
ANÁLISIS DE LA DECISIÓN CAUTELAR SOBRE LA UTILIZACIÓN DE ÁREAS DE PRESERVACIÓN PERMANENTE (ADI N°3.540/2005) A LUZ DE LA TEORÍA ARGUMENTATIVA DE MACCORMICK

Ana Maria D'Ávila Lopes

Doctora y Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG).
Titular del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad de Fortaleza (UNIFOR).
Becario de Productividad en Pesquisa do CNPq.
E-mail: anadavilalopes@yahoo.com.br

Diego Monte Teixeira

Máster en Derecho Constitucional por el Programa de Posgrado
en Derecho Universidad de Fortaleza (UNIFOR).
Analista del Ministerio Público de la Unión/Apoyo Jurídico/Derecho
E-mail: diegomontet@gmail.com

RESUMEN

El presente trabajo objetiva analizar, a luz de la teoría argumentativa de MacCormick, la decisión cautelar proferida en la ADI n° 3.540/2005, en la cual se decidió por la constitucionalidad de la Medida Provisoria no 2.166/2001, que reglamentó el uso de las Áreas de Preservación Permanente. Para tal, se realizó pesquisa en la doctrina, legislación y jurisprudencia nacionales, concluyéndose que la decisión no fue universalizable, una vez que se dio de forma excepcional en términos de admitir la reglamentación de un dispositivo del art. 225 de la Constitución Federal por medio de Medida Provisoria. No ha sido consistente también, una vez que los argumentos sistémicos utilizados en el voto del Ministro-Relator, con los cuales acordaron la mayoría de los Ministros, mostrándose contradictorios, y también no fue coherente, porque la invocación de algunos dispositivos constitucionales de carácter abstracto para fundamentarla, por sí sólo, no aseguraran que hubo la inviolabilidad de otras normas del ordenamiento. Si la decisión no está basada en argumentos universalizarles, consistentes y coherentes no puede ser considerada una solución adecuada, ni legítima, en el Estado Democrático de Derecho, y tampoco debe servir para orientar

el análisis de casos aparentemente similares como los vehiculados en las ADIs n° 4901, n° 4902 y n° 4903 relativos al nuevo Código Forestal.

Palabras-Clave: Áreas de Preservación Permanente; Argumentación 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 n° 4901, n° 4902 and n° 4903 on the new Forest Code.

Keywords: Permanent Preservation Area; Juridical Argumentation; MacCormick.

INTRODUCCIÓN

En la eminencia del juzgado de tres Acciones Directas de Inconstitucionalidad (ADIs nº 4.901/2013, nº 4.902/2013 y nº 4.903/2013) con pedidos de liminar, en las cuales el Procurador-General de la República cuestiona diversos dispositivos del nuevo Código Forestal (Ley nº 12.651/2012), mister que la doctrina analice la argumentación utilizada por el Supremo Tribunal Federal en el ámbito de la decisión cautelar proferida en la ADI nº 3.540/2005, en la cual decidió por la manutención de la validez de la Medida Provisoria nº 2.166-67, en la parte en que alteró la redacción del art. 4º, caput, e §§1º a 7º de la Ley nº 4.771/1965 (artículo Código Forestal), para permitir la utilización de Áreas de Preservación Permanente, en casos excepcionales.

La problemática levantada en las ADIs nº 4901, nº 4902 y nº 4903, la relación entre el desarrollo económico del Estado (art. 3º, II, c/c art. 170, VI de la Constitución Federal de 1988) y la protección del medio ambiente ecológicamente protegido (Art. 225 de la Constitución Federal de 1988), es la misma que fue levantada en la decisión cautelar de la ADI nº 3.540/2005, lo que podría llevar al intérprete a una acodada remisión a los fundamentos suyos cuando del análisis de los casos que ahora llegan a apreciación del Pretorio Excelso, como se fueran situaciones semejantes.

Delante de ese panorama, este artículo tiene por objetivo analizar los argumentos de la decisión cautelar proferida en la ADI nº 3.540/2005, en que el Supremo Tribunal Federal, por mayoría, negó referendo a decisión del Ministro Presidente que había suspendido la eficacia y aplicabilidad de los dispositivos cuestionados de la Medida Provisoria nº 2.166/2001. Tales dispositivos permanecieron en vigor até 2012, cuando fueron revocados juntamente con la Ley nº 4.771/1965 (antiguo Código Forestal), por la Ley nº 12.651/2012 (nuevo Código Forestal), hecho que también posibilitó la pérdida superveniente do objeto da ADI nº 3.540/2005.

El cotejo de la decisión se da con base en la teoría de Neil MacCormick que propone parámetros para identificar la corrección de decisiones en situaciones prácticas y complejas. Para tanto, el trabajo se encuentra así estructurado: primero, se presenta un breve esbozo sobre la teoría de Neil Maccornick cuanto a los argumentos interpretativos; en seguida, se efectúa un levantamiento de los argumentos lingüísticos, sistémicos y teleológicos de la decisión del STF; al final, se evalúa se han sido atendidos los requisitos de la universalidad, consistencia y coherencia,

para evaluar la corrección de la decisión del STF cuanto al raciocinio que la justifica.

1 UN BREVE ESBOZO DE LA TEORÍA DE NEIL MACCORMICK SOBRE LOS ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS

En el art. 93, inc. IX de la Constitución Federal de 1988, establece que todas las decisiones de los órganos del Poder Judicial deben ser fundamentadas, bajo pena de nulidad. Se trata de dispositivo decurrente del propio concepto de Estado Democrático de Derecho, lo cual solo pueden ser consideradas legítimas las decisiones que se fundan en un convencimiento racional de los reclamantes. En ese sentido, para Moreira (1998, p. 90), el control extraprocesal debe ser ejercido, ante todo, por los propios reclamantes *in genere*, siendo tal control una condición esencial para que el fortalecimiento de la confianza en la tutela jurisdiccional, en cuanto factor de la cohesión social y de la solidez de las instituciones.

En ese contexto, ganan destaque las teorías argumentativas que objetivan proponer parámetros para evaluar si una decisión ha sido proferida de manera justificada o no. Dentre esas, se destaca la desarrollada por Neil MacCormick.

MacCormick considera la argumentación jurídica una ramificación de la argumentación práctica, tanto cuando una decisión es tomada a partir del raciocinio deductivo de la norma (silogístico), como cuando son usados otros elementos no deductivos, como acontece en determinados casos difíciles (MACCORMICK, 2006, p. IX). En estos últimos casos, la justificación de la escogida entre posibles deliberaciones rivales dentro del mismo sistema jurídico operante se torna crítica (MACCORMICK, 2006, p. 127-129).

Afirma MacCormick (2010, p. 70-75) que, al dar preferencia a una de las posibles lecturas al rededor del sentido de alguna disposición legal, el intérprete y aplicador del Derecho se utiliza de los siguientes tipos de argumentos interpretativos: lingüísticos, sistémicos y teleológico-evaluativos. En síntesis, los argumentos lingüísticos se dividen entre los que se ocupan del significado ordinario del término utilizado en el texto jurídico (lenguaje común) y los que se ocupan con el vocabulario especializado de la proposición normativa (lenguaje técnico). Los argumentos sistémicos son aquellos orientados para la comprensión de las disposiciones normativas como parte del sistema jurídico, divididos en: a) la armonización contextual;

b) el argumento de precedente; c) la analogía; d) el lógico-conceptual (concepto general ya reconocido en la doctrina); e) los principios generales del Derecho; f) el argumento histórico. Los argumentos teleológicos son los que se refieren a finalidad de determinadas disposiciones normativas a partir de la presunción de que fueron producidas por un legislador racional. (MACCORMICK, 2010, p. 70-74).

Teniedo en vista la posibilidad de conflictos entre esos tipos de argumentos, MacCormick (2010, p. 75) afirma que se debe comenzar por los argumentos lingüísticos, pasando en seguida para los sistémicos, y sólo recorrer a los teleológicos cuando los otros tipos de argumentos tornaren insuficientes. Habría, así, una especie de “regla de oro”, creada por parte de la doctrina escocesa y inglesa, que actuaría como una máxima de sabiduría práctica, en el sentido dar prioridad a los argumentos lingüísticos, restando los argumentos teleológicos como último caso.

Sin embargo, alerta MacCormick (2010, p. 76), en algunos casos, sería incorrecto dejar los argumentos teleológicos para el final, notoriamente cuando tal práctica pudiese generar injusticia en relación a un principio de justicia reconocido jurídicamente o cuando frustrase los objetivos de las políticas públicas perseguidos por la legislación.

De frente de esas consideraciones, quedaría a cargo del juzgador saber cómo manejar los diversos tipos de argumentos, de suerte a guardar un equilibrio entre ellos (LOPES; BENÍCIO, 2015, p. 44).

2 ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS UTILIZADOS EN LA ADI N° 3.540/2005

Las Áreas de Protección Permanente - APPs han sido creadas por el actualmente revocado Código Forestal, Ley 4.771, de 15 de septiembre de 1965, no art. 1º, §2º, inciso II, “con la función ambiental de preservar los recursos hídricos, el paisaje, la estabilidad geológica, la biodiversidad, el flujo génico de fauna y flora, proteger el suelo y asegurar el bien-estar de las poblaciones humanas” (BRASIL, 1965).

En 2001, se editó la Medida Provisoria n° 2.166-67 (BRASIL, 2001), que alteró la redacción del art. 4º del citado Código de manera a permitir la supresión de vegetación en las APPs, en los casos de utilidad pública o interés social. Paralelamente, la Medida Provisoria incluyó los incisos IV y V no §2º del artículo 1º, los cuales se definió lo que debería ser entendido por utilidad pública e interés social. Ya en los

siete párrafos del art. 4º, fueron previstos otros casos excepcionales de intervención humana, incluyendo las situaciones en que sería necesaria sólo la autorización del órgano de protección ambiental federal¹, estadual y municipal, contrariando el art. 225, §1º, inc. III de la Constitución Federal de 1988 - CF/88 (BRASIL, 1988), en la cual se establece que cabe al Poder Público: “definir, en todas las unidades de la Federación, espacios territoriales y sus componentes a ser especialmente protegidos, siendo la alteración y la supresión permitidas **solamente a través de ley**, vedada cualquier utilización que comprometa la integridad de los atributos que justifiquen su protección” (grifo nuestro).

En raíz de esa situación, el Procurador General de la República presentó la Acción Directa de Inconstitucionalidad – ADI nº 3.540/2005, ante el Supremo Tribunal Federal - STF, cuyo relator fue el ministro Celso de Mello (STF, 2005). En ocasión, fue hecho el pedido de liminar teniendo sido inicialmente deferido por el ministro Nelson Jobim, presidente del Tribunal, a causa del pedido haber sido realizado en el período de vacaciones forenses. Finalizadas las vacaciones y retomados los trabajos, los ministros se pronunciaron sobre la cautelar.

A continuación, se presenta un análisis de los argumentos utilizados por el Procurador General de la República, autor de la ADI nº 3.540/2005, para defender la inconstitucionalidad de la Medida Provisoria nº 2.166-67, en el punto en que confirió la redacción del art. 4º, caput, e §§1º a 7º de la Ley nº 4.771/65, así como los argumentos invocados por los Ministros del STF, en la decisión cautelar prologada en 1 de septiembre de 2005. El análisis es realizada a luz de la teoría de Neil MacCormick, distinguiendo, por lo tanto, los argumentos interpretativos lingüísticos, sistémicos y teleológicos utilizados.

a) Argumentos del Procurador-General de la República

- *Argumento lingüístico*: la Medida Provisoria nº 2.166-67/2001, en la parte en que confirió la redacción del art. 4º, caput, e §§1º a 7º de la Ley nº 4.771/1965, violó el art. 225, §1º, III, de la CF/88 que exige que los actos de modificación y/o de supresión de los espacios territoriales especialmente protegidos se sometan al postulado de la reserva absoluta de ley en sentido formal.

- *Argumento sistémico*: la competencia para autorizar la alteración y la supresión de Área de Preservación Permanente (APP), especie del

¹ En 2006, el Consejo Nacional del Medio Ambiente - CONAMA editó la Resolución nº 369, la cual reglamentó los casos excepcionales de utilidad pública, interese social o bajo impacto ambiental, que posibilitan la intervención o supresión de vegetación en APP.

género espacio territorial especialmente protegido, es exclusiva del Poder Legislativo, no siendo tal competencia objeto de delegación a autoridad administrativa.

- *Argumento teleológico*: el art. 225 de la CF/88 determina la protección del medio ambiente ecológicamente equilibrado y la Medida Provisoria nº 2.166-67/2001, en el punto en lo que confirió la redacción del art. 4º, caput, e §§1º a 7º de la Ley nº 4.771/1965, tiene la finalidad opuesta, una vez que permite la utilización de APPs en determinados casos.

b) Argumentos del Ministro Celso de Mello (Relator)

- *Argumento lingüístico*: sólo la alteración y la supresión del régimen jurídico pertinente a los espacios territoriales especialmente protegidos es que se cualifican, por efecto de la cláusula inscrita en el art. 225, 1º, III da CF/88, como materias sujetas al principio de la reserva de ley formal, no abarcando los casos de supresión da vegetación en ellas existentes.

- *Argumentos sistémicos*: i) El derecho fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado figura en la categoría de los derechos de tercera generación, conforme doctrina de Celso Lafer y de Paulo Affonso Leme Machado, además de precedente del propio STF (RTJ 158/205-206); ii) Hay un vínculo entre el medio ambiente ecológicamente equilibrado y el gozo de condiciones de vida adecuada al género humano, de modo que el medio ambiente constituye patrimonio público a ser necesariamente asegurado y protegido por los organismos sociales y por las instituciones estatales, como cual el dispuesto en la Declaración de Estocolmo sobre medio ambiente de 1972, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Rio 92), además del abordaje doctrinaria de Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva y de José Afonso da Silva; iii) La doctrina entiende que el medio ambiente ecológicamente equilibrado, en cuanto patrimonio público, se cualifica como encargo irrenunciable del Poder Público y de la colectividad que se impone siempre en beneficio de la presente y de las futuras generaciones. Ejemplos de doctrinadores citados: Maria Sylvia Zanella de Pietro y Luis Roberto Barroso; iiiii) La doctrina defiende que los ordenamientos jurídicos nacionales y las formulaciones en el plan internacional no más están ajenos a realidad que cualifica el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado como de titularidad colectiva. Ejemplo de doctrinadores citados: José Francisco Rezek y José Afonso da Silva; iiiiii) La Medida Provisoria nº 2.166-67/2001 ha sido editada con absoluta fidelidad a tales valores constitucionales y la práctica de los últimos cuatro años (conforme manifestaciones presentadas

por *amici curiae*) no resultó en efecto predatorio al patrimonio ambiental.

- *Argumentos teleológicos*: i) La superación del antagonismo entre el imperativo de desenvolvimiento nacional (art. 3º, II, CF/88) y la necesidad de preservación de la integridad del medio ambiente (art. 225, CF/88), depende de la situación concreta, de los intereses y derechos puestos en situaciones de conflicto, en orden a armonizarlos y a impedir que se aniquilen recíprocamente, teniéndose como vector interpretativo el principio del desenvolvimiento sustentable, tal como formulado en la Declaración del Rio de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desenvolvimiento – Rio 92 y reconocido en la doctrina. Doctrinadores citados: Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Luís Paulo Sirvinskas, Marcelo Abelha Rodrigues, Nicolao Dino de Castro y Costa Neto, Daniel Sarmiento, Luís Roberto Barroso, José Carlos Vieira de Andrade, J. J. Gomes Canotilho, Edilsom Pereira de Farias, Wilson Antônio Steinmez y Suzana de Toledo Barros; ii) Los dispositivos cuestionados, lejos de comprometer los valores consagrados en el art. 225 de la CF/88, estarían a establecer mecanismos de control por el Estado de las actividades desarrolladas en el ámbito de las áreas de preservación permanente.

c) Argumentos del Ministro Nelson Jobim (Presidente del STF)

- *Argumento lingüístico*: las alteraciones y la supresión referidas en el inciso III do §1º del art. 225 de la CF/88 conciernen a propia constitución del espacio geográfico, abarcado por el área de preservación y no a supresión de la vegetación existente en ellas.

- *Argumento sistémico*: el STF, en el caso de la Chapada dos Veadeiros, tendría asentado que no solo la supresión del área de preservación, sino también la alteración en su diseño topográfico debería ser objeto de ley, no quedando al albedrío del Poder Ejecutivo. No obstante, en lo caso en especie, el objeto de los dispositivos cuestionados sería sólo la manera por la cual se viabilizaría la exploración de área establecida de preservación ambiental.

d) Argumentos del Ministro Eros Grau

- *Argumento lingüístico*: la manifestación del legislativo, la que se refiere el inciso III do §1º del art. 225 da CF/88 dice respecto a las alteraciones y supresiones de espacios territoriales especialmente protegidos, no a la vegetación existente en esas áreas.

e) Argumentos del Ministro Carlos Britto

- *Argumentos lingüísticos*: i) El término “suprimir” equivale a extinguir, extirpar, arrancar, erradicar, eliminar. Ya el término “vegetación”

sería el colectivo de vegetal, o todo un conjunto de espécimen botánicas; ii) La parte final del inciso III do §1º, do art. 225 de la CF/88 instituye una limitación constitucional para el propio Legislativo, o sea, hasta mismo vía ley sería vedada cualquiera utilización que comprometa la integridad de los atributos del espacio protegido.

- *Argumento sistémico*: cuando se trata de caso de desapropiación de un bien individual, quien define, quien lista la hipótesis de interés social, de utilidad social, de necesidad pública, es la ley, ley formal. Mientras que, en el caso bajo apreciación, la Medida Provisoria delegó todo al criterio de las entidades administrativas;

- *Argumento teleológico*: atraviesa por toda la Medida Provisoria nº 2.166-67/2001 un espíritu de lenidad, flojedad, de tal modo que hasta la vegetación que protege las nacientes podrán ser suprimidas.

f) Argumentos del Ministro Cezar Peluso

- *Argumento lingüístico*: la primera oración del período del texto del art. 225, §1º, III de la CF/88 trata de la alteración y supresión del espacio especialmente protegido, mientras que la segunda trata del uso del espacio. Así, la Constitución solo impone la exigencia de la ley a alteración y a supresión del espacio, lo que no sería el caso de la Medida Provisoria cuestionada, que sólo está regulando el uso.

- *Argumento teleológico*: la interpretación literal mencionada arriba, también corresponde a racionalidad de la norma del art. 225, §1º, III de la CF/88, primero porque si no hubiera sido así, quedarían inviabilizados una serie de proyectos, de actividades y de obras de interés público y de carácter urgente, por la ausencia de una reglamentación legal; segundo porque sería más fácil controlar la práctica de un acto administrativo que la edición de una ley en sentido formal.

g) Argumentos de la Ministra Ellen Grace

- *Argumento sistémico*: las razones del voto del Ministro Relator, se sumaron a aquellas presentadas por los *amici curiae*, cuando listaron un gran número de iniciativas de obras importantes que estarían inviabilizadas por la manutención de la medida liminar concedida en la decisión bajo referendo del Plenario.

h) Argumentos del Ministro Marco Aurélio

- *Argumento lingüístico*: el vocablo “alteración” tiene vernáculo propio, siendo que el constituyente de 1988 no estableció ejecuciones en cuanto al objeto de esa alteración. Así, donde la CF/88 exige la existencia de ley, no se puede admitir que la alteración pueda ocurrir por medio de

Medida Provisoria.

- *Argumentos sistémicos*: i) No competía al Jefe del Poder Ejecutivo disciplinar materia que podría implicar perjuicio irreparable, además de los requisitos de urgencia y relieve para la edición de una medida provisoria no estar presentes, considerando que el Código Forestal estaba en vigor hace muchos años; ii) Ocurrió vicio formal en la normalización de la materia, en la cual debería tener pasado por el cribado de los representantes del pueblo brasileño - los diputados federales, y por los representantes de los Estados - los senadores; iii) Todos los dispositivos del art. 225 remiten su regulación a ley en sentido formal y material, siendo que jamás el STF tendría asentado ser posible la reglamentación, en sí, de la CF/88 vía medida provisoria; ii) El dispositivo del inciso III, do §1º del art. 225 de la CF/88 está direccionado, necesariamente, a la edición de una ley que, apreciadas las circunstancias envueltas en el respectivo proyecto, abra excepción a preservación, a intangibilidad del espacio territorial que se tenga como protegido.

- *Argumento teleológico*: sopesando los valores relativos al desenvolvimiento económico y la preservación visada por la CF/88, se encuentra riesgo más grande en la manutención de la Medida Provisoria nº 2.166-67/2001.

i) Argumentos del Ministro Sepúlveda Pertence

- *Argumento sistémico*: se reportó al voto del Ministro Relator en el parte que afirma que la Medida Provisoria substituye la redacción original del Código Forestal, que sería más abierta de lo que la redacción de la propia Medida Provisoria nº 2.166-67/2001.

j) Argumentos constantes en el Menú de la Decisión

- *Argumento lingüístico*: solamente la alteración y la supresión del régimen jurídico pertinente a los espacios territoriales especialmente protegidos se cualifican, por efecto de la cláusula inscrita en el art. 225, § 1º, III, da CF/88, como materias sujetas al principio de la reserva legal.

- *Argumentos sistémicos*: i) Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado. Se Trata de un típico derecho de tercera generación (o de novísima dimensión), que asiste a todo el género humano; ii) Incumbe al Estado y a propia colectividad, la especial obligación de defender y preservar, en beneficio de las presentes y futuras generaciones, ese derecho de titularidad colectiva y de carácter trans individual; iii) El adimplemento de ese encargo, que es irrenunciable, representa la garantía de que no se instauraran, en el seno de la colectividad, los graves conflictos

intergeneracionales marcados por el des respecto al deber de solidaridad, que a todos se impone, en la protección de ese bien esencial de uso común de las personas en general; iiiii) La incolumidad del medio ambiente no puede ser comprometida por intereses empresariales ni quedar dependiente de motivaciones de índole meramente económica, aún más se esté presente que la actividad económica, considerada la disciplina constitucional que la rige, está subordinada, entre otros principios generales, aquel que privilegia la “defensa del medio ambiente” (CF/88, art. 170, VI); iiiiii) Los instrumentos jurídicos de carácter legal y de naturaleza constitucional objetivan viabilizar la tutela efectiva del medio ambiente, para que no se alteren las propiedades y los atributos que le son inherentes, lo que provocaría inaceptable comprometimiento de la salud, seguridad, cultura, trabajo y bien-estar de la población, además de causar graves daños ecológicos al patrimonio ambiental, considerado este en su aspecto físico o natural; iiiiii) El principio del desenvolvimiento sustentable, además de impregnado de carácter eminentemente constitucional, encuentra soporte legitimador en compromisos internacionales asumidos por el Estado brasileño y representa factor de obtención del justo equilibrio entre las exigencias de la economía y las de la ecología, subordinada, sin embargo, la invocación de ese postulado, cuando ocurriente situación de conflicto entre valores constitucionales relevantes, a una condición inamovible, cuya observancia no comprometa ni se vacíe el contenido esencial de uno de los más significativos derechos fundamentales: el derecho a preservación del medio ambiente, que traduce bien de uso común de la generalidad de las personas, a ser resguardado en favor de las presentes y futuras generaciones;

- *Argumentos teleológicos*: i) La Medida Provisoria nº 2.166-67/2001, en la parte en que introdujo significativas alteraciones en el art. 4º del antiguo Código Forestal, lejos de comprometer los valores constitucionales consagrados en el art. 225 de la CF/88, estableció, en contra, mecanismos que permiten un real control, por parte del Estado, de las actividades desarrolladas en el ámbito de las APPs, en orden a impedir acciones predatorias y lesivas al patrimonio ambiental, cuya situación de mayor vulnerabilidad reclama protección más intensa, ahora propiciada, de modo adecuado con el texto constitucional, por el diploma normativo em cuestión; ii) É lícito ac Poder Público - cualquier que sea la dimensión institucional en que se posicione en la estructura federativa autorizar, licenciar o permitir la ejecución de obras y/o a realización de servicios

en el ámbito de los espacios territoriales especialmente protegidos, desde que, además de observadas las restricciones, limitaciones y exigencias abstractamente establecidas en ley, no resulte comprometida la integridad de los atributos que justificaran, cuanto los tales territorios, a institución de régimen jurídico de protección especial (CF/88, art. 225, § 1º, III).

3 LA APLICACIÓN DE LOS REQUISITOS DE UNIVERSABILIDAD, CONSISTENCIA Y COHERENCIA PROPUESTOS POR MACCORMICK

Por un lado, está de acuerdo con Streck (2014, p. 19), en el sentido de que el gran desafío de la doctrina brasileña actual es establecer las condiciones para el fortalecimiento de un espacio democrático de edificación de la legalidad, plasmado en el texto constitucional, se constata que, mismo los principales defensores de la posibilidad de una argumentación deductiva del texto de la ley, como Alexy y MacCormick, reconocen la insuficiencia de esa deducción en los llamados casos difíciles. De igual manera, hasta positivistas como H.L.A Hart reconocen la existencia de determinados casos en los cuales el Derecho no fornece directamente los elementos para una decisión (TOMAZETTE, 2011, p. 163).

Conforme apuntado en el tópico 2, el caso de la ADI nº 3.540/2005 es uno más de los típicos *hard cases*, en que no ha como se deducir de la letra de la Ley la decisión a ser tomada. Delante de casos como este, Neil MacCormick propone una justificación de segunda orden, es claro que la decisión debe observar los requisitos de universalidad, consistencia y coherencia (MACCORMICK, 2008, p. 247).

O requisito de la universalidad se da a partir de la aplicación del principio de igualdad, de manera a impedir, en línea de principio, decisiones diferentes para situaciones semejantes. Eso porque “la noción de justicia formal exige que la justificación de decisiones en casos individuales sea siempre fundamentada en proposiciones universales que el juez esté dispuesto a adoptar como base para determinar otros casos semejantes y decidirlos de modo semejante al actual” (MACCORMICK, 2006, p. 126).

Por requisito de la consistencia, la decisión debe apoyarse en argumentos que no se contradigan entre sí (LOPES; BENÍCIO, 2015, p. 50). Para Atienza (2006, p. 128), el requisito de la consistencia debe ser extendido a premisa fáctica, de tal modo que la decisión esté de acuerdo con la realidad presentada en termos de prueba. El análisis de ese aspecto,

entretanto, no será necesaria para el cotejo de los argumentos de la medida cautelar en la ADI nº 3.540/2005, por tratarse de control abstracto de constitucionalidad en que la materia discutida es, eminentemente, de derecho.

El requisito de la coherencia, por su vez, exige que las muchas normas de un sistema hagan sentido cuando consideradas en conjunto (MACCORMICK, 2006, p. 197), o sea, el criterio de la coherencia dice respecto a justificación de la decisión en el contexto general del sistema jurídico.

Concluyendo con Martins, Roesler y Jesus (2011, p. 214-215), hay dos diferencias importantes entre consistencia y coherencia para Neil MacCormick: la primera dice respecto a consistencia ligada a idea de no contradicción lógica entre dos o más reglas, mientras que la coherencia estaría presente cuando el grupo de proposiciones, tomadas en su conjunto, hace sentido como un todo; la segunda se refiere a ligación entre la idea de coherencia y el carácter valorativo del ordenamiento jurídico, de modo que la coherencia sería la “compatibilidad axiológica entre dos o más reglas, todas justificables en vista de un principio común”.

Dentro de ese cuadro, y a partir de las tablas constantes en el tópico 2, se pasa a verificar se han sido cumplidos los requisitos de la universalidad, consistencia, y coherencia en la decisión cautelar proferida en la ADI nº 3.540/2005.

3.1 Universalidad

A partir de una visión general de la decisión, o sea, sin considerar los votos de los ministros unitariamente, se observa que la decisión cautelar proferida en la ADI nº 3.540/2005 no cumple con el requisito de la universalidad, haya visto ter sido la primera y única vez que el Supremo Tribunal Federal admitió, de forma excepcional, la posibilidad de reglamentación de uno de los dispositivos del art. 225 da CF/88 por medio de una medida provisoria.

Tal aspecto quedó aclarado en el Plenario con la argumentación del ministro Marco Aurélio: “Incisos y párrafos del artículo 225 remeten a ley [...] Jamás el Supremo Tribunal Federal asentó ser posible la reglamentación, en ley, de la Constitución Federal vía medida provisoria” (STF, 2005, p. 589).

Sin embargo, los votos de cada uno de los ministros, con

excepción de los votos de los Ministros Carlos Britto y Marco Aurélio, admiten la posibilidad de disminución del espectro de protección de espacios especialmente protegidos por medio de una medida provisoria, a pesar de haber sido criados con el claro propósito de asegurar la efectividad de la salubridad ambiental.

3.2 Consistencia

El Ministro-Relator, Celso de Mello, fue el responsable por el voto conductor de la decisión encampada por la mayoría del Plenario, y lo hizo, como de costumbre, por medio de una construcción hermenéutica compleja y apoyado en doctrina amplia sobre las cuestiones ambientales.

Sin embargo, los argumentos utilizados por el ministro Celso de Mello en la interpretación constitucional del art. 225, §1º, III de la CF/88 se revelaron contradictorios entre sí y, así mismo, influenciaran la decisión de la mayoría de sus pares.

De inicio, el ministro dedicó siete páginas de su voto en defensa de una interpretación sistemática del art. 225 de la CF/88, elevando el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado al nivel de un derecho fundamental de 3ª generación, cuya titularidad trasciende el plan de las presentes generaciones y ultrapasa el ámbito nacional de protección para ser fiel al compromiso de las Naciones en beneficio de toda la Humanidad (STF, 2015, p. 542-548).

Aquí, se observa la rica carga argumentativa del ministro Celso de Mello, que bien divisa la fuerza dúplice del derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, concebido tanto como un derecho humano, debiendo ser asegurando en el plan internacional, cuanto como un derecho fundamental, debidamente positivado y protegido en la esfera constitucional brasileña.

Reforzó el Ministro-Relator ese entendimiento al citar en su voto la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente de 1972 y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Rio 92), juntamente con diversos posicionamientos doctrinarios que reconocen el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado como un derecho humano constante en documentos internacionales de jerarquía supra legal², que sin embargo no puedan ser utilizados como parámetros para el control de constitucionalidad, constituyen fuente interpretativa para la comprensión

² Conforme posicionamiento del STF en el Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP (STF, 2008).

y aplicación de las normas nacionales en virtud de su relevancia para la protección de la dignidad humana.

Del mismo modo, al afirmar que el medio ambiente constituyó patrimonio público a ser “necesariamente asegurado y protegido por los organismos sociales y por las instituciones estatales” (STF, 2005, p. 547) dejó el ministro Celso de Mello entrever el carácter indisponible de ese derecho, reflejando un deber no solo moral, pero jurídico en la transmisión de tal patrimonio para las futuras generaciones. (MILARÉ, 2015, p. 175).

Luego, en seguida, rompiendo la línea argumentativa que venía desarrollando en beneficio del referido derecho fundamental, el Ministro Relator afirmó que la Medida Provisoria n° 2.166-67/2001 guardaba absoluta fidelidad a los valores constitucionales y que la práctica de los cuatro años de vigencia de esa norma no tenía evidenciado cualquier efecto lesivo y predatorio al patrimonio ambiental, tal cual argumentado por los representantes do Poder Ejecutivo que actuaron en los autos en defensa de la constitucionalidad de la citada Medida Provisoria (STF, 2005, p. 549-556).

Ora, si la Medida Provisoria n° 2.166-67/2001, en la parte en que confirió la redacción del art. 4º, capit, e §§1º a 7º da Ley n° 4.771/1965, alteró la utilización de las APPs, de manera a relativizar el régimen de preservación permanente en determinados casos, ¿cómo decir que tal norma estaría en conformidad con los valores constitucionales que preconizan el derecho fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado?

La permisión para la intervención en áreas declaradas en ley como de preservación permanente, inexorablemente, acarretará prejuicios al medio ambiente, lo que se podría discutir – de un lado o de otro – es se las intervenciones en esas áreas serian de tal monta a afectar el equilibrio ambiental, y así atingir o no el núcleo del derecho fundamental protegido, pero argumentos con esa forma no han sido profundados por los ministros.

Por otra parte, un breve embate fue trabado en el Plenario, a partir del voto del ministro Carlos Britto cuando intentaba llevar a cabo una interpretación conforme la CF/88 de los dispositivos de la Medida Provisoria n° 2.166-67/2001, de manera a evitar que los órganos administrativos tuvieran amplia discrecionalidad para autorizar hasta la supresión de la vegetación de las APPs. El embate, no obstante, no se prorrogó, en la medida en que el ministro Celso de Mello asentó que la propia cláusula constitucional (art. 225, §1º, III) veda cualquier utilización

del espacio protegido que pueda comprometer la integridad de los atributos que justifiquen su protección (STF, 2005, p. 576-579).

Ya el ministro Marco Aurélio manifestó que el termo “alteración” del espacio protegido, podría, en el caso bajo apreciación, implicar la total supresión de vegetación en APP, representando una alteración substancial, que no podría ocurrir por medio de medida provisoria STF, 2005, p. 591).

En síntesis, tras efectuar una larga defensa del derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, el Ministro Relator Celso de Mello, sin analizar los beneficios de las APPs para la efectividad del referido derecho fundamental³ y los potenciales riesgos que serían causados a partir de la previsión en Medida Provisoria para la intervención en esas áreas, concluyó que esa norma reglamentaria representaría un avance en el fortalecimiento de las medidas destinadas a preservación de los atributos que caracterizan las APPs.

Lo que se observa de la lectura de los votos de los Ministros, en verdad, es que la Medida Provisoria nº 2.166-67/2001 impugnada fue emitida para privilegiar el desenvolvimiento nacional (art. 3º, II, da CF/88), tanto que el propio Ministro-Relator destacaría luego más la existencia de un permanente estado de tensión entre ese valor constitucional y el del equilibrio ambiental, debiendo ser ponderados en orden a armonizarlos, teniendo como vector interpretativo el principio del desenvolvimiento sustentable (STF, 2005, p. 565). Todavía, las razones por las cuales se entendió por la prevalencia del desenvolvimiento nacional no han sido apuntadas.

La contradicción de los argumentos del Ministro Relator, en sentido de que la Medida Provisoria nº 2.166-67/2001 estaría a armonizarse con los valores constitucionales de orden ambiental, resta evidente en el argumento teleológico invocado por el Ministro Cezar Peluso, cuando afirma que la interpretación del dispositivo del art. 225, §1º, III da CF/88 dada por el Relator corresponde a racionalidad de la norma, que vista que sin la Medida Provisoria “en primero lugar, [...] se inviabilizaría una serie de proyectos, de actividades y de obras de interés público y de carácter urgente, por depender de reglamentación, de autorización o de licenciamiento mediante acto del Poder Legislativo, que demanda tiempo[...]” (STF, 2005, p. 583).

³ Las funciones ambientales de las APPs se encuentran previstas en el art. 3º, II, del Código Forestal vigente: preservar los recursos hídricos, el paisaje, la estabilidad geológica y la biodiversidad, facilitar el flujo génico de fauna y flora, proteger el suelo y asegurar el bien-estar de las poblaciones humanas (BRASIL, 2012).

Teniendo en vista que los ministros Nelson Jobim, Eros Grau, Ellen Grace, Sepúlveda Pertence y Cezar Peluso acompañaron la interpretación del dispositivo constitucional adoptada por el Ministro Relator, poderse iba aquí registrar una inconsistencia por arrastramiento. Tanto así que la mayor parte de la enmienda de la decisión cautelar de la ADI nº 3.540/2005 es destinada a resaltar que la Medida Provisoria nº 2.166-67/2001 ha sido editada con el intuito de conferir efectividad al derecho fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado, más remete, al mismo tiempo, a cuestión del desenvolvimiento económico del país.

En relación al argumento lingüístico, no se vislumbran inconsistencias en la interpretación del art. 225, §1º de la CF/88 realizada por el Ministro Relator, que entendió que sólo para la alteración y la supresión del régimen jurídico pertinente a los espacios territoriales especialmente protegidos era necesaria la reserva de ley.

3.3 Coherencia

La noción de coherencia reclama una racionalidad que debe trasparecer en la decisión tanto de manera interna, lo que concierne a los propios argumentos utilizados en la decisión, como externa, en la medida en que debe haber una conexión racional entre los argumentos utilizados, los fatos narrados y el ordenamiento jurídico como un todo (MARTINS, ROESLER e JESUS, 2011, p. 215).

Del análisis de los argumentos listados en el apuntamiento de la decisión (tabla nº 10), se verifica que, a partir de una noción externa, la decisión se muestra coherente, teniendo en vista haber sido invocado el principio fundamental del desenvolvimiento nacional, previsto en el art. 3º, II de la CF/88, así como el principio del desenvolvimiento sustentable, valor ya asimilado en diversos tratados internacionales, “como factor de obtención del justo equilibrio entre las exigencias de la economía y de la ecología” (STF, 2005). El Pretorio Excelso, al invocar esos principios, demuestra un activo para garantizar una relativa coherencia del juzgado, de suerte a armonizar el grupo de proposiciones constitucionales relativas al desenvolvimiento económico (art. 3º, II de la CF/88) y la necesidad de preservación de la integridad del medio ambiente (art. 170, VI e 225 da CF/88).

Lo que se refiere a los argumentos internos de la propia decisión, sin embargo, no se puede decir que el requisito de la coherencia ha sido

atendido. Eso porque, la Medida Provisoria nº 2.166-67/2001 no afronta la letra de la norma contenida en el art. 225, § 1º, III, da CF/88, lo cual sólo para la alteración o supresión de APPs es exigida ley formal, la posibilidad de suprimir la vegetación en esas áreas, por medio de autorizaciones administrativas, puede comprometer grave y definitivamente el equilibrio ecológico en ellas existentes. La desconsideración de ese aspecto en los argumentos desarrollados vaciase la invocación pura y simple del principio del desenvolvimiento sostenible y deja trasparecer la incoherencia de la decisión.

CONCLUSIÓN

La decisión cautelar de la ADI nº 3.540/2005 proferida por el Supremo Tribunal Federal (STF) sobre la validez de la Medida Provisoria nº 2.166-67/2001, que reglamentó las hipótesis de utilización de Áreas de Preservación Permanente (art. 4º, caput, e §§ 1º a 7º da Ley nº 4.771/1965), constituye un típico *hard case*. Un caso es considerado difícil cuando no se consigue deducir directamente de la letra de la ley la decisión a ser tomada. En esas situaciones, es necesario recorrer a criterios especiales para evaluar la corrección de la decisión, teniendo en vista que, en un Estado Democrático de Derecho, las decisiones judiciales deben ser racionalmente justificadas.

La necesidad de las decisiones judiciales ser adecuadamente fundamentadas y los criterios para evaluar el atendimento a esa exigencia vienen siendo abordados por las teorías argumentativas. Entre esas teorías, se destaca la defendida por Neil MacCormick, que propone la universalidad, la consistencia y la coherencia como criterios para determinar la corrección de una decisión.

Acompañando esa propuesta, en el presente artículo han sido inicialmente identificados los tipos de argumentos interpretativos, utilizados por el autor y por cada uno de los ministros del STF en la decisión cautelar ADI nº 3.540/2005 (argumentos lingüísticos, sistemáticos y teleológicos), para, posteriormente, analizar la corrección de la decisión a partir del atendimento a los tres criterios propuestos por Neil MacCormick.

Del análisis emprendido en este trabajo, se concluyó que la decisión cautelar de la ADI nº 3.540/2005 no es universalizable, porque la posibilidad de la reglamentación de un dispositivo del art. 225 de la Constitución Federal de 1988 por medio de una Medida Provisoria fue

considerada una situación excepcional, no debiendo, por lo tanto, ser repetida. No es también consistente porque los argumentos sistémicos utilizados en el voto do ministro-Relator, con los cuales acordó la mayoría de los ministros, se mostraron contradictorios. Finalmente, aunque aparentemente coherente bajo una perspectiva externa, a partir de la armonización del grupo de proposiciones constitucionales relativas al desenvolvimiento económico (art. 3º, II da CF/88) y la necesidad de preservación de la integridad del medio ambiente (art. 170, VI e 225 da CF/88), la inexistencia de un análisis sobre el potencial comprometimiento del equilibrio ecológico por la supresión de vegetación en APPs, a partir de previsiones de la norma impugnada, vaciase la argumentación pura y simples del principio del desenvolvimiento sustentable y revela la incoherencia interna de la decisión.

Sin embargo, hay que reconocerse algunos aspectos positivos de la decisión, haya visto haber tejido una interpretación sistemática del art. 225 de la Constitución Federal de 1988, de modo a elevar el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado al nivel de un derecho fundamental de tercera generación, incluso trazando una correlación de ese derecho fundamental con las ansias de los derechos humanos en el plan internacional. Así, los argumentos utilizados en la decisión serían sugestivos para una re-visitación cuando del análisis por el Pretorio Excelso en casos asemejados en que existiese una tensión entre los ideales del desenvolvimiento económico y el medio ambiente. Todavía, si la decisión proferida em la ADI nº 3.540/2005 no está basada en argumentos universalizables, consistentes y coherentes, no puede ser considerada una solución adecuada, ni legítima en el Estado Democrático del Derecho, no debiendo servir para orientar el análisis de casos aparentemente similares como los vehiculados en las ADIs 4901, 4902 y 4903 sobre el nuevo Código Forestal.

REFERENCIAS

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/l12651.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>. 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>. 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.