XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

ERIBERTO FRANCISCO BEVILAQUA MARIN

FERNANDO LOBO LEMES

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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
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 Naspolini - 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. Edinilson 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 - IMED – 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 – Goías
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 (UFSM – 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

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara

Eriberto Francisco Bevilaqua Marin

Fernando Lobo Lemes – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-766-3

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

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

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

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I, durante o XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Goiânia-GO, de 19 a 21 de junho de 2019, sob o tema geral: "Constitucionalismo crítico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo", evento realizado em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás. Foram parceiros a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, a Escola Superior da Advocacia - OAB-GO, o Centro de Formação Jurídica da PGE-GO e a Universidade de Rio Verde (UniRV) e apoiadores o Centro Universitário de Goiás (UniAnhanguera), a Faculdade Sensu, a Faculdade Evangélica Raízes e o Centro Universitário de Anápolis (UniEvangélica).

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional, dos reflexos do constitucionalismo na atuação do Poder Judiciário e dos órgãos relacionados às funções essenciais à justiça e da discussão sobre a própria democracia.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 21 (vinte e um) artigos ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

No artigo intitulado "A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE DE RISCO: UMA RELEITURA GARANTISTA DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA NOVA HERMENÊUTICA", as doutorandas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI-SC Mariana Faria Filard e Maria Lenir Rodrigues Pinheiro propõem uma releitura garantista da Constituição Federal, apontando a relevância de se proceder a uma nova hermenêutica constitucional no tocante à aplicação dos princípios e garantias fundamentais no âmbito do Direito Penal e Processual Penal. Buscaram, com o trabalho, uma abordagem

crítica da temática, conferindo dinamicidade ao Direito por meio da defesa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A metodologia empregada quanto à fase de investigação foi o método indutivo, na fase de tratamento dos dados o cartesiano, com as técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento, conforme diretrizes metodológicas para a concretização dos objetivos.

Em "A DEMOCRACIA BRASILEIRA E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DA SUA INTERVENÇÃO NAS FUNÇÕES TÍPICAS DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO", o casal de pesquisadores Delfim Bernardes e Joana Cristina Paulino Bernardes ressaltaram que a integração da Ciência Política nos dias atuais é de uma importância ímpar no nosso ordenamento jurídico, trazendo novas diretrizes, em especial uma nova maneira de observar a democracia. Partindo de uma análise histórica da tripartição das funções clássicas do Estado, o conceito de democracia foi investigado sob a ótica da outorga de poder do povo aos representantes. Também está presente no artigo o tema da judicialização e o ativismo judicial no sistema democrático brasileiro, em que o Judiciário interpreta a aplicação da norma existente sem invadir a esfera de competência dos demais Poderes. Foi utilizado o método indutivo-dedutivo e revisão bibliográfica.

Por sua vez, Ridivan Clairefont de Souza Mello Neto, mestrando pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA), e o pesquisador do mesmo Estado Renan Azevedo Santos, na pesquisa chamada "A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A RELAÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL", investigaram em que medida a ampliação da jurisdição constitucional implica ou não em aprofundamento do ativismo judicial. Partiram de uma análise qualitativa bibliográfica centrada em comentadores do tema, avaliando a relação entre os mecanismos de controle constitucional e o processo de judicialização da política. Analisaram também, à luz de determinadas visões de democracia, a legitimidade ou não da atuação judicial em casos essencialmente políticos. Por conclusão, entenderam que a ampliação da jurisdição constitucional possibilitou expansão da atuação judicial, atuação esta que dependerá do papel que se atribui a cada um dos poderes, a depender da visão do fenômeno democrático.

Em mais um trabalho desta coletânea, foi analisada a Emenda Constitucional nº 95, que instituiu o Novo Regime Fiscal de congelamento dos gastos públicos. O objetivo principal foi analisar se o texto legal configura norma jurídica de efeito placebo. O estudo é delineado por pesquisa bibliográfica e documental e o método de abordagem o indutivo. A análise do conteúdo da norma que fixou o teto dos gastos públicos e da justificativa apresentada pelo autor do projeto, com a constatação relativa aos resultados parciais, desde a vigência dessa norma, induzem à conclusão de que a Emenda Constitucional do teto dos gastos públicos é

placebo jurídico. A pesquisa denomina-se “A EMENDA CONSTITUCIONAL DO TETO DOS GASTOS PÚBLICOS É PLACEBO JURÍDICO” e foi realizada por João Hélio Ferreira Pes, Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Já na investigação científica “A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR DA SOCIEDADE”, Gregorio Menzel, mestrando pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, e Clayton Reis, seu Professor e membro do corpo docente do Programa de Pós-graduação em Direito pela mesma instituição, abordaram o conceito de função social da empresa, trabalhando a sua origem, seu regramento constitucional e as principais vertentes de interpretação da função social da empresa. Conferiram especial enfoque em perceber a empresa como um elemento transformador da sociedade, de forma a promover a justiça social.

De Minas Gerais veio o trabalho “A SEPARAÇÃO DE PODERES: A AUTONOMIA DO PODER LEGISLATIVO E A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO”, escrito pelo Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, e o mestrando Reinaldo Caixeta Machado. O artigo faz uma análise da legitimidade legiferante do Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que dá relevo à matéria ambiental. Em contraponto, traz o limite razoável de distanciamento do judiciário na implantação de políticas públicas ambientais. Como resultado, verificaram que, nas questões de cunho ambiental, nem sempre o judiciário está apto a fazer uma análise adequada do tema. No entanto, a razoabilidade mostrará quando deverá ser mantida a posição do judiciário relativamente às questões voltadas para a normatização de políticas públicas na proteção do meio ambiente. Valeram-se do método de raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Marcos Augusto Maliska, Professor Adjunto de Direito Constitucional do Programa de Mestrado em Direito do UniBrasil Centro Universitário, em Curitiba, e o Professor Hewerstton Humenhuk, mestre em Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina, desenvolveram o instigante trabalho de pesquisa intitulado “AUTORITARISMO JUDICIAL”. Nele, afirmam que o movimento de “Lei e Ordem” deslocou o Poder Judiciário de uma perspectiva garantista para outra, de natureza punitivista, incorporando dois objetivos institucionais: os combates à corrupção na administração pública e à criminalidade em geral. O deslocamento da ideia de um juiz vinculado à lei, para um juiz comprometido com a efetividade da Constituição, levou ao voluntarismo jurisprudencial, caracterizado pela existência de decisões judiciais sem qualquer preocupação com a coerência e a integridade inerentes ao chamado direito

jurisprudencial. A combinação entre a incorporação de objetivos institucionais de moralização e ordem, e o voluntarismo jurisprudencial, degenerou em autoritarismo judicial.

A seu turno, no trabalho “DEMOCRACIA E AUTONOMIA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA QUE VIVEM EM CONDIÇÃO DE ASILAMENTO”, objetivou-se lançar luzes no estudo da inclusão social das pessoas com deficiências que vivem em condições de asilamento, sob a ótica da perspectiva democrática e da teoria dos custos dos direitos. Este estudo buscou investigar como pode o Poder Executivo materializar a democracia para as pessoas com deficiência asiladas. Lucas Emanuel Ricci Dantas, Doutorando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, e o Professor Ricardo Pinha Alonso, das Faculdades Integradas de Ourinhos, autores do texto, utilizaram, como análise comparativa, a história do Hospital Psiquiátrico de Barbacena-MG e o relatório internacional da ONG Human Rights Watch, cuja denominação é “Eles ficam até morrer”. Para o presente trabalho valeram-se de uma metodologia indutiva, com pesquisa bibliográfica, em livros, teses, dissertações e periódicos.

Em “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E SUAS LIMITAÇÕES EM ESTADO DE EXCEÇÃO”, Laísa Fernanda Campidelli e Isabela Fernanda dos Santos Andrade Amaral, mestrandas em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, abordaram, de forma qualitativa e explicativa, o conceito de direitos fundamentais, estado de exceção e estado de sítio. Realiza considerações sobre o desenvolvimento histórico, conceituação, importância e terminologia dos direitos fundamentais. Procederam à caracterização do estado de exceção, observando a teoria da necessidade, trazendo a discussão para o âmbito nacional, tratando sobre o estado de sítio, com suas condições, previsões e controle previstos constitucionalmente. Concluíram que o ordenamento jurídico que nasce para limitar o Estado, passa a legislar a favor deste, fornecendo instrumentos que o ajudam a atingir seus interesses, dando margem a abusos.

O artigo seguinte da lista rediscute, a partir das teorias da hegemonia de Chantal Mouffe e dos diálogos institucionais de Mark Tushnet, os fenômenos da judicialização da política (o político invadindo “indevidamente” o jurídico) e do ativismo judicial (o jurídico invadindo “indevidamente” o político). Também contesta a concepção usual de que o judiciário teria a “última palavra” na interpretação jurídica e defende uma maior proteção da democracia, pois é esta, não o judiciário, que, em última instância, protege os direitos. Concluindo que, para sua maior legitimidade e eficiência, deve então o Poder Judiciário receber novos influxos democráticos e estar sujeito a maior accountability, o doutorando em Direito pela

Universidade Federal de Minas Gerais Daniel dos Santos Rodrigues encerra a excelente pesquisa “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA – UMA ANÁLISE A PARTIR DE CHANTAL MOUFFE E MARK TUSHNET”.

No que lhe concerne, a pesquisa “NEOCONSTITUCIONALISMO: RISCOS DEMOCRÁTICOS DA IDEOLOGIA QUE DOMINOU O DIREITO BRASILEIRO”, do mestre em Direitos Fundamentais na Universidade de Lisboa Raineri Ramos Ramalho de Castro, dispõe que apesar de dominar a cultura jurídica brasileira, não se sabe exatamente o que o neoconstitucionalismo é ou quais mudanças traz para o Estado democrático. Ao estudar os ensinamentos de diferentes autores neoconstitucionalistas, analisar suas concepções e compará-las às posições constitucionalistas tradicionais, o pesquisador concluiu que o neoconstitucionalismo nada mais é do que uma ideologia que estimula imenso ativismo judicial com a justificativa de proteger os direitos fundamentais. No entanto, para ele, o que o neoconstitucionalismo realmente faz é prejudicar a separação de poderes, promover a juristocracia e prejudicar severamente as proteções constitucionais elaboradas para assegurar o gozo dos direitos fundamentais, consequentemente fragilizando a democracia.

Elaborado por Andréia Garcia Martin, Professora da Universidade do Estado de Minas Gerais, no trabalho científico chamado “O ARRANJO INSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA COM VISTAS À INCLUSÃO SOCIAL” é defendida a ideia de que o Estado Democrático de Direito inaugurado na Constituição Federal de 1988 evidenciou valores fundamentais sobre o tema, atuando como parâmetro das instituições estatais. Para a pesquisadora, a democracia permeada na Constituição apresenta-se numa dupla acepção: representativa e participativa. Assim, a finalidade de efetivar o direito fundamental à acessibilidade das pessoas com deficiência, neste estudo, buscou fomentar a participação nos processos de decisão política, na elaboração de políticas públicas deste seguimento, uma vez que a abertura ao diálogo e à participação deste grupo permite o alcance de sua inclusão social.

Mestre em Direito - UNIMEP/SP, Tamires Gomes da Silva Castiglioni e Everton Silva Santos, Professor da Faculdade de Americana-SP, analisaram o caso mais emblemático sobre “discurso de ódio” julgado pelo STF: o HC 82.424-2, caso “Ellvanger”. O principal tema tratado nesse julgamento foi o conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à dignidade da pessoa humana, que prevaleceu na decisão. Já o RHC 134.682, caso “Abib” houve a mesma discussão de conflitos constitucionais, prevalecendo o direito à liberdade de expressão. Diante de tal discrepância, foram analisadas as vertentes que possibilitaram que dois casos semelhantes tivessem decisões distintas sob à ótica do princípio da

proporcionalidade. A interessante investigação tem o título “O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA: UM ESTUDO SOBRE O HC 82.424-2/RS- O CASO ELLWANGER E O RHC 134.682/BA- O CASO ABIB”.

No artigo “O DISCURSO DO ÓDIO NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS: DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU VIOLAÇÃO À DEMOCRACIA?”, a liberdade de expressão é tratada como um valor primordial para todas as sociedades democráticas. À medida que a manifestação proferida por aquele indivíduo venha a ser invocada para violar outros direitos, faz-se necessário uma atuação estatal para coibir esse abuso de direito e manter a ordem pública. Na pesquisa, elaborada pelo Professor da Universidade Federal de Sergipe Lucas Gonçalves da Silva e por Carla Vanessa Prado Nascimento Santos, da Universidade Cândido Mendes, utilizou-se o método dedutivo e bibliográfico, para restar comprovado que esses limites não visam tolher a liberdade de manifestação de pensamento, mas, sim, proteger a ordem da sociedade pluralista em que vivemos, pois o Estado não pode ser condizente ou omisso diante de discursos que ferem direitos de outras pessoas.

Já no interessante trabalho “OS ARGUMENTOS RELIGIOSOS NA ESFERA PÚBLICA”, Rafael Esteves Cardoso, mestre pela Universidade Católica de Petrópolis, e Catarina Cruz Salles, mestranda em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, investigaram o espaço e a valia dos argumentos religiosos na esfera pública, para a colaboração na formação e desenvolvimento de objetivos comuns em uma sociedade. Inicialmente, analisaram a perspectiva liberal de Ronald Dworkin, com foco para as responsabilidades individuais na solidificação dos valores democráticos. Em contraposição, foram avaliadas as propostas de Charles Taylor, segundo o qual é possível, e de certo modo inevitável, a inserção de argumentos religiosos nos debates públicos e na delimitação dos destinos compartilhados pelos membros de um determinado grupo social. A pesquisa foi desenvolvida através de pesquisa bibliográfica direta.

O Professor Emanuel de Melo Ferreira, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, em “OS LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL PREVENTIVO – UMA DEFESA DE SUA TOTAL PROSCRIÇÃO EM FACE DOS PROJETOS DE LEI”, analisou os limites do controle de constitucionalidade judicial preventivo, defendendo a inconstitucionalidade de qualquer forma de controle sobre os projetos de lei. A questão central do texto, assim, pode ser formulada dessa maneira: a Constituição Federal admite que o controle judicial preventivo tenha como objeto de controle

um projeto de lei, mesmo que se busque efetivar um controle meramente formal? A pesquisa refere-se, assim, à separação e poderes no bojo do processo constitucional, devendo ser analisada a partir de autores que levam à relação entre direito e política a sério.

No artigo “PARTICIPAÇÃO POPULAR NA REFORMA CONSTITUCIONAL”, Marcelo Negri Soares, do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito UniCesumar, e o mestrando da mesma instituição Raphael Farias Martins, estudaram a passagem do homem do estado de natureza ao estado constitucional. Apresentaram a forma do nascimento de uma Constituição e como esta norma de fundamental importância pode ser alterada. Analisaram, ainda, o princípio da soberania popular, bem como verificaram se o povo pode requerer a modificação do texto constitucional, sendo ele o titular de todo poder.

Letícia da Silva Almeida, da Faculdade Pitágoras, e o pesquisador Danilo Felicio Gonçalves Ferreira, em “POR UMA REFLEXÃO A RESPEITO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY, PELA PERSPECTIVA DO ART. 37 CAPUT DA CR/88”, traçaram considerações a respeito do conceito de norma, principio e regra de Robert Alexy, com fim de buscar construir um conceito mais afunilado sobre o que seria princípio e regra, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo parecendo já ser pacífica tais constatações, esse tema é de relevância extrema, uma vez que, a cada dia, se enfrenta mais o problema do pan-principiologismo. Para tanto, a conceituação proposta acarreta em considerações acerca do art. 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil. Utilizou-se o método científico dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica.

A seu turno, na pesquisa “REFLEXÕES SOBRE AS REGRAS CONSTITUCIONAIS DA COMUNICAÇÃO NA BOLÍVIA, VENEZUELA, MÉXICO E BRASIL”, Ruth Carolina Rodrigues Sgrignolli, Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, e a Professora Michelle Asato Junqueira, da mesma instituição, ressaltam que a liberdade de expressão é um direito humano que além de garantir o pensar livremente é um baluarte da democracia. Analisaram a disposição específica da liberdade de expressão de quatro países da América Latina, sendo dois deles países com grupos de comunicação mundialmente relevantes (Brasil e México) e dois países bolivarianistas (Venezuela e a Bolívia) e o ambiente em que se inserem. Para o objetivo proposto realizaram uma análise bibliográfica e legislativa da previsão constitucional dos países mencionados, sob o método descritivo, de análise qualitativa para a produção acadêmica e quantitativa para as Constituições.

Letícia Alonso do Espírito Santo, mestre pela Universidade Federal de Juiz de Fora, na pesquisa “UMA LEITURA PÓS-POSITIVISTA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE”,

analisou o posicionamento do Princípio da Publicidade no ordenamento jurídico brasileiro, sua origem e recepção. O trabalho apresenta uma análise introdutória à temática, pretendendo verificar o âmbito de criação da denominada Lei de Acesso à Informação e sua decorrência direta do clamor social por maior transparência dos atos públicos. As nuances do sistema legal de acesso foram introduzidas pela Constituição e consolidados na Lei nº 12.527/2011, sob uma perspectiva de valores fundamentais, que rompem com a institucionalização da exceção e do segredo no âmbito dos atos administrativos.

Por fim, em "UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES À LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS", o Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná Eliezer Gomes Da Silva e a mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná Simone Valadão Costa e Tressa, a partir das problemáticas de hermenêutica e mutação constitucional, apresentaram um novo olhar sobre o princípio da separação de poderes, notadamente em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da ADPF nº 347 que consagrou a aplicação, no Brasil, da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, criada pela jurisprudência constitucional colombiana. Sob tais parâmetros, o artigo discutiu a necessidade de reformulação da interpretação do princípio da separação de poderes, abordando o estudo do compromisso significativo e a teoria dos diálogos institucionais.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores

Prof. Dr. Eriberto Francisco Bevilaqua Marin – UFG

Prof. Dr. Fernando Lobo Lemes - Faculdade Raízes

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC

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.

A SEPARAÇÃO DE PODERES: A AUTONOMIA DO PODER LEGISLATIVO E A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO

THE SEPARATION OF POWERS: THE AUTONOMY OF THE LEGISLATIVE BRANCH AND THE PROMOTION OF ENVIRONMENTAL PUBLIC POLICIES BY THE JUDICIAL BRANCH

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro [1]
Reinaldo Caixeta Machado [2]

Resumo

O artigo faz uma análise da legitimidade legiferante do Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que dá relevo à matéria ambiental. Em contraponto, traz o limite razoável de distanciamento do judiciário na implantação de políticas públicas ambientais. Como resultado, verificou-se que nas questões de cunho ambiental, nem sempre o judiciário está apto a fazer uma análise adequada do tema. No entanto, a razoabilidade mostrará quando deverá ser mantida a posição do judiciário relativamente às questões voltadas para a normatização de políticas públicas na proteção do meio ambiente. Utilizou-se do método de raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Separação dos poderes, Políticas públicas ambientais, Controle judicial, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The article presents an analysis of legitimacy of Legislative Power, while at same time giving emphasis to environmental issues. In counterpoint, it brings reasonable limit of distance from judiciary in implementation of environmental public policies. As result, it has been found that in matters of environmental nature, judiciary is not always able to promote apropriate analysis of subject. However, the reasonableness will show when the position of judiciary should be maintained in relation to the issues related to normalization of public policies in protection of environment. The method of deductive reasoning was used, with bibliographical and documentary research technique.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Separation of powers, Public environmental policies, Judicial control, Judicial activism

[1] Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Messina. Doutor e Mestre pela UFMG. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental da ESDHC. Promotor de Justiça.

[2] Graduado em Direito pelo UNITRI. Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Anhanguera. Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela ESDHC. Professor de Direito Ambiental, Urbanístico e Agrário do UNICERP.

1 INTRODUÇÃO

A Política representa a vontade da maioria. O Direito, instrumentalizado por meio do Poder Judiciário, representa a prevalência e o domínio da razão. Há que se observar que existe constante necessidade de distanciamento entre um e outro. Porém, a crença que se assenta na possibilidade de separação total entre Política e Direito tem se perpetuado no tempo por meio de argumentos esvaziados, sustentados pela ideia de que devem andar em trilhos diferentes e nunca conectados.

Na verdade, o momento da criação do Direito é certamente o resultado mais importante da atuação da política. É o Direito que ordena e rege a vida das pessoas em sociedade, levando ao entendimento do que é precioso para determinado grupo social. Portanto, a criação do Direito vale como verdadeiro troféu da democracia na qual a atuação, as ideologias e as batalhas políticas estão alicerçadas.

Certo é que, em um Estado de Direito, as normas jurídicas representam o resultado final da própria vontade política, de forma que é inviável dissociá-las de seu raio de interferência.

A partir de tais ponderações, é também importante destacar que, no âmbito do Estado Democrático de Direito, é o Direito que legitima o efetivo exercício do poder político, fazendo necessariamente interferência nesse poder quando esse estiver contaminado com ideias não compatíveis com os alicerces deste Estado.

Na verdade, a autonomia que se busca imprimir entre Direito e Política é, no máximo, relativa. Dois são os momentos de reflexão acerca dessa conexão: o primeiro, o da criação do Direito. O segundo, o da aplicação desse mesmo Direito arquitetado.

Na fase da criação do Direito, não há como separá-lo da política uma vez que, como dito, é fruto da vontade política do Parlamento. Já no segundo momento, onde se tem a efetividade pela aplicação, a separação da Política não somente pode ser feita, como é desejável para garantir as bases democráticas de determinado Estado.

Seguramente, o Direito deve estar dotado de autonomia em relação à Política e a presente pesquisa pretende discorrer sobre o assunto por meio de um cotejo dos fenômenos denominados judicialização e ativismo judicial. Como recorte temático, foi dado enfoque especial à implantação das políticas públicas ambientais pelo judiciário.

Faz-se necessário demonstrar o antagonismo que permeia a necessidade e a dispensabilidade do controle judicial em questões muito práticas, como é o caso da implantação de políticas públicas ambientais, tais como: concessões ou indeferimentos de

licenciamentos ambientais, outorgas de uso de águas, declarações de áreas prioritárias para conservação ambiental e tantos outros atos administrativos que se prestam à tutela ambiental.

A grande celeuma é encontrar respostas mais sólidas para a questão de o controle do judiciário nas questões de políticas públicas ambientais violarem ou não importantes princípios constitucionais como o Princípio da Repartição dos Poderes. Necessário, nesse sentido, fazer uma análise que diga respeito à admissão de tal interferência "inter poderes" em casos excepcionais nos quais o objetivo maior seja apenas agir para que a tutela dos direitos metaindividuais e a busca pela preservação do meio ambiente sadio e equilibrado seja efetivada.

Ora, é preciso reconhecer a tênue relação entre situações dramáticas nas quais deve haver uma atuação incisiva do judiciário nas decisões administrativas ambientais e outras em que essa sobreposição de competências provocaria reflexos prejudiciais e irreparáveis.

Em geral, observa-se a falta de preparo do judiciário brasileiro no trato e cuidado relativamente a temas tão práticos como as demandas ambientais. Nem sempre os juízes se mostram como os atores mais capacitados a definir a adequação desta ou daquela decisão que recairá sobre o meio ambiente e os recursos naturais.

Não se quer, com isso, fazer qualquer juízo depreciativo que diga respeito à atuação do magistrado nas questões da proteção ambiental. São bem conhecidos os enormes avanços havidos na melhoria da qualidade ambiental pela atuação incansável do Poder Judiciário nessas questões. O fato é que, por sua essência, as questões ambientais devem se concretizar, preferencialmente, na seara administrativa, sob pena de patente prejuízo ao meio ambiente, já que o administrador é aquele que detém conhecimento técnico do assunto. Contudo, observa-se no cotidiano muita judicialização e, em alguns casos, muito ativismo judicial, que com ela não se confunde, o que será objeto de abordagem no texto, inclusive quanto aos desdobramentos e implicações na dinâmica social.

Há, no caso e diante do acima exposto, questões a serem respondidas: o judiciário pode interferir em políticas públicas em matéria ambiental, sem que incorra em violação ao princípio constitucional de violação de poderes? Em caso positivo, estaria limitado aos aspectos formais, ou também poderia interferir quanto à conveniência e oportunidade do ato?

Como hipótese, apresenta-se que, em caso de inércia ou má atuação dos poderes naturais, ainda que se trate de questões que digam respeito à conveniência e oportunidade do ato administrativo, o judiciário pode e deve, quando demandado for, atuar. Isso se justifica porque o meio ambiente é direito fundamental de grande estirpe e porque o controle, ainda

que se trate do chamado mérito do ato administrativo, diz respeito ao princípio constitucional da moralidade, ao qual os poderes públicos devem obediência.

As questões do texto ora introduzido, que têm importância por revelarem opções legislativas e judiciais de grande estirpe por se tratar de questões ambientais necessárias à própria vida das pessoas, serão abordadas sob a égide do método de raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

2 A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A JUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES AMBIENTAIS NO BRASIL

Notadamente após a promulgação de Constituição Federal de 1988, observou-se uma intensa judicialização de diversos assuntos e matérias. As decisões da maior corte judiciária brasileira sobre diversos assuntos, ganhou destaque diário nos noticiários, sendo que praticamente tudo pode ser levado à sua apreciação.

Porém, esse movimento de uma justiça constitucional não é monopólio do sistema jurídico brasileiro, sendo uma realidade em várias partes do mundo. O professor Luiz Roberto Barroso pondera que:

> O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implantação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade (BARROSO, 2009, p. 1).

Necessário primeiro entender que a judicialização significa que uma parcela do poder político migrou das suas instâncias tradicionais, originárias, para o Poder Judiciário, que fará a sua apreciação. Isso corresponde a dizer que a palavra final sobre assuntos variados, tais como questões econômicas, sociais ou morais do cotidiano, será proferida pelo Poder Judiciário.

Tal transferência mostra-se em maior ou menor medida desejável. Se por um lado o Poder Judiciário tem a independência necessária para aplicar decisões de acordo com os preceitos democráticos e para a promoção dos chamados Direitos Fundamentais, por outro, a necessária independência dos poderes será aferida diante do caso concreto.

Fato que merece atenção são as causas que motivam essa maior participação do controle judicial nas questões mais corriqueiras. Nota-se, especialmente na última década, uma desilusão generalizada das pessoas com a classe política. Muitas das atuações próprias do

poder político não aconteceram na quantidade ou na qualidade esperada. E, consequentemente, coube ao judiciário reverter os efeitos negativos desses problemas criados pela inércia dos outros poderes.

A falta de convergência das decisões políticas merece também o devido destaque. Principalmente por questões ideológicas, o judiciário vem se desdobrando para encontrar maneiras mais adequadas de mitigar os impactos criados.

Na verdade, os problemas surgidos no seio da sociedade ou diante de inconsistências devidas à atuação política devem ser resolvidos pelo judiciário, independentemente da existência ou não de normas. Pondera-se que o juiz, diante de um caso prático, não pode invocar a lacuna da lei para não dar o devido tratamento a demanda encaminhada à sua apreciação.

Além das explicações dadas anteriormente sobre o entendimento das causas dessa aproximação entre decisões judiciais e questões que não seriam originalmente de sua competência, temos ainda outros fatores mais estruturantes que justificam o protagonismo do judiciário. Primeiramente, o modelo da Constituição Federal de 1988, a chamada "Constituição Cidadã", que tem a marcante característica de ser abrangente, demasiadamente analítica, permitindo que praticamente todos os assuntos possam ser judicializados.

O debate jurídico pode ser combinado com preceitos constitucionais que irão recair sobre matérias como competência, separação dos poderes, ordem tributária, econômica, social – na qual o meio ambiente se insere –, minorias tais como índios, idosos, crianças, enfim, nenhuma questão foge ao controle desse poder.

A consequência da amplitude de matérias abraçadas pelo manto constitucional é a de viabilizar sua judicialização. O efeito dessa constitucionalização é o de distanciar as matérias do mundo político e inseri-las na proteção do Direito de forma a facilitar o acesso pelos que dela dependem.

Não se pode ainda esquecer que o sistema de controle judicial brasileiro é uma mescla dos modelos americano e europeu. Isso porque, no modelo atualmente vigente no Brasil, todos os juízes de Direito podem interpretar o texto constitucional e declarar incidentalmente uma norma como sendo lesiva à Lei Maior. Foi o caso recente do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade distribuída sob o nº 4903 e julgada pelo STF em conjunto com as ADIs 4901 (apenso principal), 4902 e 4937. A decisão colegiada foi proferida em conjunto com a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42, englobando múltiplas questões atinentes à Lei nº 12.651/2012, atual Código Florestal Brasileiro.

Através de Ações Diretas de Inconstitucionalidade ou de Ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, várias matérias podem chegar ao crivo e análise da mais alta Corte Judiciária para decisão final.

Essa submissão fomenta a judicialização das matérias e confirma a ascensão que o judiciário traz para si de forma a corrigir o que originalmente seria competência dos poderes Executivo e Judiciário.

Não obstante, diversos são os legitimados para propor tais ações e é fator incontroverso que essa facilidade de acesso também contribui para a judicialização.

Todo esse arranjo judiciário faz com que a judicialização seja potencializada no Brasil. Assuntos variados são judicializados na atualidade, de questões atinentes aos planos de saúde a juros bancários. Adverte-se, no entanto, que não se deseja adentrar a inquestionável carga de subjetividade impressa nos casos encaminhados ao judiciário, onde o que é importante para um indivíduo que busca na seara judicial a satisfação de sua pretensão pode não ser para outro.

Enfim, o que se destaca como premissa é que a judicialização no Brasil é fator decorrente de um arranjo institucional que produziu uma constitucionalização muito forte, aliada a um controle de constitucionalidade que recai sobre praticamente qualquer matéria e ainda a permissão de se ajuizar Ações Diretas de Inconstitucionalidade ou Ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental junto ao Supremo Tribunal Federal.

Todavia, a questão não pode ser confundida com ativismo judicial, que passa, doravante, a ser esclarecido.

3 ATIVISMO JUDICIAL

Diferentemente da judicialização, o ativismo judicial não representa em sua essência um fato específico, mas uma atitude. É nele que se efetiva um modo deliberado e expansivo de o judiciário interpretar a Constituição Federal, levando-a a rumos nem sempre previstos pelo Constituinte ou pelo legislador ordinário. A enorme dinâmica da sociedade bem como sua necessidade de respostas são infinitas, extrapolam a previsibilidade.

Nesse sentido, novamente se faze necessário lançar mão de ensinamentos do professor Luiz Roberto Barroso, que desmistifica o conceito de ativismo judicial:

> A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se

> manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 6).

Desta forma, percebe-se que o ativismo judicial possui contornos próprios quando comparado à judicialização. No caso último, verifica-se a submissão de matérias ao judiciário, que não tem outra escolha senão a de analisá-las por meio do controle constitucional. O ativismo, por sua vez, é a atuação proativa do juiz que, fazendo uso da interpretação dos preceitos constitucionais, acaba por expandir ou até mesmo inovar o raio de abrangência e o sentido a ser aplicado no caso (BARROSO, 2009).

O Professor Saul Tourinho Leal (2010), ao tratar do termo ativismo judicial, diz que tal conceito traz uma carga muito negativa. É um verdadeiro rótulo para a atuação necessária do judiciário em questões tão importantes que acabam mascaradas por uma visão distorcida em se tratando de competências.

Existem, todavia, duas formas de ativismo judicial. A primeira delas, quando o judiciário faz uso de uma norma constitucional para disciplinar uma situação fática não disciplinada por norma alguma. Exemplo disso foi a questão da infidelidade partidária, em relação a qual decidido o plenário do STF pela não aplicação da perda do mandato eletivo em razão de mudança de partido pelos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de se violar a soberania popular e, mais ainda, a escolha sacramentada pelo voto do eleitor.

A segunda forma de ativismo judicial, estritamente vinculada à problemática do presente artigo, está consubstanciada na interferência do judiciário na efetivação de políticas públicas, dentre elas as ambientais.

O ativismo judicial está presente quando o judiciário determina que o poder público proceda à execução de obras de saneamento ou forneça medicação ao cidadão ou grupo específico de cidadãos, ou mesmo na adoção de alguma medida de proteção ambiental.

Apesar da clara distinção já feita entre judicialização e ativismo judicial, é necessário observar que são dependentes. O ativismo judicial necessita da judicialização, pois é preciso que a matéria seja judicializada para que haja esta postura proativa por parte do judiciário. Porém, nem sempre que houver a judicialização haverá ativismo.

Quanto aos efeitos do ativismo judicial, há pontos positivos e negativos. De um lado, revela que o Poder Judiciário está atento às demandas sociais importantes para a vida dos cidadãos. De outro, porém, revela que o Poder Legislativo, que representa a instância política

por excelência, não atuou a contento na implantação de suas competências, deixando uma lacuna na aplicação das demandas sociais.

O que se defende na presente pesquisa é o reconhecimento da grande importância do ativismo judicial como salvaguarda das necessidades sociais não atendidas de pronto pelos poderes Legislativo e ou Executivo. No entanto, observa-se que a interferência e a atuação indiscriminadas do judiciário nas questões políticas não são desejáveis.

Propomos neste artigo que o legislativo resgate urgentemente sua capacidade de produzir consensos. Agindo com independência funcional, o legislativo atenderia às necessidades da sociedade que o legitimou.

Visto e desmistificado o conceito de ativismo judicial, passa-se então a enfrentar questões práticas que não foram definidas de maneira satisfatória pelos poderes legislativo e executivo, tais como assuntos de cunho ambiental.

4 PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NAS QUESTÕES AMBIENTAIS

Conforme visto anteriormente, o Poder Judiciário pode se manifestar conclusivamente em praticamente todos os assuntos e matérias. Dentre essas, destacamos a ambiental, reconhecendo que um maior envolvimento do judiciário em questões específicas é uma real necessidade.

Apesar de o judiciário ter o poder de definir o deslinde de questões técnicas por meio de suas decisões, deve evitar ao máximo fazê-lo. Isso porque, apesar de estar amparado por suas convicções, nem sempre o juiz é o profissional mais adequado para produzir resultados que atinjam a finalidade necessária.

As decisões judiciais devem se limitar à mínima interferência institucional possível para que não ocorram discrepâncias indesejáveis na edição das normas ambientais e na sua aplicação através da efetivação das políticas públicas voltadas à proteção do ambiente.

O judiciário deve estar atento quanto às questões políticas próprias do Poder Legislativo e também zeloso para com as questões onde a manutenção da discricionariedade da administração pública nas questões ambientais se mostra delicada.

Exemplificando: o judiciário não seria o poder mais adequado para definir critérios para a liberação de uma transposição de cursos d’água, ou para definir se a instalação de uma unidade industrial poderia ou não ser feita no perímetro urbano de determinado município. São questões extremamente técnicas que requerem conhecimentos trans e interdisciplinares próprios da estruturação dos órgãos de controle ambiental.

A questão que se coloca aqui é que, embora o Brasil esteja listado entre os países em desenvolvimento, tenha economia forte e grande disponibilidade de recursos naturais, apesar da tradição na edição de normas de proteção ambiental e da participação marcante na governança internacional ambiental, é, ao mesmo tempo, um país com enormes dificuldades na implantação de políticas ambientais.

É claro o caos relacionado às questões ambientais no país: desmatamentos e queimadas avançam a cada ano, atividades antrópicas se multiplicam sem controle estatal, esgotam-se os recursos e os habitats naturais, cresce a depreciação dos espaços urbanos, além de um sem número de adversidades em um ambiente cada vez mais deteriorado.

Merece atenção o fato de que, após a constitucionalização das políticas públicas, os governos vêm se mostrando incapazes de satisfazer a demanda crescente de uma população carente, tanto em quantidade quanto em qualidade, por bens extraídos da natureza.

O objetivo deste trabalho foi, como destacado na introdução, o de atacar a seguinte problemática: diante da ineficiência dos poderes Legislativo e Executivo, estaria o judiciário autorizado e legitimado a ultrapassar a tradição do modelo de competências e adotar medidas mais incisivas na questão das políticas públicas ambientais? Até onde essas interferências se dariam de forma saudável? A discussão seguramente esbarraria na argumentação de ofensa à Teoria da Separação dos Poderes.

Nesse sentido, recorre-se aos ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva (2010):

> Um dos principais argumentos que sustentam um dos lados da discussão acima delineada é a referência à teoria da separação dos poderes. No Brasil, como em muitos outros países da América Latina, essa teoria é muitas vezes encarada de forma estanque e rígida. No modelo liberal clássico, no qual os juízes podiam ser considerados como simples 'boca da lei', seria impossível imaginar que o Judiciário pudesse intervir na realização de políticas públicas e, em alguns casos, até mesmo corrigi-las ou defini-las. (SILVA, 2010, p. 590).

Certamente, aos olhos da lei, não é razoável encarar a efetivação dos direitos individuais da mesma maneira que a dos direitos coletivos ou difusos. Dessa forma, é preciso analisar a dicotomia existente entre Direito e Política de forma a entender que o primeiro somente poderá interferir no segundo em situações nas quais a necessidade o justifique.

Em linhas gerais, adota-se neste trabalho a corrente de que não falta legitimidade ao judiciário. Também não incorre tal poder na violação da teoria da separação dos poderes quando o juiz interfere em questões legislativas e governamentais diante de patente necessidade de se tutelar bens maiores, como é o caso da proteção ambiental.

A consciência ambiental ainda não é uma realidade brasileira e nem mesmo mundial e o Estado é muitas vezes movido e estruturado por influências de mercado e econômicas. Assim, é preciso que o Poder Judiciário seja ativo em questões de matéria ambiental para a proteção do bem coletivo e do meio ambiente.

Diante disso, é preciso visualizar alicerce nesta esteira de pensamento através da fundamentação de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer:

> O enfoque de 'direito-dever' fundamental presente no nosso texto constitucional (por força do caput do art. 225) traça um modelo de tutela ambiental que desloca o Estado da condição de único guardião da Natureza, inserindo os atores privados (toda coletividade) no quadro permanente de responsáveis pela tutela e promoção do ambiente, o que torna imprescindível a possibilidade de levar as lesões ao patrimônio ambiental ao Poder Judiciário. Tal acesso ao sistema de justiça estatal pode ocorrer tanto sob um viés "associacionista" de cidadania, ou seja, por meio de associações civis (em especial as assim chamadas ONG's - organizações não-governamentais) dedicadas à causa ambiental (mediante o manuseio, no Brasil, da Ação Civil Pública), quanto sob um viés 'individualista' de cidadania, assegurando aos cidadãos a posição, mesmo individualmente considerados, de agentes ativos no que diz com a promoção da defesa do ambiente (neste caso, especialmente mediante a utilização da Ação Popular e outros instrumentos jurisdicionais e administrativos) (SARLET, FENSTERSEIFER, 2011, p. 14).

Inicialmente, denota-se que a interferência do Direito no poder político pode ser inevitável nos casos em que a ação eivada de vícios ou omissão a justificar.

Por outro lado, os cidadãos lesados veem no Poder Judiciário a melhor alternativa para obtenção de respostas relativamente às dificuldades enfrentadas. As questões ambientais são cotidianamente negligenciadas, não restando outra opção viável a não ser o seu tratamento pelo judiciário.

Assim, quando o Poder Judiciário for acionado, espera-se que seja ativo na proteção do meio ambiente, nos termos da Constituição Federal de 1988. Além do mais, o artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna prevê a inafastabilidade de jurisdição.

Neste sentido, a atuação do judiciário nas questões ambientais tem embasamento constitucional para que haja a proteção do coletivo e do meio ambiente sempre que seja verificada lesão ou risco de lesão que comprometa a qualidade do ambiente.

Com efeito, o controle judicial de atos administrativos é o meio pelo qual um ato administrativo, ao infringir a lei, pode ser declarado nulo de pleno direito pelo Poder Judiciário. Na maioria dos casos, esse controle é feito de acordo com os critérios da legalidade e da legitimidade da análise dos atos administrativos. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, que tendia fortemente a submeter-se à discricionariedade de determinado ato administrativo,

tem hoje, no caso da implantação de políticas ambientais, ampliado o controle do ato às questões de conveniência e oportunidade, em prol da moralidade.

Reforçando esta tendência, predominante na doutrina atual dominante, apresenta-se o seguinte julgado:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigi-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido (BRASIL, 2003, *online*).

Assim, o Poder Judiciário, dentro do controle judicial de atos administrativos, fará a análise tanto dos critérios de legalidade e legitimidade quanto de discricionariedade. Esse controle não interfere na esfera do poder administrativo, mas apenas garante a defesa e tutela de direitos nas esferas privada e coletiva.

Por serem atos administrativos discricionários, como os processos de licenciamento ambiental, de outorga de água e de declaração de áreas prioritárias para conservação ambiental, são passíveis de controle judicial no que diz respeito aos critérios de legalidade, legitimidade, conveniência e oportunidade, os dois últimos compondo a discricionariedade da administração pública.

Por meio do controle judicial dos atos administrativos é que o administrado recorre ao Poder Judiciário para que ele, analisando caso a caso, possa dizer se o ato é legítimo ou, não o sendo, possa anulá-lo.

Nesse sentido, colhe-se a inteligência do Recurso Especial nº 1.367.549 - MG (2011⁄0132513-5), relatado pelo Ministro Relator Humberto Martins:

> PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DANO AMBIENTAL. IMPLANTAÇÃO DE OBRA PÚBLICA. USINA DE RECICLAGEM DE RESÍDUOS SÓLIDOS. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 333, I, DO CPC CARACTERIZADA.
> 1. Cinge-se a controvérsia dos autos à possibilidade do Ministério Público, em obrigação de fazer, por meio de ação civil pública, compelir o administrador a implementar obra pública, qual seja, usina de reciclagem de entulhos provenientes da construção civil, que estivesse causando danos ao meio ambiente.
> 2. Irretocável, a posição do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, no sentido de que ´O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos

> constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes' (AI 708667 AgR, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012).
> 3. Reconheço que em algumas situações é impossível estabelecer, num plano abstrato, qual a ordem de prioridades que a atividade administrativa deve tomar. Nestes casos, a identificação pela preferência de atuação estatal apenas poderia ser identificada na análise do caso. Todavia, ainda que abstratamente, não se pode deixar de reconhecer que alguns direitos, tais como a educação, a saúde e o meio ambiente equilibrado fazem parte de um núcleo de obrigações que o estado deve considerar como prioritárias.
> 4. Deve ser afastada a aplicação da Súmula 7/STJ e reconhecido a ofensa ao artigo 333, I, do CPC. Isto porque a Corte de origem faz referência a vários elementos probatórios que induzem – em tese - a existência de dano ambiental, considerando, também, que durante a tramitação do processo ocorreu significativa melhora no sistema de destinação dos resíduos sólidos, em especial, com aprovação da lei municipal regulamentando o tema. No entanto, apesar disso, o pleito do Ministério Público Estadual foi indeferido em razão da ausência de provas.
> 5. Os autos devem ser devolvidos ao primeiro grau para que o juiz proceda à instrução levando-se em conta o art. 462 do CPC e a Lei n. 12.305/2010 (Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos), sobretudo à luz do se art. 54.
> Recurso especial parcialmente provido (BRASIL, 2009, *online*).

Portanto, grande parte da doutrina especializada e dos Tribunais Superiores defende o controle judicial dos atos administrativos como, por exemplo, o licenciamento ambiental, colocando sob égide de análise até mesmo a discricionariedade e os critérios de conveniência e oportunidade da administração pública.

Em relação ao controle judicial, a questão é saber até que ponto esse último atingiria o ato administrativo relativamente, por exemplo, à separação de poderes e à não interferência na esfera administrativa.

Tem-se que esse controle recairia sobre os ditos princípios, mas não estaria atingindo a esfera administrativa, uma vez que realiza apenas uma nova análise e constata eventuais vícios.

Nesse sentido, o judiciário pode agir sempre que alguém sentir-se lesado em seus direitos, como o direito de usufruir de um ambiente sadio e com qualidade. Apesar de ser um ato administrativo discricionário, o Poder Judiciário não pode ficar inerte diante quando acionado, qualquer que seja a esfera de Poder. Afinal, como insculpido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, quando alguém se sentir lesado pelo ato administrativo e quiser recorrer ao Poder Judiciário, não será ilegítima a apreciação do caso por este com base no Princípio da Inafastabilidade de Jurisdição.

Dito isso, passemos à questão do envolvimento do judiciário nas questões relacionadas ao meio ambiente.

5 A RAZOABILIDADE COMO MEDIDA PARA APROXIMAÇÃO OU DISTANCIAMENTO DO JUDICIÁRIO NAS DEMANDAS AMBIENTAIS

Qual é a exata medida da aproximação ou do distanciamento do judiciário nas questões que se prestam a tutelar o meio ambiente?

Conforme já visto em linhas anteriores, o judiciário não deve interferir nas rotinas que são próprias da administração pública. Também deve evitar que suas decisões atropelem o poder legiferante voltado à proteção ambiental. Nesse cenário de dúvidas, a resposta mais adequada está na razoabilidade.

A razoabilidade a ser adotada no caso prático é que garantirá a representatividade institucional própria de um Estado Democrático de Direito, de forma que os contornos definidos pelo judiciário não atinjam envergadura que leve a atuação dos demais poderes à obscuridade.

Assim, tem-se que a judicialização e o ativismo judicial voltados às políticas públicas e, no presente caso, às questões ambientais, podem representar um mal insanável. Isto porque a sua utilização em demasia afasta da arena jurídica as pessoas mais interessadas e preparadas para a resolução da questão, o que não é desejável. Portanto, a judicialização e o ativismo judicial excessivos provocam efeitos antidemocráticos preocupantes.

O imbróglio a ser vencido é o de entender a dosimetria correta para que o judiciário possa atuar proativamente em prol dos direitos positivados na Constituição Federal de forma a garantir o equilíbrio ambiental tão necessário ao alcance da dignidade da pessoa humana.

Talvez esse seja um critério a ser considerado naqueles casos onde se mostra desarrazoada a atuação dos poderes Legislativo e Executivo na edição de normas ambientais ou na sua aplicação.

É certo que a aplicação de políticas públicas é dispendiosa. A implantação de obras de saneamento básico, a construção de infraestrutura urbana, a regularização fundiária de unidades de conservação, a revitalização de áreas verdes, a descontaminação de áreas

atingidas pelo descaso e o descompromisso do próprio poder público demandam vultosos investimentos.

Notadamente, a destinação desses recursos deve seguir critérios próprios estipulados pela própria legislação. Diante disso, como ficaria a imposição do judiciário para que um município, por exemplo, construa imediatamente uma Estação de Tratamento de Esgotos?

É bem sabido que vários municípios e Estados brasileiros passam por profunda crise financeira e garantir o mínimo existencial às pessoas já não se revela tarefa fácil.

Assim, uma decisão judicial no sentido de obrigar determinado ente a adotar determinada política pública ambiental pode comprometer a sustentabilidade do fornecimento de outros serviços essenciais não menos importantes que os ambientais. Ademais, muitas vezes, os juízes não estão preparados para tomar decisões de tamanha abrangência em se tratando de questões ambientais.

Sobre o assunto, todavia, valem as palavras de Élida Graziane Pinto:

> De todo modo, importa não desconhecer que a formulação e a execução de políticas públicas são deveres estatais inseridos na sistemática constitucional de condensação de direitos fundamentais. Assim, por mais que a tutela desses direitos passe por uma via complexa de fixação do 'mínimo existencial' (garantidor do fundamento da dignidade da pessoa humana) e de respeito à ideia de 'reserva do possível' – em meio às restrições orçamentárias e às prioridades governamentais fixadas intertemporalmente pelo Poder Público –, tais políticas públicas não podem simplesmente ser preteridas (PINTO, 2007, p. 71).

Porém,

> a ideia de que os juízes, ao complementar as políticas públicas implementadas pelo governo, estarão sempre auxiliando a realização dos direitos sociais e econômicos é equivocada porque se baseia em uma premissa tão simples quanto falsa, segundo a qual complementar é sempre algo positivo. Isso poderia ser correto se a realização de direitos sociais não implicasse, em todos os casos importantes, gastos públicos. Mas ela implica (SILVA, 2010, p. 594).

Portanto, a partir dessa análise, razoável ponderar que as interferências ou não do Poder Judiciário nas questões ambientais devem ser feitas considerando-se os reflexos econômicos que tais medidas irão acarretar na vida das pessoas.

Não parece plausível uma interferência indiscriminada do Poder Judiciário nas questões administrativas para o simples atendimento do clamor público, da sociedade civil mobilizada. Todas as nuances das decisões devem servir de critério para justificar a aproximação ou o distanciamento das políticas públicas ordenadas pelo Judiciário.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como base os aspectos e argumentos abordados neste trabalho, verifica-se que o Direito deve ter forte autonomia em relação à Política. Porém, é indubitável que Direito e Política são interdependentes, não existindo um sem a atuação do outro.

Infelizmente, tendo em vista que muitas das vezes o poder público fica inerte em relação a fatos de interesse da sociedade ou, o que é pior, pode ser movido por influências políticas e econômicas, abre-se espaço para o que foi chamado de ativismo judicial. O Poder Legislativo, da mesma forma, pode sofrer a interferência de decisões judiciais que buscam a correção de possíveis discrepâncias em sua atuação.

Outro movimento que merece especial atenção é o da judicialização. Significa dizer que uma parcela de poder político está sendo transferida das instâncias políticas tradicionais para o Poder Judiciário. Isso acontece corriqueiramente nas questões ambientais e na implantação das políticas ambientais necessárias.

Portanto, estamos diante de uma real interação do judiciário nas questões do legislativo que, consequentemente, impactam as questões do Executivo.

Destaca-se que, no mundo contemporâneo, existem inúmeras situações para as quais o ordenamento jurídico não tem soluções prontas. As normas nem sempre condizem com a realidade dos fatos e com a vida moderna. Daí dizer que o judiciário não pode ficar limitado às barreiras criadas pelo próprio dinamismo da vida social.

Isso significa que tanto a judicialização quanto o ativismo judicial são fenômenos jurídicos fundamentais para que sejam sanadas situações adversas que possam atingir tanto os interesses privados dos administrados como também direitos coletivos e difusos, como é o caso da proteção do meio ambiente. O controle judicial na efetivação e políticas públicas é defendido ainda que resulte na substituição da vontade de membros dos demais poderes, ou seja, de agentes estatais eleitos, pela atuação de membros não eleitos (juízes), mesmo porque a atuação judicial encontra-se respaldada pela ordem constitucional.

Nos termos do artigo 225 da Constituição Federal, é dever de todos preservar um meio ambiente equilibrado. Assim sendo, o Poder Judiciário tem legitimidade para agir na busca e preservação de um meio ambiente sadio e equilibrado quando estiver diante de um caso prático que justifique tal interferência.

O que se tem é que, havendo controle judicial em ações próprias do Poder Legislativo e do Poder Executivo, haveria afronta e desrespeito ao Princípio da Separação dos Poderes e à ordem estatal de independência entre os mesmos. Entretanto, essa questão foi resolvida

durante a exposição do tema: não há interferência na esfera administrativa ou legislativa uma vez que o Poder Judiciário apenas fará seu controle quando acionado em situações extremas, notadamente quando houver violação da legalidade, legitimidade e discricionariedade de atos desses poderes.

Este controle visa proteger um bem maior: o meio ambiente sadio e equilibrado, que se consagra como um bem coletivo.

Por fim, defende-se que a medida certa de maior ou menor interferência do Poder Judiciário tanto nas questões ambientais como na implantação de tantas outras políticas públicas está centrada na razoabilidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**. n. 4. Brasília: OAB Editora, 2009b. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901>.pdf. Acesso em: 15 fev. 2019.

BRASIL. Constituição (1988**). Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br8ccivil_03/Constituição8Constituição.htm> Acesso em: 10 fev.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** nº 1.367.549. Relator: MARTINS, Humberto. Publicado no DJ de 29-10-2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25261803/recurso-especial-resp-1367549-mg-2011-0132513-5-stj>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** nº 429.570. Relatora: CALMON, Eliana. Publicado no DJ de 11-11-2003. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/.../recurso-especial-resp-429570-go-2002-0046110-8>. Acesso em: 10. fev. 2019.

LEAL, Saul Taurinho. **Ativismo ou altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MOREIRA, Nelson Camatta; NEVES, Rodrigo Santos; BESSA, Silvana Mara de Queiroz; RUDIO, Alexsandro Broeto. Judicialização da política de proteção ambiental na expansão da exploração do petróleo no Espírito Santo. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 3, n. 1, p. 79-105, jan./jun. 2012. Disponível em: <file:///D:/mestrado/Disciplinas%202018_2/Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20de%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%BAblicas%20e%20Direitos%20Fundamentais/Bibliografia/6215-10232-1-SM.pdf >. Acesso em: 20 fev. 2019.

PINTO, Élida Graziane. Controle Judicial de Políticas Públicas: Ainda às voltas com a indigência analítica.... **Revista Veredas do Direito**, v. 4, n. 8, p. 65-80, jul./dez. 2007. Disponível em:

<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/48/35>. Acesso em: 16 fev. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder judiciário na tutela e efetivação dos direitos (e deveres) sócio ambientais**. Direito Público sem fronteiras**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011. Disponível em: < https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook_dp_completo2_isbn.pdf >. Acesso em: 25 fev. 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.