

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

GIOVANI DA SILVA CORRALO

JANAÍNA MACHADO STURZA

SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sem quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Ednilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Giovani da Silva Corralo; Janaína Machado Sturza; Suzy Elizabeth Cavalcante Koury – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-854-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

O Grupo estudou diversas questões que envolvem os direitos sociais e as políticas públicas, a partir da ideia da efetivação dos direitos fundamentais e do desenvolvimento humano.

Os trabalhos buscaram demonstrar que as políticas públicas devem ser voltadas para os indivíduos, permitindo que desenvolvam as suas capacidades e alcancem os seus projetos de vida, numa perspectiva emancipatória e de superação das gritantes diferenças de oportunidades que ainda subsiste no cenário nacional.

O enfoque nas políticas públicas de saúde, incluindo a assistência farmacêutica, a partir da constatação de precariedade do sistema público de saúde, da ausência de recursos e da judicialização da saúde e os seus efeitos, foi o escolhido por sete dos pesquisadores que tiveram os seus artigos selecionados.

As políticas públicas voltadas às mulheres, aos adolescentes, aos idosos, aos portadores de necessidade especiais e às crianças foram discutidas em diversos dos textos apresentados, revelando grande cuidado e preocupação dos seus autores com o alcance do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de redução das desigualdades sociais e regionais.

Aliás, somente um Estado com capacidade de elaboração, execução, monitoramento e avaliação de políticas públicas, em todos os níveis da Federação, de forma integrada e com a participação social, é que possibilitará a concretização dos fins constitucionalmente almejados pela República e dos próprios direitos fundamentais.

É nesse contexto que se recomenda a leitura dos artigos que compõem esta obra, a demonstrar o estado da arte de grande parte das pesquisas desenvolvidas em nível da pós-graduação em Direito no Brasil, a envolver instituições e pesquisadores em estudos aprofundados que transpõem os limites da Ciência Jurídica, numa perspectiva interdisciplinar.

Boa leitura!

Giovani da Silva Corralo - UPF

Janaína Machado Sturza - UNIJUI

Suzy Elizabeth Cavalcante Koury - CESUPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL E A INSUFICIÊNCIA DO INTERVENCIONISMO JUDICIAL

SUSTAINABLE URBAN DEVELOPMENT AND THE INNEFICIENCY OF JUDICIAL INTERVENTIONISM

Édson Carvalho ¹
Denize Heiderscheidt Carvalho ²

Resumo

A Constituição de 1988 ampliou o acesso dos cidadãos ao Judiciário, ao estabelecer como garantia fundamental a inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direitos. Valendo-se da pesquisa bibliográfica e utilizando o método dedutivo, buscou-se no presente artigo definir o conteúdo do princípio da Separação dos Poderes, de modo a possibilitar uma avaliação mais adequada sobre a ocorrência de sua violação. A teoria desenvolvida por Giddens sobre ação reflexiva definiu que o indivíduo busca posicionar-se em ambientes que lhe garantam segurança. Como agir rotinizado, o ativismo judicial incorpora-se à tradição do Poder Judiciário, influenciando as ações de magistrados.

Palavras-chave: Separação dos poderes, Ação reflexiva, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The 1988 Constitution enlarged the access of citizens to Judicial, by establishing the non-obviation as a fundamental guarantee of judicial appreciation of lesion or threat to rights. The present article aimed at defining the content of the principle of Separation of Powers through deductive method to provide proper assessment of the occurrence of its violation. The theory developed by Giddens about the reflexive action, it was defined that the individual seeks to take a stand in places that guarantee security. Judicial activism, as routine acting, incorporated to the tradition of the Judicial Power, conditioned and influenced the actions of magistrates.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Separation of powers, Reflexive action, Judicial activism

¹ Graduado pela UNIVALI. Especialista em Direito Público pela ESMAFESC. Advogado, professor da UNIVALI, de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Tributário. Mestrando em Ciências Jurídicas da UNIVALI.

² Graduada em Administração Geral, especialista em Gestão empresarial pela Estácio de Sá de Santa Catarina. Graduada em Direito, especializanda em Direito Civil e Processo Civil pela UNIVALI. Conciliadora do JEC.

INTRODUÇÃO

O Poder Público se vê diante de grandes problemas que afetam a organização das cidades e comprometem o desenvolvimento social, o bem estar da população e a sustentabilidade urbana.

Problemas como mobilidade urbana, desemprego, segurança pública, gestão dos recursos naturais, destinação de resíduos sólidos, vazios urbanos dentre outros, aliados à falta de planejamento e de políticas de desenvolvimento urbano adequadas, criam um cenário desolador e contribuem para a expansão desmedida das cidades, agravando os problemas já existentes e criando outros mais.

Em matéria de políticas públicas, mormente as voltadas ao desenvolvimento urbano, o Poder Judiciário é chamado em muitas oportunidades para decidir questões sensíveis que em última análise comprometem a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo e, ao invés de resolver problemas, agrava-os mais.

As cidades são o centro da vida moderna e sua criação e desenvolvimento requer muito mais que apenas edifícios e moradores, o que exige planejamento e gestão eficiente de diversos elementos que escapam do domínio do Poder Judiciário. Esta circunstância aponta para a insuficiência da intervenção do Poder Judiciário em assuntos que envolvam as políticas de desenvolvimento urbano, impondo limites à sua atuação nesse campo.

O presente artigo tem por objetivo fomentar uma reflexão sobre como as cidades se organizam, sua conexão com outros centros urbanos globalizados e a responsabilidade pelo protagonismo no desenvolvimento sustentável das cidades.

Para tanto, partindo da teoria da teia desenvolvida por Capra, será analisada a formação, desenvolvimento e a interconexão das cidades com outros centros urbanos, identificando os elementos formadores das sociedades atuais e a importância das políticas de desenvolvimento urbano.

Depois será estabelecido o conceito de desenvolvimento sustentável e sua influência para o desenvolvimento urbano, de modo a contribuir para a superação dos problemas que assolam as sociedades atuais.

Por fim, será analisado se a intervenção do Poder Judiciário em políticas de desenvolvimento urbano é suficiente para colmatar todos os interesses em conflito e viabilizar o desenvolvimento urbano sustentável ou se é necessário fortalecer a atuação dos demais Poderes da República para se alcançar os resultados almejados.

Para o desenvolvimento deste trabalho foi realizada pesquisa bibliográfica e adotado o método de abordagem dedutivo.

1. CIDADES VIVAS

Não é adequado conceber as cidades meramente como o conjunto formado por edifícios, rodovias, instrumentos públicos, parques e outras estruturas materiais, e a população.

A separação de poderes foi aprimorada por Montesquieu (1999), que já no século XVIII externou preocupação com os abusos praticados pelos governantes. Escreveu ele:

[...]
A democracia e a Aristocracia não são Estados livres, por natureza.
A liberdade política só se encontra nos Governos moderados. Mas ela não existe sempre nos Estados moderados. Ela só existe neles quando não se abusa do poder.
Mas é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar os limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites.
Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.
Uma constituição pode ser tal que ninguém seja forçado a fazer as coisas que a lei não obrigue, e a não fazer as coisas que a lei permita.
[...]

Nosso texto constitucional dispõe que os Poderes da República são independentes e harmônicos entre si. Mas a divisão de Poderes não é acompanhada, em toda e qualquer época ou lugar, da necessária e desejada harmonia¹.

A história funciona como um pêndulo, ora exigindo do Poder Executivo participação mais ativa, ora do Legislativo. Outras vezes é o Judiciário o protagonista.

A evolução por que passou o Estado, do absolutismo até o liberalismo, acarretou mudanças consideráveis no mundo fático e jurídico. Num primeiro momento, houve a

¹ Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo, p. 28. Na introdução da obra, em análise da divisão de poderes proposta por Montesquieu, o tradutor faz a seguinte observação: “[...] *Quarta*. O que Montesquieu ressalta é a divisão dos Poderes; não a sua harmonia. A divisão no sentido de terem eles funções próprias, não exercitáveis por outro Poder. Funções que se interlaçam muitas vezes, cada Poder concorrendo, dentro da sua esfera, para um desiderato comum, único. Mas, mesmo nessa colaboração, afirma-se divisão entre eles. Ao atuarem juntos, cada qual intransigente nas suas funções, resultará politicamente, não por expressa disciplina legal, a harmonia entre eles. É assim que se compreende não agirem os Poderes isolados, em áreas estanques, mas agirem concorrentemente, e no entanto independentes, dentro da realidade política, naturalmente dinâmica [...]”.

concentração de poder nas mãos do soberano, nascendo, assim, o Estado Absolutista, em que o rei concentrava as três funções do Estado (função de legislar, executar as leis e julgar os cidadãos). Num segundo momento surge o Estado Liberal² cuja ideologia retratava a limitação estatal, deixando espaço maior para a atuação do cidadão. Face às consequências acarretadas pelo capitalismo concorrencial, o Estado passou de liberal a Estado de prestações³, aumentando suas atribuições e exigindo-lhe maior participação ativa na realização de seus escopos⁴.

É inadequado compreender e aplicar o princípio da Separação dos Poderes considerando apenas o seu aspecto formal, tal como posto por Montesquieu, pois essa postura deixa de contemplar as peculiaridades de cada Estado e o regramento constitucional especificamente considerado. A devida conformação do princípio da Separação dos Poderes deve ser buscada no texto constitucional vigente (CLÈVE, 2000, p. 44).

Barroso aponta para a existência de duas dimensões do princípio da Separação dos Poderes indicando, como conteúdo da primeira dimensão, a especialização funcional dos órgãos do Estado, o que pressupõe a titularidade, por cada um dos Poderes, de competências que lhe são próprias. A segunda dimensão do referido princípio se traduz na necessária independência orgânica, que acarreta algumas consequências⁵.

Ao enfrentarem a questão, Sarlet, Marinoni e Mitidiero destacam a posição de deferência que deve nortear as relações entre os poderes, o que significa que um Poder da

² “A doutrina liberal era tributária de uma idéia limitada e juridicamente controlada do Estado. Um Estado responsável em última análise, unicamente pela segurança das relações sociais e que, para desempenhar tal finalidade, limitava-se a produzir a lei e a executá-la, bem como a censurar a sua violação. O Estado Liberal é um Estado *gendarme*, por isso mesmo apelidado de *guarda noturno* por Lassale.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 36.

³ Esse termo é utilizado por CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 37, e quer significar Estado Social, como adverte o mesmo autor. Ver ainda, BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. São Paulo: Editora UNB – Imprensa Oficial, 2004. p. 416, para quem “o Estado do Bem-Estar (*Welfare State*), ou Estado assistencial, pode ser definido, à primeira análise, como Estado que garante ‘tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade mas como direito político’”.

⁴ “O Estado mínimo, com reduzidas competências, vai assumindo mais e mais funções. O ‘Estado-arbitro’ cede espaço para o ‘Estado de Prestações’. A própria idéia de direitos fundamentais sofreu sensível deslocamento: em face do poder público, os cidadãos não dispõem, agora, apenas de direitos que possuam como contrapartida um dever de abstenção (prestações negativas); eles adquiriram direitos que, para sua satisfação, exigem do Estado um dever de agir (obrigação de dar ou de fazer: prestações positivas). Aos direitos clássicos, individuais (liberdade de locomoção, propriedade, liberdade de expressão ou de informação etc.), acrescentou-se uma nova geração de direitos como os relativos à (proteção da) saúde, educação, ao trabalho, a uma existências digna, entre outros.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 37.

⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 174. As consequências decorrentes da independência orgânica, enumeradas pelo autor, são as seguintes: “(i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (ii) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisões exclusivamente políticas, (iii) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de suas independência frente aos demais Poderes”.

República deve observar e respeitar o espaço constitucionalmente reservado à atuação dos demais. O Poder Judiciário, por sua vez, deve adotar postura autorrestritiva em sua relação com o Poder Legislativo, limitando-se ao exercício do controle da legislação de modo a manter a liberdade de conformação do legislador (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 219).

Com Canotilho (2003, p. 250) é possível compreender o princípio da Separação de Poderes da seguinte forma:

[...]

(1) a separação como ‘divisão’, ‘controle’ e ‘limite’ do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva).

[...]

Depreende-se que para Canotilho (2003, p. 250), que serviu de fonte para os autores citados anteriormente, a dimensão negativa do princípio da Separação dos Poderes se traduz em fundamento jurídico da atuação de cada qual, conferido pela Constituição ao dar-lhes forma jurídica, bem como garante proteção à “esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos e evita a concentração de poder”.

A dimensão positiva, por sua vez, assegura a adequação das funções do Estado, ao definir as competências, funções e tarefas, significando a responsabilidade pelo exercício do poder (CANOTILHO, 2003, p. 250).

E arremata:

[...] O que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem *pode ser feito* e é feito de *forma legítima*. (CANOTILHO, 2003, p. 251)

As discussões superficiais travadas em torno do princípio da Separação dos Poderes tende a desconsiderar que ele ultrapassa a sua mera declaração formal, segundo a qual haverá ofensa quando um Poder da República exercer competência assinalada a outro, desconsiderando o regramento constitucional a partir do qual se fala e dispensando análise mais acurada sobre a real ofensa ao “núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes”⁶.

⁶ Cf. CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 252: “[...] A sobreposição das linhas divisórias de funções não justifica, por si só, que se fale de ‘rupturas de divisão de poderes’. Estas rupturas ou *desvios do princípio da divisão de poderes* só são, porém, legítimos se e na medida em que não interfiram com o núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes. Com efeito quando o **núcleo essencial** dos limites de competências, constitucionalmente fixado, for objeto de violação pode estar em jogo todo o sistema

Constata-se, portanto, que para além do seu aspecto formal, o princípio da Separação dos Poderes possui um aspecto substancial, que não deve ser deixado de lado nas discussões travadas em torno de sua possível violação por parte de qualquer dos Poderes da República.

Em relação ao direito urbanístico disciplinado a partir do texto constitucional, tem-se que o art. 182 da Constituição da República estabelece competir ao poder público municipal a execução da política de desenvolvimento e expansão urbanas, observando as disposições gerais estabelecidas em lei, esta de competência da União.

O parágrafo primeiro do referido dispositivo exige, como instrumento de política urbana, a edição, pelos municípios, de plano diretor que oriente o desenvolvimento urbano sustentável, garantindo o bem-estar de seus habitantes.

A teoria de Capra, denominada a teia da vida, é pertinente para explicar o fenômeno social e, principalmente, a formação das cidades.

Capra busca explicar os fenômenos sociais a partir da análise das características dos sistemas vivos, por compreender que aqueles estão baseados numa concepção da evolução da própria vida⁷.

Para tanto, Capra (2005, p. 22) procura identificar o sistema mais simples que manifesta as características da vida para, a partir dele, investigar os sistemas mais complexos. Nesse passo, importante não olvidar a advertência do autor, no sentido de que “[...] essa estratégia reducionista mostrou-se extremamente eficaz nas ciências – desde que o cientista não caia na armadilha de pensar que as entidades complexas não são mais do que a soma de suas partes mais simples”.

As cidades podem ser entendidas como sistemas vivos complexos, o que exige a investigação mais profundada dos elementos que as formam, visto ser insuficiente concebê-las como a simples aglutinação dos seus elementos materiais e humanos.

Certos elementos independentes, quando incorporados a outros, perdem a sua individualidade para formar nova entidade. A partir disso, os elementos antes independentes

de *legitimação, responsabilidade, controlo e sanção*, definido no texto constitucional. [...] Nestes casos, o princípio da separação pode funcionar como *princípio normativo autónomo* invocável na solução de litígios jurídico-constitucionais”.

⁷⁷ Cf. CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2005. p. 21, especialmente quando afirma: “Em defesa desse meu proceder, posso afirmar também que, em fim de contas, a própria realidade social evoluiu a partir do mundo biológico entre dois e quatro milhões de anos atrás, quando uma espécie de símio meridional’ (*Australopithecusafarensis*) ficou de pé e passou a caminhar sobre duas pernas. Naquela época, os primeiros hominídeos desenvolveram um cérebro complexo, a linguagem e a capacidade de fabricar ferramentas; ao mesmo tempo, a absoluta inépcia de seus filhotes, que nasciam prematuros, levou à formação das famílias e comunidades de apoio que constituíram as bases da vida social humana. Por isso, é sensato que a compreensão dos fenômenos sociais seja baseada numa concepção unificada da evolução da vida e da consciência”.

não podem mais ser vistos como entidades autônomas, embora possam ser identificados dentro desse mesmo sistema⁸.

Compreender o processo de formação e sustentação da vida biológica ajuda a compreender os sistemas vivos complexos e suas inúmeras conexões.

Aplicada esta teoria às políticas públicas de desenvolvimento urbano, tem-se que a sua formulação adequada deve considerar todos os aspectos da vida em sociedade no meio urbano, de modo a verificar as mútuas implicações decorrentes das diversas ações estatais desenvolvidas quando da execução dessa mesma política pública.

Nesse sentido, o Poder Judiciário não está devidamente preparado e aparelhado para fazer frente aos desafios de promover o desenvolvimento sustentável das cidades, o que impõe limites imanentes ao intervencionismo judicial nas políticas de desenvolvimento urbano.

2. AÇÃO REFLEXIVA

O mundo e toda a sua complexidade não pode ser apreendido apenas por meio da contemplação. Os processos internos inerentes à condição humana são muito complexos e o meio (tempo-espço) no qual o indivíduo está inserido condiciona o seu desenvolvimento e suas concepções.

O agir humano, apto a garantir ao homem a posição de superioridade intelectual em relação aos demais seres, condiciona o seu desenvolvimento e aprendizado e isso ocorre com a sua atuação no mundo.

Até atingir a maturidade necessária para ser instrumento de atuação no mundo, o corpo passa por três sucessivas polaridades associadas à sua transformação, as quais foram devidamente identificadas por Erikson (GIDDENS, 2009, p. 61-62).

Até atingir a sua autonomia, o indivíduo passa por fases críticas que vão desde a sua total dependência dos pais até a descoberta de novas possibilidades relacionais, a partir do domínio da linguagem sintaticamente desenvolvida⁹.

⁸ Essa afirmação encontra respaldo em CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável, p. 274, que na nota de rodapé nº 4, destaca: “Certas partes das células, como as mitocôndrias e os cloroplastos, eram no passado bactérias independentes que invadiram células maiores e evoluíram junto com elas para constituir novos organismos compostos. Esses orgânulos ainda se reproduzem nem momento diferente do restante da célula, mas não podem fazê-lo sem o funcionamento integrado da célula com um todo e, por isso, já não podem ser considerados sistemas vivos autônomos”.

⁹ Cf. GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*, p. 61-66. Com apoio em Erikson, Giddens assevera que a primeira polaridade é a da confiança básica *versus* a desconfiança básica e por ela

[...] Em conjunto, essas três fases representam um movimento progressivo na direção da autonomia, que deve ser entendida como o estabelecimento da capacidade de monitoração reflexiva da conduta. Mas “autonomia” não significa abandonar os estímulos provocadores de ansiedade ou os modos de enfrentar ansiedade que compreendem o sistema de segurança da personalidade adulta [...] (GIDDENS, 2009, p. 66).

O que o homem tende a buscar é o estabelecimento de relações que lhe imprimam confiança, ou seja, que lhe faça reviver a primeira polaridade desencadeando sentimentos e sensações que correspondam às suas projeções do mundo¹⁰.

Nessa busca por segurança, a rotina, baseada na consciência prática¹¹, atende adequadamente os anseios do indivíduo, por permitir uma contínua reprodução daquilo que o satisfaz e o remete às primeiras experiências de sua vida.

Pode-se dizer, a partir da leitura de Giddens, que as instituições, sejam sociais ou políticas, conferem grau equivalente de confiança e segurança aos indivíduos que com elas se relacionam, porque estão fundadas na tradição. Vale dizer, a rotina do agir institucional permite ao indivíduo fazer previsões que o levam a agir pautado na consciência prática.

As rotinas são mantidas por meio dos encontros, entendidos como interação com outros que estão co-presentes e que, pela atividade do corpo e no fluxo das ações, é envolvido na segurança ou atitude de confiança para a continuidade do mundo.

Daí afirma Giddens (2009, p. 77) que

[...] A continuidade da vida ordinária seria impossível se tentássemos submeter todos os objetos a tão detalhada inspeção. Por aí vemos que a “cláusula de *etcetera*” de Garfinkel aplica-se não apenas à linguagem ou à conservação, mas também a atividades corporais em relação física com o mundo externo [...].

passam as crianças em sua primeira realização social, quando se dispõe a perder a mãe de vista sem que isso cause maiores transtornos internos. A presença materna se tornou uma certeza interna e uma previsibilidade externa, entre às quais há identidade, gerando a confiança, que também pode ser entendida como sinônimo de segurança. Ao aprender a administrar essas tensões internas, a polaridade confiança/desconfiança é organizada em torno de relações entre projeção e introprojeção como mecanismo da personalidade. Autonomia *versus* dúvida é a nova etapa em que está centrada a segunda polaridade e permite a identificação da existência de relação ou responsabilidade por outra pessoa. A terceira fase é aquela que culmina no domínio da linguagem sintaticamente desenvolvida, se traduzindo na polaridade de iniciativa *versus* culpa. Pela iniciativa, a criança adquire o controle interno necessário para se aventurar longe dos confins da família e estabelecer relações com seus pares, o que pode gerar ansiedade decorrente da culpa.

¹⁰Giddens afirma que “[...] Previsibilidade, continuidade, uniformidade fornecem ‘um sentimento rudimentar de identidade do ego que depende [...] do conhecimento de que existe uma população interna de sensações e imagens recordadas e previstas firmemente correlacionadas com a população exterior das coisas e pessoas conhecidas e previsíveis’ [...]”. GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*, p. 62.

¹¹Cf. GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*, p.57. Para o autor, “A consciência discursiva implica as formas da recordação que o ator é capaz de expressar verbalmente. A consciência prática envolve a recordação a que o atente tem acesso na *durée* da ação, sem ser capaz de expressar o que assim sabe”. A consciência prática, assim, inviabiliza o indivíduo de externar os motivos da sua ação por meio da linguagem.

O indivíduo tende a se manter na zona de conforto na qual se encontra, desenvolvendo sua personalidade dentro daqueles padrões estabelecidos ao longo de sua experiência. Essa passividade decorrente da vida rotinizada pode acarretar a perda ou a diminuição do senso crítico do indivíduo (GIDDENS, 2009, p. 75).

Situações críticas¹² podem desencadear ansiedade, o que faz com que o indivíduo experimente regressão de comportamento que compromete as bases do sistema de segurança básica que se traduz na confiança em relação aos outros, o que exige a reconstrução de padrões típicos de ação, ensina Giddens.

Parece intuitivo que o ambiente no qual o indivíduo está inserido condiciona o seu agir, o que nos remete à questão sobre se o indivíduo é produto do ambiente em que vive ou se ele pode mudar o mundo a sua volta.

O agir reflexivo permite ao indivíduo, mesmo quando não se encontra diante de situação crítica, manter controle sobre seu corpo e pensar suas ações. Ou seja, mesmo inserido em um ambiente marcado pela tradição e pela rotina, o indivíduo pode compreender-se como agente capaz de influenciar e mudar o tempo-espaço em que se posiciona¹³.

Isso pressupõe que o indivíduo seja dotado de autonomia, da capacidade de compreender o mundo em que se encontra inserido, de conhecer e respeitar as regras de convivência e de atuação e direcionar suas ações para alcançar os resultados por ele visados. Ao agir reflexivamente, o indivíduo se pauta pela consciência discursiva o que, por óbvio, não garantirá uma atuação correta ou adequada do agente.

3. ATIVISMO JUDICIAL E A SUPERAÇÃO DA TRADIÇÃO PELA AÇÃO REFLEXIVA

Não se pode olvidar que a Constituição da República de 1988 ampliou consideravelmente o protagonismo do Poder Judiciário, ao estabelecer como garantia fundamental a inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito (CRFB/88, art. 5º, inciso XXXV).

¹² GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*, p. 70-71. “Entendo por “situações críticas” as circunstâncias de disjunção radical do tipo imprevisível, que afetam uma quantidade substancial de indivíduos, situações que ameaçam ou destroem as certezas de rotinas institucionalizadas. Estou interessado, neste ponto, não na análise das origens sociais de tais circunstâncias, mas em suas conseqüências psicológicas e no que essas conseqüências indicam acerca da generalidade da vida social rotineira [...]”.

¹³ GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*, p. 91. “As contribuições mais notáveis de Goffmann para o entendimento da sustentação e reprodução de encontros tratam da relação entre o controle reflexivo do corpo – isto é, a automonitoração reflexiva de gestos, movimentos e posturas corporais – e a coordenação mútua da interação através do tato e do respeito pelas necessidades e solicitações de outros [...]”.

Mas protagonismo não pode ser confundido com ativismo, assim como este não pode ser caracterizado abstratamente, sem levar em consideração os dois grandes troncos do direito: romano-germânico e *common law*.

Foi o que fez Barroso ao afirmar que

[...] O ativismo é uma *atitude*, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprimir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas quando ausentes ou ineficientes. Exemplos de decisões ativistas, além dos casos já mencionados, envolveram a exigência de fidelidade partidária e regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. Todos esses julgamentos atenderam a demandas sociais não satisfeitas pelo Poder Legislativo [...] (BARROSO, 2013, p. 40).

Com efeito, o autor analisa o ativismo judicial sem levar em consideração as peculiaridades do sistema do *common law*, como se as conclusões a que chegou abarcassem ambas as famílias do direito. Ademais, o autor parece fazer confusão entre ativismo judicial e protagonismo judicial, dada a superficialidade com que enfrentou o tema¹⁴.

A fundamentação para o ativismo judicial¹⁵ não pode ser buscada na omissão de qualquer dos demais Poderes da República no que toca ao exercício de suas competências estabelecidas constitucionalmente, sob pena de se vulnerar o núcleo essencial dos limites de competências constitucionais e caracterizar violação ao princípio da Separação dos Poderes.

Como dito acima, o ativismo judicial deve ser avaliado de acordo com as peculiaridades do sistema em discussão.

No sistema romano-germânico, adotado no Brasil, a jurisprudência não pode ser considerada como fonte do direito, porque sua principal característica reside na observância de atos normativos primários, previamente estabelecidos pelo Poder Legislativo. Isso não significa, em absoluto, negar qualquer caráter criativo à jurisprudência (RAMOS, 2010, p. 104-105).

Quanto às decisões proferidas no âmbito do *common law*, vale a lição de Ramos, para quem

[...]

¹⁴O art. 5º, inciso LXXI, do texto Constitucional, autoriza que o Poder Judiciário defina os parâmetros para o exercício de direitos fundamentais, ao reconhecer a omissão legislativa. Não se olvide que os direitos e garantias fundamentais, que não se limitam ao rol do art. 5º, tem aplicação imediata, nos termos do § 1º, do art. 5º. Obviamente que a “regulamentação” judicial do exercício do direito tem caráter precário e produz efeitos *inter partes*. Nesse passo, o ativismo pode estar presente nos termos em que a regulamentação do direito se deu, mas não na competência do Tribunal em viabilizar o exercício de um direito.

¹⁵Entende-se por ativismo judicial “[...] a disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa [...]”. Cf. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

Em sentido inverso, nos sistemas de *common law*, como é o caso do direito da Inglaterra e dos Estados Unidos, a jurisprudência continua a ocupar o posto de principal fonte, não obstante o impacto sobre o sistema estadunidense da existência de uma Constituição dotada de supremacia formal e da crescente importância em ambos os ordenamentos [...]¹⁶.

A percepção de Barroso acima reproduzida atende a outro propósito neste trabalho: apontar que o desrespeito aos limites de atuação do Poder Judiciário fixados no texto constitucional também é prática comum na mais alta Corte brasileira.

Tal postura ativista, que atropela não apenas o Poder Legislativo, mas também o Executivo – este no que diz respeito à interferência na formulação e implantação de políticas públicas –, permite que os demais tribunais e instâncias ultrapassem os limites jurídicos estabelecidos pelo ordenamento jurídico e estabeleçam precedentes fundados em outros interesses, como se tal proceder fosse algo natural e estivesse justificado na incapacidade dos demais Poderes da República de cumprirem seus deveres impostos pela ordem jurídica.

A forma com que o Poder Judiciário atua, de modo geral, evidencia a tradição forjada ao longo de sua existência no Brasil e que arrasta seus agentes, mormente os magistrados de todas as instâncias.

Streck (2004, p. 14) foi ao ponto ao afirmar:

[...]

No Brasil, os principais componentes do Estado Democrático de Direito, nascidos do processo constituinte de 1986-1988, ainda estão no aguardo de sua implementação. Velhos paradigmas de Direito provocam desvios na compreensão do sentido de Constituição e do papel da jurisdição constitucional. Antigas teorias acerca da Constituição e da legislação ainda povoam o imaginário dos juristas, a partir da divisão entre “jurisdição constitucional” e “jurisdição ordinária”, entre “constitucionalidade” e “legalidade”, como se fossem mundos distintos, separáveis metafisicamente, a partir do esquecimento daquilo que Heidegger chamou de diferença ontológica. Essa separação metafísica denuncia, em certa medida, o modelo frágil de jurisdição constitucional que praticamos no Brasil, *o que inexoravelmente redundando em um conceito frágil acerca da Constituição*, fenômeno que não é difícil de constatar a partir de uma análise acerca do grau de (in)efetividade do texto constitucional em vigor.

¹⁶RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos, p. 107. Apesar do movimento em curso no Brasil, iniciado com a EC-45/2004, que inseriu o art. 103-A na Constituição da República, não se pode conceber uma identidade entre o sistema jurídico aqui em vigor com o *common law*. Os precedentes do STF podem, após deliberação específica nesse sentido (ato de vontade), redundar na aprovação de súmula com caráter vinculante. As teses firmadas nos julgamentos destituídos de vinculatividade não se revestem de precedente nos moldes praticados pela família do *common law*.

Pode parecer paradoxal, mas em relação a determinados assuntos o Poder Judiciário atua de forma ativista, enquanto em outros se queda inerte e silente, descumprindo o seu dever imposto constitucionalmente de tutelar os direitos e garantias fundamentais¹⁷.

Conforme posto anteriormente, Barroso entende por ativismo judicial a ação deliberada no sentido de ampliar o papel do Judiciário, o que coincide com o pensamento de Ramos, que vê no ativismo uma disfunção no exercício da jurisdição. O ativismo judicial é, portanto, uma ação pautada pela vontade de ultrapassar os limites de atuação marcados para o Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

A atuação deliberada e frequente, em todas as instâncias, cria a rotina que, por sua vez, desemboca na tradição, passando de geração em geração de magistrados e conferindo segurança básica fundada na jurisprudência formada e pela rotinização estabelecida.

No ponto, vale transcrever Giddens, que ao falar da confiança destaca:

[...] Sugerirei que um sentido de confiança na continuidade do mundo objetivo e no tecido da atividade social depende de certas conexões especificáveis entre o agente individual e os contextos sociais através dos quais esse agente se movimenta no decorrer da vida cotidiana. Se o sujeito só pode ser apreendido através da constituição reflexiva de atividades diárias em práticas sociais, não podemos entender a mecânica da personalidade separada das rotinas da vida do dia-a-dia, através das quais o corpo passa e que o agente produz e reproduz. O conceito de *rotinização*, baseado na consciência prática, é vital para a teoria da estruturação. A rotina faz parte da continuidade da personalidade do agente, na medida em que percorre os caminhos das atividades cotidianas, e das instituições da sociedade, as quais só o *são* mediante sua contínua reprodução. Um exame da rotinização, devo afirmar, dota-nos de uma chave-mestra para explicar as formas características de relação do sistema de segurança básica com os processos reflexivamente constituídos inerentes ao caráter episódico dos encontros (GIDDENS, 2009, p. 70).

Não se pode negar que a aplicação da jurisprudência majoritária no âmbito dos tribunais, ou de súmulas, vinculantes ou não, sem passar por um filtro crítico do agente, otimiza os trabalhos a serem realizados e cumpre adequadamente os anseios do Conselho Nacional de Justiça corporificados nas metas estabelecidas, mesmo que à custa dos direitos dos jurisdicionados¹⁸.

¹⁷Exemplo de ativismo judicial pode ser exemplificado com o caso envolvendo a fidelidade partidária, e de omissão judicial os diversos casos, retratados com grande frequência, de condução de presos algemas, sem que as condições estabelecidas na Súmula Vinculante nº 11.

¹⁸Recentemente a Presidente do STF, Min. Cármen Lúcia, em sessão plenária do CNJ realizada no dia 07/02/2017, “disse que são necessários juízes de excelência para atender à sociedade”. E fazendo referência à ONU, arrematou: “Essa primeira ordem da ONU para o século XXI – ‘Aprender a aprender’ – para nós juízes é uma ordem necessária a cada manhã. Todo dia a gente está defasado com o que estava posto a nós mesmos. Num país como o Brasil, que tem cem modificações na Constituição com menos de trinta anos de vigência, há de se convir que a Constituição e o Diário

A superação do estado de coisas decorrente da tradição inerente à estrutura do Poder Judiciário exige dos seus agentes, especialmente dos magistrados, mais que conhecimento jurídico. Requer a compreensão dos problemas sociais que assolam o país, a percepção de que as decisões proferidas devem resguardar os direitos e garantias fundamentais, além de respeitar os limites expressos e imaneses impostos pela ordem jurídica em respeito aos demais Poderes da República.

Nesse sentido, em relação às políticas públicas de desenvolvimento urbano, além de o Poder Judiciário reconhecer e prestigiar as competências delimitadas no plano constitucional para os Poderes Legislativo e Executivo, quer em relação à edição das normas gerais de desenvolvimento urbano ao à elaboração do plano diretor, quer em relação à execução da política pública respectiva, deve reconhecer a sua incapacidade técnica e operacional para se imiscuir nas escolhas feitas pelos demais órgãos do Estado, impondo-se autorrestrição.

Não se está a defender a incompetência do Poder Judiciário para infirmar determinadas escolhas que, se distanciando dos anseios constitucionais, vulnere ou promova insatisfatoriamente o direito fundamental ao desenvolvimento urbano sustentável. O que se afirma é a existência de limites imaneses à atuação do Poder Judiciário, o que acarreta a insuficiência de sua atuação nessa área para fazer frente a todos os problemas decorrentes da promoção do desenvolvimento urbano sustentável.

As concepções pessoais do julgador, antes de passar a fazer parte do Poder Judiciário, podem ser totalmente diversas daquelas correntemente praticadas. Ao ingressar na estrutura e se deparar com a força da tradição, com os valores compartilhados entre seus pares e com o tamanho do desafio que se coloca a sua frente, essa nova realidade pode desencadear uma situação crítica, na concepção trabalhada anteriormente.

Isso gerará ansiedade e fará o indivíduo experimentar uma regressão comportamental, posicionando-o frente ao dilema tão bem exposto por Giddens (2009, p. 74):

[...] A ruptura e o ataque deliberadamente sistemático às rotinas habituais da vida produzem um alto grau de ansiedade, uma eliminação das respostas socializadas associadas à segurança da administração do corpo e uma estrutura previsível da vida social. Tal surto de ansiedade expressa-se em modos regressivos de comportamento, atacando os alicerces do sistema de segurança básica fundado na confiança manifestada em relação aos outros.

Oficial continuam sendo leitura obrigatória". Agência CNJ de Notícias. Presidente do CNJ diz que juízes precisam "aprender a aprender". Disponível em <<http://emporiadodireito.com.br/presidente-do-cnj-diz-que-juizes-precisam-aprender-a-aprender/>> Acesso em 17 de fev. 2017. No dia seguinte a essa notícia, o *site* jurídico Espaço Vital veiculou matéria com o título "Advogados e jurisdicionados submetidos a juízes que não examinam processo". Espaço Vital notícias jurídicas. Disponível em <www.espacovital.com.br/imprimir?id=34679&tipo=noticia> Acesso em 17 de fev. 2017.

Aqueles que estão mal equipados para enfrentar essas pressões sucumbem e afundam. Alguns são capazes de manter uma esfera mínima de controle e autoestima que lhes permite sobreviver por um período mais longo [...].

Aqui surgem três possibilidades.

A primeira delas aponta para a desistência da carreira, por não suportar a nova realidade e se ver impotente diante da estrutura e da força da tradição.

A segunda possibilidade pode ser identificada na reconstrução de novos padrões típicos de ação, com a incorporação, pelo indivíduo, dos valores e das concepções em vigor nessa estrutura. Sua ação, a partir dessa reconstrução, passa a encontrar segurança e a se pautar pela rotinização vigente, diminuindo a reflexividade de sua conduta ao longo do tempo.

A terceira possibilidade sugere que o indivíduo, ao se deparar com essa nova realidade, compreende o tempo-espaço no qual se encontra inserido e, agindo reflexivamente, abandona a tradição e a rotinização procurando influenciar e modificar o ambiente a sua volta.

Nesta hipótese, compreendendo que o ativismo judicial faz parte da tradição gerada e fortalecida ao longo do tempo, atua conscientemente impondo-se autorrestrição em observância dos limites impostos constitucionalmente, em respeito ao texto constitucional e preocupado com a efetiva promoção de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho foi possível constatar que o princípio da Separação dos Poderes exerce função estrutural e é fundamental na definição dos espaços de atuação legítima dos Poderes da República.

Esse princípio não reserva espaços exclusivos de atuação por apenas um dos Poderes da República. Ao contrário, existem pontos de sobreposição de funções. Para se apurar se há ofensa ao núcleo essencial das competências estabelecidas, se faz necessário buscar no texto constitucional a definição desses limites.

A estrutura, a padronização das ações institucionais, os valores e concepções, assim como a forma de atuação do Poder judiciário rotiniza as atividades desenvolvidas, permitindo um compartilhamento e prolongamento dessas práticas ao longo do tempo.

Pelo conforto e segurança conferidos pela previsibilidade dos acontecimentos, observa-se o surgimento da tradição no âmbito do Poder Judiciário que condiciona o agir dos seus agentes, de um lado, e de outro desestimula práticas contrárias a ela.

O ativismo judicial pode ser entendido com uma ação deliberada e consciente, voltada para a realização de valores e interesses que exigem uma atuação para além dos limites de ação marcados constitucionalmente para o Poder Judiciário, em evidente desrespeito aos demais Poderes da República.

A pretexto de realizar direitos e valores constitucionalmente estabelecidos, o ativismo judicial torna a própria Constituição vítima do Poder Judiciário. Ao invés de reger e condicionar a atuação desse Poder da República, a Constituição passa a ser objeto disponível, cuja definição do seu conteúdo dependerá das circunstâncias.

No plano fático, o ativismo judicial em assuntos envolvendo políticas públicas de desenvolvimento urbano acarreta distorções e dificulta, quando não inviabiliza, o enfrentamento adequado dos problemas sociais a serem superados como condição para a promoção do direito fundamental ao desenvolvimento urbano sustentável.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. São Paulo: Editora UNB – Imprensa Oficial, 2004.

CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 2. reimpr. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. Tradução Álvaro Cabral. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 61-62.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. tir. São Paulo: RT, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.