

# **EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR DO EGRÉGIO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO**

**Proc. Judicial nº 0019641-76.2017.8.19.0000**

**O PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, nos autos da representação de inconstitucionalidade em epígrafe, tendo por objeto a Lei nº 2.466, de 23 de setembro de 2013, do Município de Maricá, vem a V. Exa., com fundamento no art. 162, § 3º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e no art. 6º, inciso XLVIII, da Lei Complementar Estadual nº 15/1980, manifestar sobre a ação ajuizada.

## **I – SÍNTESE DA REPRESENTAÇÃO**

O Ministério Público Estadual ajuizou representação de inconstitucionalidade contra a Lei nº 2.466, de 23 de setembro de 2013, do Município de Maricá, que tratou da alteração dos limites do Refúgio de Vida Silvestre Municipal das Serras de Maricá.

O Requerente sustenta que a norma municipal possui inconstitucionalidades formais, por afronta aos arts. 4º, 5º, 231, § 4º, 234, III, 261, § 1º, X, 236, 266, § 1º, 345, VII, e 359, e materiais, por violação aos arts. 73, VI e VII, 229, *caput* e § 1º, 230, II, “g”, 261, *caput* e § 1º, I a V e XXV, 268, I a V, 345, 358, *caput* e IX, todos da Constituição do Estado.

Em breve síntese, alega que a norma alteradora dos limites da unidade de conservação não observou os pressupostos de estudo de impacto ambiental e de participação popular, além dessa alteração atentar contra os princípios da vedação do retrocesso social e da proibição da proteção insuficiente.

## II – ASPECTOS PROCESSUAIS PRELIMINARES

---

### *Descabimento de controle abstrato de constitucionalidade de leis de efeitos concretos.*

---

A Lei Municipal nº 2.466/2013, que versa sobre os limites geográficos da unidade de conservação, goza da qualidade de lei de efeitos concretos, não podendo ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade. A norma em questão não é dotada de generalidade e abstração típica dos atos normativos. Ao contrário, **o ato em comento incide apenas sobre a área que ele próprio especifica, de modo que é possível determinar quais serão os bens atingidos, evidenciando sua natureza de lei de efeitos concretos.**

Conforme jurisprudência do Eg. Supremo Tribunal Federal, apenas as leis dotadas de generalidade e abstração estão sujeitas ao controle abstrato, características essas ausentes nas leis de efeitos concretos.<sup>1</sup> Por todos, confira-se:

“O controle concentrado de constitucionalidade somente pode incidir sobre atos do Poder Público revestidos de suficiente densidade normativa. A noção de ato normativo, para efeito de fiscalização abstrata, pressupõe, além da autonomia jurídica da deliberação estatal, a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade. Esses elementos – abstração, generalidade, autonomia e impessoalidade – qualificam-se como requisitos essenciais que conferem, ao ato estatal, a necessária aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos estatais ou determinante de condutas individuais.” (STF (Tribunal Pleno), ADI 2.630 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/10/2014, p. 05/11/2014)

Nesse sentido, Alexandre de Moraes afirma que “*atos estatais de efeitos concretos não se submetem, em sede de controle concentrado, à jurisdição constitucional abstrata, por ausência de densidade normativa no conteúdo de seu preceito*”.<sup>2</sup>

Aliás, não há que se falar que, pelas Cortes de Justiça admitirem o controle abstrato de leis orçamentárias, que se passou a admitir o controle das leis de efeitos concretos. Na verdade, a guinada de entendimento do Eg. Supremo Tribunal Federal se deu pelo fato de que, embora leis orçamentárias que abrem créditos extraordinário

---

<sup>1</sup> Para uma abordagem mais detalhada, cf. STF (Tribunal Pleno), ADI 643, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/12/1991.

<sup>2</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 752.

serem dotados de um objeto específico, elas revelavam um grau de abstração quando aos efeitos por ela gerados. Eis a ementa do *leading case*:

PROCESSO OBJETIVO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORÇAMENTÁRIA. *Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta.* [...] (STF (Tribunal Pleno), ADI 2.925, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, j. 19/12/2003, p. 04/03/2005) (grifo nosso)

Não fosse isso o bastante, não se pode também deixar de mencionar que, além de pretender impugnar um ato de efeitos concretos em sede de controle abstrato de constitucionalidade, busca o Ministério Público Estadual, também em sua exordial, obter tal controle não apenas em face da Constituição Estadual, mas também em face da Constituição da República.

No entanto, no que tange à alegação de afronta aos dispositivos da Constituição da República, há que salientar que o controle exercido por essa E. Corte somente se dá quanto à constitucionalidade de leis, atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, conforme art. 162 do referido diploma.

**Neste sentido, não é possível, no âmbito desse Órgão Especial, e em sede de controle abstrato de constitucionalidade, seja examinada a compatibilidade de ato normativo estadual frente à Constituição da República, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal pelo art. 102, I, a, da CRFB/88.**

Portanto, também em tal aspecto, **o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual frente à Constituição da República mostra-se juridicamente impossível**, posto que incompatível com a previsão do ordenamento pátrio.

Desse modo, diante dos fundamentos aqui expostos, impõe-se, preliminarmente, o próprio indeferimento da petição inicial, por manifesta inépcia, com fulcro no art. 330, I, c/c §1º, III, do NCPC/2015.

---

***Impossibilidade de invocação genérica de normas da Constituição Estadual –  
Inépcia parcial da petição inicial***

---

A despeito do tópico anterior, alegou-se que a Lei Municipal nº 2.466/2013 violaria a necessidade de participação popular, invocando dispositivos genéricos que fazem alusão à soberania popular (arts. 4º e 5º), desconsiderando que a própria atuação do Poder Legislativo é a típica emanção da participação do povo na *res pública*. O mesmo ocorre com disposições que tratam de competências ambientais

(arts. 73, VI e VII, e 229, § 1º), como se a alteração de limites de unidade de conservação fosse absolutamente vedado pelo ordenamento jurídico, tese que será mais a frente combatida.

Pedimos vênia para transcrever os dispositivos genéricos invocados, que não possuem qualquer congruência com a suposta exigência peremptória de consulta pública ou estudo ambiental prévio para a edição da lei municipal questionada:

Art. 4º. O Estado do Rio de Janeiro é o instrumento e a mediação da soberania do povo fluminense e de sua forma individual de expressão, a cidadania.

Art. 5º. O Estado do Rio de Janeiro, integrante, com seus municípios, da República Federativa do Brasil, proclama e se compromete a assegurar em seu território os valores que fundamentam a existência e a organização do Estado Brasileiro, quais sejam: além da soberania da Nação e de seu povo, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político; tudo em prol do regime democrático, de uma sociedade livre, justa e solidária, isenta do arbítrio e de preconceitos de qualquer espécie.

Art. 73. É competência do Estado, em comum com a União e os Municípios:

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

Art. 229. [...]

§ 1º As funções sociais da cidade são compreendidas como o direito de todo o cidadão de acesso à moradia, transporte público, saneamento básico, energia elétrica, gás canalizado, abastecimento, iluminação pública, saúde, educação, cultura, creche, lazer, água potável, coleta de lixo, drenagem das vias de circulação, contenção de encostas, segurança e preservação do patrimônio ambiental e cultural.

Como sabido, no âmbito de controle abstrato de constitucionalidade **não se admite a invocação genérica de violação de normas constitucionais**. Nesse sentido, a jurisprudência do Eg. Supremo Tribunal Federal entendeu decorrer do art. 3º da Lei nº 9.868/1999<sup>3</sup> um ônus processual da parte autora “*fundamentar adequadamente a sua pretensão, indicando os dispositivos constitucionais tidos por violados e como estes são violados pelo objeto indicado, sob pena de não conhecimento da ação ou de parte dela*”<sup>4</sup>. Assim, a “*ausência de indicação dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido com suas especificações*”<sup>5</sup> acarreta a

<sup>3</sup> Art. 3º A petição indicará: I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações; II - o pedido, com suas especificações.

<sup>4</sup> STF (Tribunal Pleno), ADI 5.287, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18/05/2016, p. 12/09/2016.

<sup>5</sup> STF (Tribunal Pleno), ADI 1.775, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06/05/1998, p. 18/05/2001.

inépcia da inicial, não sendo possível sua complementação, já que “a ausência de fundamentação autoriza o indeferimento liminar da petição inicial, por ocorrência de vício grave da inépcia”.<sup>6</sup>

Com efeito, as razões constantes da petição inicial não apontam como a lei impugnada violou os dispositivos constitucionais supracitados, limitando-se a afirmar que houve a violação constitucional sem maiores explanações. Para que haja um mínimo de fundamentação, é preciso que se discorra sobre o motivo pelo qual o ato normativo violou a “soberania popular” (art. 4º da C.E.), por exemplo.

**É de se registrar que a inépcia apontada impede o regular exercício do contraditório** – ou da manifestação adequada das partes no processo de natureza abstrata – **em função das partes desconhecerem os motivos pelos quais o ato está sendo questionado**. Diante deste cenário, as manifestações feitas no processo acabam sendo baseadas em suposições sobre os possíveis motivos que levaram o autor a apontar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais. Tal exercício de adivinhação evidentemente é feito sem qualquer segurança, demonstrando a descabida precariedade sobre o qual o processo se construirá.

Assim, por invocar genericamente dispositivos constitucionais (arts. 4º, 5º, 73, VI e VII, e 229, § 1º, da Constituição Estadual), sem explicitar de forma cabal como a lei questionada os teria violado, a petição inicial é parcialmente inepta, ensejando seu indeferimento liminar, por força do art. 4º da Lei nº 9.868/1999.<sup>7</sup>

### III – AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

---

*A alteração de limites de unidades de conservação exige apenas “lei específica” e a Constituição do Estado não estabelece requisitos de participação popular direta ou estudo de impacto ambiental (art. 267). Tais exigências apenas se dão às hipóteses de edição de normas urbanística e não de normas ambientais.*

---

Se por eventualidade se considere que a lei municipal questionada seja apta ao controle abstrato, passamos à análise das teses suscitadas pela parte autora. O presente tópico será dividido em quatro partes, a que já adiantamos aqui as conclusões: (i) os demais dispositivos e os precedentes invocados versam sobre matérias de Direito Urbanístico e não de Ambiental; (ii) a Constituição do Estado exige para alteração de limites de unidade de conservação apenas “lei específica” (art. 267) e mais nenhum outro requisito; e (iii) ainda que não sejam exigíveis, o Município de Maricá realizou estudos técnicos e consulta pública com a população local para a edição da Lei Municipal nº 2.466/2013.

Viu-se em tópico anterior que diversos dispositivos invocados da Constituição Estadual não guardam relação direta e específica com a lei municipal questionada, não se prestando a invalidá-la. Restam então analisar os demais dispositivos suscitados.

---

<sup>6</sup> STF (decisão monocrática), ADI 514, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24/03/2008, DJe 31/03/2008

<sup>7</sup> Art. 4º A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Basta à leitura dos dispositivos invocados pelo Autor para constatar que nenhum deles trata de exigência de prévia participação popular ou estudo de impacto ambiental na elaboração da lei municipal que altere os limites de unidade de conservação, sendo certo que todos os dispositivos em questão se referem, claramente, a matérias de urbanismo e à elaboração de plano diretor municipal.

## TÍTULO VII

### Capítulo III

#### DA POLÍTICA URBANA (arts. 229 a 241)

Art. 231. O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para as áreas urbanas de mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 4º É garantida a participação popular, através de entidades representativas, nas fases de elaboração e implementação do plano diretor, em conselhos municipais a serem definidos em lei.

Art. 234. No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:

III - participação ativa das entidades representativas no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes;

Art. 236. A lei municipal, na elaboração de cujo projeto as entidades representativas locais participarão, disporá sobre o zoneamento, o parcelamento do solo, seu uso e sua ocupação, as construções e edificações, a proteção ao meio ambiente, o licenciamento a fiscalização e os parâmetros urbanísticos básicos objeto do plano diretor.

### Capítulo VIII

#### DO MEIO AMBIENTE (arts.261 a 282)

Art. 266. O Estado promoverá, com a participação dos Municípios e das comunidades, o zoneamento ambiental de seu território.

§ 1º A implantação de áreas ou pólos industriais, bem como as transformações de uso do solo, dependerão de estudo de impacto ambiental, e do correspondente licenciamento.

## TÍTULO IX

### DA ORGANIZAÇÃO MUNICIPAL

#### Capítulo I

#### DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES (arts. 343 a 354)

Art. 345. O Município será regido por Lei Orgânica, votada em dois turnos, com o intervalo mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na

Constituição da República, nesta Constituição e os seguintes preceitos:

VII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal e iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município ou de bairros mediante manifestações de, pelo menos cinco por cento do eleitorado;

Capítulo IV

DA COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS (arts. 358 e 359)

Art. 359. Na elaboração e na execução da política de desenvolvimento urbano e seus instrumentos legais, o Município observará o disposto nos artigos 182 e 183, da Constituição da República, de modo a promover e assegurar a gestão democrática e participativa da cidade e condições de vida urbana digna.

Como se infere, o único dos dispositivos invocados que exige, formalmente, a participação popular prévia em fases de elaboração e implementação normativa é o art. 231, § 4º, da Constituição Estadual, o qual, por sua vez, é claro e inequívoco ao referir-se expressamente às “*fases de elaboração e implementação do plano diretor*”, ou seja, em nada versando sobre e/ou se confundindo com a Lei Municipal questionada, que trata de matéria ambiental e não urbanística.

Para dar credibilidade à sua tese, o Ministério Público trouxe decisões proferidas por esse Eg. Órgão Especial que julgou inconstitucionais leis dos Municípios de Saquarema e Maricá,<sup>8</sup> mas os precedentes invocados versam exatamente sobre matéria de direito urbanístico e não de Direito Ambiental.

Contudo, o Ministério Público deixou de mencionar justamente o dispositivo da Constituição Estadual que regulamenta, de forma específica e cristalina, a matéria. O art. 267 assim dispõe:

Art. 267. A extinção ou alteração das finalidades das áreas das unidades de conservação dependerá de lei específica.

A mesma previsão consta da Constituição Federal de 1988:

Art. 225. [...]

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

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

No âmbito infraconstitucional, não foram estabelecidos outros requisitos pela Lei Federal nº 9.985/2000, que traz normas gerais sobre a matéria:

Art. 22. As unidades de conservação são criadas por ato do Poder Público.

---

<sup>8</sup> Respectivamente, RI nº 0048023-55.2012.8.19.0000 e 0004096-39.2012.8.19.0000.

§ 7º A desafetação ou redução dos limites de uma unidade de conservação só pode ser feita mediante lei específica.

Com efeito, **mesmo para a situação mais drástica de extinção total de unidade de conservação, os dispositivos são claros em estabelecer como requisito unicamente a promulgação de lei específica**. A alteração dos limites de unidade de conservação não exige audiência pública ou outra forma de participação popular direta, nem mesmo de estudos ambientais, mas apenas de lei específica.

Mesmo não sendo exigível, o Município de Maricá **realizou estudos técnicos e consulta pública com a população local acerca da alteração dos limites do Refúgio de Vida Silvestre Municipal das Serras de Maricá** (v. docs. de fls. 43/44, 50/51 e 54/60).

Como se verifica, a Lei Municipal impugnada cumpre os requisitos constitucionais para a alteração de unidade de conservação, tendo o Parlamento local ido além dos requisitos legais ao se basear em estudos técnicos e ter realizado consulta da população atingida.

#### IV – AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

---

***Medida que não enseja proteção deficitária ou retrocesso ambiental, sendo ela autorizada pela Constituição do Estado e passando no teste da proporcionalidade***

---

A parte autora alega que, materialmente, a Lei Municipal viola os arts. 73, VI e VII, 229, *caput* e § 1º, 230, II, “g”, 261, *caput* e § 1º, I a V e XXV, 268, I a V, 345, *caput*, e 358, *caput* e IX, da Constituição Estadual, por incompatibilidade com os princípios da vedação ao retrocesso e da proibição da proteção insuficiente em matéria ambiental. Novamente, a parte autora invoca dispositivos de forma genérica, sem realizar o devido cotejo analítico entre os dispositivos da lei impugnada e as normas constitucionais suscitadas.

A premissa para vedação à alteração da unidade de conservação é a de que existem bens ambientais que devem ser protegidos no local, nomeadamente: a existências de diferentes áreas de preservação permanente - APP (notadamente a praia e o costão rochoso), a de que a área envolve região de Mata Atlântica, Serra do Mar e Zona Costeira e da existência de *Beachrocks* (pedras na praia).

De acordo com a lógica entabulada pelo Ministério Público, tais bens ambientais levam inexoravelmente à um dever de não supressão de parte da unidade de conservação, sob pena de violação ao princípio da proteção insuficiente e da vedação ao retrocesso.

Ocorre que, a simples existência de APP na região não enseja a proibição à supressão parcial da unidade de conservação, devendo-se registrar que a alteração da unidade não faz com que a área de preservação permanente seja extinta. Ao contrário, tais áreas ainda continuam comportando limitações de natureza ambiental, sendo certo que é admissível excepcionalmente à intervenção em áreas de preservação permanente (v. art. 3º, VIII, c/c art. 8º do Código Florestal).



No mesmo sentido, a existência de áreas de Mata Atlântica, Serra do Mar e Zona Costeira não determinam sua obrigatória pertença à unidade de conservação, do contrário todo o Estado do Rio seria uma grande unidade de conservação.

Quanto menos a ocorrência de *Beachrocks* na praia de Jaconé, que, diga-se, não possuem qualquer previsão legal de proteção ambiental, tem como efeito a necessidade de que os mesmos estejam englobados por unidade de conservação.

Se não há qualquer imposição legal para que tais bens ambientais estejam dentro de unidade de conservação, a pretensão do Ministério Público de impedir que parte da área deixe de ser uma unidade de conservação é, *data venia*, se substituir ao Parlamento e o Poder Executivo, violando o princípio da separação de poderes. Com efeito, são estes órgãos que detêm competência constitucional para escolher, dentre os inúmeros e exuberantes bens ambientais que se encontram no Brasil, aqueles que devem estar protegidos pela criação de unidade de conservação.

Contornando o problema da separação de poderes, o *Parquet* argumenta que a soma de tais bens ambientais é de tal importância que a alteração da unidade ensejaria suposta violação dos princípios da vedação do retrocesso e da proibição da proteção insuficiente.

De início a invocação de princípios jurídicos sem quaisquer considerações aprofundadas é expediente absolutamente inadequado para tal tipo normativo – que acaba sendo utilizado com base em “argumento de autoridade”. Expressões como “dignidade humana”, “proporcionalidade e razoabilidade”, “vedação ao retrocesso social” ou “proibição do excesso e da insuficiência”, são inseridas em debates jurídicos como se fossem “coringas” hermenêuticos, aptos a resolver todos os problemas do mundo real.

Esse problema não passa despercebido pela doutrina. Assim, Daniel Sarmento já fez alusão à “carnavalização” dos princípios, um fenômeno “*agravado pela tendência atual ao recurso pouco fundamentado a princípios constitucionais abertos, impregnados de forte conteúdo moral*”, afirmou ser “*o uso do ‘princípio como preguiça’: o princípio serve de fórmula mágica meio vazia, que mascara a falta de critério da decisão e substitui o ônus do julgador de elaborar uma fundamentação mais consistente*”.<sup>9</sup>

O problema aparece tanto na invocação da proibição da proteção insuficiente, assim como na proibição do excesso, ambos decorrentes do princípio da proporcionalidade.

Se a própria existência de tais princípios pode ser contestada, para aqueles que defendem sua existência, deve haver algum nível de maleabilidade permitida pelo princípio, que por natureza não pode ser absoluto.

Para a doutrina que defende o princípio, a constatação de proteção insuficiente, enquanto proporcionalidade de uma medida, se legitima a partir de certos parâmetros. Segundo J. J. Gomes Canotilho, “*a verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçada e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais*”.<sup>10</sup> Para tanto, na lição de Claus-Wilhelm Canaris, “*é, antes, preciso verificar se a*

<sup>9</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 301.

<sup>10</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 273.

proteção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobre-avaliados”.<sup>11</sup>

Já numa primeira análise o que se verifica é que **a retirada de um pedaço da área que pertencia à unidade de conservação não vulnera o dever de proteção ambiental ao ponto de gerar o perigo de proteção insuficiente: (i) porque existem inúmeras outras unidade de conservação no Estado; e (ii) porque a unidade não foi completamente extinta, sendo que relevante parte do território ainda se encontra protegido pela unidade.**

Passada a primeira análise, a verificação da proteção insuficiente demanda também um juízo de ponderação, à luz do caso concreto, neste sentido Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento<sup>12</sup> aduzem que:

*“A operacionalização do princípio da proporcionalidade por proibição da proteção deficiente baseia-se nos mesmos subprincípios acima descritos. Assim, quando o Estado se abster, total ou parcialmente, de adotar alguma medida que favoreceria a promoção ou a proteção de um determinado direito fundamental ou objetivo de envergadura constitucional, caberá indagar: (a) se a sua omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); (b) se não existia outro meio menos prejudicial àquele direito que favorecesse, em igual intensidade, o citado objetivo (subprincípio da necessidade); e (c) se a promoção do referido objetivo compensa, sob o ângulo constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).”*

Duas outras premissas devem ficar claras no exercício de ponderação: (i) não há prevalência *a priori* de interesses constitucionalmente tutelados; e (ii) eventual resolução de conflito pela ponderação exige uma análise à luz do caso concreto.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 123

<sup>12</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 483.

<sup>13</sup> SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 88: “O método da ponderação de bens é efetivado à luz das circunstâncias concretas do caso. Deve-se, primeiramente, interpretar os princípios em jogo, para verificar se há realmente colisão entre eles. Verificada a colisão, devem ser impostas restrições recíprocas aos bens jurídicos protegidos por cada princípio, de modo que cada um só sofra as limitações indispensáveis à salvaguarda do outro. A compressão a cada bem jurídico deve ser inversamente proporcional ao peso específico atribuído ao princípio que o tutela, e inversamente proporcional ao peso específico conferido ao princípio oposto.” BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 276: “É certo que não se pode pretender antecipar por inteiro as complexidades da vida real para o fim de identificar todas as circunstâncias que podem interferir na aplicação de um enunciado normativo. Isso seria impossível. Entretanto, o fato de não ser viável imaginar parâmetros absolutos ou completos (all things considered) não impede que se conceba aquilo que é possível para os fins desejados.” BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de

O desenvolvimento econômico não é antagônico à proteção ambiental. Inclusive, a Constituição prevê instrumentos para sua compatibilização, tais como as condicionantes no licenciamento ambiental e a compensação ambiental.

Nesse sentido, assim já decidiu esse Eg. Órgão Especial:

*“A própria ideia de desenvolvimento sustentável, ao partir do atendimento das necessidades do presente, sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades, não impõe uma hierarquização em abstrato do direito ao meio ambiente em detrimento ao direito à livre iniciativa, senão, pelo contrário, procura conciliar estes dois direitos fundamentais. Ou seja, a proteção ambiental não pode inviabilizar o livre desenvolvimento econômico.”*

(TJRJ (Órgão Especial), AgR na SL nº 0036005-94.2015.8.19.0000, Rel. Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, j. 19/10/2015).

Com efeito, a lei que altera os limites da unidade de conservação passa no teste da proporcionalidade: (a) por se destinar a promover um objetivo constitucional legítimo (incremento da atividade econômica); (b) a medida é necessária, eis que o trecho compreendido pela alteração seria a mais apta a alcançar o fim pretendido, não havendo meio menos oneroso; e (c) os benefícios superam os custos envolvidos, como será visto adiante.

As conclusões acima não se pautam em abstrações. Não podemos ignorar o fato de ter sido movida ação civil pública na Justiça Federal em que a parte autora pretende obstar a instalação de empreendimento no local.<sup>14</sup> Inclusive, uma das alegações naquela ação é a invalidade da Lei Municipal nº 2.466/2013, com os argumentos trazidos nesse processo.

Nos autos daquele processo constatou-se, dentre outros fatores, que: (a) **os beachrocks da região não possuem valor arqueológico diferenciado, sendo encontrados ao longo de toda a costa brasileira**; (b) de acordo com o EIA/RIMA elaborado, não há risco de supressão total dos *beachrocks* da região, pois apenas 4% dos *beachrocks* se encontram na área do empreendimento; (c) o relatório do Grupo Técnico instituído pelo Dec. Estadual nº 43.868/2012 foi favorável à implantação de

---

proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 239, jan./mar. 2005, p. 29-30: “Com efeito, uma norma que preconiza a supremacia a priori de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificado como princípio. Ao contrário, um princípio, por definição, é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve sempre ser contextualizado e ponderado com outros princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico. A prevalência apriorística e descontextualizada de um princípio constitui uma contradição em termos. [...] Um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia.”. ÁVILA, Humberto. Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 11, set./nov. 2007, p. 10: “O que pode ser descrito em abstrato é somente uma espécie de dependência entre as diferentes normas jurídicas e os bens jurídicos por elas protegidos. Uma relação de prevalência só pode ser verificada, entretanto, diante do caso concreto.”.

<sup>14</sup> Processo nº 0135094-20.2015.4.02.5102, 3ª Vara Federal de Niterói / JFRJ.

empreendimentos portuários no local; (d) **o órgão ambiental busca minimizar eventuais impactos ambientais com medidas de mitigação e compensação.**

Por outro lado, os benefícios trazidos com a medida são superiores ao baixo impacto ambiental constatado na região, sobretudo considerando o atual cenário de recessão econômica (um dos piores da história).<sup>15</sup> Fato é que no Estado do Rio de Janeiro, que conta com seis portos, estimam-se investimentos de R\$ 6,9 bilhões.<sup>16-17</sup> Trata-se de inestimável fonte de arrecadação de receitas tributárias, geração de emprego e renda. Tais circunstâncias foram reconhecidas, inclusive, por decisão da Presidência do Eg. Tribunal Regional Federal da 2ª Região.<sup>18</sup>

**A tese da proteção insuficiente deve ser afastada, assim, seja porque a alteração pontual da unidade de conservação não afasta a proteção do patrimônio ambiental, mas apenas de parte dele; seja em função de que a parte que restou suprimida o foi para dar lugar a persecução do desenvolvimento econômico, outro relevante valor constitucional.**

Quanto à alegação de retrocesso ambiental, é, *data venia*, uma contradição afirmar que “reduzir limites da unidade de conservação” configura retrocesso ou acarreta proteção insuficiente. **Ora, como pode a Constituição Estadual autorizar, por um lado, a alteração e supressão da unidade de conservação através de lei (art. 267) e, de outro, supostamente vedar a redução dos limites da unidade de conservação ao argumento de que “reduzir” é “retroceder”? Se assim fosse, a Constituição sequer autorizaria a supressão da unidade de conservação.** Não estamos aqui a tratar de um jogo linguístico.

Na formulação do princípio da vedação do retrocesso, em nenhum momento se chega à conclusão de ser absolutamente impossível o retorno a um estado anterior, nem que direitos possam sofrer alteração ou supressão.

Segundo José Vicente Santos de Mendonça, a vedação do retrocesso *strictu sensu* é compatível com o nosso modelo constitucional, “*caso se imagine que essa vedação seja relativa, ou seja, guiada, à vista do caso concreto, por um juízo ponderativo filtrado pelo princípio da dignidade da pessoa humana no seu núcleo de mínimo existencial*”, e conclui: “*Também é de se evitar a simples destruição de um determinado padrão de prestação social, muito embora seja possível diminuir-*

<sup>15</sup> Folha de São Paulo. *Recessão econômica atual deve ser a pior da história do Brasil*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/03/1749299-recessao-economica-atual-deve-ser-a-pior-da-historia-do-brasil.shtml>>. Acesso em: 16 out. 2016.

<sup>16</sup> Portal Brasil. *Setor portuário do RJ terá investimento de R\$ 6,9 bilhões*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2015/11/setor-portuario-do-rj-tera-investimento-de-r-6-9-bilhoes>>.

<sup>17</sup> Governo Federal/MDIC. *Portos*. Disponível em: <<http://investimentos.mdic.gov.br/public/arqui-vo/arq1433963371.pdf>>.

<sup>18</sup> “*Empreendimentos como o objeto do feito, envolvendo vultosos investimentos, sempre devem estar e em tese estão sujeitos a rígidas regras de controle e sempre cabe ao Ministério Público fiscalizar e acompanhar os atos do Poder Público, com as consequências cabíveis. Qualquer desvio pode e deve ser combatido concretamente. Ou seja, a decisão combatida, em sua amplitude, tem o condão de acarretar grave lesão à ordem pública, tendo em vista engessar a Administração Pública no que tange à implementação e estudo de suas políticas públicas.*” (TRF-2, SL nº 0002943-02.2017.4.02.0000, Des. Guilherme Couto de Castro, j. 16/05/2017)

lhe a extensão ou o conteúdo, desde que se-lhe apresente uma alternativa que haja ultrapassado positivamente ao mesmo juízo de ponderação”.<sup>19</sup>

Assim, não se configura retrocesso simplesmente por não concordar determinada medida. Novamente, José Vicente Santos de Mendonça afirma dever ser afastada a aceção consistente em “atribuir a um ‘retrocesso’ tudo o que contrarie a opinião de seu emissor quanto à conveniência e à oportunidade de alguma lei”, eis que “esta vaga noção e esse conhecimento de ouvir dizer sustentariam que o ‘retrocesso’ tornaria inconstitucionais as leis com que na verdade simplesmente não se concorda”.<sup>20</sup>

Por fim, é importante registrar que diante da necessidade que se tem de instalação de infraestrutura portuária, **a declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada fará com que o empreendimento se mova para outro local, que potencialmente causará maior impacto no ambiente.** Tal afirmação é lastreada na premissa de que o instituto ambiental tem o dever legal, ao analisar o licenciamento, de considerar as alternativas locais para a sua instalação e, ao fazê-lo, **chegou à conclusão de que aquela área era a de melhor localização, considerando os impactos gerados no ambiente.**

Em suma, a competência constitucional para elencar os bens que serão protegidos por unidade de conservação (seja pela criação, alteração ou supressão) é do Parlamento e do Poder Executivo, de modo que a alteração dos limites da unidade de conservação promovidos pela lei impugnada se traduz no mero exercício regular desta competência. Diante das inúmeras unidades de conservação existentes no Estado do Rio de Janeiro e da própria subsistência da unidade em questão, é inviável considerar que a alteração pontual promovida pela lei impugnada possa ser qualificada como violação ao princípio da vedação ao retrocesso ou da proteção insuficiente.

---

### ***A Tese do Ministério Público inviabiliza todo e qualquer porto no país***

---

Por fim, como se verifica numa simples leitura da exordial, a pretensão do *Parquet* é nitidamente inviabilizar a instalação de um porto na região, ainda que por meio da utilização (inadequada) da via reflexa do controle abstrato de constitucionalidade.

Nessa perspectiva e de antemão, é preciso que reste claro uma evidência da legislação ambiental: **não há uma vedação legal absoluta e abstrata à existência de empreendimentos que causem alto impacto ambiental.** Do contrário não teríamos a indústria do petróleo, criação de gado, mineração etc., todas atividades de alto impacto ambiental. Mais uma vez, é imperioso lembrar que a salvaguarda

---

<sup>19</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro*, v. XII, 2003, p. 235.

<sup>20</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro*, v. XII, 2003, p. 218.

ambiental deve coexistir com o desenvolvimento econômico, tendo como resultado um desenvolvimento sustentável.

Assim, o que se verifica na legislação ambiental é a existência de limitações (de maior ou menor grau) e condicionamentos legais que devem ser verificados caso a caso (por meio do licenciamento ambiental), fazendo com que alguns empreendimentos sejam viáveis e outros não.

Ora, sem sombra de dúvida um porto é um grande empreendimento e que causará impacto no ambiente. Contudo, **os impactos ao ambiente, permita-nos a tautologia, só são vedados quando ilegais**, mas a construção de portos e seus respectivos impactos no ambiente não são *a priori* e em abstrato ilegais.

Assim, é descabida a afirmação do Ministério Público em relação à ilegalidade da instalação do porto em razão deste afetar a praia e o costão rochoso, impactar a fauna e a flora e que a intensa movimentação de embarcações gerará impactos ao ambiente, como se tanto – os impactos ao ambiente – fossem por si só ilegais.

Com a devida vênia, a pretensão do Ministério Público inviabilizaria a instalação de portos no Brasil (e no mundo) todo.

O que não se pode tolerar é a instalação de um porto em desconformidade com a legislação ambiental, com impactos que desbordem dos limites estabelecidos nos marcos normativos. Fatos que não podem ser discutidos em sede de ação de controle abstrato de constitucionalidade, especialmente com base em genéricas alegações de violação ao dever de proteção ambiental e de vedação ao retrocesso, notadamente porque o porto em questão foi objeto de licenciamento ambiental e já há Ação Civil Pública discutindo o tema.

## V – CONCLUSÃO

Assim, pelas razões acima expostas, opino pelo reconhecimento da inépcia da inicial ou, caso ultrapassadas as preliminares, pelo não acolhimento da presente Representação, declarando-se a constitucionalidade da Lei nº 2.466, de 23 de setembro de 2013, do Município de Maricá.

Rio de Janeiro, 23 de janeiro de 2018.

**LEONARDO ESPÍNDOLA**

Procurador-Geral do Estado

**FABIO SANTOS MACEDO**

Procurado do Estado