

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 34 • nº 135

julho/setembro – 1997

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

A federação como mecanismo de proteção do meio ambiente

PAULO JOSÉ LEITE FARIAS

“A Constituição da República de 1988 exprime o estágio culminante da incorporação do meio ambiente ao ordenamento jurídico do País. A Constituição tornou o meio ambiente tema da competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Raul Machado Horta

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Problemática das leis no Estado Federal. 3. A distribuição de competência legislativa do Estado Federal na Constituição de 1988. 4. Competência concorrente como mecanismo de defesa do meio ambiente. 5. Conclusões.

1. Introdução

A Constituição brasileira de 1988, no Título “Da Organização do Estado” (Capítulo II do Título III), introduziu, em favor dos Estados-Membros e do Distrito Federal, a competência concorrente com a União (art. 24), para legislar sobre diversas matérias enumeradas, bem como a competência comum para outras matérias legislativas (art. 23).

Nas matérias de competência concorrente, incluem-se relevantes tópicos como os direitos financeiro, tributário, econômico, urbanístico, penitenciário e direitos ou interesses coletivos como saúde, educação, meio ambiente, consumidores, menores, patrimônio histórico e cultural; razão pela qual o estudo dessa peculiar repartição de competência mostra-se fundamental à identificação da legislação aplicável a esses relevantes ramos da ciência jurídica.

A distribuição das competências é o problema nuclear do federalismo, sinalizando a opção constituinte por mais ou menos centralização política, por mais ou menos aderência

Paulo José Farias é Promotor de Justiça do MPDFT, Professor de Direito Tributário da AEUDF (Associação de Ensino Unificado do DF), Mestrando em Direito e Estado na Faculdade de Direito da UnB.

aos modelos e princípios assentes de Estado Federal¹.

A repartição de competências está na raiz mesma da evolução histórica do federalismo e de sua concepção.

A técnica vivificada pelo constituinte brasileiro de 1988 envolve o sentido de delegação, poderes enumerados, poderes reservados e concorrência legislativa, de construção complexa a suscitar inevitáveis conflitos, motivo pelo qual o tema mostra-se profundamente relevante para o operador jurídico que atua em áreas sujeitas à superposição de ordenamentos por diferentes entidades federativas.

Em todos os Estados federais, inclusive nos Estados Unidos, berço do federalismo, a evolução do sistema aponta para modelos que se distanciam do parâmetro clássico, especialmente no âmbito da distribuição das competências. Nota-se uma clara tendência à supremacia federal sobre os Estados-membros, ao contrário do que inicialmente foi proposto pelo modelo clássico americano².

Assim, surgem desafios de como preservar o federalismo, diante da necessidade de proteção de bens jurídicos nacionais e mundiais, como o meio ambiente, que carecem de uma atuação muitas vezes centralizada do Estado.

A função do federalismo mudou historicamente. Se, antes, serviu para assegurar *as autonomias regionais*, ou como forma mais eficiente de *descentralização administrativa*, hoje assume uma função essencialmente política, como um dos instrumentos de garantia da democracia participativa e dos direitos fundamentais³, entre os quais destaca-se o direito

¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona : Ariel, 1970. p. 356, assinala que “é a chave da estrutura do poder federal”.

² Nesse sentido Raul Machado Horta, em sua consagrada obra *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995. p. 351, ensina, *verbis*:

“A previsão otimista não se concretizou. A evolução do Estado Federal caminhou em direção contrária. A União Federal, a Federação, ampliou os poderes enumerados e esse processo de dilatação e de concentração dos poderes federais acabou reduzindo cada vez mais a área dos poderes reservados aos Estados. O federalismo norte-americano não escapou a esse perverso processo de dilatação dos poderes federais e correspondente retraimento dos poderes estaduais”.

³ Para HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo :

positivado de um *meio ambiente ecologicamente equilibrado*.

No trânsito do Estado liberal para o Estado social, o pêndulo da questão federativa inclinou-se no sentido de governos centrais fortes, mais adequados ao intervencionismo que exigia a implementação de mudanças sociais e econômicas.

A Constituição de 1988, ao contrário, não obstante ter fortalecido o modelo intervencionista estatal, procurou valorizar os entes federados, especialmente os Estados e Municípios⁴, retomando o modelo clássico de descentralização, restando, pois, a indagação relativa a mecanismos garantidores de direitos como a defesa ambiental.

Nesse contexto, o federalismo retoma seu curso embrionário. A centralização política não redundou em benefícios populares concretos, nem sempre assegurou a redução das desigualdades e injustiças sociais e, nos momentos de exaltação autoritária, foi o caminho mais curto para se violentar a cidadania.

Verifica-se que o federalismo pode levar à descentralização política, tornando o poder mais próximo do cidadão. A participação da cidadania (que não mais é vista sob a ótica individual, porém imersa nos interesses sociais, atuando de forma coletiva nas organizações da

Mestre Jou, 1968. p. 292, *verbis*: “A maneira como se distribui o poder do Estado determina a forma do mesmo”. Assim, esse consagrado jurista e cientista político alemão ressalta que “A democracia é uma estrutura de poder construída de baixo para cima; a autocracia organiza o Estado de cima para baixo”, nesse contexto situamos o Estado Federal como um mecanismo de distribuição de poder que aproxima o Estado da democracia e o afasta da autocracia, pois a distribuição de competências, característica basilar do Estado Federal, propaga o poder nas diferentes esferas federativas, facilitando o exercício do poder pela população (favorecendo a democracia) e dificultando a existência de dirigentes com largos poderes estatais (impedindo o exercício do poder de forma autocrática)”.

⁴ No magistério do Professor Paulo Bonavides, *in verbis* : “As prescrições do novo estatuto fundamental de 1988 a respeito da autonomia municipal configuram indubitavelmente o mais considerável avanço de proteção e abrangência já recebido por esse instituto em todas as épocas constitucionais de nossa história” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, 1996, p. 311). Ora, está configurado que o constituinte realmente teve o desejo de estabelecer uma nova ordem favorecendo a descentralização.

sociedade civil e defendendo objetivos metaindividuais, como o meio ambiente) é maior junto aos poderes locais.

Uma das formas de se atingir o fortalecimento do federalismo, favorecendo a descentralização política, bem como a necessária coordenação de interesses nacionais, é a competência legislativa concorrente⁵, que poderá ser o fator de equilíbrio entre as esferas de poder autônomas.

Assim, no conceito de “normas gerais”, fundamental para o perfeito funcionamento da competência concorrente, abriga-se a efetiva proteção de bens objetos de preocupação nacional que não possam ser delegados, na acepção da chamada “regra de ouro”⁶ do federalismo, conforme procura-se demonstrar neste trabalho.

O sentido de “legislação concorrente” na Constituição de 1988 difere daquele que o senso comum teórico desenvolveu. Hamilton⁷, defendendo o Estado federado, já indicava a necessidade de divisão de poderes entre o legislativo federal e o legislativo local com a finalidade de proteção do povo do mau uso do poder (usurpação do legítimo destinatário do poder: o povo), dizendo que:

“Os obstáculos à usurpação e as facilidades de resistência aumentam com a maior extensão dos Estados, desde que os cidadãos compreendam seus direitos e estejam dispostos a defendê-los. Numa grande comunidade, a força natural do povo, em relação à força artificial do governo, é maior que numa pequena, e

⁵ Pontes de Miranda, na obra *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970. v. 22, p. 167 afirma que a técnica constitucional do século passado “repugnava a competência concorrente”.

⁶ Para realização do princípio democrático na Federação, CELSO BASTOS afirma que “A regra de ouro poderia ser a seguinte: nada será exercido por um poder de nível superior, desde que possa ser cumprido pelo inferior. Isto significa dizer que só serão atribuídas ao governo federal e ao estadual aquelas tarefas que não possam ser executadas senão a partir de um governo com esse nível de amplitude e generalização. Em outras palavras, o Município prefere ao Estado e à União. O Estado, por sua vez, prefere à União” (*Comentário à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1988. v. 1, p. 416).

⁷ HAMILTON, MADISON, JAY. *Os artigos federalistas : 1787 - 1788*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro : Nova fronteira, 1993. p. 225.

obviamente mais capacitada para uma luta contra as tentativas do governo de estabelecer uma tirania... O poder, sendo quase sempre o rival do poder, fará com que o governo geral esteja sempre pronto a reprimir as usurpações dos governos estaduais, e estes terão igual disposição em relação ao governo geral. O prato da balança em que o povo se lançar irá preponderar infalivelmente”.

Assim, de forma incipiente já se indagava da necessidade de uma distribuição do poder dos representantes do povo. Constituiu-se esse o espírito regente da “legislação concorrente”, que resulta da divisão do poder soberano de legislar, isto é, de esferas de poder privativas da União e dos Estados-membros.

No entanto, observa-se que na Constituição brasileira, a acepção dada à legislação concorrente mostra-se distinta da originalmente encontrada no federalismo americano. Este repartia a competência encontrada, exclusivamente pela matéria objeto da legislação. Já a Constituição Federal de 1988 refere-se à legislação sobre matérias comuns, embora com limites de forma e conteúdo recíprocos, cabendo à União *as normas gerais* e aos Estados-membros *as normas específicas*.

Nesse ponto, a proteção ao *meio ambiente* está prevista, de forma *sui generis*, como sendo de competência da União, dos Estados e do Distrito Federal, de *forma concorrente* (art. 24, inciso VI), bem como de competência *comum* para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (art. 23, inciso VI).

O uso do termo ou da noção de *competência concorrente* não constitui novidade na Constituição Brasileira, já tendo sido utilizado na Constituição de 1934⁸. No âmbito da Constituição de 1988, entretanto, a concorrência

⁸ O artigo 10 da Constituição Federal de 1934 assinala, *verbis*:

“Art. 10. Compete concorrentemente à União e aos Estados:

I - velar na guarda da Constituição e das leis;
II - cuidar da saúde e assistência públicas;
III - proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte;
IV - promover a colonização;
V - fiscalizar a aplicação das leis sociais;
VI - difundir a instrução pública em todos os seus graus;
VII - criar outros impostos, além dos que lhes são atribuídos privativamente”.

enseja a possibilidade de iniciativa na área da legislação ambiental para os Estados e para o Distrito Federal, caso a União se mantenha inerte. Assim, caso um ente federativo não exerça sua função constitucional, o outro poderá fazê-lo, evitando a lacuna danosa à almejada proteção.

No mesmo diapasão, importante asseverar que a competência concorrente poderá ser exercida, não só quanto à elaboração de leis, mas, também, de normas infralegais como decretos, resoluções e portarias.

Para atender às peculiaridades próprias, os Estados poderão exercer a competência legislativa plena, desde que não exista “lei federal sobre normas gerais” (art. 24, § 3º). Essa competência chamada “plena”, entretanto, sofre limitação qualitativa e temporal. No que se refere à primeira, verifica-se que a norma estadual não pode exorbitar da peculiaridade ou do interesse próprio do Estado em que foi editada; no que diz respeito à limitação temporal, verifica-se a necessidade de ajuste do disposto originalmente em face da norma federal ambiental superveniente.

No Direito Comparado, a preocupação de ajuste do modelo de proteção ambiental ao federalismo mostra-se relevante. Nesses termos, a Alemanha passou a prever, em 1972, na reforma da Constituição de 1949, a competência concorrente no que concerne à poluição do ar, do ruído e à eliminação de rejeitos (art. 74, nº 24) exatamente procurando a otimização do modelo federal à proteção desse direito planetário de quarta geração.

Por fim, salienta-se que, neste trabalho, procura-se demonstrar a simbiose entre o modelo federativo e a defesa do direito fundamental meio ambiente, tendo em vista que a moderna repartição de competência promovida pelo federalismo, por meio da competência concorrente, constitui-se mecanismo ensejador da proteção ambiental, não relegando, de forma exclusiva, na mão de um ente federado tão extraordinária tarefa.

2. Problemática das leis no Estado federal

2.1. O Estado federal brasileiro e seu surgimento

Alguns doutrinadores sustentam que a autonomia dos Estados da Federação, no Brasil, constitui um fato histórico. Alegam que é nas capitais e províncias, subordinadas a um

poder maior, que surge o espírito federativo brasileiro, sendo que as condições geográficas do país, bem como os problemas econômicos, exigiam uma solução contrária à centralização⁹.

Nesse sentido, é importante trazer à colação a teoria da Escola Vienense, na figura de Mouskheli¹⁰, que, ao referir-se à criação do Estado federal assinala que este pode ser criado por:

– uma lei, isto é, por um ato de direito estatal (quando um Estado unitário se transforma em Estado federal);

– um tratado internacional concluído entre os Estados interessados.

Entretanto, uma análise histórica da origem do Estado brasileiro comprova que este surge por meio de simples ato legislativo que transforma províncias imperiais (Estado Unitário) em Estados-membros (Estado federal).

O manifesto republicano de 1870 é traço marcante do pensamento pré-republicano, a favor do princípio federativo:

“No Brasil, antes ainda da idéia democrática, encarregou-se a natureza de estabelecer o princípio federativo. A topografia do nosso território, as zonas diversas em que ele se divide, os climas vários e as produções diferentes, as cordilheiras e as águas estavam indicando a necessidade de modelar a administração e o governo local, acompanhando e respeitando as próprias divisões criadas pela natureza física e impostas pela imensa superfície do nosso território”¹¹.

Provisoriamente, a Federação surge no Brasil mediante disposições do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, concomitantemente,

⁹ Há autores, entretanto, que defendem o ponto de vista que o Brasil foi um país que sempre se caracterizou por nítida descentralização política: “A nossa evolução tem-se processado, sem descontinuidade, em função dessa dualidade de ordens jurídicos: a do centro do poder soberano e a das entidades menores, coincidentes com as áreas seccionais de governo, estabelecidas desde 1532. Essa descentralização decorreu, naturalmente, de fatores geográficos e históricos, a começar pela amplitude do território e pela primitiva dispersão dos núcleos de formação social” (TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional estadual*. Forense, 1980. p. 1).

¹⁰ Esse autor, junto com Kelsen, concebe o Estado Federal, como forma do mais alto grau de descentralização.

¹¹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. 1953. v. 1, p. 295.

com a proclamação da república. Esse diploma legal instituía a forma de governo republicana em um Estado federal. Assim, as antigas províncias do regime imperial foram declaradas “estados”, nos seguintes termos: “As províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil”.

Na Constituição de 24 de fevereiro de 1891, consolida-se a criação de Estados-membros, já no artigo 1º, *verbis*:

“A Nação brasileira adota como forma de governo, sob regime representativo, a República Federativa proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel de suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil”.

Verifica-se, então, que a Constituição efetiva uma descentralização política muito mais intensa do que a existente no regime imperial – tal fato constitui uma nítida distinção entre a formação da Federação norte-americana e da Federação brasileira.

2.2. Histórico da repartição constitucional de competências

Desde a Constituição de 1891, que instituiu o federalismo no ordenamento constitucional, nossas sucessivas Leis fundamentais têm sido marcadas pela Federação, mas o efetivo equilíbrio entre as partes federativas, muitas vezes, mostrou-se precário:

“No Brasil é manifesto o declínio da ordem federativa, consideravelmente precipitado, do ponto de vista jurídico e formal, pelos constituintes que, em 46 e 67, amesquinharam grandemente o espaço autônomo reservado à competência das unidades participantes, ao mesmo passo que agigantavam a União e a autoridade constitucional do Presidente da República”¹².

A Constituição de 1891, na qual foi concedida bastante autonomia aos Estados-membros, seguiu o molde federal adotado pelos Estados Unidos, Suíça, Argentina e México, sendo tal filosofia modificada já com a reforma de 1926, que amplia os casos de intervenção da União nos negócios dos Estados:

¹² RUSSOMANO, Rosah. *Lições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro : J. Konfino, 1968. p. 128 e segs.

“Dessa maneira, a reforma de 1926 restringiu a autonomia dos Estados, que passavam a sofrer rigoroso controle político e mesmo administrativo, por parte da União. O Brasil era então, talvez mais do que hoje, uma Federação governada pelos grandes Estados, que submetiam os pequenos a uma espécie de imperialismo fraterno”¹³.

Assim, a partir de 1926, reconhece-se que o Estado federal brasileiro não vence a vocação centralista do poder político. Observa-se que na Constituição de 1934 alarga-se a competência privativa da União, deslocando-se, por exemplo, a competência de legislar sobre direito processual, dos Estados, para a União.

Orlando Bitar refere-se a duas fases do federalismo brasileiro: a primeira, de 1889 até 1934 (Federalismo segregacionista – ênfase na autonomia local – primeira república) e a segunda, deste último ano até a Constituição de 1967 (Federalismo orgânico, ou Federalismo de cooperação – ênfase na cooperação – ajuda financeira da União para os Estados).

No Federalismo segregacionista, característico das Constituições de 1891 e de 1934, ressalta-se a dualidade soberana do Estado federal. Nessa espécie de federalismo, só se admite ação federal nos Estados para prestação de socorros. Conforme ressalta José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁴, “o federalismo dualista é segregador e centrífugo, não apreciando contatos e relações freqüentes com o Governo Federal”.

A Carta de 1937 afirmava ser o Brasil “um Estado federal”. Segundo Raul Machado Horta¹⁵, entretanto, tratava-se de disposição nominal, que não impediu, mas antes favoreceu a substituição da estrutura federal anterior pela de um Estado unitário descentralizado. Os Estados-membros passam à condição de meros departamentos, sob a administração do governo central.

A autonomia estadual foi acentuada pelo regime eleitoral de 1946, com o voto secreto e a representação proporcional. Isso assegurou maior garantia política aos governadores

¹³ TRIGUEIRO, op. cit., p. 32.

¹⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte : FUMARC, 1982. p. 192.

¹⁵ HORTA, Raul Machado. Problemas do Federalismo Brasileiro. *Digesto Econômico*. São Paulo, n. 140, p. 90 e segs. mar./abr. 1958.

eleitos, vez que os Presidentes já não mais tinham o apoio incondicional do Congresso para a intervenção no Estado, sendo que no período de 1946 a 1964 não houve governador afastado do cargo por meio de intervenção federal.

A penúria financeira do Estado-membro faz deslocar para o Governo Federal as reivindicações municipais sobre serviços e obras de nítido interesse local.

A centralização do poder econômico pela União, com resultados que levam ao enfraquecimento dos Estados-membros e dos Municípios, é uma constante nos diversos modelos de federalismo adotados nas constituições brasileiras subsequentes.

Na Constituição de 1967, bem como na Emenda nº 1 de 1969, a preocupação central passa a ser com o desenvolvimento econômico-social e a segurança nacional, esta já com conceito abrangente. Acentuava o fortalecimento e a centralização do poder da União, reduzindo muito a autonomia dos Estados-membros, permitindo-lhes a ingerência nas finanças estaduais por meio dos sistemas de fundos, cuja aplicação é planejada e fiscalizada pelos órgãos centrais.

Essa constante centralização do Estado Brasileiro leva inúmeros autores a indagar se o Brasil era, ainda, verdadeiramente um Estado federal, em razão da hegemonia do ente União sobre os demais.

Contudo, com a Constituição de 1988, as esperanças ressurgem. No direito brasileiro, deve-se observar o Município antes e depois de 1988, ou seja, temos uma verdadeira metamorfose desta pessoa jurídica de direito público, pois a Carta Magna de 1988 veio realmente consagrar um momento histórico do país, assegurando a autonomia municipal e a integração do Município à Federação.

No magistério de Paulo Bonavides¹⁶, fica claro o avanço do texto constitucional no campo da autonomia municipal, *in verbis*:

“As prescrições do novo Estatuto Fundamental de 1988 a respeito da autonomia municipal configuram indubitavelmente o mais considerável avanço de proteção e abrangência já recebido por esse instituto em todas as épocas constitucionais de nossa história”.

Ora, está configurado que o constituinte

¹⁶ BONAVIDES, op. cit.

realmente teve o desejo de estabelecer uma nova ordem federal a partir do advento da Constituição de 1988. Segundo Raul Machado Horta¹⁷, há a reconstrução do federalismo com o lançamento das bases de um federalismo de equilíbrio, com a modernização da repartição das competências dos entes federados, bem como com a melhor repartição das rendas tributárias, a diminuição das hipóteses de intervenção federal, o alargamento da autonomia normativa dos Estados com seu ingresso na legislação concorrente, que abrange volume razoável de matéria legislativa.

2.3. A teoria de Kelsen sobre a superposição de ordens jurídicas em um mesmo território

A autonomia das entidades federativas, característica fundamental de um Estado federado, pressupõe a repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa. Essa distribuição constitucional de poderes é o ponto nuclear da noção de Estado federal.

Nesse sentido, muitas vezes a Federação é definida utilizando-se do conceito de repartição de competências. A forma de Estado caracterizada pela partilha constitucional de competências, conjugada pela participação das ordens locais na ordem jurídica nacional, opõe-se ao Estado unitário, porquanto este hospeda um único centro de poderes legiferantes, ainda que realize uma descentralização meramente administrativa.

A forma de Estado Federativo, como já vimos, pressupõe a existência de mais de uma ordem jurídica em um mesmo território.

Em decorrência, no território da Federação brasileira convivem quatro ordens jurídicas, a saber: a *ordem total*, representada pelas leis de caráter nacional, a *ordem geral*, representada pelas leis federais e as *ordens parciais* que se referem às leis estaduais e municipais.

Em primeiro lugar, cumpre analisar a diferença entre leis nacionais e leis federais, nos termos do ensinamento do mestre de Viena Hans Kelsen.

Kelsen, ao estudar as formas de organização do Estado, diferencia-as em centralizada ou descentralizada, consoante haja ou não diferença das esferas de validade das normas jurídicas¹⁸.

¹⁷ HORTA, op. cit.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São

Com relação, justamente, às esferas de validade das normas jurídicas, surgem as leis classificadas como *nacionais*, aquelas que não se circunscrevem ao âmbito de qualquer das pessoas políticas. Elas transcendem às três esferas federativas brasileiras; não se confundem com lei federal, estadual ou municipal. Têm um campo próprio de atuação que é excludente das demais pessoas políticas. Seu campo de incidência é privativo, porém não pode estender sua validade aos objetos próprios de legislação federal, estadual ou municipal.

As confusões no âmbito do nosso país, nessa temática, surgem em razão de reunir o Congresso Nacional a dupla qualidade de Legislativo Federal e Legislativo Nacional.

Assim, a questão coloca-se em saber quando o Congresso edita uma lei, enquanto órgão do Estado federal, e quando age na esfera da União, sob a perspectiva do direito interno deste Estado federal. Geraldo Ataliba¹⁹, colocou que:

“a distinção entre norma nacional (geral, global, total) e norma simplesmente federal (parcial, central) é melhor compreendida da meditação sobre a argumentação de Kelsen contra a tese de que a supremacia da competência, no Estado federal, radica-se na União”.

Kelsen²⁰ adverte que

“a ordem jurídica central que constitui a comunidade jurídica central forma, juntamente com as ordens jurídicas locais que constituem as comunidades jurídicas locais, a ordem jurídica total ou nacional que constitui a comunidade jurídica total, o Estado. *Tanto a comunidade central quanto as comunidades locais são membros da comunidade total* (grifo nosso)”.

Assim, os vivos pendores lógicos de Kelsen levaram-no a imaginar, dentro do Estado

Paulo : Martins Fontes, 1995. p. 297, *verbis*:

“A diferença entre um Estado centralizado e um descentralizado deve ser uma diferença nas suas ordens jurídicas. Na verdade, todos os problemas de centralização e descentralização, como veremos, são problemas referentes às esferas de validade das normas jurídicas e dos órgãos que as criam e aplicam. Apenas uma teoria jurídica pode fornecer a resposta para a questão da natureza da centralização e da descentralização”.

¹⁹ ATALIBA, Geraldo. Autonomia municipal na nova Constituição. In : QUÉRCIA, Orestes (Org.) *Municipalismo*. São Paulo : CEPASP, 1986.

²⁰ KELSEN, op. cit., p. 298.

federal, pelo menos três ordens jurídicas diferentes, a saber: a da Constituição total (*Gesamtverfassung*), a da União (*Bund*) e a dos Estados-membros (*Laender*). A ordem jurídica da “Constituição total” é a mais vasta, estando nela formulados os princípios gerais de organização e ordenamento da União e dos Estados-membros. Já as duas ordens jurídicas da União e do Estado-membro são juridicamente iguais, porque se acham subordinadas por igual à ordem jurídica superior da Constituição total.

As duas ordens jurídicas, do *Bund* e das coletividades-membros, são ordens parciais. A do *Bund* o é porque sua competência não se estende senão a determinadas matérias, que lhe são delegadas pela comunidade jurídica total. A dos Estados-membros também é parcial pelo fato de ter uma competência delegada e, também, pelo alcance restrito da validade territorial de suas normas. Como conseqüência do fato de que a ordem do *Bund*, ou seja, do poder central, e as ordens jurídicas dos Estados-membros são ordens parciais, *subordinadas em igual medida à ordem jurídica da comunidade total* (*Gesamtgemeinschaft*), daí resulta logicamente que não pode existir entre elas relações de dependência ou de subordinação, mas de coordenação. Compreende-se, com meridiana clareza, que tanto uma como a outra se acham submetidas à ordem da Constituição Federal, que é a ordem suprema, e lhes delega as respectivas competências.

Como já citamos, em nosso sistema, o Congresso Nacional acumula as qualidades de órgão legiferante do Estado federal e da União. Assim, o produto da sua atividade legislativa poderá ser uma *lei nacional* ou *simplesmente federal*, conforme atue em uma ou outra qualidade.

O mesmo se aplica ao Executivo, que será nacional quando exercer funções do Estado nacional ou federal quando funcionar como órgão da pessoa política União.

Conclui-se, *portanto, não ter cabimento falar-se em hierarquia das leis federais, estaduais e municipais no nosso sistema constitucional*. As leis, sejam federais, estaduais ou municipais, são normas de igual natureza em decorrência da isonomia das respectivas fontes. Assim, o conflito é impossível, em virtude da harmonia interna no sistema constitucional, restando ao intérprete o pleno conhecimento da repartição constitucional de competências.

3. A distribuição de competência legislativa do Estado federal na Constituição de 1988

3.1. A repartição de competência e a autonomia do Estado-membro

A autonomia do Estado-membro pressupõe repartição constitucional de competências para o exercício e o desenvolvimento de sua atividade normativa. O Estado federal não autoriza que se desvinculem esses dois aspectos fundamentais de sua fisionomia.

A técnica da repartição é elemento específico e essencial ao sistema federal. E, sob o ângulo da autonomia, a distribuição constitucional de competência entre o governo central e os governos estaduais irá conduzir ao conteúdo da atividade autônoma.

A fórmula da repartição de competências constituiu preocupação absorvente na confecção do modelo originário do Estado federal e a solução encontrada, para os intérpretes iniciais da Constituição norte-americana, deveria favorecer os poderes estaduais ou reservados, fundados em cláusula expansiva, enquanto os poderes federais seriam limitados pelo volume definido dos poderes enumerados.

A técnica da repartição de competências, teoricamente possível dentro de soluções plurais, não escapou, durante largo período de experimentação constitucional, à influência poderosa do modelo norte-americano. É certo que, no caso típico do Canadá, a repartição se libertou do modelo ortodoxo, para preferir outra forma de atribuição dos poderes reservados. A repercussão prática desse desvio organizatório foi restrita e se deve também ponderar que a discriminação extravagante proveio do ordenamento britânico, pouco afeiçoado às exigências do federalismo constitucional.

O esquema da repartição horizontal de competências, no sistema federal, admite três soluções diferentes:

a) repartição exaustiva da competência de cada ordenamento, enumerando detalhada e mais completamente possível todas as matérias sobre as quais têm competência o governo central e os governos locais;

b) enumeração da competência da União e atribuição aos Estados dos poderes remanescentes ou não enumerados (tal perspectiva robustece a autonomia dos Estados-membros e constitui uma solução, pelo menos teórica, contra a centralização);

c) enumeração da competência dos Estados-membros e atribuição à União dos poderes remanescentes (esse sistema fortifica o poder central).

O esquema constitucional efetivo consagrou a técnica dos poderes enumerados da União e dos poderes reservados dos Estados, criação do constituinte da Filadélfia e que exerceu secular influência na organização do Estado federal. Não obstante, tal fato, a teoria dos poderes implícitos, notadamente no terreno econômico, construiu, por meio da Corte Suprema, explicação que admitiu que os constituintes, mesmo que tacitamente, deram certos direitos à Federação, na solução de problemas comuns, principalmente aqueles vinculados a questões econômicas.

Essa técnica, que atende à exigência do compromisso político necessário ao estabelecimento da nova forma de Estado, encontra também explicação lógica e justificadora de sua presença no sistema federal.

O Professor *Josaphat Marinho*²¹ discerniu, na permanência reverencial da técnica dos poderes reservados, manifestação do espírito conservador do constituinte, que não se desprende do eficaz instrumento de defesa e de proteção da economia liberal. Daí a censura que dirigiu ao texto da Constituição Federal de 1946 e a conseqüente proposta de revisão do problema, para que se promova o reajustamento do texto constitucional às exigências da realidade.

A técnica da distribuição de competências, a partir de Constituições federais após a Primeira Guerra Mundial, vem experimentando sucessivas modificações, responsáveis, na verdade, pela renovação de setor, que permaneceu, durante secular período histórico, impermeável às inovações.

3.2. A repartição vertical de competência como forma moderna de distribuição do poder

Raul Machado Horta²² ressalta na obra *Estudos de Direito Constitucional, verbis*:

“A repartição de competências não se limita ao plano da repartição horizontal

²¹ MARINHO, Josaphat. *Poderes remanescentes na federação brasileira*. Salvador : Artes Gráficas, 1964. p. 11-13.

²² HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995. p. 366.

da matéria legislativa, que coloca sua tônica no processo discriminatório e faz da repartição uma demarcatória das fronteiras normativas do Estado federal.

As Constituições federais passaram a explorar, com maior amplitude, a repartição vertical de competências, que realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União Federal e os Estados-membros, estabelecendo verdadeiro condomínio legislativo, consoante regras constitucionais de convivência. A repartição vertical de competências conduziu à técnica da legislação federal fundamental, de normas gerais e de diretrizes essenciais, que recai sobre determinada matéria legislativa de eleição do constituinte federal. A legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais. A Lei Fundamental ou de princípios servirá de molde à legislação local. É a *Rahmengesetz*, dos alemães; a *Legge-cornice*, dos italianos; a *Loi de cadre*, dos franceses; são as normas gerais do Direito Constitucional Brasileiro.

A legislação fundamental superou a competência exclusiva e a técnica dos poderes reservados. Desenvolveu e aprimorou a técnica da competência concorrente, que pressupõe a matéria legislativa no campo da competência da União e a sucessiva atividade legislativa da União e do Estado-membro, marcada por intensidade diversa sobre a matéria eleita”.

Ressaltando o surgimento dessa nova técnica de repartição de competência, o consagrado constitucionalista dispõe, com maestria, *verbis*:

“No domínio do Direito estrangeiro, coube à Constituição Federal da Áustria, de 1º de outubro de 1920, a primazia na renovação da técnica constitucional da distribuição de competências.

A Constituição Federal alemã, de 11 de agosto de 1919, também denominada Constituição de Weimar, que recorda a sede do poder constituinte, exerceu, sem dúvida, larga repercussão no constitucionalismo do primeiro pós-guerra,

influindo na elaboração dos novos textos constitucionais. O prestígio da Constituição de Weimar decorreu, especialmente, do novo tratamento dispensado ao setor dos direitos e deveres fundamentais e à ampliação da matéria constitucional pela referência à ordem social e econômica. O sistema federal não lhe mereceu desenvolvimento adequado, e instaurou-se controvérsia sobre a natureza federal da Constituição de Weimar. O texto conferiu larga preeminência legislativa ao *Reich*, que se amparou no eficaz princípio do artigo 13: *Reichsrecht bricht Landesrecht*. Para acentuar a inferioridade legislativa do Estado-membro, a Constituição de Weimar ainda deferiu ao Governo do *Reich* o exercício do direito de oposição (*Einspruch*) contra as leis dos Estados (*Länder*) que tivesse por objeto a matéria prevista no art. 7º, nº 13, do texto constitucional. Tratava-se de oposição preventiva, com caráter de veto, manifestada antes da vigência da lei, sem deixar aos *Länder* qualquer oportunidade de litígio a respeito”.

3.3. A repartição de competência e o federalismo de equilíbrio

Em todos os Estados federais, nomeadamente nos Estados Unidos, berço do federalismo, a evolução do sistema aponta para modelos que se distanciam do parâmetro clássico, especialmente no âmbito da distribuição das competências. Nota-se uma clara tendência à supremacia federal sobre os Estados-membros.

O grande desafio é como preservar o federalismo, diante da crescente centralização política, na busca de direções que compatibilizem a necessidade de unificar as soluções aos grandes problemas nacionais e a necessidade de se fortalecer a democracia e a própria cidadania, que exigem a descentralização política.

Como outras questões fundamentais ao regime político americano, as decisões da Corte Suprema dos Estados Unidos tiveram papel de relevo no federalismo. Em todas as instituições ali surgidas, serviram como suporte as controvérsias jurídicas que imprimiram grande relevo às liberdades e ao processo democrático, por meio da rica sistematização levada pela construção jurisprudencial:

“Por isso mesmo, estudar o direito constitucional americano, por meio das

decisões da Corte Suprema dos Estados Unidos, quase significa fazer um curso de história daquele país, pois todos os problemas nacionais importantes lhe foram submetidos sob a forma de um caso de controvérsia jurídica. E vemos, então, como a Corte Suprema superpôs sucessivas camadas de interpretação da Constituição, de modo a ajustá-las às necessidades do momento²³.

Agora, o federalismo retoma seu curso. A centralização política não redundou em benefícios populares concretos. A centralização nem sempre assegurou a redução das desigualdades e injustiças sociais e, nos momentos de exaltação autoritária, foi o caminho mais curto para se violentar a cidadania.

Está cada vez mais claro que não há necessidade de se atingir com eficiência a descentralização administrativa, valendo-se apenas do federalismo. Além disso, apenas o federalismo pode levar à descentralização política, tornando o poder mais próximo do cidadão. A participação da cidadania (que não mais é vista sob a ótica individual, porém imersa nos interesses sociais, atuando de forma coletiva nas organizações da sociedade civil, defendendo objetivos metaindividuais como o meio ambiente) é maior junto aos poderes locais.

Uma das formas de se atingir o fortalecimento do federalismo, com a melhor distribuição de poder entre os entes federados (federalismo de equilíbrio), é a competência legislativa concorrente²⁴, que poderá ser o fator de equilíbrio entre as esferas de poder autônomas (não mais soberanas, como a tradição indicava). E nela, o essencial está no conteúdo conceptual que prevaleça às “normas gerais”, como limite constitucional à União.

3.4. O paradigma histórico: a Constituição americana de 1787 e sua evolução

É interessante notar que os federalistas americanos almejavam um Governo central (União) forte, que substituísse a tibia da frustrada Confederação²⁵. Contudo, para vencerem

²³ RODRIGUES, Leda Boechat. Direito e política : os direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 8, p. 161, 1977.

²⁴ MIRANDA, op. cit., afirma que a técnica constitucional do século passado “repugnava a competência concorrente”.

²⁵ HAMILTON, MADISON, JAY, op. cit., p. 172, afirmam, comparando, depreciativamente, a Confe-

as resistências dos Estados-membros (as antigas colônias), desenvolveram uma engenhosa fórmula federativa, no final do século XVIII²⁶, concedendo ou “reservando”, originariamente, substanciais parcelas de poder às unidades federadas. Os poderes da União seriam os enumerados na própria Constituição. Tudo o mais estaria reservado aos Estados-membros.

É essencial assinalar que, mesmo nas matérias em que o Congresso pode legislar, a competência dos Estados não está excluída. As autoridades dos estados têm, nestas matérias, uma competência “residual”. O que não lhes é permitido é a elaboração de disposições que vão de encontro às disposições do direito federal. Nada lhes proíbe, entretanto, de elaborarem disposições que se aditem às do direito federal ou que preencham as lacunas deste.

René David²⁷, notável estudioso do direito comparado, ressalta que:

“Também se podem assinalar, do ponto de vista jurídico, numerosas e, por vezes, importantes diferenças entre os direitos dos diversos Estados, que resultam muitas vezes de suas leis, mas podem também derivar da maneira como interpretam a *common law*. A organização judiciária e a organização administrativa diferem de Estado para Estado, assim como o processo civil e o criminal; o divórcio não é admitido nas mesmas condições e pelas mesmas causas; o regime matrimonial pode ser ora de

deração ao regime feudal, que :

“Embora não fossem, estritamente falando, confederações, os antigos sistemas feudais partilhavam da natureza dessa espécie de associação. Havia um chefe, líder ou soberano comum, cuja autoridade se estendia por toda a nação; diversos vassallos subordinados, ou feudatários, tinham grandes tratos de terra distribuídos entre si; e numerosos vassallos inferiores, ou servos, ocupavam e cultivavam essas terras, sob a condição de manter fidelidade ou obediência àqueles de quem as tinham recebido. Cada vassallo principal era um rei ou soberano em seu próprio domínio. A consequência dessa situação era uma contínua oposição à autoridade do soberano e freqüentes guerras entre os próprios grandes barões ou principais feudatários”.

²⁶ DALLARI, Dalmo. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo : Saraiva, 1976. p. 224, diz que o federalismo nasceu realmente com a Constituição americana de 1787. “É um fenômeno moderno”.

²⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo : Martins Fontes, 1996. p. 375.

comunhão, ora de separação de bens; o direito das sociedades e o direito fiscal comportam regras diversas; a relação e a sanção das infrações penais também variam de um Estado para outro. Por mais importância que tenha ganho o direito federal, é o direito dos Estados que, na vida cotidiana, permanece o mais importante para os cidadãos e para os juristas americanos. É necessário sabê-lo e ter igualmente consciência da diversidade que pode existir entre estes direitos”.

A distribuição dos poderes era desigual, mas atidia às circunstâncias históricas.

Hamilton²⁸, pedagogicamente, procura combater a argumentação de uma possível centralização de poderes pela União, assinalando:

“Uma grande vantagem, que pertence ao domínio dos governos estaduais, lança por si só uma luz satisfatória sobre a questão – refiro-me à administração ordinária da justiça criminal e civil. Esta é, entre todas, a mais poderosa, mais universal e mais atraente fonte de obediência e lealdade popular. É ela que, sendo o guardião imediato e visível da vida e da propriedade, tendo seus benefícios e ameaças em constante atividade perante o olhar público, regulando todos aqueles interesses pessoais e preocupações familiares a que a sensibilidade dos indivíduos está mais imediatamente atenta, contribui, mais que qualquer outra circunstância, para infundir nas mentes do povo afeição, estima e reverência pelo governo. Este notável cimento da sociedade, que se difundirá pela quase-totalidade dos canais dos governos individuais, independentemente de todas as demais causas de influência, lhes asseguraria um império tão definido sobre seus respectivos cidadãos que fariam deles em todos os momentos um completo contrapeso do poder da União e, não raro, seus perigosos adversários”.

Percebe-se que nessas formulações há uma preocupação central em se estabelecer uma divisão escarpada de competências entre a União (somente os poderes enumerados) e os Estados-membros (todos os poderes residuais – “reservados”).

²⁸ Op. cit., p. 171.

Não nos devemos espantar com esse princípio. Era muito natural que fosse afirmado logo em seguida ao dia em que os Estados Unidos conquistaram a sua independência. As 13 colônias, até a Guerra da Independência, tinham vivido de modo quase inteiramente independente uma das outras, e não tinham entre si, por assim dizer, nada em comum, a não ser o indesejável elo com a metrópole.

Todavia, a evolução do sistema tomou rumo oposto, embora mais próximo das reais intenções dos federalistas (fortalecimento do poder federal).

O texto da Décima Emenda, “Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo”, não foi suficiente para impedir essa tendência²⁹.

A redução da competência estadual, nos Estados Unidos, teve dois momentos destacados:

1 - A doutrina dos poderes implícitos da União, partida de genial construção da Suprema Corte americana, em 1819, no “leading case” *McAlloch versus Maryland*. Decidiu-se que na Constituição, apesar dos poderes enumerados, não existia qualquer expressão que “exclua poderes eventuais ou implícitos e que requeira que tudo o que foi concedido deva ser descrito expressa e minuciosamente”³⁰.

2 - A consagração do princípio da supremacia federal, mercê do exercício do poder de revisão judicial, “que é, assim, o arbítrio do sistema federal”³¹; sobretudo a partir da legislação intervencionista do *New Deal*, de 1933. A Suprema Corte, no caso Estados Unidos *versus Darby*, de 1941, chegou mesmo a considerar a Décima Emenda como um “truísmo”,

²⁹ DAVID, op. cit., p. 369, em sentido oposto assinala:

“A décima emenda à Constituição dos Estados Unidos, em 1791, precisou sem ambigüidade possível a situação: ‘Os poderes que a Constituição não delega aos Estados Unidos, e que não proíbe que os Estados exerçam, são reservados a cada um dos Estados, respectivamente, ou ao povo’. Esse princípio nunca foi abandonado. A competência legislativa dos Estados é a regra; a competência das autoridades federais é a exceção, e esta exceção deve sempre fundar-se sobre um dado texto da Constituição”.

³⁰ Transcrição de SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual*. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1984. p. 15.

³¹ *Ibidem*, p. 22, 30 e 34.

sendo seu propósito “o de moderar temores de que o novo Governo nacional pudesse procurar exercer poderes não concedidos e os Estados pudessem não ser capazes de exercer plenamente seus poderes reservados”.

Como acentua Schwartz³², ver a Décima Emenda como um erro, “truísmo” é “destruir a base sobre a qual se assentou o conceito de federalismo dual”. Em outra parte³³ diz que se alguma coisa pareceu incompatível com as últimas décadas de concentração de autoridade no Governo Central, “foi a noção de que os Estados ainda possuem os atributos de soberania”.

A noção de federalismo dispensa, conseqüentemente, o argumento de soberania³⁴. Mais importantes são os critérios de distribuição de competências, com limites mais precisos, embora vulneráveis às contingências históricas.

3.5. As tendências do federalismo, no direito comparado, quanto à distribuição de competências legislativas

Conforme ensina Paulo Luiz Neto Lobo³⁵, *verbis*:

“Em 1970 aconteceu um colóquio internacional em Moscou patrocinado pela *International Association of Legal Science*, voltado a examinar o desenvolvimento dos sistema legais em sete Estados federais: União Soviética, Estados Unidos, Iugoslávia, Checoslováquia, Canadá, Índia e República Federal da Alemanha.

Quatro questões foram colocadas em discussão:

1. a que objetivos uma estrutura de Estado federal serve?
2. os objetivos conduziram a um conceito razoável de federação?
3. que distribuição de poderes entre o Governo federal e os Governos dos Estados-membros é desejável para se atingir os objetivos da Federação?

³² Ibidem, p. 34.

³³ Ibidem, p. 48.

³⁴ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985. p. 10, refere-se, ainda, à repartição rígida de atributos da soberania.

³⁵ LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concernente dos Estados-membros na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 101, jan./mar. 1989.

4. que instituições são adequadas para exercerem a função, dentro da Federação, de adaptação da distribuição de poderes diante da inevitável necessidade de mudanças?

Quanto à questão (3), pertinente a essa exposição, informa Hazard, os participantes notaram uma tendência para a centralização dos poderes em todas as federações. Esta constatação eu enseja a alguns debates em torno da utilidade da centralização: se um governo forte prejudica ou não os interesses dos Estados-membros. Todos responderam que sim.

Como métodos de distribuição dos poderes entre a União e os Estados-membros, os participantes indicaram dois:

1. o da Índia, onde a Constituição lista em grandes detalhes e extensão os poderes do Governo central e os dos Estados-membros;

2. o dos poderes reservados, seja para a União, seja para os Estados-membros, sempre em termos gerais, conferindo-se poderes específicos para o outro lado.

Temos de convir, por esse informe, que o conceito de “poderes reservados” mudou de função. Não se prende mais à reserva original das unidades que aderiram à Federação. Hoje, sua função consiste em atribuir competência, pela Constituição, dos poderes não enumerados, indistintamente, ou à União ou aos Estados-membros”.

Continuando sua enriquecedora exposição, o autor cita o direito hindu como singular, pois, exclui os poderes reservados, preferindo ampliar o modelo dos poderes enumerados aos dois lados (União e Estados-membros) em três listas de matérias específicas:

“1. a Lista I, ou a *Lista Federal*, contém 97 itens, incluindo defesa, negócios estrangeiros, bancos, moedas, sistema financeiro, etc.;

2. a Lista II, ou a *Lista Estadual*, compreende 65 itens, incluindo ordem pública, polícia, saúde pública, agricultura, educação, etc.;

3. a Lista III, ou a *Lista Concorrente*, menciona 47 itens, tais como casamento, contratos, responsabilidade civil, trabalho e bem-estar, previdência social, planejamento econômico e social, etc”.

Na “Lista III” indicam-se as matérias sobre

as quais a União e os Estados-membros podem legislar concorrentemente, sem caráter supletivo. Esse método tentaria evitar o conflito de competências, eliminando os poderes reservados e os implícitos, desencorajando a inovação jurisprudencial.

Nos Estados Unidos, Schwartz³⁶ fala de “federalismo cooperativo”, que representa a consequência da centralização, pela União, da receita tributária, controlando de forma indireta os Estados-membros por meio do sistema de subvenções, condicionadas a que as legislações estaduais sejam modeladas às diretrizes federais.

A supremacia federal, pois, constitui uma forte tendência dos modelos de federação existentes no direito comparado, sobretudo com o advento do Estado social. Tal fato torna improvável um retorno ao federalismo clássico.

4. Competência concorrente como mecanismo de defesa de direitos fundamentais

4.1. A mudança histórica da função do federalismo

A função do federalismo mudou historicamente. Se, antes, serviu para assegurar as autonomias regionais, ou como forma mais eficiente de descentralização administrativa, hoje assume uma função essencialmente política, como um dos instrumentos de garantia da democracia participativa³⁷.

Tecnicamente, o federalismo é uma divisão constitucional de poderes entre dois ou mais componentes dessa figura complexa que decorre da existência de um Estado que possa apresentar formas de distribuição das tarefas políticas e administrativas.

Carlos Sanches Viamonte³⁸, jurista argentino, já assinalava que a mais importante das vantagens decorrentes do federalismo foi dificultar as formas despóticas de governo e a preponderância do poder executivo.

As discussões em torno da posição do

³⁶ Op. cit., p. 44-45 e 64.

³⁷ Para Hermann Heller op. cit., p. 293, é típica da democracia, ao contrário da autocracia, a ampliação de círculos de poder político.

³⁸ SANCHES, Viamonte Carlos. *Manual de Derecho Político*: los problemas de la democracia. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina, 1959. p. 219-223.

federalismo como um dos mecanismos de novos processos democráticos, que têm como finalidade, também, garantir as liberdades públicas, constitui tema central para a Teoria Geral do federalismo.

A projeção da Corte Suprema dos Estados Unidos, mediante as soluções das grandes questões constitucionais que ali surgiram, tem grande parcela na evolução do federalismo e suas diversas adaptações às circunstâncias sociais, econômicas e políticas, principalmente no que toca ao modelo americano.

Nesse ponto, a proteção ao meio ambiente está prevista, de forma *sui generis*, como sendo de competência da União, dos Estados e do Distrito Federal, de forma concorrente (art. 24, inciso VI), bem como de competência comum para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (art. 23, inciso VI) surgindo a indagação de como a repartição de competências favorecerá essa proteção.

4.2. A competência concorrente ambiental no direito constitucional

Entende-se por competência concorrente a faculdade atribuída por lei, para realizar uma ação comum; distingue-se, embora sutilmente, da competência comum, que é a faculdade que a lei concede a um ou a vários funcionários, juiz ou tribunal, para apreciar e julgar certos pleitos ou questões. Tanto a comum quanto a concorrente tratam de ações conjuntas, mas a primeira ocorre na atividade propriamente administrativa do Estado e na judicante, e a segunda se dá em relação à atividade legiferante, ou normativa no mais amplo sentido.

Na área da proteção ambiental, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios unem sua ação para preservar a natureza, combater a poluição, proteger os mananciais, as florestas, a flora e a fauna, e assim a atuação fiscalizadora pode ser exercida em conjunto ou supletivamente. Na competência concorrente, ocorre a faculdade de legislar, isto é, baixar normas e diretrizes, estabelecer regras que irão pautar a atividade administrativa e fiscalizadora das diversas unidades políticas do País, por meio de seus órgãos ambientais, bem como definir as fontes estatais do direito a ser aplicado às situações concretas *sub judice*, tudo com vistas ao objetivo primordial da proteção da natureza e do meio ambiente.

Instituição característica das organizações federativas modernas, registram-se os antecedentes da Constituição dos Estados Unidos, que

serviu de inspiração para nossa primeira Constituição republicana e federativa, de 1891, e a Constituição alemã de Weimar, de 1919.

Em direito ambiental, a competência concorrente abrange a legislação sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; e ainda, sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; e responsabilidade por dano ao meio ambiente e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Todo o Capítulo VI do Título VIII da Constituição (Ordem Social) é dedicado ao meio ambiente, estabelecendo o art. 25 que todos têm direito ao meio ambiente equilibrado, bem do 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.

A competência constitucional concorrente todavia é limitada pelos quatro parágrafos do art. 24, que introduzem a distinção entre normas gerais e especiais, sem definir critérios de distinção, o que tem engendrado difíceis problemas de administração e solução de questões de direito ambiental.

4.3. Natureza das normas gerais e especiais

Considerando que não existem normas constitucionais ou ordinárias que definam o que se deva entender juridicamente por normas gerais, deve-se buscar na Teoria Geral do Direito os critérios dessa tipologia.

Segundo leciona Ferraz Júnior³⁹,

“a descrição da hipótese da situação de fato, sobre a qual incide consequência, pode ser abstrata, na forma de um tipo ou categoria genérica, ou pode ser singular, na forma de um conteúdo excepcional. A distância entre o genérico e o singular, tomados como termos mutuamente relativos, admite gradações. Dependendo do grau de abstração podemos então distinguir entre normas gerais abstratas (isto é, gerais pela matéria), normas especiais e normas excepcionais”.

Segundo esse autor, as normas especiais não

excepcionam, propriamente, o tipo genérico, pois não o disciplinam de forma contrária, mas apenas de forma diferente, adaptada às circunstâncias e às suas exigências.

Esse entendimento confirma a antiga lição de Paulo Dourado de Gusmão⁴⁰:

“Levando-se em conta as relações sociais disciplinadas pelo direito, direito geral é o aplicável a todas as relações ou a uma categoria ampla, enquanto direito especial, aplicável somente a um campo restrito de relações jurídicas”.

A distinção entre normas gerais e especiais, ou específicas, portanto, não tem um referencial semântico definido, isto é, não radica num conjunto definido de relações jurídicas, mas tão-somente num referencial pragmático relacionado com a maior ou menor abrangência das normas, segundo a intenção do legislador, quicá do intérprete ou aplicador da lei; trata-se de um critério puramente lógico-formal, que possibilita considerar geral uma regra em relação à especial que lhe constitui fundamento de validade. Pode-se assim dizer que uma norma especial é somente a que pode ser derivada de outra, considerada geral. Assim sendo, qualquer norma, salvo a *Constituição que é norma geral por excelência*, pode ser considerada geral ou especial, dependendo da sua comparação com outra norma no caso concreto.

Essa constatação conduz ao seguinte: as possibilidades de conflitos entre normas gerais e especiais que não possam ser resolvidos por princípios jurídicos objetivados em leis ou decretos, ou mesmo regulamentos interpretativos, somente podem ser solucionados pela teoria da interpretação da lei, e, dada a natureza lógica de tais conflitos, pela aplicação de princípios analíticos de interpretação das leis.

4.4. Os conflitos entre normas gerais e especiais em direito ambiental

O conflito básico que se estabelece no direito ambiental brasileiro decorre da menção feita na Constituição de 1988 aos limites da competência da União, nos §§ 1º, 2º, 3º e 4º, do art. 24, *verbis*:

“§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

³⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988. p. 121-122.

⁴⁰ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 120.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência complementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, *para atender a suas peculiaridades*.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário” (grifos nossos).

Estes dispositivos merecem alguns comentários em relação aos textos grifados.

Primeiramente, a Constituição estabelece uma competência para normas *gerais*, mas nem define o que seja, e nem faz referência a normas especiais; assim, pode-se entender, *a contrario sensu*, que, se a lei maior atribui à União competência em matéria de normas gerais, atribui aos Estados a competência para normas específicas. Não há no texto constitucional definição para normas específicas, mas o § 3º possibilita um critério jurídico: o do atendimento às peculiaridades. No entanto um conflito se estabelecerá caso a União regulamente, ela mesma, relações jurídicas peculiares a um determinado Estado, dando a este ente federado, por exemplo, tratamento distinto ao dado a outro ente federado.

Em segundo lugar, sempre restará ao Estado o critério da competência residual, reforçada em matéria de direito ambiental pelos parágrafos segundo e quarto. Este, por sinal, não suspende a validade da lei estadual, mas tão-somente a eficácia. Portanto, não se poderá considerar ilegal ou inconstitucional lei estadual que regulamente matéria já regulada pela União, mas tão-somente deixar de aplicá-la, em determinadas situações, o que não impede que ela prevaleça em outras. A lei estadual continua válida e vigente, mas as autoridades federais deverão dar prioridade à norma federal que regulamente o mesmo assunto.

Novamente a Teoria Geral do Direito fornece os elementos necessários a um entendimento mais abrangente dos problemas que poderão surgir. Como preleciona Maria Helena Diniz⁴¹:

“Não há hierarquia entre leis federais, estaduais e municipais, esta somente existirá quando houver possibilidade de concorrência entre as diferentes esferas

de ação. Apenas nos casos de assuntos sobre os quais pode manifestar-se qualquer dos poderes conjuntamente, isto é, na esfera de competência concorrente, é que se tem a primazia, por exemplo, da lei federal sobre a estadual. Se é da competência exclusiva do Estado a elaboração de sua Constituição, norma da União sobre essa matéria não tem o condão de excluir a lei estadual. Uma norma constitucional estadual não prevalece contra uma lei federal ordinária, se o assunto disciplinado for de competência privativa ou concorrente da União. Se esta invadir esfera de competência do Município, o direito local prevalece sobre o federal”.

Também Oliveira Ascensão⁴² nos brinda com excelentes subsídios:

“Uma regra é especial em relação a outra quando, sem contrariar substancialmente o princípio nela contido, a adapta a circunstâncias particulares... Devemos saber se, em princípio, a lei geral revoga a lei especial, ou a lei especial a geral... A lei especial nunca pode revogar a lei geral. Referindo-se a um ponto particular, deixa intocada a ordenação geral da matéria... E a lei geral revoga a especial?... A afirmação aparentemente lógica de que a lei geral, por ser mais extensa, incluirá no seu âmbito a matéria da lei especial, que fica revogada, não se sobrepõe à consideração substancial de que o regime geral não inclui a consideração das circunstâncias particulares que justificaram justamente a emissão da lei especial. Por isso esta não será afetada pela simples razão de o regime geral ter sido modificado”.

Essas opiniões, de conhecidos e abalizados cultores da Teoria Geral do Direito, levam-nos às ilações seguintes:

Podem ser consideradas normas específicas, tanto federais quanto estaduais, aquelas que regularem âmbitos especiais de relações jurídicas, considerados em relação à matéria, aos sujeitos da relação ou ao território de aplicação a normas, desde que essas normas sejam derivadas, ou fundadas em normas de maior abrangência, mas relativas ao mesmo objeto.

⁴² ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito : introdução e teoria geral*. Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. p. 446-453.

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. Saraiva, 1988. p. 351.

Trata-se do critério analítico para considerar uma norma como específica. Em relação às normas estaduais, podem ser consideradas também específicas aquelas que, em qualquer nível hierárquico de normatização, regulamentam matéria peculiar ao Estado, podendo ser aplicadas em outro lugar que não seja o território do Estado ao qual se destina a norma.

Daí a necessidade de critérios juridicamente aceitáveis, para solucionar os possíveis conflitos entre normas gerais e especiais, critérios que não podem esquecer a já mencionada teoria de Kelsen sobre a superposição de ordens jurídicas em um mesmo território.

4.5. O critério básico para a solução dos conflitos normativos ambientais entre diferentes entes federados: *in dubio pro natura*

Dado o caráter eminentemente lógico da relação entre norma geral e especial, é preciso buscar outros critérios mais objetivos que possam orientar, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, a solução dos possíveis conflitos entre normas gerais da União e normas especiais dos entes federados.

Qualquer que seja o critério adotado, deve ser obedecida uma hierarquia lógica dentro do critério regente do ordenamento jurídico pátrio, qual seja, em primeiro lugar a própria Constituição, que constitui por excelência a lei nacional. Mas, de qualquer modo, as soluções jurídicas aos problemas concretos emergentes deverão respeitar o critério do bom-senso, da equidade e da submissão da aplicação das leis aos fins sociais a que se destinam, nunca sendo demais lembrar que direito não é matemática, *é juris prudentia*.

Pelo uso do texto constitucional, os já citados §§ 1º e 4º da Constituição, bem como a indefinição do que seja norma especial, aliados ao princípio da derivação analítica entre lei geral e especial, leva-nos, *fortiori ratione*, a fixar como regra geral que os eventuais conflitos, nos quais a noção de norma geral e especial não seja suficiente, “devem ser resolvidos pela prevalência da norma que defenda melhor o direito fundamental tutelado, por se tratar de preceito constitucional (lei nacional) que se impõe à ordem jurídica central ou regional” (*in dubio pro natura*).

Fica assim solucionado o conflito em função da maior restritividade da legislação federal ou estadual, ainda que se trate de normas que o senso comum entenda como específicas. Exem-

plificando, a proibição regional ou local da pesca de determinadas espécies deve prevalecer sobre norma federal que não preveja tal situação.

Assim, assegura-se a possibilidade de a norma estadual estabelecer proibições onde a lei federal permite, bem como de que a lei federal estabeleça patamares mínimos de proteção ambiental a serem observados em todo o país.

Socorre-nos aqui o princípio da plenitude do ordenamento jurídico, aquele que autores, como Carlos Cossio, consideram o “axioma fundamental do direito”. Por ele, entende-se que a ordem jurídica é um contínuo de licitudes e um descontínuo de ilicitudes, expresso no brocardo “tudo o que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido”.

A Constituição Federal acolhe o princípio no inciso II do art. 5º:

“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Assim sendo, a atuação da pessoa, sujeito de direito, é livre, salvo as restrições objetivamente previstas nas esferas legislativas centrais, regionais ou locais.

No caso do direito ambiental, suas normas estabelecem restrições ao exercício dos direitos subjetivos, principalmente o direito de propriedade, calcadas nas normas constitucionais que impõem a proteção ao meio ambiente, especialmente as do art. 225 da Carta Magna de 1988, com seus incisos e parágrafos.

Articulando-se tais limitações constitucionais com os princípios da competência concorrente e residual (art. 25, § 1º e, em relação aos Municípios, art. 30, inciso II), entende-se que a lei estadual pode estabelecer limitações ao exercício dos direitos, com vistas à proteção ambiental, ainda que não previstas na legislação federal, desde, é claro, que tais restrições sejam compatíveis com as liberdades públicas constitucionais. Ainda que haja expressa autorização federal, por meio de lei, se a lei estadual, *considerada constitucionalmente válida*, ao contrário impede tal conduta, prevalecerá a lei estadual. Trata-se em nossa opinião de situação característica em que o conceito de norma específica, cuja competência em matéria ambiental é atribuída ao Estado para atender a peculiaridades locais, poderá determinar a inaplicabilidade da lei federal em Estados onde haja leis em contrário.

Por fim, outro critério, distinto do que atribui máxima efetividade a norma de proteção, esvaziaria a Constituição total que deve reger todos os entes federados, além de ir ao encontro do princípio federativo, consagrado no art. 1º da Constituição Federal vigente “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito...”.

5. Conclusões

1) O federalismo brasileiro surge com uma descentralização política criada por ato de direito estatal (Decreto nº 1, de 15.11.1889); concomitantemente com a República, entretanto, verifica-se por circunstâncias históricas que o espírito federativo só aparece mais adiante, ao longo de um processo de busca de espaço institucional dos Estados, entes federados regionais, e Municípios, entes federados locais, aperfeiçoado na Constituição de 1988.

2) O desequilíbrio da distribuição de competências, bem como a fraca autonomia política e financeira dos Estados, por muito tempo interferiu na aceitação de um federalismo de equilíbrio no Brasil.

3) A introdução da competência concorrente na Constituição de 1988 representa um passo importante para o fortalecimento de um federalismo de equilíbrio no Brasil.

4) O modelo clássico do federalismo dual sofreu profundas transformações, inclusive nos Estados Unidos. O modelo dos poderes reservados – criação genial dos federalistas americanos para superarem as resistências das ex-colônias a um Governo central – perdeu ao longo da história sua importância fundamental, tendo fenecido sua função de chave da distribuição das competências, em especial por dois motivos:

a) a doutrina dos poderes implícitos, a partir da decisão da Suprema Corte, em 1819, no “leading case” *McAlloch versus Maryland*;

b) a doutrina da supremacia federal, consolidada em decisões da Suprema Corte que validaram a legislação do *New Deal*, desde 1933.

5) O federalismo em sua pátria de origem (os Estados Unidos) tomou rumo crescente de centralização política, com grande desnível de distribuição de competência legislativa, em prejuízo dos Estados-membros.

6) A legislação concorrente representa um terceiro nível de competência não-experimentado no Brasil, até à Constituição de 1988. A União continua com os poderes enumerados (e implícitos), os Estados-membros com os poderes não enumerados (ou reservados) e ambos passam a ter uma área comum, onde legislarão concorrentemente, cabendo à União editar normas gerais, não exaustivas, e aos Estados-membros editar as normas específicas (complementares ou suplementares).

7) A solução brasileira de federação instituída em 1988 adota, de forma híbrida, modelos do federalismo americano ((a) poderes reservados dos Estados-membros limitados pela supremacia legislativa federal e (b) poderes enumerados e implícitos da União), bem como do federalismo da Índia, cuja Constituição prevê três listas de poderes (ou competências): a lista federal, a lista estadual e a lista concorrente.

8) A eficácia do sistema, no que se refere à proteção ambiental, dependerá da interpretação do Supremo Tribunal Federal, como árbitro constitucional do federalismo, especialmente no que concerne às limitações de forma e conteúdo das normas gerais da União, que não podem ser exaustivas e devem atender à finalidade de harmonização e de fixação de pressupostos. A competência legislativa dos Estados-membros não é supletiva (preenchendo brancos que o legislador federal lhes facultou), porém própria e exclusiva no seu âmbito, respeitados os pressupostos gerais e os princípios da Constituição, consoante corolário da teoria de Kelsen sobre a superposição de ordens jurídicas em um mesmo território.

9) A competência concorrente, de função legislativa, não se confunde com a competência comum, caracterizada pelo comando constitucional à atuação de todos os entes políticos-administrativos com relação às matérias enumeradas. É competência de execução e não legislativa *tout court*.

10) Eventuais conflitos, nos quais a noção de norma geral e norma especial não seja suficiente, devem ser resolvidos pela prevalência da norma que melhor defenda o direito fundamental – relativo à proteção ao meio-ambiente, por se tratar de preceito constitucional (lei nacional) que se impõem à ordem jurídica central ou regional.

Bibliografia

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito : introdução e teoria geral*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- ATALIBA, Geraldo. *Autonomia municipal na nova Constituição*. In : QUÉRCIA, Orestes (org.) *Municipalismo*. São Paulo : CEPASP, 1986.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte : FUMARC, 1982.
- BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1988.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Malheiros, 1996.
- DALLARI, Dalmio. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo : Saraiva, 1976.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo : Martins Fontes, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. São Paulo : Saraiva, 1988.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito : técnica, decisão, dominação*. São Paulo : Atlas, 1988.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1988.
- HAMILTON, MADISON, JAY. *Os artigos federalistas : 1787-1788*. Tradução de Maria Luíz X. de A. Borges. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1993.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968.
- HORTA, Raul Machado. *Problemas do federalismo brasileiro. Digesto Econômico*, São Paulo : n. 140, mar./abr. 1958.
- _____. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges, 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1995.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concernente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 101, jan./mar. 1989.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona : Ariel, 1982.
- MARINHO, Josaphat. *Poderes remanescentes na federação brasileira*. Salvador : Artes Gráficas, 1964.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970. v. 2.
- _____. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1953. v. 1.
- RODRIGUES, Leda Boechat. Direito e política : os direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 8, 1977.
- RUSSOMANO, Rosah. *Lições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro : J. Konfino, 1968.
- SANCHES, Viamonte Carlos. *Manual de Derecho Político : los problemas de la democracia*. Buenos Aires : ed. Bibliográfica Argentina, 1959.
- SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte americano atual*. Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1984.
- TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional estadual*. Rio de Janeiro : Forense, 1980.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte : Del Rey, 1994.