15-novembro-1889-532625-publicacaooriginal-14906-pe.html>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. *Lei Federal n. 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. *Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Resolução Conama n. 001, de 23 de janeiro de 1986*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Resolução Conama n. 237, de 19 de dezembro de 1997*. Disponível em: < <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Órgãos licenciadores*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/governanca-ambiental/portal-nacional-de-licenciamento-ambiental/%C3%B3rg%C3%A3os-licenciadores>>. Acesso em 03/07/2014.

BURGESS, Michael. *Comparative Federalism: Theory and Practice*. Nova Iorque: Routledge, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUSTAMANTE, Thomas. *O argumento ad absurdum na interpretação do direito. Seus usos e significado normativo*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 49, out./dez./2012. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496612/000967045.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

BUTLER, Henry N.; MACEY, Jonathan R.. *Using Federalism to Improve Environmental Policy*. Washington: The AEI Press, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CASASSANTA, Mario. *De Tordesilhas ao Govêrno Geral do Brasil*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Ano XII. Belo Horizonte, 1961. p. 50-72.

CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COSTA, Beatriz Souza. *Meio Ambiente como Direito à Vida*. Belo Horizonte: Lutador, 2010.

CROMPTON, Samuel Willard. *McCULLOCH v. MARYLAND: Implied Powers of the Federal Government*. Nova Iorque: Chelsea House, 2007.

CROOK, Richard Charles. *Decentralisation and Good Governance*. In: BLINDENBACHER, Raoul; KOLLER, Arnold. *Federalism in a Changing World – Learning from Each Other*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2003. p. 240-259.

DEVILLERS, David. *Marbury v. Madison: Powers of the Supreme Court*. Berkeley Heights: Enslow Publishers, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Articles of Confederation (1777)*. Nova Iorque: McGraw-Hill Companies. Disponível em: <<http://www.glencoe.com/sec/socialstudies/btt/celebratingfreedom/pdfs/040.PDF>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *The Declaration of Independence and the Constitution of the United States of America (1787)*. Washington: Cato Institute, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FONSECA, José Eduardo da. *A Nova Republica*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Ano de 1929. Belo Horizonte: Imprensa Official de Minas Gerais, 1931. p. 53-58.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIBSON, Edward L. *Federalism and Democracy in Latin America*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2004.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Bueno Siebeneichler. V. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAWKE, Neil. *Canadian Federalism and Environmental Protection*. In: *Journal of Environmental Law*. V. 14. N. 2. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 185-196.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HORTA, Raul Machado. *Problemas do federalismo brasileiro*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Ano IX. Belo Horizonte, 1957. p. 68-88.
HUEGLIN, Thomas O. *Decentralisation and Good Governance*. In: BLINDENBACHER; Raoul. KOLLER, Arnold. *Federalism in a Changing World – Learning from Each Other*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2003. p. 315-324.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KNEIPP, Bruno Burgarelli Albergaria. *Federalismo Belga: a busca da superação da intolerância*. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coord.). *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

KOMMERS, Donald P.; FINN, John E. *American Constitutional Law: Essays, cases, and comparative notes*. Belmont: Wadsworth, 1998.

LACROIX, Alison L. *The Ideological Origins of American Federalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

LEITE, José Rubens Morato. *Termo de Ajustamento de Conduta e Compensação Ecológica*. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglio. (Org.). *Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 104-123.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers*. Estados Unidos: Tribeca Books, 2010.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Tomo II. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O pacto federal – Descentralização e Democracia*. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coord.). *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 13-21.

MARRARA, Thiago. *Cooperação federativa ambiental: inovações da Lei Complementar 140/2011?* Jornal Carta Forense. São Paulo, 23 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/cooperacao-federativa-ambiental-inovacoes-da-lei-complementar-1402011/8981>>. Acesso em: 7 set. 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTEIRO DE CASTRO, Paulo Antônio Grahl. *Competência do município para legislar sobre matéria ambiental - Comentário sobre o acórdão do julgamento da Representação de Inconstitucionalidade n. 1.0000.07.454942-9/000, em face da Constituição do Estado de Minas Gerais*. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*. V. 10. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 197-216.

MONTEIRO DE CASTRO, Paulo Antônio Grahl; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. *Reparação do Dano nos Crimes Ambientais: terceira via como excesso de permissividade ou avanço rumo a um direito penal de intervenção mínima?* In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; SOUZA, Cláudio Macedo de. (Org.). *(Re) Pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos paradigmas*. 1. ed. V. 1. Florianópolis: Conpedi, 2014. p. 71-94.

MONTEIRO DE CASTRO, Paulo Antônio Grahl; LEVATE, Luiz Gustavo. *Cidadania Ativa e Desafios para a conformação da Administração Pública no paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: ARAÚJO, Maria Lírida Calou de; MENDONÇA, Gisela Maria Bester. CADEMARTORI, Luiz Henrique. (Org.). *(Re) Pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos paradigmas*. 1. ed. V. 1. Florianópolis: Conpedi, 2014. p. 518-544.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NELSON, William E. *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*. Kansas: University Press of Kansas, 2000.

OATES, Wallace E. *A Reconsideration of Environmental Federalism*. Washington: Resources for the Future, 2001. Disponível em < <http://www.rff.org/documents/rff-dp-01-54.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Comparado e o seu Estudo*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Ano VII. Belo Horizonte, 1955. p. 35-51.

PETTIFOR, Bonnie; PETIT, Charles E. *McCulloch v. Maryland: When State and Federal Powers Conflict*. Berkeley Heights: Enslow Publishers, 2004.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SAMPAIO, Jose 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.

SANTIAGO, Myrian Passos. *O Modelo Federal dos Estados Unidos da América e suas mutações*. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coord.). *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 23-70.

SCHEBERLE, Denise. *Federalism and environmental policy: Trust and the Politics of Implementation*. 2. ed. Washington: Georgetown University Press, 2004.

SCHOENBROD, David. *Why States, not EPA, Should Set Pollution Standards*. ANDERSON, Terry L.; HILL, Peter J. (Org.) *Environmental Federalism*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, INC, 1997. p. 259-270.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo da. *O Estado Federal Alemão*. In MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coord.). *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARR, G. Alan; WILLIAMS, Robert F.; MARKO, Josef. *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*. Westport: Praeger Publishers, 2004.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Representação de Inconstitucionalidade n. 1.0000.07.454942-9/000 - MG*. Relator: Desembargador Célio César Paduani. Relator para o acórdão: Desembargador Kildare Gonçalves Carvalho. Julgamento em 13 mai. 2009. Publicado no DJe de 14 ago. 2009. Disponível em <<http://www4.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroUnico=1.0000.07.454942-9/000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em: 1 set. 2012.

TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável e o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999.

WINFIELD, Mark; MACDONALD, Douglas. *Federalism and Canadian Climate Change Policy*. In: BAKVIS, Herman; SKOGSTAD, Grace. *Canadian Federalism: performance, Effectiveness and Legitimacy*. 3. ed. Ontario: Oxford University Press, 2012. p. 241-260.