

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SUSTENTABILIDADE II

ELCIO NACUR REZENDE

MARIA CLAUDIA DA SILVA ANTUNES DE SOUZA

JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH

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

Diretoria - CONPEDI

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito e sustentabilidade II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Elcio Nacur Rezende; Jerônimo Siqueira Tybusch; Maria Claudia da Silva Antunes De Souza – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-417-4

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

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Sustentabilidade. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SUSTENTABILIDADE II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) denominado “Direito e Sustentabilidade II,” do IV Encontro Virtual do CONPEDI , realizado por web conferencia, com enfoque na temática “CONSTITUCIONALISMO, DESENVOLVIMENTO, SUSTENTABILIDADE E SMART CITIES”, o evento foi realizado entre os dias 09 a 13 de novembro de 2021.

Trata-se de publicação que reúne 20 (vinte) artigos que guardam o rigor da pesquisa e o cuidado nas análises, que tiveram como objeto de estudos balizados por referencial teórico da mais alta qualidade e realizadas por pesquisadores comprometidos e envolvidos com a busca da efetividade dos direitos socioambientais. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do Brasil, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes. Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea.

A produção intelectual, que ora apresentamos, certamente servirá de instrumento para futuras reflexões e quiçá para o efetivo avanço na tutela do meio ambiente, tão primordial para a satisfação das necessidades das presentes e futuras gerações.

Boa leitura!

Prof^a. Dr^a. Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza

Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI/ SC

Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende

Escola Superior Dom Helder Câmara

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch

Universidade Federal de Santa Maria

**OS IMPACTOS DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO NO
FEDERALISMO COOPERATIVO ECOLÓGICO E A AUTONOMIA FEDERATIVA
COMO INSTRUMENTO IMPRESCINDÍVEL AO DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL**

**THE IMPACTS OF THE ABSTRACTIVEIZATION OF DIFFERENT CONTROL ON
ECOLOGICAL COOPERATIVE FEDERALISM AND FEDERATIVE AUTONOMY
AS AN ESSENTIAL INSTRUMENT FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT**

**Alexandre Reis Siqueira Freire ¹
Isadora Carvalho Bueno ²**

Resumo

O presente artigo analisa efeitos do ativismo judicial, culminado na teoria da abstrativização do controle difuso, sobre o federalismo cooperativo ecológico. Por meio de metodologia de pesquisa exploratória bibliográfica, o objetivo é identificar os impactos de decisões judiciais sobre a autonomia federativa e o exercício da repartição constitucional de competências como instrumento do desenvolvimento sustentável. Conclui que o posicionamento sobre a objetivação do controle concreto de constitucionalidade interfere na autonomia dos entes federativos quanto ao exercício da sua competência legislativa concorrente e executiva comum, inibindo a atuação regional e local de Estados e Municípios em busca da sustentabilidade.

Palavras-chave: Abstrativização do controle difuso, Federalismo cooperativo ecológico, Desenvolvimento sustentável, Ativismo judicial, Autonomia federativa

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the effects of judicial activism, culminating in the theory of abstraction of diffuse control, on ecological cooperative federalism. Through bibliographic exploratory research methodology, the objective is to identify the impacts of judicial decisions on federative autonomy and the exercise of the constitutional division of competences as an instrument of sustainable development. It concludes that the position on the objectification of the concrete control of constitutionality interferes with the autonomy of federative entities regarding the exercise of their common concurrent legislative and executive competence, inhibiting the regional and local action of States and Municipalities in search of sustainability.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abstraction of diffuse control, Ecological cooperative federalism, Sustainable development, Judicial activism, Federative autonomy

¹ Doutor em Direito Processual Civil . Mestre em Direito Constitucional. Secretário de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal.

² Procuradora do Estado de São Paulo. Mestranda em Direito -Uninove. Professora em curso de Pós Graduação. Pós Graduada em Direito Constitucional e Público. Ex Auditora Fiscal -Jundiaí/SP.

1. INTRODUÇÃO

Em um país com proporções continentais, permeado de múltiplos biomas, vegetações, climas e ecossistemas, o desenvolvimento sustentável depende de atuação complexa e diferenciada em cada localidade. Nesse contexto, surge o federalismo cooperativo ecológico, instrumento capaz de viabilizar aos entes federativos a adequada regulamentação e implementação do desenvolvimento sustentável conforme as suas realidades específicas.

Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é identificar os impactos de decisões judiciais que refletem sobre a autonomia federativa e o exercício da repartição constitucional de competências sob a ótica do desenvolvimento sustentável.

Para tanto, utilizou-se metodologia de pesquisa exploratória bibliográfica, que culmina na análise de decisões da Suprema Corte capazes de interferir na atuação dos Estados e Municípios em prol da sustentabilidade.

O desenvolvimento da pesquisa apura os impactos e a evolução do ativismo judicial, com ênfase nos reflexos da teoria da abstrativização do controle difuso e conclui que uma decisão da Suprema Corte, tomada em análise de caso concreto (controle difuso), quando levada a efeito *erga omnes* (abstrativização), provoca diminuição da autonomia federativa em sua capacidade de adequar a esfera jurídica às realidades peculiares do país. Situação que impacta negativamente o desenvolvimento sustentável.

De um lado o Constituinte optou por dotar os entes federativos de autonomia na execução e regulação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Evitando a concentração, em um único órgão, de toda a competência legislativa e executiva em busca do desenvolvimento sustentável. Assim implementou-se constitucionalmente o federalismo cooperativo ecológico, que reparte constitucionalmente as competências sob a ótica do princípio da predominância do interesse, tornando Estados e Municípios capazes de regular sua realidade regional e local, respectivamente.

De outro lado, por meio da abstrativização do controle difuso, uma única decisão da suprema Corte, que analisa determinado caso concreto, se torna detentora do poder de transformar a realidade presente e futura com efeitos *erga omnes*, ainda que diante de situações regionais e locais distintas.

A atuação do poder judiciário tem se tornado frequente nos noticiários e na vida cotidiana. Não apenas pela valorização desse poder como um dos pilares do Estado democrático, mas pelo caráter de suas decisões em busca efetividade do texto constitucional em prol dos interesses da coletividade. Tem-se que o meio ambiente já fora consolidado como direito fundamental e é bem jurídico capaz de garantir o desenvolvimento sustentável.

Ocorre que a atuação do poder judiciário implica em alteração da realidade fática e deve, portanto, ser promovida sob a ótica do desenvolvimento sustentável. Note-se que o contexto das decisões sociais e políticas revestidas de sentenças judiciais tem sido ampliado no decorrer do tempo por meio de uma clara postura do Supremo Tribunal Federal em prol da maximização das hipóteses de intervenção do poder judiciário em atividades que se destinariam tipicamente aos poderes legislativo e executivo.

Nesse cenário de maximização dos poderes do judiciário surge a abstrativização do controle difuso, como um potente instrumento capaz de ampliar os efeitos do ativismo judicial, impondo efeito *erga omnes* vinculante a decisões emanadas em sede de controle concreto de constitucionalidade. Situação que reflete na mitigação da adequação de normas jurídicas a realidades regionais e locais, vivenciadas pelos diversos Estados e Municípios brasileiros.

Tal situação denota que a centralização do poder mitiga a garantia do desenvolvimento sustentável, no qual se faz imprescindível se amoldar aos diferentes contextos socioambientais vivenciados no território nacional.

Assim, merece aprofundamento a análise dos resultados do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ao ampliar os efeitos de decisão em controle difuso de constitucionalidade, a fim de que esta se torne vinculante a todo o país, principalmente por se tratar de posicionamento emanado de órgão único e centralizado, em detrimento da autonomia decorrente do federalismo cooperativo ecológico. Diante desse cenário, a metodologia do artigo se dá por meio de pesquisa exploratória bibliográfica, seguida da análise de decisões emanadas pela Suprema Corte em controle difuso de constitucionalidade que possam afetar as diversas realidades socioambientais vivenciadas no Brasil.

REFERENCIAL TEÓRICO

2. O FEDERALISMO COOPERATIVO ECOLÓGICO E A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

A forma federativa de estado, adorada pela Constituição Federal em seu artigo 1º, presume dois centros de poder. O centro de poder central, pressupõe a União como poder centralizado. Enquanto o centro de poder federado permite aos Estados e Municípios a observação de suas diversidades (BARROSO, 2015).

Assim, o Estado Federal é soberano, mas confere aos seus entes federativos autonomia que viabiliza o exercício de competências executivas e legislativas. Nesse sentido, o direito

fundamentação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 caput da Constituição Federal, deve ser garantido por todos os entes federativos (SILVA, 2005).

Note-se que a repartição constitucional de competências para a efetivação do desenvolvimento sustentável está prevista nos artigos 23, VI e 24, VI da constituição como competência material comum e legislativa concorrente. Vale ressaltar que, ainda que ausente expressa previsão expressa quanto aos municípios, o Supremo Tribunal Federal entende que há competência dos municípios para legislar sobre a proteção do meio ambiente, tese fixada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 586.224 (STF, 2015).

Nesse contexto, o próprio Supremo Tribunal Federal diante da ADI 5475, definiu a repartição constitucional de competências administrativas e legislativas como manifestação do federalismo cooperativo ecológico, tendo em vista o comando constitucional de proteção ao meio ambiente direcionado a todos os entes federativos e a necessidade de atuação cooperada entre União, Estados e Municípios em prol do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (STF, 2020).

É nesse ponto que a jurisprudência da Suprema Corte coloca o federalismo cooperativo em posição de destaque pois, o federalismo e suas regras de distribuição de competências legislativas, são um dos grandes alicerces da consagração da fórmula Estado de Direito. Ademais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como o desenvolvimento sustentável, compõem direito fundamental a ser garantido pelo poder público (AMADO, 2019).

O Supremo Tribunal Federal ainda menciona, expressamente, a necessidade de que a repartição de competências seja interpretada com equilíbrio, a fim de manter a autonomia dos entes federativos, viabilizando que cada um adequa o ordenamento jurídico à sua realidade regional, distrital e local.

Assim, a repartição constitucional de competências se dá com base no princípio da predominância de interesse, que divide os interesse nacionais, distritais, regionais e locais, a serem distribuídos à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, respectivamente (SILVA, 2005)

O legislador constituinte de 1988 se atentou à evolução do federalismo cooperativo, instituindo regras descentralizadoras na distribuição formal de competências legislativas e ampliando as hipóteses de competências concorrentes, além de fortalecer o Município como polo gerador de normas de interesse local, tudo isso com base no princípio da predominância do interesse. Nesse sentido entendeu a Suprema Corte na ADI 5.475 (STF, 2020).

Note-se que sob a ótica do capitalismo humanista, o regime econômico deve garantir a efetividade constitucional dos direitos fundamentais de terceira dimensão, entre eles, notadamente, o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável (SAYEG, 2020).

Assim, a concepção do federalismo cooperativo ecológico permeia a ideia de repartição de competências para adequação da atuação dos diversos entes federativos à realidade peculiar de cada um, motivo pelo qual a atuação do poder judiciário na seara do ativismo judicial, deve levar em consideração tais premissas.

2.1 O Ativismo Judicial e sua evolução até a abstrativização do controle difuso

O ativismo judicial é mecanismo que dá efetividade e concretude à Constituição e surge como consequência do movimento neoconstitucionalista. Ocorre que, sob a ótica da separação dos poderes, tem-se que a sua ausência implicaria na inviabilidade da democracia (DALLARI, 2016). Tal situação torna necessária postura de *self-restraint* por parte do judiciário, evitando a atuação além dos limites do ordenamento jurídico.

O ativismo judicial deve manifestar-se excepcionalmente, como mecanismo que provoca a mitigação da separação de poderes. A atuação do poder judiciário se dá de forma atípica quando da criação de normas gerais abstratas quando da escolha quanto a implementação de políticas públicas. (ALEXANDRINO, 2017).

No entendimento de Écito Oto Ramos Duarte (2004), o constitucionalismo atual impõe uma nova forma de visualização da Carta Constitucional, e sua natureza meramente retórica deve ser substituída pela busca de concretização dos seus comandos.

O texto normativo deixa de ser uma aspiração ilusória ou futurista do povo, transformando-se em um mandamento a ser cumprido pelo Estado em prol do interesse fático da coletividade.

Desta forma, a concretização das normas constitucionais que impõem a garantia ao desenvolvimento sustentável no plano fático é papel da sociedade e dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Sendo que a este último, cabe a missão de implementar a efetividade dos comandos constitucionais em prol dos direitos fundamentais (FACHIN, 2015).

Destarte, o ativismo judicial se manifesta como atuação proativa do Judiciário, implementando na realidade da coletividade os anseios por esta elencados na Constituição através de seus representantes eleitos. Para Walber Moura Agra (2018) o ativismo judicial pode ocorrer quando há razoabilidade na atuação do judiciário a fim de garantir direitos

fundamentais.

A posição do Supremo Tribunal Federal ao longo do tempo evoluiu notoriamente no sentido de ampliar a interferência do poder judiciário diretamente na função legislativa e executiva.

Com relação a interferência no poder legislativo, a trajetória rumo ao ativismo judicial se nota por meio da análise cronológica de diversos julgados, entre eles, destacamos a posição da Suprema Corte no Mandado de Injunção 283/DF, julgado em 20 de março de 1991, no qual o Supremo Tribunal Federal não apenas constatou a omissão normativa, mas assinalou prazo para que houvesse a elaboração da norma regulamentadora por parte do poder legislativo. O entendimento dado ao caso apontou a adoção da Teoria Concretista intermediária (STF, 1991).

Já com relação ao Mandado de Injunção 708/DF, julgado em 25 de outubro de 2007, houve evolução jurisprudencial no sentido ativista. Segundo Gilmar Mendes, houve vltro posicionamento no sentido de possibilidade que o Supremo Tribunal Federal adote “soluções normativas” a fim de efetivar direitos pleiteados via mandado de injunção, o que demonstra a teoria concretista aplicada ao caso (STF, 2007).

Segundo Alexandre de Moraes a posição atual do Pretório Excelso em adotar a Teoria Concretista é criticável, pois a regulamentação normativa abstrata não é função constitucional atribuída ao poder judiciário. Ressalta o Autor que é possível resguardar os direitos fundamentais por vias menos gravosas, que evitem a usurpação de competência do poder legislativo e viabilize o exercício de sua atribuição constitucional quanto à tarefa de dar efetividade ao texto normativo (MORAES, 2016).

Por sua vez, com relação ao ativismo judicial frente ao poder executivo, temos que a atuação típica do poder executivo se dá no âmbito da interpretação e aplicação das normas jurídicas com exercício de discricionariedade, bem como a escolha das políticas públicas mais adequadas ao cumprimento dos comandos constitucionais (BARCELOS, 2018).

Entretanto, o entendimento da Suprema Corte caminha no sentido de que é dever do Poder Judiciário preservar o mínimo existencial como núcleo intangível dos direitos fundamentais (STF, 2004), ainda que para tanto tenha que impor ao Administrador atuações fáticas com supressão de sua autonomia e discricionariedade.

São inúmeras as situações nas quais o Supremo Tribunal Federal se fez ativista a fim de fixar ao Poder Público a obrigação de cumprir sentenças mandamentais em detrimento da escolha política quanto à situação mais adequada para atendimento dos anseios sociais.

A exemplo o julgado perante a ADPF 347, no qual foi reconhecido o famigerado “estado de coisas inconstitucional”, que desencadeou diversas decisões no sentido de impor ao Executivo o início imediato de obras públicas a fim de suprir as demandas decorrentes da precariedade do setor carcerário (STF, 2015).

Para Celso de Mello, no julgamento da ADPF 45 (STF, 2004) a formulação e execução das políticas públicas se dá pelos representantes do povo investidos em mandato eletivo. Mas a delegação popular deve ser exercida nos limites da razoabilidade e buscando a eficácia dos direitos fundamentais, o que permite atuação excepcional do poder judiciário.

Note-se que o reconhecimento do núcleo intangível dos direitos fundamentais, como aquele que garante o mínimo suficiente para uma existência digna do cidadão é considerado parâmetro para a atuação razoável e não abusiva do poder público. Bem como é imprescindível salientar a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, situação que permitiria, portanto, o ativismo judicial na seara do desenvolvimento sustentável. Nesse sentido Celso de Mello no julgamento da ADPF 45 (STF, 2004).

Mas o objetivo do presente artigo não é perquirir os efeitos da teoria concretista decorrente de controle concreto de constitucionalidade, este estudo se faz necessário para comprovar que o ativismo não se trata de uma novidade. O ponto de enfoque do presente artigo é feito pela análise da evolução da postura da Suprema Corte que culmina na: a abstrativização do controle difuso.

Note-se que se trata de um tema sensível e recente, sobre o qual as decisões judiciais apontam soluções práticas relacionadas a ingerência do poder judiciário em seara destinada aos demais poderes.

2.2 A Tese da Abstrativização do Controle Difuso

A função historicamente atribuída ao judiciário é atuar na resolução de litígios, como pretensões resistidas que exigem posicionamento do magistrado no caso concreto e com efeitos entre as partes participantes da lide (DANTAS, 2019).

Nesse sentido, surgiu o controle difuso de constitucionalidade, que permite ao magistrado deixar de aplicar a lei no caso concreto por julgá-la inconstitucional, mas sem remover o ato normativo do mundo jurídico.

Destarte, em regra a eficácia das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade teriam eficácia *inter partes* e não vinculante dos demais órgãos do poder judiciário e da administração pública.

Ocorre que a evolução da jurisprudência, fruto do ativismo judicial, se deu com o fortalecimento do poder de jurisdição da Suprema Corte e ampliação dos efeitos das decisões para além das partes postulantes em juízo, com efeitos vinculantes *erga omnes*.

Para esse fenômeno, deu-se o nome: “abstrativização” ou “objetivação” do controle difuso. Aplicação ao controle concreto dos de efeitos vinculantes *erga omnes*, segundo Bernardo Gonçalves Fernandes (2017), é aquela pela qual há transformação do controle concreto em controle abstrato, sendo que aquele passará a ser dotado de eficácia vinculante *erga omnes*. Para o autor, “Essa ‘tendência’ vem sendo desenvolvida paulatinamente pela doutrina, pela legislação pátria e por manifestações pretorianas.” (FERNANDES, 2017, pág 1463).

O fenômeno da abstrativização garante os princípios da economia e celeridade processual, bem como demonstra o abandono da especificidade em prol da instrumentalização da justiça levada às consequências mais extremas de objetivação.

Outro passo na abstrativização do controle difuso foi o surgimento de sentenças manipulativas aditivas, que se manifestam como verdadeiras sentenças normativas emanadas do poder judiciário com força de regra geral e abstrata.

As sentenças aditivas são fruto de Teorias importadas do direito Europeu e demonstram uma viragem jurisprudencial na Suprema Corte, que até então adotava tradicionalmente posicionamento restritivo quanto ao tema (FERNANDES, 2017, pág 640).

A “onda” de abstrativização é fruto da ampliação do poder judiciário em decisões que passam a ter efeitos *erga omnes* suplantando a eficácia, até então, meramente *inter partes*. Assim, vale ressaltar a decisão da Suprema corte na ADI 3406 e ADI 3470, que aponta o posicionamento do STF quanto ao tema, impondo caráter vinculante a decisão incidental de inconstitucionalidade (STF, 2017).

Note-se que a objetivação do controle difuso decorreu de decisão que considerou a mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal. Declarando que a função do Senado seria meramente complementar, a fim de dar publicidade à decisão da Suprema Corte que já seria dotada de efeito vinculante geral.

Os argumentos que levaram à releitura do artigo 52, X se fundamentam nas determinações do Novo Código de processo Civil e na mutação constitucional com alteração informal do texto da Constituição (STF, 2017).

Como consequência da abstrativização, as decisões do Pretório Excelso são meramente comunicadas ao Senado Federal, para que este “intensifique a publicidade”, sendo inerente à sua jurisdição o efeito vinculante que ultrapassa os integrantes do processo.

“A partir da manifestação do ministro Gilmar Mendes, o Colegiado entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental. O ministro Gilmar Mendes observou que o art. 535 do Código de Processo Civil reforça esse entendimento. Asseverou se estar fazendo uma releitura do disposto no art. 52, X (3), da CF, no sentido de que a Corte comunica ao Senado a decisão de declaração de inconstitucionalidade, para que ele faça a publicação, intensifique a publicidade. O ministro Celso de Mello considerou se estar diante de verdadeira mutação constitucional que expande os poderes do STF em tema de jurisdição constitucional. Para ele, o que se propõe é uma interpretação que confira ao Senado Federal a possibilidade de simplesmente, mediante publicação, divulgar a decisão do STF. Mas a eficácia vinculante resulta da decisão da Corte.” (STF, 2017)

Segundo a Ministra Carmem Lúcia (STF, 2017) a Corte tem se dirigido no sentido de promover uma inovação jurisprudencial pela qual a declaração de inconstitucionalidade não será adstrita ao ato normativo alvo da lide, mas se relaciona à própria matéria que nesse ato se faz presente.

Assim, a decisão de inconstitucionalidade incidental será capaz de fixar uma tese jurídica passível de reclamação constitucional perante o Supremo Tribunal Federal.

No mesmo sentido, Edson Fachin (STF, 2017) garante que as decisões declaratórias de inconstitucionalidade incidental operam preclusão consumativa sobre a matéria enfrentada. Tal posicionamento evita um círculo infinito de produções normativas contrárias ao posicionamento da Corte.

Para o Ministro, quando da análise da inconstitucionalidade incidental de uma norma jurídica, automaticamente as demais normas que se operem no mesmo sentido estão sendo declaradas inconstitucionais, por efeito da preclusão consumativa.

Não se desconhece que boa parte da doutrina critica fundamentadamente a postura adotada, bem como julgamento anterior do próprio Pretório Excelso se deu sentido de que a objetivação do controle concentrado restaria “impedida pela literalidade do art. 52, X, da CF, iria na contramão das conhecidas regras de *self restraint* (auto restrição). (STF, 2007)

Mas note-se que o objetivo do presente trabalho não é enfrentar as críticas doutrinárias sobre a inconstitucionalidade da mutação emanada da Corte Suprema, mas tão somente a análise das suas consequências sobre o federalismo cooperativo ecológico.

3 OS IMPACTOS DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE DIFUSO SOBRE O FEDERALISMO COOPERATIVO ECOLÓGICO

Neste momento parte-se do pressuposto de que é possível afirmar que a posição do Pretório Excelso Brasileiro se dá favoravelmente à abstrativização do controle difuso. Sendo as suas decisões em controle difuso de constitucionalidade, dotadas de efeito vinculante *erga omnes* e passíveis de reclamação constitucional.

Se o ativismo judicial tem como pressuposto a mitigação da separação dos poderes, a abstrativização do controle difuso potencializa o poder de intervenção do judiciário sobre o legislativo e executivo (FERNANDES, 2017).

Ademais, quando da decisão em controle difuso de constitucionalidade que implique em ativismo judicial, a abstrativização do controle promove clara ampliação dessa atuação, que irá recair de forma automática sobre todos os casos análogos ao julgado.

Outrossim, resta permitido ao Supremo Tribunal Federal, em uma única decisão sobre caso concreto, fixar entendimento em sede de ativismo judicial que implique ônus a todos os órgãos que se encontrem na mesma situação.

A principal consequência da abstrativização do controle difuso é o fato de que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica analisada em concreto terá repercussão abstrata, objetivada, vinculante sobre todas as demais normas jurídicas que disponham no mesmo sentido.

Ocorre que a atuação do poder judiciário em sede de controle difuso concreto sedá na análise de um caso específico que envolve processo subjetivo com partes: autor e réu e com um pedido que não envolve diretamente a declaração de inconstitucionalidade. Em que pese tal situação, a decisão do Supremo Tribunal Federal terá eficácia sobre todos aqueles que não participaram do mesmo processo. Note-se que a abstrativização potencializa os efeitos do ativismo judicial (FERNANDES, 2017).

Resta permitido que uma única decisão do Supremo Tribunal sobre determinada lei municipal, por exemplo, provoque a extirpação desta do ordenamento jurídico juntamente com a extirpação de todas as demais leis municipais que sejam proferidas no mesmo sentido.

Note-se que são 5.570 os órgãos legislativos municipais existentes no país, que podem

ver suas leis produzidas mediante regular processo legislativo afetadas imediatamente por uma única decisão da Corte.

Assim a decisão proferida em julgamento referente a situação concreta correlata a um único município brasileiro, pode implicar na inconstitucionalidade de todas as leis municipais que apresentem o mesmo conteúdo, mesmo que esses municípios se encontrem em outra situação fática que poderia legitimar a existência do ato normativo.

Assim, o federalismo cooperativo, que busca a harmonia entre os entes federativos no intuito de proteger o meio ambiente atendendo às suas peculiaridades locais e regionais, termina por ser obstado por uma decisão da Suprema Corte que sequer analisou a situação fática de outro contexto que não seja aquele constante dos autos.

Do mesmo modo, o princípio da predominância do interesse, que norteia a repartição constitucional de competências resta abalado pelo ativismo judicial que, por meio da abstrativização, generaliza as decisões judiciais para além dos casos concretos analisados no processo.

A objetivação se torna potencialmente violentadora do federalismo cooperativo ecológico quando se nota que da análise de uma situação específica, regida por norma jurídica inconstitucional, todas as demais situações concretas, ainda que não analisadas no bojo dos autos, serão automaticamente declaradas inconstitucionais por vias de ativismo judicial.

No mesmo sentido, o controle de atos administrativos e a implementação de políticas públicas restam intimidados pelo ativismo judicial potencializado pela abstrativização do controle concreto.

Uma única decisão da Suprema Corte que julgue inconstitucional decreto do chefe do poder executivo que regulamenta determinado assunto, irá automaticamente viabilizar reclamações constitucionais que impliquem na inconstitucionalidade de todos os decretos que se deem no mesmo sentido.

É notório que a própria decisão do Supremo Tribunal que adota a abstrativização do controle concentrado aponta a ocorrência de “expansão” de seus poderes, fato que potencializa os efeitos do ativismo judicial.

Note-se que a análise de inconstitucionalidade no seio de controle difuso está relacionada a situação concreta que irá promover preclusão consumativa sobre todas as demais situações concretas que, por sua vez, não foram analisadas.

O risco decorrente da abstrativização é visualizado justamente porque o controle difuso promove decisão de processo subjetivo, e sua objetivação seria capaz de ter os mesmos efeitos do controle concentrado, mas sem o mesmo aprofundamento da análise jurídica da

(in)constitucionalidade do ato normativo.

A situação resulta na fragilização do federalismo cooperativo que demorou décadas para surtir seus efeitos na tendência brasileira em concentrar todos os poderes na União sem “olhar” para as realidades locais e regionais dos Municípios e Estados.

Outrossim, as hipóteses de utilização de controle concentrado são mais restritas do que o controle difuso. Assim, a abstrativização permite que o judiciário interfira no mundo jurídico direcionado ao poder executivo e legislativo com mais facilidade.

No mesmo sentido, os legitimados para propositura de ações típicas do controle concentrado e para propositura de edição e revisão de súmula vinculante são limitados em rol taxativo, enquanto o controle concreto permite análise no bojo de lide que envolva qualquer parte.

A ampliação do ativismo judicial por meio da abstrativização do controle difuso se torna um risco em potencial à mitigação do princípio da predominância do interesse e, conseqüentemente, ao federalismo cooperativo ecológico.

3.1 Análise de casos julgados pela Suprema Corte em controle difuso de constitucionalidade e os impactos da abstrativização sobre o desenvolvimento sustentável

A fim de analisar possíveis impactos da objetivização do controle difuso, se faz necessário verificar situações nas quais o Supremo Tribunal Federal tenha julgado a (in)constitucionalidade de determinado ato normativo em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Assim, vejamos o julgado decorrente do Recurso Extraordinário 58.622, no qual o Supremo Tribunal, ao analisar situação concreta específica, relacionada às partes processuais (autor e réu), fixou entendimento de que é inconstitucional lei municipal que trata sobre o meio ambiente e vai de encontro ao modelo federal traçado em diretrizes gerais pela União.

Neste caso, foi dado provimento ao recurso extraordinário para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.952, de 20 de dezembro de 1995, do Município de Paulínia/SP. O Tribunal firmou a tese de que o município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (STF, 2015).

Assim, utilizando-se dessa premissa geral sob a ótica dos efeitos *erga omnes* decorrentes da abstrativização, será inconstitucional qualquer lei municipal que não seja harmônica com a disciplina estabelecida pela União em normas gerais. Ocorre que, a fim de regulamentar determinada peculiaridade municipal, pode ser imprescindível ao poder legislativo local que

fixe normas específicas, no intuito de atender ao comando constitucional que impõe o desenvolvimento sustentável como direito fundamental.

Nesse cenário, as normas de todos os municípios do país que apresentarem questão incompatível com a legislação federal, estarão inconstitucionais nesse ponto.

Ocorre que a realidade Brasileira é complexa e diversa, sendo cada Ente Federado Municipal dotado de peculiaridades fáticas que implicam em regulamentação diversa sobre o mesmo tema.

Imaginemos, portanto, que o poder legislativo municipal tenha elaborado lei sobre o meio ambiente de forma diversa da norma geral federal, verá sua regulamentação ser declarada inconstitucional por preclusão lógica da matéria julgada pelo Supremo em controle abstrato.

Ocorre que o Município pode ter tido como escopo o fato de que sua região apresenta peculiaridades pelas quais se justificam as restrições mais severas do que as impostas pela legislação federal e que tornam imprescindível diferenciar a legislação local da federal. Nesse caso, uma lei plenamente legítima, que cumpre as atribuições do federalismo cooperativo e atende as peculiaridades de determinado município brasileiro, seria invalidada por decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou incidentalmente a inconstitucionalidade de norma municipal de outro ente da federação que não apresenta qualquer correlação com a situação enfrentada por aquele município.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal apresenta decisões que levam em consideração as peculiaridades locais, vejamos o que se pacificou no RE n. 586.224/SP, no sentido de que “cabe verificar se no caso concreto estão presentes peculiaridades locais que a justifiquem o tratamento legal diverso daquele previsto na lei federal e estadual que versam sobre tema, a fim de aferir a existência de constitucionalidade material da norma local” (STF, 2015).

No mesmo sentido, no julgamento do RE 1239556/SC, a Suprema Corte manteve a decisão de constitucionalidade de norma Municipal que vedava comercialização de determinado agrotóxico, com base nas peculiaridades locais. Neste caso específico, o Município de Seara editou a Lei Municipal n. 1.173/2000, que restringiu a utilização dos herbicidas à base de 2.4-D, no território do Município. Motivo que moveu a impetração de Mandado de Segurança pela fabricante de herbicidas, sob a alegação de lesão decorrente da restrição/proibição estabelecida pela Lei Municipal, que zerou as vendas do produto.

Segundo a Impetrante, a lei local contraria a Lei Federal que não proíbe a utilização do herbicida, mas, ainda assim, levando em consideração o contexto dos autos, a Suprema Corte manteve a declaração de constitucionalidade da norma. O que comprova que a garantia do meio

ambiente depende de análise da peculiaridade de cada caso, não podendo permanecer vulnerável a decisões genéricas (STF,2019).

Por fim, o julgado do Recurso Extraordinário 1192554, apresenta entendimento que impõe ao Município o reassentamento de moradores e reparação do dano ambiental decorrente dos deslizamentos provocados pelas fortes chuvas. Determina, ainda, que caso não haja o imediato reassentamento, deve haver pagamento de aluguel social aos moradores lesionados (STF, 2019).

Ora, se levada ao extremo tal decisão, sob a ótica da abstrativização do controle difuso, todos os casos em que houver deslizamento com danos a moradores, estão fadados à mesma conclusão apontada pela Suprema Corte, ou seja, reassentamento ou pagamento de aluguel social. Situação que não pode prosperar sem que seja levado em consideração a situação de cada caso em específico.

Para tanto, basta imaginar que o caso envolvido no processo perpassa por moradores de baixa renda e resultado diverso poderia ter um processo que envolvesse moradores de alto padrão ou deslizamento de terras em condomínios de luxo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No entendimento de Karl Lowenstein, traduzido por Américo Bedê Freire Junior (2005), deve haver uma limitação fronteiriça entre os poderes estruturais do estado. Desta forma, a divisão entre as decisões judiciais e políticas deve refletir o equilíbrio capaz de evitar que os magistrados dominem o sistema governamental.

O Autor menciona que a interferência exacerbada das escolhas jurisdicionais sobre temas relevados à decisões políticas poderia estabelecer uma chamada “judiocracia”, na qual as escolhas do executivo estariam camufladas de sentenças judiciais. (FREIRE JUNIOR, 2005)

Ocorre que a falta de representatividade efetiva da população, bem como a omissão reiterada dos poderes executivo e legislativo na consecução do bem estar social fez com que a jurisprudência evoluísse em sentido oposto. Atualmente, o entendimento da Suprema Corte se dá no sentido de que o controle judicial sobre as escolhas da administração pública é imprescindível quando houver inércia injustificada ou abuso de poder governamental, mas, ainda assim, o que se vê em decorrência da abstrativização do controle difuso, é a ampliação das decisões da Suprema Corte para casos não analisados nos autos.

Em se tratando na interferência do poder judiciário sobre a atuação do poder legislativo, no âmbito da proteção ao meio ambiente, as consequências jurídicas do ativismo judicial são preocupantes. Suas externalidades podem determinar resultados idênticos a situações

completamente distintas, provocando severos prejuízos ao federalismo cooperativo ecológico.

Nesse contexto, deve prevalecer a postura de *self restraint* dos magistrados, principalmente no atual cenário jurisprudencial que demonstra uma crescente expansão do poder judiciário.

O Supremo Tribunal Federal fixou a teoria da abstrativização do controle difuso nos julgamentos de constitucionalidade. Tal situação se demonstra como reflexo do próprio ativismo judicial, bem como promove uma ampliação dos poderes da Suprema Corte.

Note-se que a objetivação do controle concreto caminhou em consonância à ampliação do ativismo judicial. Não apenas é fruto deste, com ênfase na postura do judiciário em atuar de forma atípica sobre atividades características do executivo e legislativo.

Dada a recente alteração quanto ao tema, ainda não há como mensurar os efeitos da abstrativização do controle difuso, mas é de se esperar que a separação de poderes se torne vulnerável à atuação do Supremo Tribunal Federal. Merecendo atenção quanto à razoabilidade e proporcionalidade na sua atuação.

Assim, levando em consideração que o ativismo judicial é justificado pela razoabilidade e pela garantia do mínimo existencial envolvendo os direitos fundamentais, é imperioso ressaltar que a abstrativização do controle difuso potencializa o ativismo judicial e pode acarretar situações que violam o federalismo cooperativo justamente porque provocam consequências irrazoáveis e desproporcionais.

É imperioso ressaltar que a ampliação dos poderes do Supremo Tribunal Federal deve vir acompanhada de um posicionamento eficaz que evite a subversão à ordem Jurídica. Nesse sentido, o princípio da justeza ou conformidade funcional, bem como o posicionamento abrandado pela postura de “self-restraint” são mecanismos capazes de abrandar os potenciais efeitos maléficos do poder vinculante emanado da Suprema Corte.

A proteção ao meio ambiente depende diretamente do exercício das autornomias federativas. O pacto federativo e a repartição constitucional de competências são instrumentos capazes de viabilizar que os Municípios e Estados possam atuar em proteção ao desenvolvimento sustentável conforme as exigências de suas peculiaridades locais.

A sustentabilidade não se trata de conceito definido, mas tem caráter multidisciplinar, que abrange diversos vetores a serem considerados em cada caso concreto, situação que exige distinções claras quanto ao posicionamento dos poderes executivo, legislativo e, por que não, judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber Moura. Curso de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2018

ALEXANDRINO, PAULO, Marcelo e Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Método, 2017

AMADO FREDERICO. *Direito Ambiental Esquematizado – 11ª edição*. Salvador. Juspodivm, 2019

BARCELOS, Ana Paula. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Salvador: Revista Direito do Estado, 2009.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes, *Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito*. São Paulo: Juspodivm, 2018

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Direito processual constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

DUARTE, Écito Oto Ramos. Teoria do discurso e correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito - 2ª edição. São Paulo: Landy, 2004

FACHIN, Zulmar. Curso de direito constitucional. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Juspodivm, 2017

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. O Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARCIA LEONARDO, THOMÉ ROMEU. *Direito Ambiental Leis Especiais*. Salvador, Juspodivm, 2019.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 32ª Edição - São Paulo: Atlas, 2016.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 7ª Edição, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2009.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. Fator Caph: **Capitalismo Humanista a Dimensão Econômica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2020. eBook Kindle.

SILVA, José Afonso. Direito ambiental constitucional. 10. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STF ADI 3406 e 3470, julgada em 29 de novembro de 2017. Relatora: Rosa Weber

STF ADPF 347/DF, julgada em 17 de novembro de 2015. Relator: Marco Aurélio

STF ADPF 45/DF, julgada em 29 de abril de 2004. Relator: Celso de Mello

STF MI 107/DF, julgado em 21 de novembro de 1990. Relator.: Moreira Alves

STF MI 283/DF, julgado em 20 de março de 1991. Rel.:Sepúlveda Pertence

STF MI 708/DF, julgado em 25 de outubro de 2007. Rel.: Gilmar Mendes

STF RCL 4335/AC. julgada em 19 de abril de 2007. Relator: Gilmar Mendes

STF. RE 58622. julgado em 05 de março de 2015. Relator: Luiz Fux

STF ADI 4029 do Amazonas. julgada em 2020. Luiz Fux STF

STF ADI 5.475, julgado em 20/04/2020. Rel. Min Carmem Lúcia

STF RE 566. julgado em 20/05/2015. Rel Min Luiz Fux

STF RE 586.224, julgado julgado em 8/5/2015, Relator o Ministro Luiz Fux

STF. RE 956475. julgado em 12 de maio de 2016. Relator: Celso de Mello

STF RE 568.224, julgado em 05 de março de 2015, Relator; Luiz Fux.

STF RE 1239556, julgado em 23 de outubro de 2019, Relator: Carmem Lúcia.

STF RE 1192554, julgado em 26 de março de 2019, Relator: Alexandre de Moraes.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. **O direito comparado na história do sistema jurídico brasileiro**. Revista de Ciência Política. FGV, Rio de Janeiro, nov/1989 jan/1990, p 55/90.

Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/59810/58140>

Acesso em: 15 de setembro 2021.