

# ANÁLISE DA DECISÃO CAUTELAR SOBRE A UTILIZAÇÃO DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (ADI Nº 3.540/2005) À LUZ DA TEORIA ARGUMENTATIVA DE MACCORMICK

**Ana Maria D'Ávila Lopes**

Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).  
Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).  
Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.  
Email: anadavilopes@yahoo.com.br

**Diego Monte Teixeira**

Mestrando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Universidade de Fortaleza (UNIFOR).  
Analista do Ministério Público da União/Apoio Jurídico/Direito  
Email: diegomontet@gmail.com

## RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar, à luz da teoria argumentativa de MacCormick, a decisão cautelar prolatada na ADI nº 3.540/2005, na qual se decidiu pela constitucionalidade da Medida Provisória no 2.166/2001, que regulamentou o uso das Áreas de Preservação Permanente. Para tal, realizou-se pesquisa na doutrina, legislação e jurisprudência nacionais, concluindo-se que a decisão não foi universalizável, já que se deu de forma excepcional em termos de admitir a regulamentação de um dispositivo do art. 225 da Constituição Federal por meio de Medida Provisória. Não foi também consistente, eis que os argumentos sistêmicos utilizados no voto do Ministro-Relator, com os quais concordou a maioria dos Ministros, mostraram-se contraditórios, e também não foi coerente, porque a invocação de alguns dispositivos constitucionais de caráter abstrato para fundamentá-la, por si só, não asseguraram que houve a inviolabilidade de outras normas do ordenamento. Se a decisão não está baseada em argumentos universalizáveis, consistentes e coerentes não pode ser considerada uma solução adequada, nem legítima, no Estado Democrático de Direito, e tampouco deve servir para orientar a análise de casos aparentemente simi-

lares como os veiculados nas ADIs nº 4901, nº 4902 e nº 4903 relativos ao novo Código Florestal.

**Palavras-Chave:** Áreas de Preservação Permanente; Argumentação Jurídica; MacCormick.

*ANALYSIS OF PRECAUTIONARY DECISION ABOUT THE USE OF  
PERMANENT PRESERVATION AREAS (ADI NO. 3.540/2005) IN  
LIGHT OF MACCORMICK'S ARGUMENTATIVE THEORY*

**ABSTRACT**

*The present work aims to analyse, in the light of MacCormick's argumentative theory, the precautionary decision issued at ADI no. 3,540/2005, in which it was decided the constitutionality of Provisional Measure no. 2,166/2001, which regulated the use of Permanent Preservation Areas. To this end, a bibliographical, documentary and jurisprudential research was made, and it was concluded that the decision was not universalizable, since it occurred in an exceptional way in terms of admitting the regulation of a provision of art. 225 of the Federal Constitution by a Provisional Measure. It was also not consistent, because the systemic arguments used in the vote of Minister-Rapporteur, with which agreed most Ministers, were contradictory. It was also not coherent because the invocation of some abstract constitutional norms to support it, by itself, do not ensure that there was not the violation of other norms. If the decision is not based on universalizable, consistent and coherent arguments, can not be considered an adequate or legitimate solution in a Democratic State of Law, and should not serve to guide the analysis of seemingly similar cases as referred to in ADIs nº 4901, nº 4902 and nº 4903 on the new Forest Code.*

**Keywords:** *Permanent Preservation Area; Juridical Argumentation; MacCormick.*

## INTRODUÇÃO

Na iminência do julgamento de três Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs nº 4.901/2013, nº 4.902/2013 e nº 4.903/2013) com pedidos de liminar, nas quais o Procurador-Geral da República questiona diversos dispositivos do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), mister que a doutrina analise a argumentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da decisão cautelar proferida na ADI nº 3.540/2005, na qual decidiu pela manutenção da validade da Medida Provisória nº 2.166-67, na parte em que alterou a redação do art. 4º, caput, e §§1º a 7º da Lei nº 4.771/1965 (antigo Código Florestal), para permitir a utilização de Áreas de Preservação Permanente, em casos excepcionais.

A problemática levantada nas ADIs nº 4901, nº 4902 e nº 4903, a relação entre o desenvolvimento econômico do Estado (art. 3º, II, c/c art. 170, VI da Constituição Federal de 1988) e a proteção do meio ambiente ecologicamente protegido (Art. 225 da Constituição Federal de 1988), é a mesma que foi levantada na decisão cautelar da ADI nº 3.540/2005, o que poderia levar o intérprete a uma açodada remissão aos seus fundamentos quando da análise dos casos que agora chegam à apreciação do Pretório Excelso, como se fossem situações semelhantes.

Diante desse panorama, este artigo tem por objetivo analisar os argumentos da decisão cautelar prolatada na ADI nº 3.540/2005, em que o Supremo Tribunal Federal, por maioria, negou referendo à decisão do Ministro Presidente que havia suspenso a eficácia e aplicabilidade dos dispositivos questionados da Medida Provisória nº 2.166/2001. Tais dispositivos permaneceram em vigor até 2012, quando foram revogados juntamente com a Lei nº 4.771/1965 (antigo Código Florestal), pela Lei nº 12.651/2012 (novo Código Florestal), fato que também ensejou a perda superveniente do objeto da ADI nº 3.540/2005.

O cotejo da decisão se dá com base na teoria de Neil MacCormick que propõe parâmetros para identificar a correção de decisões em situações práticas e complexas. Para tanto, o trabalho se encontra assim estruturado: primeiro, apresenta-se um breve esboço sobre a teoria de Neil MacCormick quanto aos argumentos interpretativos; em seguida, efetua-se um levantamento dos argumentos linguísticos, sistêmicos e teleológicos da decisão do STF; ao final, avalia-se se foram atendidos os requisitos da universalidade, consistência e coerência, para aferir a correção da decisão do STF quanto ao raciocínio que a justifica.

## 1 UM BREVE ESBOÇO DA TEORIA DE NEIL MACCORMICK SOBRE OS ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS

No art. 93, inc. IX da Constituição Federal de 1988, estabelece-se que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Trata-se de dispositivo decorrente do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, no qual só podem ser consideradas legítimas as decisões que se fundam em um convencimento racional dos jurisdicionados. Nesse sentido, para Moreira (1998, p. 90), o controle extraprocessual deve ser exercido, antes de mais nada, pelos próprios jurisdicionados *in genere*, sendo tal controle uma condição essencial para que o fortalecimento da confiança na tutela jurisdicional, enquanto fator da coesão social e da solidez das instituições.

Nesse contexto, ganham relevo as teorias argumentativas que objetivam propor parâmetros para aferir se uma decisão foi proferida de forma justificada ou não. Dentre essas, destaca-se a desenvolvida por Neil MacCormick.

MacCormick considera a argumentação jurídica uma ramificação da argumentação prática, tanto quando uma decisão é tomada a partir do raciocínio dedutivo da norma (silogístico), como quando são usados outros elementos não dedutivos, como acontece em determinados casos difíceis (MACCORMICK, 2006, p. IX). Nestes últimos casos, a justificação da escolha entre possíveis deliberações rivais dentro do mesmo sistema jurídico operante torna-se crítica (MACCORMICK, 2006, p. 127-129).

Afirma MacCormick (2010, p. 70-75) que, ao dar preferência a uma das possíveis leituras em torno do sentido de alguma disposição legal, o intérprete e aplicador do Direito se utiliza dos seguintes tipos de argumentos interpretativos: linguísticos, sistêmicos e teleológico-avaliativos. Em síntese, os argumentos linguísticos se dividem entre os que se ocupam do significado ordinário do termo utilizado no texto jurídico (linguagem comum) e os que se ocupam com o vocabulário especializado da proposição normativa (linguagem técnica). Os argumentos sistêmicos são aqueles orientados para a compreensão das disposições normativas como parte do sistema jurídico, divididos em: a) a harmonização contextual; b) o argumento de precedente; c) a analogia; d) o lógico-conceitual (conceito geral já reconhecido na doutrina); e) os princípios gerais do Direito; f) o argumento histórico. Os argumentos teleológicos são os que se referem à finalidade de determinadas disposições normativas a partir da presunção

de que foram produzidas por um legislador racional. (MACCORMICK, 2010, p. 70-74).

Tendo em vista a possibilidade de conflitos entre esses tipos de argumentos, MacCormick (2010, p. 75) afirma que se deve começar pelos argumentos linguísticos, passando em seguida para os sistêmicos, e só recorrer aos teleológicos quando os outros tipos de argumentos forem insuficientes. Haveria, assim, uma espécie de “regra de ouro”, criada por parte da doutrina escocesa e inglesa, que atuaria como uma máxima de sabedoria prática, no sentido dar prioridade aos argumentos linguísticos, restando os argumentos teleológicos como último caso.

Contudo, alerta MacCormick (2010, p. 76), em alguns casos, seria incorreto deixar os argumentos teleológicos para o final, notadamente quando tal prática pudesse gerar injustiça em relação a um princípio de justiça reconhecido juridicamente ou quando frustrasse os objetivos das políticas públicas perseguidos pela legislação.

Em face dessas considerações, ficaria a cargo do julgador saber como manejar os diversos tipos de argumentos, de sorte a guardar um equilíbrio entre eles (LOPES; BENÍCIO, 2015, p. 44).

## **2 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS UTILIZADOS NA ADI Nº 3.540/2005**

As Áreas de Proteção Permanente - APPs foram criadas pelo atualmente revogado Código Florestal, Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965, no art. 1º, §2º, inciso II, “com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas” (BRASIL, 1965).

Em 2001, editou-se a Medida Provisória nº 2.166-67 (BRASIL, 2001), que alterou a redação do art. 4º do citado Código de forma a permitir a supressão de vegetação nas APPs, nos casos de utilidade pública ou interesse social. Paralelamente, a Medida Provisória incluiu os incisos IV e V no §2º do artigo 1º, nos quais definiram-se o que deveria ser entendido por utilidade pública e interesse social. Já nos sete parágrafos do art. 4º, foram previstos outros casos excepcionais de intervenção humana, incluindo as situações em que seria necessária apenas a autorização do órgão de proteção ambiental federal<sup>1</sup>, estadual e municipal, contrariando o art. 225, §1º,

<sup>1</sup> Em 2006, o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA editou a Resolução nº 369, na qual

inc. III da Constituição Federal de 1988 - CF/88 (BRASIL, 1988), no qual se estabelece que cabe ao Poder Público: “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas **somente através de lei**, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” (grifo nosso).

Em face dessa situação, o Procurador Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.540/2005, perante o Supremo Tribunal Federal - STF, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello (STF, 2005). Na ocasião, foi feito o pedido de liminar tendo sido inicialmente deferido pelo Ministro Nelson Jobim, Presidente do Tribunal, em razão do pedido ter sido realizado no período de férias forenses. Finalizadas as férias e retomados os trabalhos, os Ministros pronunciaram-se sobre a cautelar.

A seguir, apresenta-se uma análise dos argumentos utilizados pelo Procurador Geral da República, autor da ADI nº 3.540/2005, para defender a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2.166-67, na parte em que conferiu a redação do art. 4º, caput, e §§1º a 7º da Lei nº 4.771/65, assim como os argumentos invocados pelos Ministros do STF, na decisão cautelar prolatada em 1 de setembro de 2005. A análise é realizada à luz da teoria de Neil MacCormick, distinguindo, portanto, os argumentos interpretativos linguísticos, sistêmicos e teleológicos utilizados.

#### **a) Argumentos do Procurador-Geral da República**

- *Argumento linguístico*: a Medida Provisória nº 2.166-67/2001, na parte em que conferiu a redação do art. 4º, caput, e §§1º a 7º da Lei nº 4.771/1965, violou o art. 225, §1º, III, da CF/88 que exige que os atos de modificação e/ou de supressão dos espaços territoriais especialmente protegidos se submetam ao postulado da reserva absoluta de lei em sentido formal.

- *Argumento sistêmico*: a competência para autorizar a alteração e a supressão de Área de Preservação Permanente (APP), espécie do gênero espaço territorial especialmente protegido, é exclusiva do Poder Legislativo, não sendo tal competência objeto de delegação à autoridade administrativa.

- *Argumento teleológico*: o art. 225 da CF/88 determina a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a Medida Provisória

---

regulamentou os casos excepcionais de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em APP.

nº 2.166-67/2001, na parte em que conferiu a redação do art. 4º, caput, e §§1º a 7º da Lei nº 4.771/1965, tem a finalidade oposta, uma vez que permite a utilização de APPs em determinados casos.

### **b) Argumentos do Ministro Celso de Mello (Relator)**

- *Argumento linguístico*: somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos é que se qualificam, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, 1º, III da CF/88, como matérias sujeitas ao princípio da reserva de lei formal, não abrangendo os casos de supressão da vegetação nelas existentes.

- *Argumentos sistêmicos*: i) O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado figura na categoria dos direitos de terceira geração, conforme doutrina de Celso Lafer e de Paulo Affonso Leme Machado, além de precedente do próprio STF (RTJ 158/205-206); ii) Há um vínculo entre o meio ambiente ecologicamente equilibrado e o gozo de condições de vida adequada ao gênero humano, de modo que o meio ambiente constitui patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, tal qual o disposto na Declaração de Estocolmo sobre meio ambiente de 1972, na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92), além da abordagem doutrinária de Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva e de José Afonso da Silva; iii) A doutrina entende que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto patrimônio público, qualifica-se como encargo irrenunciável do Poder Público e da coletividade que se impõe sempre em benefício da presente e das futuras gerações. Exemplos de doutrinadores citados: Maria Sylvia Zanella de Pietro e Luis Roberto Barroso; iiiii) A doutrina defende que os ordenamentos jurídicos nacionais e as formulações no plano internacional não mais estão alheios a realidade que qualifica o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como de titularidade coletiva. Exemplo de doutrinadores citados: José Francisco Rezek e José Afonso da Silva; iiiiii) A Medida Provisória nº 2.166-67/2001 foi editada com absoluta fidelidade a tais valores constitucionais e a prática dos últimos quatro anos (conforme manifestações apresentadas por *amici curiae*) não resultou em efeito predatório ao patrimônio ambiental.

- *Argumentos teleológicos*: i) A superação do antagonismo entre o imperativo de desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CF/88) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (art. 225, CF/88), depende da situação concreta, dos interesses e direitos postos em situação

de conflito, em ordem a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo o princípio do desenvolvimento sustentável, tal como formulado na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio 92 e reconhecido na doutrina. Doutrinadores citados: Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Luís Paulo Sirvinskas, Marcelo Abelha Rodrigues, Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, Daniel Sarmiento, Luís Roberto Barroso, José Carlos Vieira de Andrade, J. J. Gomes Canotilho, Edilson Pereira de Farias, Wilson Antônio Steinmez e Suzana de Toledo Barros; ii) Os dispositivos questionados, longe de comprometer os valores consagrados no art. 225 da CF/88, estariam a estabelecer mecanismos de controle pelo Estado das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente.

**c) Argumentos do Ministro Nelson Jobim (Presidente do STF)**

- *Argumento linguístico*: as alterações e a supressão referidas no inciso III do §1º do art. 225 da CF/88 dizem respeito à própria constituição do espaço geográfico, abrangido pela área de preservação e não à supressão da vegetação nelas existente.

- *Argumento sistêmico*: o STF, no caso da Chapada dos Veadeiros, teria assentado que não só a supressão da área de preservação, como também a alteração no seu desenho topográfico deveria ser objeto de lei, não ficando ao alvedrio do Poder Executivo. Contudo, no caso em espécie, o objeto dos dispositivos questionados seria apenas a forma pela qual se viabilizaria a exploração de área estabelecida de preservação ambiental.

**d) Argumentos do Ministro Eros Grau**

- *Argumento linguístico*: a manifestação do legislativo, a que se refere o inciso III do §1º do art. 225 da CF/88 diz respeito às alterações e supressões de espaços territoriais especialmente protegidos, não à vegetação existente nessas áreas.

**e) Argumentos do Ministro Carlos Britto**

- *Argumentos linguísticos*: i) O termo “suprimir” equivale a extinguir, extirpar, arrancar, erradicar, eliminar. Já o termo “vegetação” seria o coletivo de vegetal, ou todo um conjunto de espécimes botânicas; ii) A parte final do inciso III do §1º, do art. 225 da CF/88 institui uma limitação constitucional para o próprio Legislativo, ou seja, até mesmo via lei seria vedada qualquer utilização que compromettesse a integridade dos atributos do espaço protegido.

- *Argumento sistêmico*: quando se trata de caso de desapropria-

ção de um bem individual, quem define, quem lista as hipóteses de interesse social, de utilidade social, de necessidade pública, é a lei, lei formal. Enquanto que, no caso sob apreciação, a Medida Provisória delegou tudo ao critério das entidades administrativas;

- *Argumento teleológico*: perpassa por toda a Medida Provisória nº 2.166-67/2001 um espírito de leniência, frouxidão, de tal maneira que até a vegetação que protege as nascentes poderão ser suprimidas.

#### **f) Argumentos do Ministro Cezar Peluso**

- *Argumento linguístico*: a primeira oração do período do texto do art. 225, §1º, III da CF/88 trata da alteração e supressão do espaço especialmente protegido, enquanto que a segunda trata do uso do espaço. Assim, a Constituição só impõe a exigência de lei à alteração e à supressão do espaço, o que não seria o caso da Medida Provisória questionada, que apenas está regulando o uso.

- *Argumento teleológico*: a interpretação literal acima mencionada também corresponde à racionalidade da norma do art. 225, §1º, III da CF/88, primeiro porque se não fosse assim, ficariam inviabilizados uma série de projetos, de atividades e de obras de interesse público e de caráter urgente, pela ausência de uma regulamentação legal; segundo porque seria mais fácil controlar a prática de um ato administrativo do que a edição de uma lei em sentido formal.

#### **g) Argumentos da Ministra Ellen Grace**

- *Argumento sistêmico*: às razões do voto do Ministro Relator, somaram-se aquelas apresentadas pelos *amici curiae*, quando elencaram um grande número de iniciativas de obras importantes que estariam inviabilizadas pela manutenção da medida liminar concedida na decisão sob referendo do Plenário.

#### **h) Argumentos do Ministro Marco Aurélio**

- *Argumento linguístico*: o vocábulo “alteração” tem significado vernacular próprio, sendo que o constituinte de 1988 não estabeleceu exceções quanto ao objeto dessa alteração. Assim, onde a CF/88 exige a existência de lei, não se pode admitir que a alteração possa ocorrer por meio de Medida Provisória.

- *Argumentos sistêmicos*: i) Não competia ao Chefe do Poder Executivo disciplinar matéria que podia implicar prejuízo irreversível, além dos requisitos de urgência e relevância para a edição de uma medida provisória não estarem presentes, considerando que o Código Florestal estava em vigor há muitos anos; ii) Ocorreu vício formal na normatização da

matéria, a qual deveria ter passado pelo crivo dos representantes do povo brasileiro - os deputados federais, e pelos representantes dos Estados - os senadores; iii) Todos os dispositivos do art. 225 remetem sua regulação a lei em sentido formal e material, sendo que jamais o STF teria assentado ser possível a regulamentação, em si, da CF/88 via medida provisória; iiiv) O dispositivo do inciso III, do §1º do art. 225 da CF/88 está direcionado, necessariamente, à edição de uma lei que, apreciadas as circunstâncias envolvidas no projeto respectivo, abra exceção à preservação, à intangibilidade do espaço territorial que se tenha como protegido.

- *Argumento teleológico*: sopesando os valores relativos ao desenvolvimento econômico e a preservação visada pela CF/88, encontra-se risco maior na manutenção da Medida Provisória nº 2.166-67/2001.

#### **i) Argumentos do Ministro Sepúlveda Pertence**

- *Argumento sistêmico*: reportou-se ao voto do Ministro Relator na parte que afirma que a Medida Provisória substituiu a redação original do Código Florestal, que seria mais aberta do que a redação da própria Medida Provisória nº 2.166-67/2001.

#### **j) Argumentos constantes na Ementa da Decisão**

- *Argumento linguístico*: somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da CF/88, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal.

- *Argumentos sistêmicos*: i) Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano; ii) Incumbe ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual; iii) O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral; iiiv) A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF/88, art. 170, VI); iiiv) Os instrumentos jurídicos de

caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural; iiiii) O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações;

- *Argumentos teleológicos*: i) A Medida Provisória nº 2.166-67/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do antigo Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da CF/88, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das APPs, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão; ii) É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF/88, art. 225, § 1º, III).

### 3 A APLICAÇÃO DOS REQUISITOS DE UNIVERSABILIDADE, CONSISTÊNCIA E COERÊNCIA PROPOSTOS POR MACCORMICK

Se de um lado concorda-se com Streck (2014, p. 19), no sentido de que o grande desafio da doutrina brasileira atual é estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional, constata-se que, mesmo os principais defensores da possibilidade de uma argumentação dedutiva do texto da lei, como Alexy e MacCormick, reconhecem a insuficiência dessa dedução nos chamados casos difíceis. Do mesmo modo, até positivistas como H.L.A Hart reconhecem a existência de determinados casos nos quais o Direito não fornece diretamente os elementos para uma decisão (TOMAZETTE, 2011, p. 163).

Conforme apontado no tópico 2, o caso da ADI nº 3.540/2005 é mais um dos típicos *hard cases*, em que não há como se deduzir da letra da Lei a decisão a ser tomada. Diante de casos como este, Neil MacCormick propõe uma justificação de segunda ordem, de sorte que a decisão deve observar os requisitos de universabilidade, consistência e coerência (MACCORMICK, 2008, p. 247).

O requisito da universabilidade se dá a partir da aplicação do princípio da igualdade, de forma a impedir, em linha de princípio, decisões diferentes para situações semelhantes. Isso porque “a noção de justiça formal exige que a justificação de decisões em casos individuais seja sempre fundamentada em proposições universais que o juiz esteja disposto a adotar como base para determinar outros casos semelhantes e decidi-los de modo semelhante ao atual” (MACCORMICK, 2006, p. 126).

Pelo requisito da consistência, a decisão deve se apoiar em argumentos que não se contradigam entre si (LOPES; BENÍCIO, 2015, p. 50). Para Atienza (2006, p. 128), o requisito da consistência deve ser estendido à premissa fática, de tal maneira que a decisão esteja de acordo com a realidade apresentada em termos de prova. A análise desse aspecto, entretanto, não será necessária para o cotejo dos argumentos da medida cautelar na ADI nº 3.540/2005, por se tratar de controle abstrato de constitucionalidade em que a matéria discutida é, eminentemente, de direito.

O requisito da coerência, por sua vez, exige que as várias normas de um sistema façam sentido quando consideradas em conjunto (MACCORMICK, 2006, p. 197), ou seja, o critério da coerência diz respeito à

justificação da decisão no contexto geral do sistema jurídico.

Concluindo com Martins, Roesler e Jesus (2011, p. 214-215), há duas distinções importantes entre consistência e coerência para Neil MacCormick: a primeira diz respeito à consistência ligada à ideia de não contradição lógica entre duas ou mais regras, enquanto que a coerência estaria presente quando o grupo de proposições, tomadas em seu conjunto, faz sentido como um todo; a segunda refere-se à ligação entre a ideia de coerência e o caráter valorativo do ordenamento jurídico, de forma que a coerência seria a “compatibilidade axiológica entre duas ou mais regras, todas justificáveis em vista de um princípio comum”.

Dentro desse quadro, e a partir das tabelas constantes no tópico 2, passa-se a verificar se foram cumpridos os requisitos da universabilidade, consistência, e coerência na decisão cautelar proferida na ADI nº 3.540/2005.

### **3.1 Universabilidade**

A partir de uma visão geral da decisão, ou seja, sem considerar os votos dos Ministros unitariamente, observa-se que a decisão cautelar proferida na ADI nº 3.540/2005 não cumpre com o requisito da universabilidade, haja vista ter sido a primeira e única vez que o Supremo Tribunal Federal admitiu, de forma excepcional, a possibilidade de regulamentação de um dos dispositivos do art. 225 da CF/88 por meio de uma medida provisória.

Tal aspecto restou esclarecido no Plenário com a argumentação do Ministro Marco Aurélio: “Incisos e parágrafos do artigo 225 remetem à lei [...] Jamais o Supremo Tribunal Federal assentou ser possível a regulamentação, em lei, da Constituição Federal via medida provisória” (STF, 2005, p. 589).

Contudo, os votos de cada um dos Ministros, com exceção dos votos dos Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, admitem a possibilidade de diminuição do espectro de proteção de espaços especialmente protegidos por meio de uma medida provisória, apesar de terem sido criados com o claro propósito de assegurar a efetividade da higidez ambiental.

### **3.2 Consistência**

O Ministro-Relator, Celso de Mello, foi o responsável pelo voto

condutor da decisão encampada pela maioria do Plenário, e o fez, como de costume, por meio de uma construção hermenêutica complexa e apoiado em doutrina abrangente sobre as questões ambientais.

No entanto, os argumentos utilizados pelo Ministro Celso de Mello na interpretação constitucional do art. 225, §1º, III da CF/88 revelaram-se contraditórios entre si e, mesmo assim, influenciaram a decisão da maioria de seus pares.

De início, o Ministro dedicou sete páginas do seu voto em defesa de uma interpretação sistemática do art. 225 da CF/88, elevando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao patamar de um direito fundamental de 3ª geração, cuja titularidade transcende o plano das presentes gerações e ultrapassa o âmbito nacional de proteção para ser fiel ao compromisso das Nações em prol de toda a Humanidade (STF, 2015, p. 542-548).

Aqui, observa-se a rica carga argumentativa do Ministro Celso de Mello, que bem divisa a força dúplice do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, concebido tanto como um direito humano, devendo ser assegurando no plano internacional, quanto como um direito fundamental, devidamente positivado e protegido na esfera constitucional brasileira.

Reforçou o Ministro-Relator esse entendimento ao citar no seu voto a Declaração de Estocolmo sobre Meio Ambiente de 1972 e a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92), juntamente com diversos posicionamentos doutrinários que reconhecem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano constante em documentos internacionais de hierarquia supralegal<sup>2</sup>, que embora não possam ser utilizados como parâmetros para o controle de constitucionalidade, constituem fonte interpretativa para a compreensão e aplicação das normas nacionais em virtude da sua relevância para a proteção da dignidade humana.

Do mesmo modo, ao afirmar que o meio ambiente constitui patrimônio público a ser “necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais” (STF, 2005, p. 547) deixou o Ministro Celso de Mello entrever o caráter indisponível desse direito, refletindo um dever não apenas moral, mas jurídico na transmissão de tal patrimônio para as futuras gerações. (MILARÉ, 2015, p. 175).

Logo, em seguida, quebrando a linha argumentativa que vinha

---

2 Conforme posicionamento do STF no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP (STF, 2008).

desenvolvendo em prol do referido direito fundamental, o Ministro Relator afirmou que a Medida Provisória nº 2.166-67/2001 guardava absoluta fidelidade aos valores constitucionais e que a prática dos quatro anos de vigência dessa norma não tinha evidenciado qualquer efeito lesivo e predatório ao patrimônio ambiental, tal qual argumentado pelos representantes do Poder Executivo que atuaram nos autos em defesa da constitucionalidade da citada Medida Provisória (STF, 2005, p. 549-556).

Ora, se a Medida Provisória nº 2.166-67/2001, na parte em que conferiu a redação do art. 4º, caput, e §§1º a 7º da Lei nº 4.771/1965, alterou a utilização das APPs, de maneira a relativizar o regime de preservação permanente em determinados casos, como dizer que tal norma estaria em conformidade com os valores constitucionais que preconizam o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado?

A permissão para a intervenção em áreas declaradas em lei como de preservação permanente, inexoravelmente, acarretará prejuízos ao meio ambiente, o que se poderia discutir – de um lado ou de outro – é se as intervenções nessas áreas seriam de tal monta a afetar o equilíbrio ambiental, e assim atingir ou não o núcleo do direito fundamental protegido, mas argumentos com esse feitiço não foram aprofundados pelos Ministros.

Aliás, um breve embate foi travado no Plenário, a partir do voto do Ministro Carlos Britto quando tentava levar a cabo uma interpretação conforme a CF/88 dos dispositivos da Medida Provisória nº 2.166-67/2001, de forma a evitar que os órgãos administrativos tivessem ampla discricionariedade para autorizar até a supressão da vegetação das APPs. O embate, entretanto, não se prolongou, na medida em que o Ministro Celso de Mello assentou que a própria cláusula constitucional (art. 225, §1º, III) veda qualquer utilização do espaço protegido que possa comprometer a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (STF, 2005, p. 576-579).

Já o Ministro Marco Aurélio manifestou que o termo “alteração” do espaço protegido, poderia, no caso sob apreciação, implicar a total supressão de vegetação em APP, representando uma alteração substancial, que não poderia ocorrer por meio de medida provisória (STF, 2005, p. 591).

Em síntese, após efetuar uma longa defesa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Ministro Relator Celso de Mello, sem analisar os benefícios das APPs para a efetividade do referido direito fundamental<sup>3</sup> e os potenciais riscos que seriam causados a partir da previ-

3 As funções ambientais das APPs encontram-se previstas no art. 3º, II, do Código Florestal vigente:

são em Medida Provisória para a intervenção nessas áreas, concluiu que essa norma regulamentadora representaria um avanço no fortalecimento das medidas destinadas à preservação dos atributos que caracterizam as APPs.

O que se observa da leitura dos votos dos Ministros, na verdade, é que a Medida Provisória nº 2.166-67/2001 impugnada foi emitida para privilegiar o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CF/88), tanto assim que o próprio Ministro-Relator destacaria mais tarde a existência de um permanente estado de tensão entre esse valor constitucional e o do equilíbrio ambiental, devendo ser ponderados em ordem a harmonizá-los, tendo como vetor interpretativo o princípio do desenvolvimento sustentável (STF, 2005, p. 565). Todavia, as razões pelas quais se entendeu pela prevalência do desenvolvimento nacional não foram apontadas.

A contradição dos argumentos do Ministro Relator, no sentido de que a Medida Provisória nº 2.166-67/2001 estaria a se harmonizar com os valores constitucionais de ordem ambiental, resta evidente no argumento teleológico invocado pelo Ministro Cezar Peluso, quando afirma que a interpretação do dispositivo do art. 225, §1º, III da CF/88 dada pelo Relator corresponde à racionalidade da norma, tendo que vista que sem a Medida Provisória “em primeiro lugar, [...] se inviabilizaria uma série de projetos, de atividades e de obras de interesse público e de caráter urgente, por dependerem de regulamentação, de autorização ou de licenciamento mediante ato do Poder Legislativo, que demanda tempo[...]” (STF, 2005, p. 583).

Tendo em vista que os Ministros Nelson Jobim, Eros Grau, Ellen Grace, Sepúlveda Pertence e Cezar Peluso acompanharam a interpretação do dispositivo constitucional adotada pelo Ministro Relator, poder-se-ia aqui registrar uma inconsistência por arrastamento. Tanto assim que a maior parte da ementa da decisão cautelar da ADI nº 3.540/2005 é destinada a ressaltar que a Medida Provisória nº 2.166-67/2001 foi editada com o intuito de conferir efetividade ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas remete, ao mesmo tempo, à questão do desenvolvimento econômico do país.

Em relação ao argumento linguístico, não se vislumbram inconsistências na interpretação do art. 225, §1º da CF/88 realizada pelo Ministro Relator, que entendeu que somente para a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos era necessária a reserva de lei.

---

preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (BRASIL, 2012).

### 3.3 Coerência

A noção de coerência reclama uma racionalidade que deve transparecer na decisão tanto de maneira interna, no que concerne aos próprios argumentos utilizados na decisão, quanto externa, na medida em que deve haver uma conexão racional entre os argumentos utilizados, os fatos narrados e o ordenamento jurídico como um todo (MARTINS, ROESLER e JESUS, 2011, p. 215).

Da análise dos argumentos elencados na ementa da decisão (tabela nº 10), verifica-se que, a partir de uma noção externa, a decisão mostra-se coerente, tendo em vista ter sido invocado o princípio fundamental do desenvolvimento nacional, previsto no art. 3º, II da CF/88, assim como o princípio do desenvolvimento sustentável, valor já assimilado em diversos tratados internacionais, “como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e da ecologia” (STF, 2005). O Pretório Excelso, ao invocar esses princípios, demonstra um trunfo para garantir uma relativa coerência do julgado, de sorte a harmonizar o grupo de proposições constitucionais relativas ao desenvolvimento econômico (art. 3º, II da CF/88) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (art. 170, VI e 225 da CF/88).

No que tange aos argumentos internos da própria decisão, entretanto, não se pode dizer que o requisito da coerência foi atendido. Isto porque, se bem a Medida Provisória nº 2.166-67/2001 não afronta a letra da norma contida no art. 225, § 1º, III, da CF/88, no qual apenas para a alteração ou supressão de APPs é exigida lei formal, a possibilidade de suprimir a vegetação nessas áreas, por meio de autorizações administrativas, pode comprometer grave e definitivamente o equilíbrio ecológico nelas existentes. A desconsideração desse aspecto nos argumentos desenvolvidos esvazia a invocação pura e simples do princípio do desenvolvimento sustentável e deixa transparecer a incoerência da decisão.

## CONCLUSÃO

A decisão cautelar da ADI nº 3.540/2005 proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a validade da Medida Provisória nº 2.166-67/2001, que regulamentou as hipóteses de utilização de Áreas de Preservação Permanente (art. 4º, caput, e §§1º a 7º da Lei nº 4.771/1965), constitui um típico *hard case*. Um caso é considerado difícil quando não se

consegue deduzir diretamente da letra da lei a decisão a ser tomada. Nessas situações, é necessário recorrer a critérios especiais para aferir a correção da decisão, tendo em vista que, em um Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais devem ser racionalmente justificadas.

A necessidade das decisões judiciais serem adequadamente fundamentadas e os critérios para avaliar o atendimento a essa exigência vêm sendo abordados pelas teorias argumentativas. Dentre essas teorias, destaca-se a defendida por Neil MacCormick, que propõe a universalidade, a consistência e a coerência como critérios para determinar a correção de uma decisão.

Acompanhando essa proposta, no presente artigo foram inicialmente identificados os tipos de argumentos interpretativos, utilizados pelo autor e por cada um dos Ministros do STF na decisão cautelar ADI nº 3.540/2005 (argumentos linguísticos, sistemáticos e teleológicos), para, posteriormente, analisar a correção da decisão a partir do atendimento aos três critérios propostos por Neil MacCormick.

Da análise empreendida neste trabalho, concluiu-se que a decisão cautelar da ADI nº 3.540/2005 não é universalizável, porque a possibilidade da regulamentação de um dispositivo do art. 225 da Constituição Federal de 1988 por meio de uma Medida Provisória foi considerada uma situação excepcional, não devendo, portanto, ser repetida. Não é também consistente porque os argumentos sistêmicos utilizados no voto do Ministro-Relator, com os quais concordou a maioria dos Ministros, mostraram-se contraditórios. Finalmente, embora aparentemente coerente sob uma perspectiva externa, a partir da harmonização do grupo de proposições constitucionais relativas ao desenvolvimento econômico (art. 3º, II da CF/88) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (art. 170, VI e 225 da CF/88), a inexistência de uma análise sobre o potencial comprometimento do equilíbrio ecológico pela supressão de vegetação em APPs, a partir de previsões da norma impugnada, esvazia a argumentação pura e simples do princípio do desenvolvimento sustentável e revela a incoerência interna da decisão.

Há, entretanto, que se reconhecer alguns aspectos positivos da decisão, haja vista ter tecido uma interpretação sistemática do art. 225 da Constituição Federal de 1988, de forma a elevar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao patamar de um direito fundamental de terceira geração, inclusive traçando uma interligação desse direito fundamental com os anseios dos direitos humanos no plano internacional. Assim, os

argumentos utilizados na decisão seriam sugestivos para uma reavaliação quando da análise pelo Pretório Excelso em casos assemelhados em que existisse uma tensão entre os ideais do desenvolvimento econômico e o meio ambiente. Todavia, se a decisão proferida na ADI nº 3.540/2005 não está baseada em argumentos universalizáveis, consistentes e coerentes, não pode ser considerada uma solução adequada, nem legítima no Estado Democrático de Direito, não devendo servir para orientar a análise de casos aparentemente similares como os veiculados nas ADIs 4901, 4902 e 4903 sobre o novo Código Florestal.

## REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3 ed. São Paulo: Landy, 2006.

BRASIL. *Lei nº 12.651*, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2016.

BRASIL. *Medida Provisória nº 2.166-67*, de 24 de agosto de 2001. Altera os arts. 1º, 4º, 14, 16 e 44, e acresce dispositivos à Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui o Código Florestal, bem como altera o art. 10 da Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2001/medidaprovisoria-2166-67-24-agosto-2001-393708-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 jun. 2016.

BRASIL. *Lei nº 4.771*, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4771.htm2014/2012/lei/112651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4771.htm2014/2012/lei/112651.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2016.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; BENÍCIO, Márcio. Análise da decisão judicial sobre a “briga de galos” a partir da teoria de MacCormick. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 10, p. 37-58, 2015.

MACCORMICK, Neil. Argumentación e Interpretación en el Derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33. 2010, p. 65-78.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Claudia Rosane; REZENDE DE JESUS, Ricardo Antônio. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. *Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI)*, v. 16, n 2, mai./ago. 2011.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 10ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1988.

STRECK, Lenio Luiz. Questionando o ativismo judicial ou “de como necessitamos de uma teoria da decisão”. *Revista Direito & Paz*. Lorena: UNISAL, ano XVI, nº 30, 2014/1, p. 11-46, 2014. Disponível em: <<http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/issue/viewFile/17/2#page=11>>. Acesso em 02 jun. 2016.

STF- UPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medida Cautelar na Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.540/2005*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3540ementa.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2016

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE 466.343/SP*, julgado no 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

TOMAZETTE, Marlon. A teoria da argumentação e a justificação das decisões contra legem. *Revista Direito e Práxis*, vol. 03, n. 02, p. 154-171, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/1877/8236>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

Artigo recebido em: 23/06/2016.

Artigo aceito em: 18/11/2016.

**Como citar este artigo (ABNT):**

LOPES, Ana Maria D'Ávila; TEIXEIRA, Diego Monte. Análise da decisão cautelar sobre a utilização de áreas de preservação permanente (ADI nº 3.540/2005) à luz da teoria argumentativa de MacCormick. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 135-155, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/823>>. Acesso em: dia mês. ano.