

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: DIREITO E JURISDIÇÃO

**Judicialização de políticas públicas, ativismo judicial e
implementação dos direitos ambientais: um estudo sob a
perspectiva da sustentabilidade**

HELOISA HUSADEL TELLES

Itajaí-SC, março de 2020.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: DIREITO E JURISDIÇÃO

**Judicialização de políticas públicas, ativismo judicial e
implementação dos direitos ambientais: um estudo sob a
perspectiva da sustentabilidade**

HELOISA HUSADEL TELLES

**Dissertação submetida ao
Curso de Mestrado em Ciência
Jurídica da Universidade do
Vale do Itajaí – UNIVALI e à
Widener University-Delaware
Law School, como requisito
parcial à obtenção do título de
Mestre em Ciência Jurídica.**

Orientador: Professor Doutor Gilson Jacobsen
Co-orientador: Professor Doutor Marcelo Buzaglo Dantas

Itajaí-SC, março de 2020.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu chefe e orientador Professor Doutor Gilson Jacobsen pelo incentivo para iniciar esta jornada e pelo apoio nos estudos e pesquisas.

Meus agradecimentos são também ao co-orientador Professor Doutor Marcelo Buzaglo Dantas pelo estímulo e incentivo desde o início, que me fizeram seguir adiante com o sonho de realizar este projeto de estudo.

Agradeço também aos servidores do PPCJ da Univali, na pessoa de Cristina de Oliveira Gonçalves pelo sempre prestativo atendimento e apoio técnico.

E aos amigos e colegas que compartilharam momentos únicos ao longo desta jornada, em especial Leonardo Palma Malinverni, Carmem Grassi, Tatiana Vetoretti Prevê Wan-Dall, Tatiana Damas, Juliana Padrão Serra de Araújo, Cristine Dagostin, Maria Pagliara e Capucine Freydrich, a minha admiração e gratidão pelo feliz encontro.

DEDICATÓRIA

Ao meu companheiro Rafael Rodrigo Longo,
pela paciência, carinho e compreensão.

*Da Natureza viemos,
na Natureza existimos,
para a Natureza retornamos.*

Marcelo Gleiser

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, março de 2020.

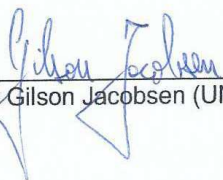
**Heloisa Husadel Telles
Mestranda**

PÁGINA DE APROVAÇÃO

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

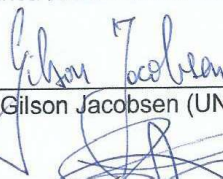


Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ



Doutor Gilson Jacobsen (UNIVALI) – Orientador

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Gilson Jacobsen (UNIVALI) – Presidente



Doutor João dos Passos Martins Neto (UFSC) – Membro



Doutor Marcelo Buzaglo Dantas (UNIVALI) - Membro

Itajaí(SC), 16 de abril de 2020

ROL DE CATEGORIAS

Ativismo Judicial: caracteriza-se por uma disfunção no exercício da função jurisdicional em detrimento, principalmente, da função legislativa¹

Constitucionalismo moderno: em uma acepção histórico-descritiva, fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.²

Democracia: processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história.³

Direitos fundamentais: formalmente, direitos fundamentais são aqueles que, reconhecidos na Constituição ou em tratados internacionais, atribuem ao indivíduo ou a grupos de indivíduos uma garantia subjetiva ou pessoal.⁴

Direitos humanos: guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.⁵

Direitos sociais: como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.⁶

Dignidade da pessoa humana: princípio fundamental edificante do Estado democrático de Direito e, portanto, ponto de partida e fonte de legitimação de toda ordem estatal.⁷

¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 13 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

³ SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores, 2015. p. 128.

⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (organizadores). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 96.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampla. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

⁶ SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores, 2015. p. 288.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

Direito ambiental: é um Direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o ambiente.⁸

Direito ao meio ambiente equilibrado: do ponto de vista ecológico, consubstancia-se na conservação das propriedades e das funções naturais desse meio, de forma a permitir a existência, a evolução e o desenvolvimento dos seres vivos.⁹

Estado Social: uma espécie de organização política, econômica e sócio-cultural que coloca o Estado como agente da promoção social e organizador da economia.

Judicialização de políticas públicas: significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.¹⁰

Jurisdição constitucional: a expressão designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos jurisdicionais.¹¹

Políticas Públicas: conjunto de programas, ações e decisões governamentais que visam assegurar o desenvolvimento social, político e econômico.

Sustentabilidade: a sustentabilidade pode ser compreendida como a busca do equilíbrio em qualquer esfera do desenvolvimento, seja ele econômico, político ou social.¹²

SUMÁRIO

RESUMO.....	12
--------------------	-----------

ABSTRACT.....	13
----------------------	-----------

⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 25ª edição, revista, ampliada e atualizada. Malheiros Editores, 2017. p. 52.

⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 25ª edição, revista, ampliada e atualizada. Malheiros Editores, 2017. p. 56.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 437.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 436.

¹² POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 210-230, julho/dezembro de 2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/388/339>.

INTRODUÇÃO.....	14
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS.....	20
1.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICO-EVOLUTIVAS.....	23
1.2. O MODELO LIBERAL DE ESTADO: RECONHECIMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS INERENTES À CONDIÇÃO HUMANA.....	26
1.3 O ESTADO SOCIAL E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	31
1.4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: TENDÊNCIA DE UM NOVO OLHAR SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	34
1.5 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SOLIDARIEDADE: DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL.....	40
2 DIREITOS AMBIENTAIS E SUSTENTABILIDADE: IMPLEMENTAÇÃO POR JUDICIALIZAÇÃO OU ATIVISMO JUDICIAL?.....	47
2.1. O SURGIMENTO DO DIREITO AMBIENTAL E DA SUSTENTABILIDADE NO BRASIL E NO EXTERIOR.....	51
2.2. SUSTENTABILIDADE: CONCEPÇÕES E CONTEÚDO JURÍDICO.....	59
3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL.....	64
3.1. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	68
3.2. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	77
3.3 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS CAUSAS AMBIENTAIS CONCRETAS: JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS OU ATIVISMO JUDICIAL?.....	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	109

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	114
---	------------

RESUMO

A presente dissertação está inserida na Linha de Direito e Jurisdição do programa de pós graduação *strictu sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, em convênio de dupla titulação com a Widener University - Delaware Law School. O objetivo do estudo é analisar o fenômeno da judicialização de políticas públicas ambientais, verificando se é possível constatar a existência do fenômeno do ativismo judicial no tratamento destas políticas. Com a utilização do método indutivo e por meio da análise de obras bibliográficas e jurisprudências, são desenvolvidos três capítulos, focados no exame do tema. No primeiro, é analisado especificamente a categoria dos direitos fundamentais. O segundo capítulo trata do surgimento e da evolução do Direito Ambiental e da sustentabilidade como princípio norteador do sistema jurídico. No terceiro capítulo são examinados os fenômenos da jurisdição constitucional, do ativismo judicial e da judicialização de políticas públicas. Analisa, por fim, a judicialização dos direitos ambientais, por meio da observação do comportamento do Poder Judiciário na concretização destes direitos. Ao final, conclui-se que, a definição do que seja atuação ativista ou mera resposta do Poder Judiciário na busca pela proteção dos recursos naturais e pelo cumprimento do princípio do desenvolvimento sustentável, constitucionalmente assegurados, ainda divide estudiosos e praticantes do direito ambiental.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Judicialização, Sustentabilidade, Meio Ambiente, Política Pública

ABSTRACT

This dissertation is part of the line of research Law and Jurisdiction, of the postgraduate *strictu sensu* program in Legal Science of the University do Vale do Itajaí, in a double degree agreement with Widener University - Delaware Law School. The study aims to analyze the phenomenon of judicialization of public environmental policies, seeking to determine whether the phenomenon of judicial activism exists in the treatment of these policies. Using the inductive method and analysis of bibliographic works and jurisprudence, this work is divided into three chapters. The first examines the category of fundamental rights; the second addresses the emergence and evolution of Environmental Law and sustainability as the guiding principle of the legal system; and the third examines the phenomena of constitutional jurisdiction, judicial activism and the judicialization of public policies. Finally, it analyzes the judicialization of environmental rights by observing the behavior of the Judiciary Power in the materialization of these rights. At the end, it is concluded that scholars and practitioners of environmental law still disagree as to the definition of activist action or a mere response from the Judiciary in the search for protection of the natural resources and compliance with the constitutionally guaranteed principle of sustainable development.

Keywords: Judicial activism, judicialization, Sustainability, environment, Public Policies

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objeto o estudo dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização de políticas públicas, tendo em vista a crescente demanda pela efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, especialmente, no caso, os direitos ambientais.

O objetivo é analisar se o fenômeno do ativismo judicial pode ser considerado uma ferramenta para a implementação dos direitos ambientais. No mundo moderno, o Poder Judiciário vem ocupando espaço, deixando de ser um poder contido, sem expressão política, para assumir um papel central na condução das demandas públicas. Isto pode ser sentido através da confiança que a sociedade tem depositado nesse Poder no que se refere à resolução das dificuldades enfrentadas, desde suas necessidades mais básicas e particulares a urgências coletivas.

Diante disso, pretende-se analisar como o Poder Judiciário tem desempenhado suas funções a fim de dar respostas às demandas que clamam pela efetividade do direito ao meio ambiente equilibrado, considerado um direito fundamental, que promove uma vida humana mais digna.

Por tradição, o Judiciário não defendia ideologias, nem se dedicava às matérias reservadas ao Legislativo, as quais deveriam ser submetidas a intenso debate. No entanto, as questões ambientais têm tomado o centro do debate mundial como nunca antes, não encontrando fronteiras.

Diante deste cenário, também o Brasil tem sentido seus impactos, uma vez que é detentor de grandes reservas naturais. É possível observar que, muito embora já existissem disposições fundamentais para uma proposta de Estado socioambiental - como a o art. 225 da Constituição Federal de 1988 e a Lei n. 6.938 de 1981, que criou a Política Nacional de Meio Ambiente - foi somente com a Rio 1992 que se estabeleceu um marco para o início de uma política concreta em torno das questões ambientais.

Mas antes disso, para a compreensão do estágio civilizatório moderno, é preciso percorrer as linhas da história. No início, a força da individualidade era orientadora das ações humanas. Passamos, depois disso, a nos reunir em grupos, famílias e tribos, nos primórdios de uma sociedade ainda rudimentar. Os deuses, as entidades religiosas e os mitos adquiriram poderes que comandariam os povos,

ditando regras, direitos, valores para a convivência, ainda em um tempo pautado por guerras, disputas, escravidão e sacrifícios humanos.

Após o surgimento das primeiras civilizações, elaboraram-se as primeiras regras de conduta que disciplinaram as relações humanas no intuito de evitar barbáries, guerras, espoliações de terras, permitindo a mínima convivência pacífica em sociedade. A lei se revestiu de uma dimensão simbólica, resultante do poder divino, na medida em que o culto a um só Deus se consolidava nessas sociedades primitivas.

Com o advento do cristianismo, a religião manteve a sua força política, dando início, no Ocidente, a uma tradição vigente até os dias atuais: a judaico-cristã. A par da religião, é preciso lembrar que os gregos deixaram sua contribuição para o surgimento da civilização ocidental, visto que elaboraram e desenvolveram as concepções de razão e de conhecimento científico, apoiados por valores e regras universais. Muito tempo depois, os romanos, que permaneceram os guardiões do conhecimento racionalista grego, somaram, a este arcabouço, a criação e o desenvolvimento da Ciência Jurídica, cujo conhecimento ainda forma as bases da compreensão do Direito na atualidade.

Sabe-se que o constitucionalismo é resultado desse longo processo histórico e, embora as noções gerais de seu conteúdo tenham raízes na Antiguidade, a concepção do termo no mundo ocidental é recente e encontra sua origem nas rupturas revolucionárias liberais dos séculos XVII e XVIII. E é possível afirmar que os princípios e concepções gestados durante este período, principalmente na Revolução Francesa, formaram as bases para o surgimento do Estado segundo o modelo como é compreendido atualmente no mundo ocidental.

Muito embora notória a influência da Revolução Francesa sobre as ideias centrais do constitucionalismo moderno, é preciso considerar as contribuições fornecidas pelos pensamentos inglês e americano, ainda que as peculiaridades dos sistemas de governo ali adotados possam promover algumas alterações na concepção do termo.

No entanto, as características que formam as bases do sentido moderna de Constituição podem ser identificadas como sendo um conjunto de normas, estabelecido pelo povo, sistematicamente ordenadas em um documento solene e

escrito, que cuida da organização política fundamental do Estado e com o objetivo principal de limitar o Poder a fim de preservar os direitos fundamentais do homem.¹³

Não obstante, o reconhecimento dos direitos fundamentais expressos na Constituição, dentre eles o direito ao meio ambiente saudável, resultante desse movimento histórico que repensa o papel do ser humano e do próprio Estado, isso não vem sendo suficiente para transformá-lo em realidade, à medida que o processo de implementação é complexo, demandando a alocação de recursos financeiros, a articulação de políticas públicas e de recursos humanos.

Neste contexto, o Poder Judiciário passa a ser chamado para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, dentre eles o direito ao meio ambiente equilibrado. Diante da escassez de recursos financeiros do Estado para atender a todas as demandas sociais surgidas com o advento do Estado Democrático de Direito, somada às dificuldades e à certa ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo em exercer suas funções típicas, o Poder Judiciário aparece como instância capaz de oferecer respostas aos casos concretos que lhe são submetidos à apreciação. No entanto, para além de solucionar conflitos e aplicar a lei, os juízes passam a ser construtores da cidadania, difusores da democracia, copartícipes na lapidação da dignidade humana.¹⁴

Diante deste cenário, percebe-se os juízes se afastando da função típica de julgar com base unicamente na lei para assumir o protagonismo na defesa dos direitos e garantias fundamentais. Então, questiona-se se há espaço para a atuação judicial na efetivação dos direitos ambientais, dado que o juiz passaria a lidar com temas que exigem o debate, a formulação e a alegação de políticas públicas, sem que haja interferência indevida na esfera de atuação dos demais Poderes.

A presente dissertação, portanto, apresentada como requisito para obtenção do duplo título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - Univali e LLM Program da

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 33.

¹⁴ JACOBSEN, Gilson. Meio Ambiente, justiça e criatividade. In Sociedade, governança e meio ambiente [recurso eletrônico] / Cesar Luiz Pasold... [et al.]; organizadores, Denise Schmitt Siqueira Garcia, Marcelo Buzaglo Dantas, Andrés Molina Gimenez; coordenadores, Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza, Ricardo Stanziola Vieira, Gabriel Real Ferrer. - Itajaí: UNIVALI, 2017. - (Coleção Estado, transnacionalidade e sustentabilidade; t. 3). E-book 2017 SOCIEDADE, GOVERNANÇA E MEIO AMBIENTE - TOMO 03.pdf

Delaware Law School - Widener University, propõe-se a analisar o seguinte problema: a atuação do Poder Judiciário na resolução de demandas ambientais é concebida como sendo manifestação do fenômeno do ativismo judicial?

A fim de investigar o problema levantado, analisar-se-á qual é o comportamento do Poder Judiciário na resolução de demandas ambientais. Além disso, questiona-se se este comportamento pode ser concebido como ativismo judicial ou uma judicialização de políticas públicas.

Para elaboração da presente pesquisa, foram levantadas as seguintes hipóteses:

- a) a atuação do Judiciário, ao concretizar direitos ambientais, extrapola as competências do Poder Judiciário, sendo entendida “negativamente” como uma postura ativista;
- b) o Poder Judiciário pode atuar na concretização dos direitos ambientais, diante da ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo em implementar políticas públicas voltadas à concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida;
- c) no Brasil, os termos ativismo judicial e judicialização de políticas, por vezes, são utilizados como sinônimos para se referir à atuação judicial na resolução de demandas ambientais.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses serão expostos de forma sintetizada, como segue.

O primeiro Capítulo abordará os Direitos Fundamentais, passando pelos direitos sociais e concluindo com o direito ambiental. O mundo globalizado está diante de uma crise ambiental que se manifesta através das mudanças climáticas, da poluição do ar e da água, da devastação de florestas e do crescimento desordenado das cidades, exemplos de problemas contemporâneos que afetam a qualidade de vida dos cidadãos, interferindo diretamente na lei fundamental que visa a garantir uma qualidade de vida saudável.

O segundo Capítulo analisará a atuação judicial como instrumento de realização da sustentabilidade, entendida como a busca pelo equilíbrio entre as várias áreas de desenvolvimento: econômico, social e político. Nesse passo, deseja-se um Estado Democrático de Direito mais atuante na consecução deste equilíbrio, inclusive através do Poder Judiciário, que deve interpretar os princípios que dão contornos à sustentabilidade, buscando dar densidade e concretude real às demandas propostas.

A busca pela sustentabilidade reflete uma preocupação premente com as presentes e futuras gerações, no sentido em que está diretamente relacionada com a forma de desenvolvimento da sociedade e os impactos que são produzidos na interação com o ambiente. Não se pode mais pensar a sustentabilidade como opção, mas sim como único caminho a trilhar no intuito de manter um capital natural capaz de abrigar futuras gerações e assim permitir o contínuo desenvolvimento humano.

O Brasil é reconhecido como um dos países que detém uma legislação diversificada e avançada de proteção e promoção ambientais. No entanto, o que se vê na prática é a ineficiência do Poder Público na implementação dos objetivos de proteção ambiental delineados pela CF 88, a fim de garantir o equilíbrio e a qualidade de vida saudável para as gerações presentes e futuras. Faltam estrutura, órgãos, supervisão e educação, enquanto a degradação avança trazendo problemas de saúde, sociais e ambientais.

Nesta perspectiva, o Judiciário tem o potencial de alterar o pensamento jurídico por meio de questões sensíveis e, assim, modificar a vida da sociedade como um todo, afirmando princípios e valores necessários para o desenvolvimento do mundo moderno.

No entanto, embora o tema da sustentabilidade esteja sendo entendido como um princípio para informar todo um sistema, sua implementação não é eficaz.

Neste cenário, o Judiciário se tornou um protagonista cada vez mais importante na defesa e preservação do meio ambiente. O juiz foi obrigado a atuar de forma mais efetiva na implementação dos objetivos escolhidos pelo Estado, incluindo os direitos fundamentais relacionados à preservação do meio ambiente, a fim de garantir o equilíbrio ecológico para as gerações presentes e futuras.

Com efeito, o Poder Judiciário tem sido provocado a se manifestar sobre os mais diversos temas. Parece que, com a inclusão na CF 88 de regras gerais de conteúdo aberto, o juiz é obrigado a tomar uma decisão mais coerente com o modelo principiológico proposto pelo Estado.

Desse ponto de vista, pode-se ver que o Direito moderno não é mais compatível com um modelo positivista, exigindo do juiz uma participação mais ativa na construção de uma sociedade que passa a avaliar outros valores e ideais para a sua formação.

Argumenta-se que a atividade judicial serve como um instrumento para extrair a máxima eficácia dos objetivos listados no texto constitucional, dando preferência a soluções mais adequadas ao caso específico.

O terceiro Capítulo se dedicará ao estudo da expansão do Poder Judiciário, diante do cenário de mudança de paradigma institucional no mundo. Serão analisados os conceitos dos fenômenos da jurisdição constitucional, da judicialização e do ativismo judicial. Apontar-se-ão algumas críticas à expansão do Judiciário, identificando sua importância mas também os limites da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas.

A presente dissertação consiste em uma análise conceitual dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização de políticas públicas presentes na legislação, na doutrina e em casos julgados sobre o tema, promovendo um estudo crítico que poderá instigar o aprofundamento do tema levantado.

A relevância do tema consiste na influência que os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização podem exercer sobre diversas áreas, como saúde, política, meio ambiente e educação. De outro lado, o ativismo e a judicialização podem ser considerados novas formas de expressão do Poder Judiciário e, sendo assim, devem ser analisados ponderadamente, a fim de avaliar seus impactos na estrutura do Estado Democrático de Direito.

O estudo em foco pretende, ainda, demonstrar que o tema desperta muita discussão, especialmente em torno da distinção dos conceitos dos termos, tendo em vista estar o ativismo e/ou a judicialização de políticas públicas cada vez mais presentes no cotidiano do estudo e da prática jurídica.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que na fase de investigação foi utilizado o método Indutivo, na fase de tratamento de dados, o método Cartesiano e o relatório dos resultados é composto na base lógico-indutiva. Nas diversas fases da pesquisa foram acionadas as técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.¹⁵

CAPÍTULO 1

¹⁵ Conforme a orientação oficial do Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica da UNIVALI-PPCJ/UNIVALI, para a escolha e emprego dos Métodos e das Técnicas foi utilizada a obra: PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS

Uma mudança paradigmática, necessária às ciências, incluindo à jurídica, foi inicialmente percebida com a própria mudança dos objetivos e propósitos do Estado contemporâneo.

O liberalismo econômico foi sempre marcado por um sistema legal que consagrava os direitos individuais e a acumulação de bens, garantidos pelas leis civis, que ordenavam os assuntos legais de proteção à propriedade. Contudo, com as mudanças políticas e sociais, a interação do homem com o meio ambiente também trouxe mudanças significativas ao pensamento do Estado sobre seus propósitos.

Naquela etapa, o princípio da segurança jurídica é o que sustenta a ideia de que a atividade judicial deve refletir as disposições do sistema jurídico, não permitindo decisões que não se baseiem estritamente na lei. A ação do juiz é limitada a questões individuais, espelhando o pensamento que encorajou a liberdade individual no nascer do mundo moderno.

No entanto, sob a base deste modelo, a disposição jurisdicional estava se distanciando da realidade, e novas demandas começaram a refletir as deficiências deste sistema no que se refere à solução e à adequada satisfação das ansiedades sociais. Informada pelo ideal positivista, a atuação do juiz, reproduzindo fielmente as regras positivas, provocou distorção entre a realidade e a decisão produzida.

Assim que a inadequação deste modelo foi sentida, surgiu a dúvida de que todas as respostas poderiam ser encontradas estritamente na lei. A ciência do Direito passa a ser entendida, então, como a ciência da construção hermenêutica, distanciando-se do paradigma positivista.

Refletindo essa ideia, Luciana Costa Poli (2013, p. 216) acrescenta que:

O Estado Democrático de Direito requer um abandono da postura distante do Poder Judiciário, reclamando uma postura ativa e participativa na concretização das políticas sociais e dos objetivos da República. A atuação do juiz passa a ser fundamental na sedimentação de uma pauta de princípios e valores que se orientam para a construção de um Estado voltado a metas de implementação de crescimento sustentável.

O desempenho mais eficaz do juiz é essencial para a realização dos valores e princípios do Estado Democrático, "conciliando, neste caso, os direitos

individuais e os fins do Estado", proclamando a solidariedade, bem como permanecendo firme no desenvolvimento de políticas públicas.

Nesta perspectiva, entende-se que a atuação do Judiciário é totalmente lícita e eficaz somente na medida em que pode promover o equilíbrio entre o desenvolvimento das relações privadas e os objetivos da sustentabilidade.

No entanto, é preciso reconhecer que, apesar dos argumentos favoráveis à atuação mais efetiva do Poder Judiciário no enfrentamento de questões que envolvam políticas públicas e sociais, existem outros pensamentos críticos os quais entendem que esta interferência na esfera de atuação de outros poderes pode trazer riscos ao princípio democrático, tendo em vista que membros do Poder Judiciário não são representantes eleitos pelo povo.¹⁶

As objeções que se apresentam estão relacionadas ao contraste que se estabelece entre o princípio da separação dos poderes e o ativismo judicial. A abordagem enfoca o avanço da atuação do Poder Judiciário na esfera de atuação e competência dos Poderes Legislativo e Executivo, de forma a violar o desenho estrutural traçado pela Constituição Federal.

Argumenta-se que o desequilíbrio funcional da separação dos poderes, decorrente do ativismo judicial, pode enveredar para a produção de atos e decisões cujos benefícios da sua efetividade podem ser questionáveis.

Há quem sustente que o ativismo judicial não é um avanço, mas um caminho mais curto que transborda a separação dos poderes, sendo inconstitucional, portanto. A decisão ativista afasta o julgador de sua função, substituindo o legislador e oferece resposta diversa daquela esperada pelo órgão julgador.

Lenio Luiz Streck¹⁷ afirma que, no Brasil, há diferenças entre ativismo judicial e judicialização de políticas públicas. Em sua visão crítica, o ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. Segundo o autor, no comportamento ativista há criação de uma linguagem privada em detrimento da linguagem pública.

¹⁶ JACOB, Muriel Amaral. Ativismo judicial: uma realidade no judiciário brasileiro. Arquivo Jurídico, v. 2, n. 1, p. 105-119, jan./jun. de 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/4521/2661>. Acesso em 08/11/2019. p. 114.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?* Revista eletrônica Consultor Jurídico, edição de 7/1/2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em: 07/11/2019. p. 1.

Outra preocupação externada em forma de posicionamento crítico está relacionada ao risco de atuação política do Poder Judiciário. Há quem afirme que é preciso ter cuidado para que o comportamento ativista não elimine o processo político de debate comunitário, mediante o qual se encontram soluções melhores sob a perspectiva da legitimidade.¹⁸

Davor Susnjar argumenta que, no contexto do direito constitucional a revisão judicial ou a sua extensão são contestadas por seus efeitos adversos sobre o poder dos órgãos eleitos democraticamente.¹⁹

Acrescenta o autor quando se fala da Comunidade Européia, a Corte geralmente não é criticada por uma posição muito ativista, mas por aplicar os padrões de maneira muito branda.²⁰

Obviamente, não é sem quaisquer limites que as soluções serão dadas a casos concretos. As fronteiras são delineadas pela rede de direitos fundamentais, de modo a não contradizer a todo um sistema. Orienta Mauro Capelletti²¹ que "a atividade do magistrado deve ser cautelosa e responsável, sob pena de desencadear um governo de juízes, ou de implementar juízes legislativos".

O entendimento é o de que a interpretação de acordo com os princípios estabelecidos pela norma não é discricionária, mas um pressuposto da decisão que conferirá legitimidade à solução proposta.

Os problemas que estão ocorrendo, em escala global exigem soluções mais adequadas e rápidas. É necessário construir uma perspectiva de célere adequação da lei para se ajustar aos conflitos emergentes destes novos tempos. Já não basta simplesmente pacificar o conflito, dentro de um sistema hermético que busca garantir direitos e deveres. É preciso perceber a necessidade de fomentar o pensamento sociocultural, com o qual se busca garantir, promover e regular os valores já conquistados para as gerações presentes e futuras.

¹⁸ APPIO, Eduardo Fernando. O ativismo judicial na visão de Ronald Dworkin. Revista Publicum, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 37-53. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33287/27091>. Acesso em: 08/11/2019. p. 51.

¹⁹ SUSNJAR, Devor. Proportionality, fundamental rights, and balance of powers. Leiden, Boston, 2010, p. 258.

²⁰ SUSNJAR, Devor. Proportionality, fundamental rights, and balance of powers. Leiden, Boston, 2010, p. 258.

²¹ CAPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

1.1 Direitos Fundamentais: considerações histórico-evolutivas

Inicialmente, para melhor compreender o tema abordado no presente estudo, é fundamental examinar as origens e a conceituação de Direitos Fundamentais. Importante lembrar que encontrar um único conceito para tais direitos não é tarefa fácil e demanda percorrer os caminhos da evolução histórica.

Conforme se extrai dos ensinamentos de George Marmelstein, Direitos Fundamentais são normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.²²

É de consenso na doutrina constitucional moderna que os direitos fundamentais representam uma busca pela preservação da vida humana digna e, “sem desprezar o aspecto didático da classificação tradicional em gerações ou dimensões de direitos, procura justificar a exigibilidade de determinadas prestações e a intangibilidade de determinados direitos pelo poder reformador, na sua essencialidade, para assegurar uma vida digna.”²³

Por sua vez, Manoel Gonçalves Ferreira Filho expressa que o sentido essencial dos direitos fundamentais é serem sempre uma importante expressão da eminente dignidade humana, e não meramente direitos importantes em um dado contexto.²⁴

Dos conceitos apresentados, podem-se extrair cinco princípios elementares: norma jurídica; dignidade da pessoa humana; limitação de poder; normas escritas na Constituição; e, Democracia. Com estes princípios reunidos em um caso concreto, é bem possível que se esteja diante de um direito fundamental. No entanto, a previsão dos direitos fundamentais não se restringe ao art. 5º da CF/88, podendo ainda constar ao longo do restante do texto constitucional, expressos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; ou, ainda,

²² MARMELESTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Editora Atlas, 2008. P. 20.

²³ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 214.

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 15.

provenientes dos tratados e das convenções internacionais de que o país seja signatário, estando assim sujeitos a um processo contínuo de evolução.

A partir da análise da evolução histórica, lembrando conquistas, e até mesmo revezes, que deram sua contribuição para a evolução humana, é possível desvendar a concepção moderna de Direito Fundamental. Importa lembrar, nesse passo, os movimentos históricos que marcaram a transição da Idade Média para a Moderna, os quais promoveram a um patamar mais elevado a categoria dos direitos fundamentais, que culminaram no reconhecimento de três vertentes: a liberdade religiosa, as garantias processuais e o direito de propriedade, fundando as bases para os principais modelos conhecidos: Inglaterra, Estados Unidos e França

Historicamente, a afirmação dos direitos fundamentais é marcada por três etapas ou, como denominou o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “momentos de conscientização”. A primeira é a do reconhecimento das liberdades, que acompanha o nascimento do constitucionalismo. A segunda é da consagração dos direitos sociais. A última, que é contemporânea, a dos direitos de solidariedade.²⁵

Pondera, o autor, que as fases não são um escalonamento do surgimento dos direitos fundamentais, pois em cada fase há a predominância de um tipo de direito considerado fundamental, embora não seja exclusivo. Cada momento, segundo o autor, reflete as exigências de um quadro sociopolítico, que compõem um período em que as diversas características das mudanças se entremeiam e se influenciam.²⁶

Neste contexto, a formação dos direitos fundamentais tem início acompanhando a evolução das constituições, as quais são instrumentos do processo civilizatório, e têm por finalidade conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar em direção a valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados.²⁷

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 96.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 96.

²⁷ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 70.

Nota-se, portanto, que a evolução dos direitos fundamentais acompanha o desenvolvimento da própria noção de Estado e do constitucionalismo moderno. Tais direitos refletem uma grande conquista para a humanidade, sendo o resultado de diversos movimentos de ruptura que levaram à mudança de pensamento em relação aos rumos que se almejava dar à sociedade e ao próprio ser humano.

Assim, os direitos fundamentais²⁸ sofreram inúmeras transformações, marcadas por avanços e por retrocessos, resultantes de anseios e necessidades sociais, suscitando o reconhecimento dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, expressões cunhadas nos modelos de Estado liberal, social e democrático de Direito.

A fim de melhor compreender a evolução desses direitos, tanto no mundo, quanto no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário analisar os aspectos políticos, sociais, históricos e econômicos característicos dos modelos estatais que emergiram na passagem do superado paradigma medieval para a modernidade.²⁹

O Estado Moderno surge no início do século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo. Os seus monarcas são dotados de poder divino e, dadas as circunstâncias e necessidades, são absolutos. O poder secular liberta-se progressivamente do poder religioso, mas sem desprezar seu potencial de legitimação. Na síntese de Luis Roberto Barroso:³⁰

Soberania é o conceito da hora, concebida como absoluta e indivisível, atributo essencial do poder político estatal. Dela derivam as ideias de supremacia interna e independência externa, essenciais à afirmação do Estado nacional sobre os senhores feudais, no plano doméstico, e sobre a Igreja e o Império (romano-germânico), no plano internacional. Com Jean Bodin e Hobbes, a soberania tem seu centro de gravidade no monarca. Com Locke e a Revolução Inglesa, ela se transfere para

²⁸ Direitos fundamentais na percepção de Luigi Ferrajoli, seriam os direitos subjetivos, atribuídos por determinado ordenamento jurídico, atribuídos a todas as pessoas com capacidade de agir, possuindo as características centrais da universalidade, generalidade, abstração, indisponibilidade e inalienabilidade. In: FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 291/292.

²⁹ Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o constitucionalismo moderno, que marca a superação paradigmática, consiste no movimento jurídico-político, desenvolvido a partir do último quartel do século XVIII, que reclama não só a adoção em todos os Estados do orbe de Constituições escritas, documentais, mas que elas tenham como conotação o desiderato de impedir o arbítrio. Ou seja, imponham uma organização limitativa do Poder. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 11/12.

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 33/34.

o Parlamento. Com Rousseau e as Revoluções Francesa e Americana, o poder soberano passa nominalmente para o povo, uma abstração aristocrático-burguesa que, com o tempo, iria democratizar-se.

A partir do século XVIII, surge uma nova era, irrompida dos movimentos constitucionalistas. Emergem as primeiras noções modernas de Constituição, e uma delas, que se destacou, era de um documento que representava uma ordenação sistemática de normas, contida preferencialmente em documento escrito e solene, de modo a promover a organização estrutural do Estado, nascendo o modelo de Estado Liberal.³¹

Com o passar do tempo, o amadurecimento histórico dos movimentos constitucionais trouxe a percepção gradual de que os modelos que se formaram - liberal e social -, não mais atendiam aos interesses e valores das sociedades contemporâneas, as quais apresentam uma diversidade de conceitos de vida digna, quebram as barreiras territoriais com novas formas de comunicação e informação, ampliam a percepção de um mundo globalizado.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, que inaugurou o Estado Democrático de Direito, apresentou características capazes de superar os modelos que a precederam, pois apresentou uma nova leitura dos direitos fundamentais relacionados à liberdade e à coletividade, além de introduzir novos direitos e instrumentos de efetivação e exercício da dignidade e da cidadania.

1.2 O modelo liberal de Estado: reconhecimento de direitos fundamentais inerentes à condição humana

O Estado Liberal, marco inicial do constitucionalismo moderno, foi o sucessor histórico do Estado absolutista. As raízes deste novo modelo são encontradas em três grandes movimentos revolucionários: o inglês (1688), o americano (1776) e o francês (1789).

A Revolução Americana, que resultou na declaração de independência das colônias inglesas na América e a Revolução Francesa, fundada nos ideais de

³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 33.

liberdade, fraternidade e igualdade, consistiram no primeiro modelo de Estado Constitucional. A partir desses movimentos, surgem os Estados de Direito, deixando para trás os paradigmas normativos calcados na religião, na moral e nos costumes, que vigoraram na sociedade até então.

A transformação para a era moderna ascendeu o indivíduo e sua racionalidade ao centro do conhecimento, refletindo uma ruptura com o direito natural, que no período medieval fundava-se em um núcleo objetivo em que o direito tinha sua fonte primordial na natureza, para estruturar-se na subjetividade e na razão humana. “Com efeito, na visão medieval, o Direito Natural é um direito objetivo. Como registra Villey, esta subjetivação do Direito Natural, ou seja, direitos naturais encarados como direitos subjetivos, era completamente desconhecida na Antiguidade e mesmo na Idade Média.”³²

Importante recordar o contexto político do período que antecedeu ao constitucionalismo, em que o poder era centralizado mas exercido de forma fragmentada pelos donos de terras na Idade Média, para reunificar-se na figura de um rei absoluto, cuja figura fundia-se com a do próprio Estado.

É diante deste cenário, caracterizado pelas constantes arbitrariedades cometidas pelo poder central, que a ideia de subjetivação dos direitos do homem encontrou solo fértil para florescer.

Neste novo modelo liberal, a relação do indivíduo com o poder se modifica, sendo então reconhecidos direitos fundamentais inerentes à condição humana e que não dependem da outorga do Estado para serem válidos e exercidos. Conforme Luis Roberto Barroso, “no plano das ideias e da filosofia, o constitucionalismo moderno é produto do iluminismo e do jusnaturalismo racionalista que o acompanhou, com o triunfo dos valores humanistas e da crença no poder da razão.”³³

A perspectiva moderna e liberal encontra seus aspectos característicos na busca da igualdade formal, da garantia da liberdade e do direito de propriedade, bem como possui caráter de reconstrução do Estado, organizando e limitando o poder

³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 96.

³³ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 33/34.

político. Consolidou-se assim, o protagonismo da burguesia em face da nobreza, formando um conjunto institucional necessário para dar suporte às ideias capitalistas.

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e a efetiva queda da monarquia absolutista, concretizaram-se os direitos emergidos do Iluminismo, aos quais foi conferido caráter universal, e divulgou-se a nova ideologia fundada na tripartição dos poderes, no pluripartidarismo, na representação política, na liberdade e na propriedade como elementos subjetivos dos direitos fundamentais.³⁴

Historicamente, a afirmação dos direitos fundamentais é pontuada por "momentos de conscientização."³⁵ Em um primeiro momento, os direitos fundamentais foram reconhecidos como direitos naturais subjetivos, de acordo com as doutrinas iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, tendo como seus representantes Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant. Os direitos de defesa, de abstenção do Estado em face do indivíduo, o qual deveria permanecer autônomo em relação ao poder estatal, são os direitos fundamentais de primeira dimensão: o direito à vida, à propriedade, à segurança.

Para o desenvolvimento de uma sociedade mais equilibrada, entendeu-se que não deveria haver intervenção intensa do poder estatal e, diante dos abusos cometidos pelo estado absoluto, foram concebidos os direitos humanos, como forma de estabelecer limites à atuação do poder político, em benefício das liberdades do indivíduo, dado que este é titular de direitos anteriores ao próprio Estado. Neste sentido é que se dá a organização de um documento que enuncia direitos que têm capacidade de serem afirmados em face de abusos e promovem uma profunda reestruturação da sociedade como um todo:

A Constituição, portanto, cria ou reconstrói o Estado, organizando e limitando o poder político, dispondo acerca de direitos fundamentais, valores e fins públicos e disciplinando o modo de produção e os limites

³⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho assinala que a Constituição é um elemento ideológico muito expressivo, conforme deixa claro o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "Não tem Constituição a sociedade na qual não for assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes". in: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 36.

³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 96.

de conteúdo das normas que integrarão a ordem jurídica por ela instituída. Como regra geral, terá forma de um documento escrito e sistemático, cabendo-lhe o papel, decisivo no mundo moderno, de transportar o fenômeno político para o mundo jurídico, convertendo o poder em Direito.³⁶

Consolida-se portanto, no século XIX, através do pensamento liberal dos direitos fundamentais, de modo diverso da filosofia jusnaturalista, o direito positivado, encaminhando os direitos naturais para a codificação, transformando-os em um sistema independente da moral, da conjuntura econômica e da ordem política.

Neste momento, combinam-se dois sistemas para a proteção dos direitos dos homens: a Constituição, que disciplina as relações entre o Estado e o indivíduo, e o Código Civil, que regula e preserva o princípio da autonomia privada entre os indivíduos.

Os Códigos absorveram a doutrina voluntarista e individualista, que tinha o indivíduo como o centro irradiador do sistema jurídico, tendo sido influenciados pelo Código napoleônico.

Este período foi marcado pela valorização do contrato e da propriedade, temas em que não havia ingerência do direito público e o Código Civil detinha o monopólio da regulação das relações privadas.

Nesta medida, o período liberal tem como características marcantes o estabelecimento de limites entre os indivíduos e o Estado, entre o interesse público e o interesse privado, predominando a importância do indivíduo sobre o coletivo e o Estado.

Entretanto, como se atenta, as relações sociais reguladas pelo Estado, eram de ordem procedimental, sem autorização para a imposição de valores substantivos. Nesse sentido observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho:³⁷

No curso do século XIX, houve, por um lado, o triunfo da ideia de direitos do Homem na maior parte dos Estados europeus e nos Estados da América (o que não significa sua efetivação). Ocorreu isto à medida que veneram as ideias liberais e, pelo menos no papel, adotaram-se Constituições liberais, todas elas acompanhadas de Declarações de Direitos à moda de 1789.

³⁶ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 99/100.

³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 99/98.

Disso conclui-se que no Estado liberal os direitos fundamentais não tinham aplicação nas relações privadas, ante o distanciamento entre o direito público e o direito privado. Tais direitos eram vistos como limites ao exercício do poder estatal, que, portanto, não se projetavam no cenário das relações jurídico-privadas.³⁸

Os reflexos da prevalência da autonomia privada sobre a pública eram sentidos na sobreposição do Código Civil em face da Constituição. Por ser garantidor da liberdade e da propriedade privada, o Código Civil concentrava o primado da segurança jurídica, condição que reverberava no papel do Poder Legislativo, de modo a figurar em posição de destaque em relação aos demais poderes, pois expressava a vontade da maioria.

Por sua vez, os juízes não eram autorizados a interpretar o direito em sentido diverso do método de subsunção característico da dogmática de Savigny, representando papel de “boca da lei”. Por conseguinte, consolidava-se o positivismo como um direito impositivo e de caráter sancionatório, sem reconhecer a existência dos princípios jurídicos, caracterizando-se como um sistema condensado em que as relações humanas se afastavam da capacidade de autorregulação das relações jurídicas. Assim, ao Poder Judiciário era confiada a função de aplicar o direito aos casos concretos e ao Poder Executivo competia garantir o direito e a segurança jurídica.

Nesse passo, tem-se a atuação do juiz estritamente delimitada pelo princípio da separação de poderes, cabendo-lhe a função de concretizar a ordem jurídica estabelecida na lei escrita e incorporada nos códigos, decorrentes da vontade geral do povo, expressa por meio de seus representantes. Não lhe é permitido ultrapassar qualquer limite previamente dado pela lei ou adotar outro método de interpretação.

No que tange ao cenário econômico, este Estado ausente fomentou um processo de crescimento e concentração de riqueza sem precedentes históricos. Contudo, este modelo de liberalismo econômico, marcado pela ausência de intervenção estatal, promoveu desigualdades e arbitrariedades, o que despertou para

³⁸ SARMENTO, Daniel. Direito fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 193.

a necessidade de uma revisão dos direitos fundamentais, bem como a integração de novos direitos capazes de garantir minimamente o essencial para uma vida digna.

1.3 O Estado social e o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais

Se, por um lado, ocorreu, no século XIX, em grande parte da Europa e da América, o triunfo da ideia dos direitos do homem, isso não significou a sua concretização na vida real para muitos.

As crescentes industrialização e concentração de riquezas, somadas à ausência de livre concorrência, revelaram a formação de uma conjuntura econômica e política com crescentes desigualdades sociais. Os direitos, que eram caros à burguesia que possuía meios para deles usufruírem, não serviam para a melhoria da condição de vida da classe trabalhadora e para a maioria da população, que padecia da penúria.³⁹

Percebeu-se que as liberdades pouco adiantavam para assegurar a igualdade, sendo insuficientes também para afastar da miséria a maioria do povo. É possível compreender, diante disso, o surgimento de algumas doutrinas, como o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja, que passaram a questionar o modelo de Estado Liberal e individualismo extremo desse período.

Tais posicionamentos encontraram eco diante da tensão e das revoltas sociais que ocorreram na tentativa de acalmar o quadro de insatisfação, especialmente da classe trabalhadora. Ao poucos, reconheceu-se a necessidade de mudanças no trato com as questões sociais, passando a ser garantidos alguns direitos sociais, principalmente relacionados a medidas de proteção ao trabalhador.

Este movimento de reforma, acompanhado da intervenção estatal típica do Estado-providência, veio a declarar novos direitos como fundamentais.⁴⁰ São

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 98.

⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 99.

direitos de garantia ao trabalho, à educação, à saúde, à previdência, ao lazer, dentre outros, e visaram a assegurar uma vida digna a todos.

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a consagração constitucional dos direitos sociais, segundo opinião generalizada da doutrina, se deu na segunda década do século XX. O autor relembra, no entanto, um precedente datado de 1848, da então Constituição francesa vigente, que consagrava o direito ao trabalho, com a proteção do emprego e a assistência aos necessitados.⁴¹

Na visão do autor, há ainda controvérsias acerca de qual documento histórico simboliza a consagração dos direitos sociais e nesta disputa é necessário considerar o caráter ideológico da ascensão desses direitos.

Há referências à Constituição mexicana de 1917, à Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da Rússia de 1918, ao Tratado de Versailles, de 1919, que pôs fim à guerra entre os Aliados e a Alemanha. Mas a Constituição Alemã de 1919 é, para muitos, o documento no qual não só foram incorporadas as obrigações do Tratado de Versailles, mas que também trouxe determinações relativas à ordem econômica e social.

Estes direitos sociais incorporados nas constituições foram denominados de segunda dimensão e além de consolidarem e prescreverem novos direitos de providência e solidariedade social, exigiram um novo olhar, ou um novo modo de interpretar os direitos chamados de primeira dimensão.

O Estado Social de Direito tem como característica principal a busca pela igualdade material, com o intuito de garantir as condições para a efetiva concretização dos direitos individuais. Para superar a igualdade enunciada apenas formalmente, constatou-se a necessidade de uma estrutura de direitos sociais que admitisse o contraste gerado pelo modelo liberal, de modo a favorecer os indivíduos mais enfraquecidos economicamente.

Para o pensamento clássico, a esfera de atuação da Constituição limitava-se à organização política. Contudo, como visto, esse campo vem sendo alargado, o que se deve ao reconhecimento de que a ordem política é fortemente influenciada pela ordem social e econômica. Sob esta ótica, as constituições

⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 99.

passaram a tratar de diversos assuntos, valendo-se de normas que não somente determinassem a organização limitativa do poder, mas também definissem programas e metas a serem alcançadas pela comunidade.⁴²

Mais importante que essa ampliação do rol de direitos sociais foi a proposta de mudança da função da Constituição, que passou a estabelecer programas para a concretização de direitos. Tornando os direitos sociais públicos, há um fortalecimento do Poder Executivo, o qual se tornou responsável pela efetivação dos direitos de segunda dimensão.

Há, portanto, um aumento da produção legislativa, pois o Estado passa a ser responsável por disciplinar os diversos campos da vida social, não existindo mais fronteiras diferenciadas entre o direito privado e o direito público. A exemplo disso, para impulsionar o benefício social, passa a ser exigido que a propriedade privada promova a sua função social.

Neste cenário de aumento de atribuições sociais do Estado, passa-se a exigir do Poder Judiciário o desempenho de uma tarefa interpretativa mais afinada com a concretização do direito material, com o objetivo de assegurar a justiça nos casos concretos, de modo que o método da subsunção foi superado por novos métodos hermenêuticos estabelecidos pela ciência jurídica.

Os princípios ganham destaque no ordenamento em razão de seus conteúdos abertos, assumindo assim legitimidade.

Com um período histórico marcado pela industrialização e pelo avanço da tecnologia científica, a ordem econômica e as relações privadas passam a ter lugar nas disposições das constituições, tornando o direito privado cada vez mais público, quebrando a exclusividade do Código Civil na sua regulação.

Diante do quadro de problemas sociais e econômicos resultantes da industrialização, constatou-se que a consagração dos direitos de liberdade e sociais materializados em um documento formal não foi suficiente para garantir a sua realização efetiva. Os movimentos que surgiram no decorrer do século XIX passaram a exigir o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. Para Ingo Wolfgang Sarlet, o que

⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 40/41.

distingue esses direitos é a sua dimensão positiva, pois não se trata mais de evitar a intervenção do Estado na esfera privada, mas sim de exercício da liberdade por intermédio do Estado.⁴³

Importa notar, sobretudo, que os direitos sociais não referem apenas direitos de cunho positivo, mas passam a abranger as denominadas liberdades sociais, dentre as quais o direito de greve, a liberdade de sindicalização e os direitos fundamentais dos trabalhadores são alguns exemplos. É preciso lembrar, no entanto, que os direitos sociais, amplamente considerados, têm como destinatário o indivíduo e não podem ser confundidos com os direitos da coletividade, chamados de terceira geração.

Aponta o professor Ingo Wolfgang Sarlet que a expressão “social” encontra justificativa no fato que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações, especialmente da classe operária, como forma de estabelecer certo equilíbrio nas relações com os empregadores, face as desigualdades que as caracterizavam.⁴⁴

Em suma, tornou-se relevante a incidência destes direitos a todas as relações jurídicas que pudessem ameaçar ou anular os direitos de autodeterminação e dignidade, sejam elas públicas ou privadas, tendo como fim primeiro a salvaguarda das finalidades essenciais dos direitos fundamentais.

1.4 O Estado Democrático de Direito: tendência de um novo olhar sobre os direitos fundamentais

Identifica-se severa crise do *Welfare State* no início da década de 1970. O Estado social então vigente foi colocado à prova diante da crise econômica mundial iniciada com a disputa pelo petróleo, quando países membros da OPEP (Organização do Países Exportadores de Petróleo) e do Golfo Pérsico impuseram embargos à distribuição de petróleo para os Estados Unidos e a Europa.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. rev. atual. e ampla. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 56/57.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. rev. atual. e ampla. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 58.

De outro lado, com o fim da Segunda Guerra Mundial, trazidos à luz os abusos perpetrados nos campos de concentração e pelas bombas atômicas de Hiroshima e Nagasaki, mais o movimento hippie da década de 1960, o qual enfatizou a necessidade de paz e liberdade, a crise ganha status mundial e com ela o modelo de Estado de bem-estar social passa a ser questionado.

Somado a tudo a isso, percebe-se um declínio do Estado provedor que passou a ser questionado quanto à sua eficiência, no que tange à produção e à distribuição de renda, bem como à prestação de serviços públicos.

Como consequência, no início dos anos 1980, a ideia predominante passou a ser o retorno do liberalismo e de seus dogmas de abertura do mercado interno, através da efetivação de amplas privatizações e da diminuição dos gastos públicos, visando à desregulamentação da economia, à redução das proteções sociais do trabalho, à abertura do mercado via a internacionalização dos países por meio, essencialmente, do comércio.⁴⁵

Neste cenário, as relações passam a ser mais fluidas e emaranhadas dada a pluralidade de concepções de vida digna, fazendo com que as sociedades ganhem imensa complexidade em suas inter-relações, impulsionadas pelo crescente desenvolvimento da tecnologia.

Diante dos movimentos sociais que emergem neste período, a necessidade de mudança de paradigma fez-se sentir, abrindo o caminho para o surgimento do modelo de Estado Democrático, em substituição ao Estado Social.

Este modelo tem por característica manter os princípios liberais, com proteção às liberdades individuais, alargando os direitos sociais e acolhendo os direitos de solidariedade ou de terceira dimensão, - no intuito de melhor refletir a efetividade dos direitos entre os mais desfavorecidos -, e os direitos difusos, frutos de uma sociedade pluricultural e cada vez mais tecnológica.

É possível afirmar que, na esfera jurídica, a democracia pretende alcançar a igualdade procedimental, esta composta pela igualdade material, acompanhada dos instrumentos para a concretização dos direitos fundamentais.⁴⁶

⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 91.

⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 215/217.

Na esfera social, o traço marcante é o surgimento de uma sociedade em que pessoas ou grupos se identificam com culturas diversas, encontrando raízes históricas que trazem consigo inúmeras noções de desenvolvimento digno da vida humana. Diante disso, fez-se necessário o desenvolvimento de um novo olhar sobre o âmbito de prevalência entre os direitos de liberdade e os direitos humanos, surgindo correntes da filosofia constitucional e da filosofia política que, embora tenham campos de estudo diversos, compartilham o ideal da busca por conhecimento, por reflexão crítica e pela definição de valores. Quanto ao seu objeto, são comuns os temas de reflexão, tais como a liberdade, a igualdade, a dignidade humana, os direitos fundamentais, a justiça, o espaço de atuação de cada um dos Poderes e os diferentes papéis desempenhados pelo Estado.

As correntes substancialista e procedimentalista⁴⁷ sobressaíram em detrimento das visões puramente liberais ou comunitaristas e, embora apresentem divergências, ambas reconhecem que o Poder Judiciário transformou-se em instrumento do constitucionalismo emergido após a Segunda Guerra, tendo como ponto de convergência inicial os modelos democráticos resultantes deste período. Nesse passo, os princípios da solidariedade e da subsidiariedade somam-se aos de liberdade, propriedade e igualdade.

Na esfera econômica, o avanço das novas tecnologias e o surgimento de novos meios de comunicação marcam o globalismo crescente, promovendo a ampliação dos mercados e diminuindo as fronteiras entre os Estados. A economia passa a sofrer influência do modelo neoliberalista de regulação, seja por meio da intervenção indireta no domínio econômico, seja de normas legais e pelas agências de regulação.

No campo dos direitos fundamentais, percebe-se uma justaposição entre as prestações positivas e negativas, não havendo uma sucessão entre as dimensões de direitos, mas sim uma relação de interdependência recíproca. Cabe lembrar que o reconhecimento progressivo de direitos fundamentais, como um todo, é resultado de um longo processo histórico, em que os mais modernos agregam aos já existentes

⁴⁷ Para um aprofundamento no estudo das teorias pós-positivistas, a autora sugere a leitura das obras BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Curso de filosofia jurídica. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

uma relação de complementaridade. Assim, não há como diferenciar os direitos individuais dos direitos sociais e de solidariedade..

Sob esse prisma, a tradicional classificação dos direitos fundamentais determinada pelas funções que exerçam - dividindo-os em direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais a prestações, foge a esta nova concepção, que reconhece tanto normas garantidoras de direitos sociais quanto normas prestacionais para a defesa de direitos individuais, podendo abarcar ambas as perspectivas, inclusive.⁴⁸ Pode-se citar como exemplo as liberdades sociais, tais como o direito de greve e de sindicalização que, muito embora sejam enquadrados como direitos sociais que demandam uma defesa prestacional, possuem viés negativo e não demandam, a priori, um agir positivo do Estado. De outro lado, o direito à saúde abrange tanto uma postura negativa, no sentido da abstenção de qualquer comportamento que ameace violar a saúde do titular, como uma atuação efetiva do Estado, com a prestação de cessão de medicamentos a pessoa em situação de vulnerabilidade.

No Brasil, estas características são identificadas na Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã, de cujas inovações destaca-se a ampliação do rol de direitos fundamentais, refletindo uma ordem de valores originária da própria sociedade, deixando transparecer de forma clara ao Constituinte a sua intenção de outorgar a estes direitos a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda ordem constitucional, especialmente aquelas definidoras de direitos e garantias fundamentais.⁴⁹

A Constituição de 1988 foi promulgada com o objetivo de instituir um verdadeiro Estado Democrático de Direito e, dado o passado de autoritarismo militar, abraçou, em algum grau, valores tidos como comunitários. Conforme aponta Luis Roberto Barroso, há alguns autores que aproximam a ideia de comunitarismo com o de constitucionalismo social, especialmente no que diz respeito à exigibilidade de prestações positivas por parte do Estado via atuação proativa do Supremo Tribunal Federal.⁵⁰

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. rev. atual. e ampla. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 189/195.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10. ed. rev. atual. e ampla. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 73.

⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 124.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário ganha destaque e assume papel determinante na solução dos casos concretos, abrindo espaço para debates sobre regras e princípios jurídicos e concretizando o acolhimento de novas técnicas hermenêuticas que superem o positivismo jurídico.

A interpretação tradicional era, quase que integralmente, fundada no sistema jurídico; a norma jurídica deveria ser interpretada e aplicada ao caso concreto. Desta forma era esperado que contivesse a prescrição, em caráter geral e abstrato, que resolveria a hipótese posta à análise. Nesse passo, a situação deveria apresentar os componentes fáticos sobre os quais recairia a norma, a tela que se enquadraria na moldura. A função do intérprete, por conseguinte, seria a de identificar a norma aplicável no sentido de explicitar o seu sentido, fazendo-a incidir no caso concreto sob apreciação. Esta era a visão identificada como liberal-positivista e que se fundava na crença de que a atividade de interpretação era objetiva de que o intérprete mantinha-se sempre neutro diante das hipóteses submetidas a seu julgamento.⁵¹

Na cena contemporânea, a interpretação constitucional, bem como a norma jurídica, passaram a ter contornos diferentes, em grande parte porque, diante da multiplicidade de novas situações, ambas deixaram de oferecer soluções completas, justamente por não comportarem mais em sua descrição todos os elementos para a extração do seu sentido. Como exemplo, Luis Roberto Barroso cita os textos constitucionais, que se valem de cláusulas gerais e abertas na construção de seus enunciados normativos. De outro lado, há um entendimento, que ganha robustez entre os operadores do Direito: o de que a norma não corresponde totalmente a seu enunciado normativo, mas, sim, é composta de diálogo entre o texto e a realidade, e assim deixa de existir a norma abstrata para dar lugar à norma concretizada.⁵²

Para o autor, o caso concreto deixa de ser o conjunto de fato sobre o qual irá incidir a norma, para se tornar a fonte de uma parte dos elementos que irão produzir o Direito. São várias as hipóteses em que a construção da solução jurídica

⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 343.

⁵² BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 344.

necessitará da integração das peculiaridades fáticas do problema com os sentidos e resultados possíveis.⁵³

Concluindo o raciocínio, assevera o autor que o modelo de positivismo científico que prevê a separação absoluta entre o sujeito da interpretação e o objeto a ser interpretado não se coaduna com a dogmática contemporânea. A função do intérprete não se resume a uma análise técnica pura direcionada a extrair o sentido da norma para aquele caso específico. No mais das vezes, torna-se ele participante direto no processo de construção do Direito, integrando o trabalho do legislador, ao dar complemento valorativo para as cláusulas abertas, bem com ao escolher, dentre as possíveis, a melhor solução para o caso concreto.⁵⁴

Seguindo os ensinamentos do professor Luis Roberto Barroso, percebe-se que os novos paradigmas de interpretação constitucional têm suas origens calcadas na transformação da sociedade e nas demandas daí advindas, que passaram a ser mais complexas e plurais. Não se trata de uma sucessão à interpretação tradicional, mas de uma integração para suprir necessidades decorrentes de insuficiências apresentadas pelas fórmulas clássicas.

Assim, para enfrentar problemas mais heterogêneos e variados, que apresentam um grau de complexidade maior, esta nova atividade de interpretação agrega um conjunto de novas categorias - ferramentas recentemente desenvolvidas -, que possam suprir as necessidades acima mencionadas. A doutrina, em consenso, aponta a normatividade dos princípios - como o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da segurança jurídica, do mínimo existencial -, o conflito entre normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica.

Por conseguinte, no processo evolutivo da sociedade, transformam-se também as normas, os fatos, o olhar e a atuação do intérprete. Com efeito, a norma passa a consubstanciar um início de solução, fundamentada em um conceito aberto ou em um princípio. O caso concreto, por seu turno, contém elementos que auxiliarão na construção da solução mais adequada, integrando dessa forma a norma a ser aplicada à hipótese controversa. Nesse passo, o intérprete passa a ser coautor do

⁵³ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 344.

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 345.

processo de construção da norma e da busca pela melhor solução aplicável ao caso concreto.

Cabe mencionar que tais categorias, incorporadas ao processo tradicional de interpretação, ficam evidentes na solução dos casos difíceis. Para estes casos, em que não há soluções pré-existentes no arcabouço jurídico, a solução terá de ser elaborada por meio de uma construção argumentativa, realizada a partir dos elementos fáticos, somada aos critérios dados pelas normas existentes e por fatores exteriores ao direito. A caracterização dos casos difíceis pode se dar pela conjugação de três situações: quando a norma ou princípio se valem de linguagem ambígua, que pode conter múltiplos significados e o seu sentido somente pode ser extraído à luz do caso concreto; quando há divergências morais razoáveis; ou quando há colisões entre normas constitucionais ou entre direitos fundamentais.

Expoente de um dentre os novos paradigmas de interpretação constitucional, Ronald Dworkin propôs a distinção entre regras e princípios, surgindo com um critério para traçar novos contornos ao processo hermenêutico contemporâneo, a fim de reafirmar a segurança jurídica e o senso de justiça fundados não mais na legalidade estrita da lei, mas no sentimento de justiça e de racionalidade.⁵⁵

Por fim, é neste contexto que a ideia de alargamento da incidência dos direitos fundamentais ganha importância nos debates doutrinários e na jurisprudência, revelando não serem tais direitos somente aplicáveis em face do Estado, reafirmando a coexistência das autonomias pública e privada e evidenciando a evolução dos direitos fundamentais em uma ordem jurídica democrática, que não só reconhece os direitos, mas lhes assegura instrumentos de garantia dos mesmos, no âmbito de uma sociedade plural e desigual.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 instaurou o Estado democrático com objetivo de superar os modelos anteriores de Estado Liberal e Social. Sem pretensão de extinguí-los, tem como característica promover uma nova leitura dos direitos individuais e sociais, agregando novos direitos com o objetivo de promover e salvaguardar novos valores advindos com a evolução das relações sociais.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 35/50.

Nesse passo, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca desses direitos que deram um novo viés à ordem jurídica constitucional, antes de adentrarmos no tema que trata da atuação do Poder Judiciário face à implementação de tais direitos.

1.5 Direitos fundamentais de solidariedade: direito ao meio ambiente equilibrado como um direito fundamental

Como visto, as concepções das dimensões de direitos fundamentais retomam os ideários políticos da Revolução Francesa, condensados em seu lema da “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”. A liberdade diz respeito a uma série de direitos que asseguram um espaço jurídico em face da intervenção estatal. A igualdade pretende promover condições semelhantes para que os indivíduos ascendam a um patamar mínimo de qualidade de vida e de satisfação, fundamentando os direitos a prestações. Por sua vez, a fraternidade demonstra que a vivência conjunta entre os povos faz surgir a necessidade da garantia de paz, segurança, desenvolvimento, solidariedade, autodeterminação e a manutenção de um meio ambiente saudável. Importa notar que a estas dimensões a doutrina, embora não haja consenso este respeito, faz referência a outras, dado que o processo do surgimento das necessidades humanas e o direito a supri-las permanece em curso. É possível notar que nem quanto ao número de dimensões há convergência de pensamentos entre os estudiosos.

De fato, nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet e de Tiago Fensterseifer, a Teoria Constitucional, em especial no que tange à Teoria dos Direitos Fundamentais tem sido marcada por um processo de constante transformação e aprimoramento.⁵⁶ Neste caminho, são as relações sociais que conferem legitimação à ordem constitucional e também a nova configuração do Estado e do próprio Direito, sempre com o objetivo de garantir maior proteção aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

Nota-se, neste sentido, os valores que emergiram das relações sociais contemporâneas, em destaque a partir da década de 1970, ao trazerem à luz o

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 36.

sentimento de iminência de uma crise ambiental, razão pela qual a defesa do ambiente e da qualidade de vida passaram a ser os temas centrais da atual pauta de debates sobre direitos fundamentais, com foco nos direitos humanos.

Conforme observam Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fenstersifer, no passado o Direito Constitucional, seguindo um processo evolutivo, cuidou de afirmar valores liberais e sociais que seguem incorporados ao momento constitucional contemporâneo, porém remodelados e revisados segundo o contexto atual. Modernamente, o direito ao ambiente equilibrado se expressa como um novo valor constitucional, de tal sorte que não se pode afastar a ideia do surgimento de uma Teoria Constitucional de viés ecológico, sendo possível afirmar a existência de um Direito Constitucional Ambiental. Sustenta José Joaquim Gomes Canotilho que a Constituição ambiental somente ganhará força normativa a partir do momento em que os vários agentes, públicos e privados, colocarem o ambiente como fim e medida de suas decisões. Dependerá, portanto, do estabelecimento de um novo programa jurídico constitucional instaurado para este fim.⁵⁷

De fato, vários foram os Estados que incorporaram ao texto de suas constituições a proteção ao meio ambiente em sua dimensão ecológica. Disso resulta evidente que a proteção do meio ambiente foi assimilada, nas diversas ordens constitucionais, como um valor, mesmo considerando-se as diferenças entre os ordenamentos jurídicos e as peculiaridades das constituições que incorporaram a salvaguarda ambiental em seus textos normativos. Além disso, a responsabilidade pela promoção e defesa ecológicas foi repartida, sendo uma tarefa para o Estado - legislador, gestor e julgador - e para a sociedade. Não obstante, alguns ordenamentos constitucionais, como por exemplo o brasileiro, desbordando a esfera do Estado -, incorporaram o ambiente equilibrado, seguro e saudável como sendo um direito/dever fundamental do indivíduo e da coletividade.

Importante pontuar que a consagração constitucional dos direitos ambientais foi precedida de intensos debates ocorridos no âmbito do Direito Internacional, o que fomentou e reforçou a proteção ecológica, especialmente no âmbito dos Direitos Humanos, culminando em uma série de documentos legais orientados para a recuperação, manutenção e defesa do ambiente ecológico e

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (organizadores). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 5.

humano saudáveis. Cita-se, a seguir, alguns exemplos de destaque que ilustram a afirmação acima: a Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (1972); o Protocolo de San Salvador Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988); a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992); a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1992); a Convenção sobre Diversidade Biológica (1992).

Como se pode perceber as bases que sustentam a Teoria dos Direitos Fundamentais estão calcadas sobre uma premissa fundamental: o reconhecimento da vida humana.

Por outro lado, é preciso considerar que os direitos fundamentais devem ser realizáveis e ter capacidade para alcançar patamares mínimos de efetividade, sob risco de comprometer a própria dignidade humana.

A fim de dar seguimento à análise proposta neste estudo, faz-se necessário enfocar, agora, os direitos fundamentais de terceira dimensão para que se compreenda os debates que os cercam.

Destaca-se, primeiramente, que a característica marcante dos direitos ambientais de solidariedade é sua indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos e fundamentais, com titularidade difusa, propiciando a defesa de partes indeterminadas ou determináveis da coletividade. Nota-se que os interesses difusos são mais abrangentes que os coletivos por decorrerem de uma circunstância fática comum e, por isso, é difícil determinar o número de pessoas sobre as quais recaem. Por sua vez, interesses coletivos têm como base relações jurídicas, sendo possível determinar os sujeitos de sua incidência.

Assim, constata-se consenso na doutrina acerca do reconhecimento do direito ao ambiente equilibrado e saudável como integrante dos direitos fundamentais. Conforme o ensinamento do Professor Marcelo Buzaglo Dantas:⁵⁸

Dito isso, pode-se facilmente chegar à conclusão de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode perfeitamente ser considerado um direito fundamental. Embora não esteja previsto, de modo específico, no art. 5º da CF/88, isto não significa que o ele não possa ser considerado fundamental, em virtude do que estabelece o §

⁵⁸ DANTAS, Marcelo Buzaglo. Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2015. p. 146.

2o desse dispositivo, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Esta noção também é possível extrair das lições de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer:⁵⁹

Os assim chamados direitos de solidariedade encontram-se atrelados à ideia de direitos-deveres, de modo a reestruturar e reconstruir o tratamento normativo dispensado aos deveres fundamentais em face dos direitos fundamentais, com destaque, neste contexto, ao direito (dever) de proteção e promoção do ambiente. (...) Os direitos de solidariedade, conforme já sinalizado anteriormente, propõem uma nova abordagem para a tutela dos direitos fundamentais, mitigando a “visão clássica-liberal” de oposição exclusiva dos direitos fundamentais em face dos entes estatais e deslocando parcela de tal encargo para a esfera dos particulares, os quais passam a cumprir papel determinante para a tutela dos novos “direitos (fundamentais) de solidariedade”.

Por fim, observa Antônio Herman Benjamin:⁶⁰

A doutrina de forma geral, reconhece a existência de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mormente nos países que modificara suas Constituições após a Conferência de Estocolmo de 1972. Nessa linha, para Canotilho e Moreira, o “direito ao ambiente” é um dos “novos direitos fundamentais”, ou, nas palavras de Álvaro Luiz Valery Mirra, um “direito humano fundamental”.

No plano internacional, guardadas as particularidades de cada ordenamento jurídico, é possível também perceber o acolhimento dos direitos ambientais como sendo fundamentais, conforme a opinião de Louis J. Kotzé e Linda Jansen Van Rensburg, ao discorrerem sobre a natureza do direito ao meio ambiente na Constituição sul-africana:⁶¹

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 250.

⁶⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (organizadores). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁶¹ KOTZÉ, Louis J. e RENSBURG, Linda Jansen Van. Uma reflexão crítica sobre as dimensões socioeconômicas do direito sul-africano ao meio ambiente. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 118.

O artigo 24 faz parte da Declaração de Direitos da Constituição e, portanto, pode ser classificado como um direito fundamental justificável. Isto significa que se atribui ao direito ao ambiente o mesmo status conferido a outros direitos fundamentais na Constituição.

Em seu estudo sobre a evolução do constitucionalismo ambiental no mundo, o Professor James May⁶² afirma que os direitos ambientais são mais avançados quando constitucionalmente previstos. Isto porque promovem um modelo a ser seguido e orientam o discurso e o comportamento público. Por causa da superioridade normativa da Constituição, é mais provável que o público responda ao constitucionalismo ambiental do que à regulamentação ambiental:

Certamente, a grande maioria da literatura no campo endossa a legitimidade dos direitos ambientais constitucionais, sustentando que eles são uma consequência natural das filosofias constitucionais liberais canônicas e, portanto, têm o mesmo peso que outros direitos constitucionais.

Em vista destas reflexões, percebe-se a relevância do direito à proteção ao ambiente. Para que sejam efetivamente projetados para a realidade e cumpram os objetivos de salvaguarda da dignidade humana em sua dimensão ecológica, passou-se a exigir instrumentos e instituições capazes de desenvolver a tarefa assumida.

No contexto de uma sociedade de risco é que afirmam os professores Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar estarem situados os conflitos socioambientais. Inseridos em uma sociedade complexa, estes conflitos exigem novas formas e estratégias para que se encontrem soluções mais adequadas.

As estratégias de implementação e decisões do presente devem estar baseadas em uma nova racionalidade emancipada da lógica de capitalização da natureza e dos princípios do mercado, dotadas de uma nova força promocional que valorize os princípios da equidade transgeracional, da justiça socioambiental e da participação democrática. Tudo com o compromisso da melhora contínua da

⁶² To be sure, the vast majority of literature in the field endorses the legitimacy of constitutional environmental rights, maintaining that they are a natural outgrowth of canonical liberal constitutional philosophies, and thus have the same weight as other constitutional rights. In: May, James R.. Global Environmental Constitutionalism. Cambridge University Press. Edição do Kindle. p.44.

qualidade de vida no planeta com a construção de um futuro mais sustentável e seguro.⁶³

Segundo os autores, a implementação de normas ambientais deve ser informada pelos deveres fundamentais e de solidariedade, os quais devem servir de critério elementar, especialmente para a imposição de deveres e obrigações ao Poder Público.

Neste sentido, cabe ao Poder Judiciário a função constitucional de analisar e dar solução a estes conflitos, sem descuidar da harmonização do diálogo entre a concretização de direitos fundamentais e a observância destes mesmos direitos, especialmente no que concerne ao Poder Público.

A doutrina moderna, de modo geral, tem acolhido a ideia de que os juízes podem e devem atuar no sentido de promover mudanças sociais, atuando no controle das omissões administrativas e na concretização das políticas públicas. O controle judicial tem se revelado mais intenso quanto maior o grau de vinculação da atividade administrativa, como, por exemplo, no caso de restrição do direito fundamental ao ambiente saudável e equilibrado.

Nesse contexto é que se investigará especificamente, no próximo capítulo, a judicialização dos direitos ambientais. Tal análise se dará por meio da observação do comportamento do Poder Judiciário na concretização destes direitos, dada a crescente submissão de conflitos a eles relacionados e, ainda, pela intensa controvérsia que o tema suscita.

Inicialmente, a abordagem se deterá sobre os novos desafios enfrentados pelo Poder Judiciário em face das demandas ambientais no atual cenário social, e, por fim, se é possível identificar o ativismo judicial, ou a mera implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas.

⁶³ CRUZ, Paulo Márcio e BODNAR, Zenildo. A atuação do poder judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 8, n. 2, p. 111-132, jul./dez. 2011

CAPÍTULO 2

DIREITOS AMBIENTAIS E SUSTENTABILIDADE: IMPLEMENTAÇÃO POR JUDICIALIZAÇÃO OU ATIVISMO JUDICIAL?

As decisões proferidas pelo Poder Judiciário em questões de amplo alcance político têm conquistado apoio mas também críticas, seja por envolverem hipóteses de concretização de políticas públicas, seja por caracterizarem escolhas morais sobre temas controvertidos. Constatou-se, com a presente pesquisa, a existência de muitos estudos acadêmicos a respeito da presença mais ativa do Poder Judiciário, sendo identificada ora como judicialização de políticas públicas, ora como ativismo judicial. A percepção que se tem é a de que os termos são utilizados sem distinção conceitual para tratar dos mais diversos acontecimentos submetidos à jurisdição.

Sob a perspectiva da sustentabilidade, percebe-se que o desequilíbrio ecológico⁶⁴ do atual modelo de sociedade encontra-se em seu momento crítico, e a degradação ambiental do planeta ameaça a própria existência de seus indivíduos. O processo de globalização, com o consequente estreitamento das barreiras territoriais, os processos tecnológicos, o crescimento da população, o aumento das

⁶⁴ Através do site <https://www.footprintnetwork.org/> é possível obter dados acerca das demandas humanas e da biocapacidade das nações, bem como avaliações de como é mensurado o manejo dos recursos naturais com escopo de criar um futuro sustentável.

desigualdades sociais resultantes dos modelos liberal e social são alguns dos fatores que contribuem sobremaneira para o declínio do equilíbrio ambiental. Este cenário contribui para que o indivíduo, ensimesmado, afaste-se de uma ética coletiva, esquecendo-se dos que estão por vir e se distanciando da compreensão da necessidade de um desenvolvimento justo e duradouro.

O tempo das mudanças é outro, é mais curto. No decorrer de poucos anos, novas formas de comunicação, novas tecnologias têm trazido outras perspectivas para as relações humanas: no modo de ser, de pensar, de agir, de viver. Os modelos propostos anteriormente - liberdade e igualdade -, além de não atenderem mais às demandas desta sociedade profundamente modificada, deixaram um passivo, a ser equacionado, de desigualdade social e de incertezas para o futuro das próximas gerações. Nos dizeres dos professores Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar, é possível concluir, sem exageros fatalistas, que hoje se vive no mundo da exclusão social e na sociedade da explosão do risco.⁶⁵

O modelo de desenvolvimento existente no passado, baseado na máxima produção, apoiado no consumo industrial e no lucro foi importante para que a nossa sociedade alcançasse um patamar de progresso e civilidade necessários. No entanto, não é sem riscos que o crescimento se faz. De fato, este processo resultou na consolidação de uma sociedade que se encontra em risco, em que a insegurança e incerteza sentidas são decorrentes das escolhas tomadas pelo ser humano em seu processo de expansão e aprimoramento.

Neste sentido, asseveram os professores Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar, que o risco deve ser entendido como fruto de um processo de escolhas e decisões tomadas no presente com o potencial de gerar resultados inesperados e incontáveis para o desenvolvimento da vida futura, comportando qualidade em suas mais variadas dimensões.⁶⁶

Na mesma linha de percepção dos autores, percebe-se que não há um único sentido para o significado de risco sociológico, ainda mais se considerarmos os

⁶⁵ CRUZ, Paulo Márcio e BODNAR, Zenildo. A atuação do poder judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 8, n. 2, p. 111-132, jul./dez. 2011.

⁶⁶ CRUZ, Paulo Márcio e BODNAR, Zenildo. A atuação do poder judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 8, n. 2, p. 111-132, jul./dez. 2011.

modelos de produção e consumo ainda em prática. A possibilidade de previsão do futuro é complexa diante das decisões humanas no presente. Dentre os cientistas jurídicos, verifica-se que é comum a adoção do sentido de risco dada por Ulrich Beck, no sentido de que é resultado do avanço da modernidade, em que a produção da riqueza vai acompanhada sistematicamente da produção de riscos.⁶⁷

E neste cenário de incertezas, é evidente o surgimento dos conflitos socioambientais, os quais exigem técnicas diferentes de abordagem e de solução daquelas tradicionalmente adotadas. A implementação de decisões, nesta seara, deve ser fundada em nova lógica racional, não mais atrelada à exploração econômica da natureza, mas com bases fincadas na valorização dos princípios da equidade transgeracional, da justiça socioambiental e da participação democrática.⁶⁸ A responsabilidade, agora, é com o resgate e a melhoria da qualidade de vida no mundo, de forma a permitir o desenvolvimento de um ambiente equilibrado e seguro para a atual e para as futuras gerações.

A implementação dos direitos ambientais deve ser informada pelo princípio da solidariedade e pelos direitos fundamentais, que servem inclusive de critério para a atuação do Judiciário na solução de causas ambientais em que haja a imposição da concretização de deveres e responsabilidade ao ente público.

A atuação de um Poder Judiciário independente e imparcial é condição essencial para a efetivação de normas ambientais, com o intuito, principalmente, de garantir uma ordem jurídica justa e sua concretização social. Os direitos fundamentais e os interesses mais importantes da sociedade devem constituir as balizas para o desenvolvimento da atividade jurisdicional na proteção desses direitos e interesses, seja em face do poder público ou de entes privados.

Neste sentido, cabe ao Poder Judiciário assumir o compromisso de dar soluções adequadas às questões que lhe forem submetidas, igualmente no que se refere aos conflitos ecológicos, sempre procurando promover o equilíbrio na interface entre a realização dos direitos fundamentais e a imposição do respeito às obrigações de todos exigidas, em especial do Poder Público.

⁶⁷ BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2011. p. 24.

⁶⁸ CRUZ, Paulo Márcio e BODNAR, Zenildo. A atuação do poder judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 8, n. 2, p. 111-132, jul./dez. 2011.

Há vozes na doutrina moderna, a exemplo de Luis Roberto Barroso citado no primeiro capítulo, que sustentam uma atuação mais ousada do Poder Judiciário, no sentido do seu engajamento, ao lado dos agentes típicos, no processo de realização de mudanças sociais, atribuindo-lhes a qualidade de copartícipes na prestação das atividades de desenvolvimento e gestão do Estado. Nesta proposta, cabe ao Poder Judiciário o controle das omissões administrativas e a implementação de políticas públicas. Tanto maior será a atuação do Poder Judiciário quanto maior o grau de vinculação administrativa, como ocorre nos casos em que o direitos fundamentais cedem lugar ao direito ao ambiente saudável.

Este protagonismo do Poder Judiciário acontece após um processo civilizatório em que as relações entre a sociedade e o Estado são transformadas, passando ser função deste prover e garantir os interesses legítimos daquela. No entanto, percebe-se que, embora seja fundamental esta nova perspectiva, algumas atividades estatais não acompanharam a mudança e ainda hoje pode-se sentir que continuam a ser prestadas em função do Estado e não em função da sociedade. É possível verificar também que institutos jurídicos permanecem desatualizados, ainda espelhando postulados dos modelos anteriores, especialmente do modelo liberal. E, como reflexo, a forma e as soluções promovidas pelo Estado não atendem adequadamente as melhorias exigidas pela novas demandas apresentadas pela sociedade.

Verifica-se ser este o grande desafio: propiciar continuidade ao desenvolvimento global associado à qualidade e à proteção efetiva do meio ambiente. O objetivo do Direito Ambiental é estabelecer diretrizes sustentáveis para que se tenha um futuro em que o ambiente seja corretamente cuidado, tratando-se adequadamente dos riscos.

É um tanto contraditório perceber que o ser humano alcançou alto nível de desenvolvimento em várias áreas do conhecimento e da civilização, demonstrando capacidade técnica e científica marcantes e, no entanto, revela incapacidade de reconhecer a necessidade de convívio harmonioso e mais integrado com ambiente em que habita. Começa a ficar evidente que a crise ecológica global tem relação direta com a maneira com que o ser humano tem se comportado na busca por seu bem-estar e sua felicidade, ainda com o pensamento baseado em um modelo que se mostrou ineficiente do ponto de vista da promoção da igualdade social.

Estudos vêm indicando que, atualmente, mesmo com todos os esforços, o equilíbrio ambiental do planeta poderá não ser mais o mesmo, tendo em vista que a degradação ultrapassou limites críticos ao longo dos últimos tempos. Como já visto, o risco de que isso aconteça é resultado de um rápido crescimento da população, da pobreza gerada pela má distribuição de recursos sociais e financeiros, da constatação de provável extinção de recursos naturais, do desenvolvimento de novos processos tecnológicos e de fontes de energia quase que integralmente baseadas no petróleo.

Já é possível sentir que todos esses fatores estão longe de promover um desenvolvimento duradouro e justo e têm cada vez mais nos distanciando de uma ética coletiva, trazendo como tendência o retorno ao individualismo, de forma que se esqueça do próximo e das futuras gerações.

Pode-se afirmar que hoje é o mercado que dita as regras para o desenvolvimento das relações sociais no mundo, porquanto dotado de força, liberdade e capacidade de movimentar o mundo global, reduzindo o espaço de expressão da sociedade e dos Estados. Esta dinâmica acaba por excluir outros elementos essenciais para fomentar o desenvolvimento equilibrado da sociedade como o meio ambiente, a atividade política e social.

No entanto, a demanda é crescente no sentido de uma participação cooperativa entre as dimensões variadas do desenvolvimento - sociais, econômicas, tecnológicas e ambientais. Para a construção de uma postura sustentável, precisa-se da colaboração dos vários segmentos do conhecimento que devem aportar as bases científicas necessárias que se integrarão às demais a fim de que juntas possam formar novas bases para as teorias econômicas, políticas, sociais e jurídicas modernas.

Com base neste entendimento é significativa a parcela da doutrina jurídica que vem sustentando o Poder Judiciário como sendo a instância com capacidade de fornecer estrutura jurídica e institucional para conduzir à consolidação de uma cultura fundada na sustentabilidade, bem como o princípio jurídico fundamental é visto como força orientadora de todo o sistema.

Partindo destas ideias iniciais, o presente capítulo tem como objetivo analisar os aspectos evolutivos da sustentabilidade, bem como apresentar algumas concepções existentes, sempre com foco em sua dimensão jurídica, considerando-se sua incidência global. Verificar-se-á, também, a necessidade da assunção de compromissos éticos e jurídicos, firmados visando a um futuro não tão distante, por

meio de uma justiça ambiental transnacional. Por fim, pretende-se analisar, dentro dessa perspectiva, o papel do Poder Judiciário na implementação dos direitos ambientais, e se há é possível diferenciar nesta atuação condutas ativistas ou de concretização de direitos ou políticas constitucionalmente asseguradas.

2.1 O surgimento do direito ambiental e da sustentabilidade no Brasil e no exterior

As considerações que adiante serão tecidas podem, de um modo geral, ser encontradas em diversas doutrinas que tratam sobre o tema.

A história da legislação ambiental internacional é marcada pela escassez de documentos legais relevantes, principalmente no período anterior à Segunda Guerra Mundial. Após esse marco histórico, diante da crescente preocupação com questões ambientais, começam a ser editados regulamentos, tais como tratados bilaterais e regionais sobre questões ambientais. Deu-se início então à formação de um corpo de leis mais coeso.

A concepção de leis ambientais não é nova. Há alguns séculos, leis já eram editadas para regular a forma de exploração do meio ambiente, com fins eminentemente políticos. Inicialmente, as ações dos governos estavam focadas na agricultura e em diferentes limitações nesse campo. Posteriormente, as iniciativas ampliaram o escopo de ação para a melhoria da governança, prevendo o desenvolvimento de estradas, canais e ferrovias. Após o súbito crescimento da indústria na Europa nos séculos XVIII a XIX, a atenção voltou-se para as questões de urbanização e poluição.

Inovações legislativas estão associadas ao crescimento das preocupações específicas com questões ambientais, e a regulamentação legal destas passou a exigir a reconciliação de interesses de diversos grupos.

A última metade do século XX é a base para uma abordagem conceitual e qualitativamente diferente das questões ambientais, sendo significativa diante do rápido crescimento da ideologia ambiental sofisticada e da criação de medidas legais para o controle da atividade humana. Nas décadas de 1960 e 1970, os principais elementos de uma estrutura regulatória estatal, consistiam na regulamentação de comando e controle sobre água limpa, ar limpo e legislação de terras contaminadas.

Narrativas da evolução histórica do Direito Ambiental internacional geralmente distinguem três ou quatro grandes períodos ou fases. A primeira, denominada "era tradicional", se estende até cerca de 1970 (isto é, anterior à Conferência das Nações Unidas de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, de 1972, UNCHE). Por vezes, tal período subdivide-se em anterior e posterior a 1945. A segunda fase, denominada "era moderna" estendeu-se de Estocolmo à Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), de 1992, no Rio de Janeiro. E a "era pós-moderna" do Rio em diante.⁶⁹

A gestão de recursos naturais foi objeto de legislação internacional há mais de quinhentos anos, começando com acordos regulatórios bilaterais e regionais entre Estados e acordos de solução de controvérsias sobre a utilização compartilhada de cursos de água, vida selvagem e pesca em áreas transfronteiriças, bem como sobre a alocação e exploração de recursos marinhos 'fugitivos' em áreas fora da jurisdição nacional. Durante esse período emergiram - especialmente sob o rótulo de lei de 'vizinhança' ou 'boa vizinhança' (*bon voisinage*, *Nachbarschaftsrecht*) - regimes territoriais típicos de reciprocidade, seja entre Estados contíguos, seja para usuários de áreas geográficas designadas como bens comuns globais.

Consequentemente, os livros didáticos clássicos de Direito Internacional continuam a abordar problemas ambientais sob os títulos doutrinários de soberania territorial e 'espaços e recursos usados internacionalmente'. Entre os exemplos mais frequentemente citados dessa abordagem clássica estão os prêmios de arbitragem no caso de 1893, *Bering Sea Fur Seals*; o caso *Trail Smelter* de 1938 (EUA versus Canadá); e o caso *Lake Lanoux* de 1957. Simultaneamente, porém menos divulgadas, várias disputas transnacionais foram resolvidas por decisões de tribunais nacionais, sob as regras aplicáveis do direito internacional privado (conflito de leis) ou do direito administrativo internacional.⁷⁰

O caso *Trail Smelter* é fundacional no direito ambiental internacional. A partir de um acordo alcançado em 1935, entre os governos do Canadá e dos EUA, a questão relacionada à emissão de gases tóxicos, foi submetida a um tribunal, cuja decisão estabeleceu um princípio fundamental de responsabilidade por danos

⁶⁹ FINDLEY, Roger W.; FARBER, Daniel A. *Environmental Law in a nutshell*. Fourth Edition. ST Paul: West Publishing, 1996.

⁷⁰ FINDLEY, Roger W.; FARBER, Daniel A. *Environmental Law in a nutshell*. Fourth Edition. ST Paul: West Publishing, 1996.

transfronteiriços: um Estado tem o dever de impedir atividades poluidoras que causem danos evidentes em um Estado vizinho.

Pode-se dizer que os primeiros acordos foram motivados, em grande parte, por interesses econômicos concorrentes para regular recursos limitados, como por exemplo, peixes.

A República Francesa proclamou o princípio da navegação livre em 1792. Assim, a navegação permaneceu como base para acordos internacionais que regiam o uso compartilhado de rios internacionais até o início do século XX.

No começo do século XX, os acordos ambientais internacionais envolviam amplamente três áreas: águas de fronteira, pesca de água doce e conservação de recursos naturais.

Um importante exemplo de acordo sobre águas de fronteira é o Acordo de Águas Fronteiriças EUA-Canadá de 1909 (BWT, 1909). Outro exemplo é a Comissão Internacional de Fronteiras e Água, criada pela Convenção de 1889 para administrar acordos sobre direitos de fronteira e de água entre Estados Unidos e México.

Outros exemplos incluem o caso do rio Roya, em 1939 (recursos hídricos transfronteiriços na fronteira franco-italiana); o caso Poro de 1957 (poluição atmosférica transfronteiriça na fronteira franco-alemã); e o caso do aeroporto de Salzburgo em 1969 (poluição sonora transfronteiriça na fronteira entre a Áustria e a Alemanha).

Por outro lado, políticas "verdes" voltadas para a conservação começaram a aparecer em regimes de tratados a partir de meados do século XIX, por exemplo, o artigo 22 do Tratado de Fronteira de Bayonne, de 1856, entre a França e a Espanha, visava expressamente "impedir a destruição da pesca" no rio Bidassoa.

Esses acordos intergovernamentais ecoaram uma transição nas leis domésticas de regimes 'orientados para o uso único' para regimes de uso múltiplo e 'orientados para recursos' dos cursos de água.

Aponta-se que, talvez a mudança mais dramática e de longo alcance operada pela lei ambiental foi o advento de estatutos que passaram a exigir que as agências governamentais pesassem os impactos de suas ações antes de que as atividades sob sua jurisdição fossem realizadas, financiadas ou permitidas. Estes

estatutos, ficaram conhecidos como legislação de revisão de impacto ambiental e, existem tanto na esfera federal quanto na estadual.⁷¹

Um exemplo citado por Philip WEINBERG e Kevin REILLY, foi a Lei de Política Ambiental Nacional (NEPA), aprovada pelo Congresso Americano em 1969. Desde então, aproximadamente a metade dos estados americanos passaram a adotar legislação semelhante.

A década de 1970 também anunciou a introdução da metodologia de avaliação de impacto ambiental, com a promulgação de diferentes políticas ambientais internacionais em organizações internacionais e não-governamentais especiais. Na década de 1980, o foco voltou-se a responsabilizar as gerências corporativas por infrações regulatórias ambientais cometidas pelas empresas que elas chefiavam. Isso foi feito por meio da introdução do conceito de "responsabilidade estrita", bem como da responsabilização de conselheiros e diretores, o que poderia resultar em multas pessoais e / ou prisão. Esses conceitos têm sua origem e desenvolvimento ideológico adicional nos Estados Unidos.

Este período de progresso é reconhecido mundialmente como de crescimento econômico, aumento do bem-estar social e dos direitos humanos e de segurança. Este era um dos objetivos das leis que foram escritas e das políticas implementadas. Desde o final da Segunda Guerra Mundial, esse modelo de desenvolvimento funcionou muito bem - não tivemos uma terceira guerra mundial; a economia mundial (medida pelo PIB) é pelo menos cinco vezes maior do que era então; e as pessoas geralmente vivem mais, são mais saudáveis e têm melhor educação. Em outras palavras, o desenvolvimento funcionou porque forneceu às pessoas maior qualidade de vida, mais oportunidades e mais liberdade.

No entanto, a degradação ambiental generalizada e crescente e a desigualdade social demonstraram que o desenvolvimento convencional não é sustentável. Portanto, a proposta, então, de desenvolvimento sustentável promoveria mudanças modificando o modelo de desenvolvimento convencional.

O desenvolvimento sustentável redefine o progresso para incluir proteção e restauração ambiental. Ainda se precisa de desenvolvimento econômico, bem-estar social ou direitos humanos e segurança nacional. O foco primordial

⁷¹ WEINBERG, Philip; REILLY, Kevin. Understanding environmental law. Second Edition. Lexis-Nexis, 2007, p. 56.

continua sendo a liberdade, a oportunidade e a qualidade de vida humana. Mas, a sociedade sustentável tem por objetivo proteger e restaurar o meio ambiente ao mesmo tempo em que mantém esses objetivos. A sustentabilidade, neste momento, centra-se na mudança de relação entre economia e meio ambiente.

O final dos anos 1980 e os anos de 1990 proporcionaram um cenário para a integração do modelo ambiental de comércio e o meio ambiente, bem como a inserção dos direitos humanos como um elemento importante na equação ambiental, particularmente no contexto do direito ambiental internacional. Essa interconectividade, especialmente no caso de questões comerciais e de direitos humanos - incluindo direito à água potável, suprimento seguro de alimentos, ar puro, alívio da pobreza etc. -, envolve todos os direitos que agora são amplamente aceitos como base dos esforços de todas as partes interessadas em encontrar soluções viáveis para os problemas ambientais globais, os quais afetam todas as formas de vida neste planeta.

Um dos marcos mais importantes deste período foi a criação da Organização das Nações Unidas. A maioria dos países que assinaram a Carta, em 26 de junho de 1945, ratificaram-na em outubro, e a Organização das Nações Unidas surgiu no dia 24 daquele mês.

A partir deste período, tem início a era moderna dos direitos ambientais, iniciado com a Conferência das Nações Unidas, de 1972, sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, a primeira conferência intergovernamental internacional a se concentrar em problemas ambientais.

A questão mais central que surgiu nos preparativos para esta Conferência foi a necessidade de abordar o potencial conflito entre desenvolvimento econômico e proteção ambiental. Realizada de 05 a 16 de junho de 1972, contou com a presença de cento e treze Estados e organizações internacionais (ONGs).

Os principais resultados da Conferência foram a Declaração e o Plano de Ação de Estocolmo. Tal documento preparou o terreno para o desenvolvimento futuro dos princípios do direito ambiental internacional.

A Declaração de Princípios de Estocolmo para a Preservação e Melhoria do Desenvolvimento Humano contém vinte e seis Declarações de Princípios não vinculativas para ações internacionais, as quais representam princípios importantes da soft law internacional ambiental. Embora a Declaração afirme que a principal responsabilidade ambiental cabe aos governos nacionais e locais, ela também

reconhece a necessidade de cooperação internacional. Os governos locais e nacionais deveriam arcar com o maior ônus por políticas e ações ambientais em larga escala dentro de suas jurisdições, sendo também necessária a cooperação internacional para arrecadar recursos, a fim de apoiar os países em desenvolvimento no cumprimento de suas responsabilidades neste campo (UNEP, 1972).

O relatório da Conferência articulou uma série de princípios fundamentais sobre a importância do desenvolvimento sustentável:⁷²

- **Compromisso com a preservação de recursos não renováveis;**
- **Recomendação às nações para que desenvolvam uma abordagem integrada e coordenada com planejamento do desenvolvimento a fim de garantir que este seja compatível com a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente;**
- **Consciência de que tanto o planejamento do uso racional da terra, quanto o desenvolvimento constituem ferramentas essenciais para reconciliar qualquer conflito entre as necessidades do desenvolvimento e de proteger e melhorar o meio ambiente;**
- **O reconhecimento de que o uso da terra e o planejamento de recursos devem ser conduzidos e implementados para evitar efeitos adversos no meio ambiente e obter benefícios sociais, econômicos e ambientais máximos para todas as pessoas.**

Este período também é caracterizado por uma ênfase crescente na interação entre meio ambiente, desenvolvimento, comércio internacional e finanças.

Em 1983, o Secretário-Geral das Nações Unidas convocou Gro Harlem Brundtland, Primeira Ministra da Noruega, para presidir a Comissão Mundial Independente sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que acabara de ser criada pela Assembleia Geral da ONU. O objetivo da Comissão era fornecer uma análise crítica acerca da relação entre objetivos ambientais e desenvolvimento.

Em 1987, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento publicou seu relatório, intitulado *Nosso Futuro Comum*, o qual definiu Desenvolvimento Sustentável como 'desenvolvimento que atende às necessidades do

⁷² NOLON, John R.; SALKIN, Patricia E. *Climate change and sustainable development law in a nutshell*. St. Paul: West Publishing, 2006.

presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atender às suas próprias necessidades'. Tal documento preparou o terreno para a primeira reunião significativa de líderes mundiais em desenvolvimento sustentável, cinco anos depois, no Rio de Janeiro, Brasil.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Conference on Environment and Development - UNCED) foi realizada na cidade do Rio de Janeiro, de 3 a 14 de junho de 1992. Participaram cento e setenta e dois Estados, sendo que cento e oito deles foram representados por seus Chefes de Estado ou de Governo. Havia mais de cinquenta organizações internacionais e dois mil e quatrocentos representantes de ONGs. Denominada "Cúpula da Terra", a Conferência representa um grande avanço no direito ambiental internacional.⁷³

O influente Relatório Brundtland, como contribuição para a Conferência, pode ter guiado uma estrutura conceitual mais coesa para o direito ambiental internacional. O conceito de desenvolvimento sustentável une considerações econômicas e ambientais.

A Conferência adotou três instrumentos influentes não vinculativos:⁷⁴

- **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Declaração do Rio)**
- **Agenda 21**
- **Declaração de Princípios Autorizativa, não vinculativa e juridicamente vinculativa, para um consenso global sobre manejo, conservação e desenvolvimento sustentável de todos os tipos de florestas.**

Embora a Declaração do Rio não tenha criado lei vinculativa, seus vinte e sete (27) princípios são uma referência para o Direito Internacional do desenvolvimento sustentável. Equilibra os interesses potencialmente concorrentes das nações desenvolvidas e em desenvolvimento com relação às metas e ações ambientais e de desenvolvimento (UNEP, 1992a).

⁷³ NOLON, John R.; SALKIN, Patricia E. Climate change and sustainable development law in a nutshell. St. Paul: West Publishing, 2006.

⁷⁴ NOLON, John R.; SALKIN, Patricia E. Climate change and sustainable development law in a nutshell. St. Paul: West Publishing, 2006.

Após a Conferência do Rio, houve um aumento das atividades ambientais. A Assembleia Geral da ONU adotou cinco resoluções sobre seca e desertificação, desenvolvimento sustentável de pequenos Estados insulares, acompanhamento dos Princípios Florestais, Conferência sobre Espécies de Peixes Migratórias, bem como a implementação de todos os compromissos assumidos na Conferência. Vários tratados ambientais internacionais importantes foram adotados, e um aspecto notável do período pós-Rio foi o grau em que os principais tratados internacionais multilaterais agora reconheciam a proteção ambiental.

Em 2002, a 17ª Reunião Plenária da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável foi realizada em Joanesburgo, África do Sul. Uma declaração elaborada ali reafirmou os princípios da Declaração de Estocolmo de 1972 e da Declaração do Rio e Agenda 21 de 1992.

Nenhuma declaração de princípios ou tratados foi adotada. A Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável e o Plano de Implementação desta conferência continham metas gerais para alcançar os objetivos da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento por meio de vários compromissos.

Em 2000, a ONU sediou a Cúpula do Milênio de Líderes mundiais envolvendo noventa e cinco países. Sua tarefa era estabelecer vários Objetivos de Desenvolvimento do Milênio a serem alcançados até 2015. A ONU contratou mais de mil e trezentos cientistas e especialistas para realizar uma avaliação do ecossistema. O objetivo deste estudo era obter uma avaliação científica do progresso em direção à consecução dos objetivos e documentar tendências nos ecossistemas do mundo. Os resultados, compilados em um relatório final não foram favoráveis.

2.2 Sustentabilidade: concepções e conteúdo jurídico

O reconhecimento e a consolidação do princípio do desenvolvimento sustentável teve, inicialmente, como fundamento histórico a necessidade de fornecer condições para o crescimento econômico dos países em desenvolvimento, até mesmo com o empréstimo de soluções tecnológicas modernas advindas de outros países, porém com foco na preservação de um ambiente equilibrado.

Estudos apontam que um conceito ampliado de sustentabilidade foi apresentado apenas no ano de 2002, na Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento

Sustentável - Rio +10, em que as concepções econômica, social e ecológica foram reconhecidas como essenciais para a implementação de quaisquer projetos com foco no desenvolvimento. Além disso, reconheceu-se não ser possível compreender um ambiente saudável e seguro em todas as suas dimensões sem a concretização da justiça social.⁷⁵

Assume-se, a partir deste momento, que a expressão mais adequada a ser utilizada é 'sustentabilidade', pois abarca todos os elementos (social, econômico e ecológico) sem estabelecer uma ordem hierárquica de importância entre eles ou dividi-los em categorias. Ao contrário, consolidou-se o entendimento de que todos são interdependentes e integrados e que só alcançam o potencial de garantir um ambiente global mais justo e saudável se aplicados em cooperação.

É possível afirmar que o direito ao meio ambiente equilibrado passou a ser concebido como um direito humano substantivo, somando parte indivisível dos demais direitos humanos, com fundamento nas bases teóricas da sustentabilidade consolidada desde então.

Dentro dessa nova perspectiva de meio ambiente, a relação entre desenvolvimento e meio ambiente precisou ser reavaliada, não sendo mais este característica do desenvolvimento sustentado. O meio ambiente alcança a independência e autonomia nas relações com as dimensões sociais, econômicas e ecológicas.

Em que pese seja possível reconhecer um avanço teórico a respeito da sustentabilidade e do meio ambiente é preciso seguir galgando passos, principalmente quanto à concretização destes novos objetivos forjados a fim de permitir a busca contínua pela melhoria do ambiente e pela qualidade de vida em todas as suas dimensões.

Um dos pontos considerado mais fundamentais pela doutrina em geral - que deve servir de base para qualquer projeto que tenha a sustentabilidade como objetivo -, é a busca por melhorias nas condições sociais de pessoas que se encontrem em vulnerabilidade social. Afinal, é patente a relação entre as misérias sociais e a degradação ambiental, e ações concretas no sentido de proteger o meio

⁷⁵ BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. Revista Jurídica Cesumar, v. 11, n. 1, 2011. p. 325-343, jan./jun. 2011 - ISSN 1677-6402.

ambiente somente terão efetividade se recuperadas as condições básicas das populações.

Conforme sinalizam Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, a abordagem ecológica justifica-se em razão da importância que a qualidade, o equilíbrio e a segurança ambiental têm para a proteção dos direitos fundamentais como por exemplo vida, integridade física, propriedade, saúde, educação, moradia, saneamento básico, alimentação.⁷⁶

É assim que, conforme afirma o professor Zenildo Bodnar, o critério de distribuição equitativa dos benefícios, riscos e malefícios gerados pelo desenvolvimento deve ser objetivo a ser perseguido constantemente quando da atuação da jurisdição na implementação da sustentabilidade, especialmente no controle de políticas públicas.⁷⁷

Passos importantes também estão sendo dados no sentido de conscientizar acerca da importância da consolidação da sustentabilidade considerando-se os aspectos econômicos do desenvolvimento global. Como se sabe, a produção tem por base a dependência de recursos naturais, especialmente de energia.

A sustentabilidade deve ser compreendida, portanto, em todos os seus aspectos: social, econômico, ambiental e tecnológico. É entendida também como um dever ético que deve ser concretizado solidariamente pelas gerações presentes e futuras, bem como deve ser observada integrada à natureza, de modo a proteger todas as formas de vida que dela fazem parte.

Como uma contribuição para essas discussões, Klaus Bosselmann, em seu livro *The Principle of Sustainability*, descreve a sustentabilidade ecológica como o conceito principal, subjacente a vários compostos secundários, incluindo o desenvolvimento sustentável. O autor tenta ainda vincular esse conceito central de sustentabilidade à ética, à justiça, aos direitos humanos, à soberania do Estado e,

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 40.

⁷⁷ BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. Revista Jurídica Cesumar, v. 11, n. 1, 2011. p. 325-343, jan./jun. 2011 - ISSN 1677-6402.

finalmente, procura delinear o caminho para alguns elementos de uma governança global ecologicamente sustentável e de direito internacional.⁷⁸

Apresenta o autor uma reflexão acerca das verdades básicas da lei e da governança, fechando assim a lacuna entre a realidade ecológica e a ficção jurídica. Ele estabelece a sustentabilidade como um princípio legal sobre as leis da natureza, tornando-o mais fundamental do que outros princípios que apenas refletem as leis da sociedade.

Seguindo em sua argumentação, Klaus Bosselmann esclarece o significado original do termo sustentabilidade como sendo sustentabilidade ecológica, concentrando-se no contexto ético e jurídico em que o termo foi usado na história da Europa, em particular. Ele lembra que o conceito de desenvolvimento sustentável representa uma aplicação do princípio da sustentabilidade; que o significado original de desenvolvimento sustentável é, portanto, ecologicamente sustentável. Não se trata de equilibrar as necessidades econômicas, sociais e ambientais. A noção de desenvolvimento sustentável, de acordo com o autor, exige desenvolvimento dentro dos limites da capacidade do ambiente de proteger e restaurar a integridade dos ecossistemas da Terra.

Em resumo, o conceito de sustentabilidade é o resultado da integração de conhecimentos de várias áreas como filosofia, sociologia, economia. Cabe ao Direito participar desta pauta axiológica comum à humanidade, assimilar sua realidade social, identificando os riscos de modo a encontrar mecanismos capazes de contê-los com o fim de promover o bem comum.

A relevância da discussão está em perceber que o mercado, dada sua força e liberdade, ainda é o agente principal na determinação das regras de convivência na atual sociedade globalizada. Não há espaço para expressão da sociedade e dos Estados. Esse protagonismo exacerbado do mercado não permite ou permite muito pouco, que outros elementos, como a ecologia, o controle social e político, essenciais à sustentabilidade global atuem para a regulação equilibrada das interações humana em suas diversas dimensões.

⁷⁸ BOSSELMANN, Klaus. The principle of sustainability: Transforming law and Governance. New Zealand: ASHAGATE, 2008.

Nesse passo, a atribuição de conteúdo jurídico à sustentabilidade produz importante efeito que se soma à teoria da justiça, a qual é a relação ética e jurídica que este princípio institui com as futuras gerações.

De fato, como bem assinala Zenildo Bodnar⁷⁹:

A justiça intergeracional, portanto, deve ser a diretriz ou o princípio vetor que ilumina os rumos das ações humanas. Deve-se assegurar para as futuras gerações uma quantidade de bens, não apenas suficiente para a mínima subsistência humana, mas o necessário para a garantia da vida plena em todas as suas formas, nos aspectos, ecológico, social e econômico. Este é, além de um desafio, o compromisso e o dever fundamental da atual geração.

Neste mesmo sentido pontua Gilson Jacobsen⁸⁰:

Na prática, os direitos das gerações futuras impõem um dever geral de respeito e, ao mesmo tempo, balizam a própria extensão dos direitos da geração presente, tornando passíveis de juízos de inconstitucionalidade normas que ponham em risco os direitos daquelas.

(...)

É preciso compreender, então, que a natureza irreversível desses novos riscos demonstra a necessidade de salvaguardar não apenas os reclamos das atuais gerações, como também os interesses e direitos das futuras gerações, que podem ser irreparavelmente afetados.

(...)

Para os danos futuros existe e deve sempre existir a possibilidade de responsabilização civil, até como forma de proteção dos direitos das futuras gerações, mas os pressupostos dessa obrigação indenizatória, exorta Silva, concentram-se em outros fatores que não aqueles das teorias clássicas. Até porque, os danos futuros são aqueles que atingirão vários outros direitos fundamentais, como vida, saúde, alimentação, dignidade.

⁷⁹ BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. Revista Jurídica Cesumar, v. 11, n. 1, 2011. p. 325-343, jan./jun. 2011 - ISSN 1677-6402.

⁸⁰ JACOBSEN, Gilson. Justiça intergeracional e riscos globais: quem são as gerações futuras e por que protegê-las hoje?. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 15, n. 2, p. 197-211, ago. 2019. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3353>. Acesso em: 05 mar. 2020. doi: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2019.v15i2.3353>.

Em consonância, autores como Klaus Bosselmann defendem que é necessária a aplicação do princípio da sustentabilidade como estruturante da ordem jurídica local e internacional. Entende, ainda, que o princípio da sustentabilidade deve contribuir para integrar a dimensão ecológica de outros princípios que, se devidamente fomentados pela sociedade civil, devem servir para legitimar a governança e sustentabilidade ecológica e social.

Para Erin Daly e James May⁸¹ o problema da atual moldura legal de proteção ao ambiente não é quanto a sua aceitação formal, mas à deficiência na sua aplicação. Na opinião dos autores, a incorporação do direito ao ambiente às estruturas constitucionais dos Estados pode ser a solução para preencher as lacunas deixadas pelo direito internacional e pela legislação doméstica que, geralmente, não abrangem elementos de proteção da natureza e equilíbrio ecológico, dado o seu caráter antropocêntrico, com foco na proteção dos direitos humanos.

Embora seja perceptível a multiplicação de normas internacionais e nacionais que consagram o princípio da sustentabilidade, é preciso que ele seja concretamente efetivado pelos Poderes Públicos, inclusive pelo Poder Judiciário.

CAPÍTULO 3

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL

Os direitos fundamentais são o resultado de um processo de evolução do Estado. A partir do encadeamento de fatos que marcaram a história da humanidade, passou-se a almejar um novo modelo em que fossem redefinidas as relações do ser humano com o ambiente onde habita e com o próprio Estado.

Depois de trilhado um longo caminho e de ter experienciado outros modelos de governo, o mundo contemporâneo fez a opção pela Democracia e, desde

⁸¹ MAY, James R. and DALY, Erin. Global Environmental Constitutionalism. Cambridge University Press. Edição do Kindle. p. 26.

então, em seu processo de afirmação, foram e vêm sendo travados debates acerca de sua conceituação.

Certas concepções levam alguns doutrinadores a compartilharem uma visão cética e restritiva, segundo a qual Democracia significa apenas a possibilidade de destituição do governo, sem a necessidade de confrontos que resultem no extermínio do detentor do poder. Outros, entendem o conceito de Democracia ligado a determinado conteúdo material, seja com fundamento no princípio da igualdade, seja limitado pelos direitos fundamentais.

Para Kelsen, na Democracia o povo participa da elaboração das normas jurídicas, encontrando seu fundamento na evolução da ideia de liberdade. Segundo o doutrinador, é livre o indivíduo que tem sua vontade expressa na ordem jurídica do Estado, de cuja construção pode ser parte. Em outras palavras, na Democracia os desejos expressos nas normas estatais são coincidentes com os desejos dos indivíduos que a compõem.⁸²

Modernamente, o conceito de Democracia pode ser compreendido como o sistema político em que a participação do povo se dá por meio da escolha direta, através do voto direto e secreto, de seus representantes políticos, os quais ocupam os postos de poder no Executivo e no Legislativo.

No entanto, em razão da crise de representatividade atualmente enfrentada, caracterizada pela descrença na real identificação entre a vontade dos representantes e a vontade do povo, há críticas ao conceito de Democracia como sendo o governo do povo.

O cientista político Robert A. Dahl afirma que usualmente se utiliza um conjunto específico de princípios ou regras para se referir à Democracia. O autor prossegue afirmando que é uma Constituição que irá determinar como uma reunião de pessoas politicamente organizadas irá tomar as decisões, e que todos os seus componentes devem ser tratados como igualmente competentes para tomar parte neste processo de tomada de decisões.⁸³

Segundo J. J. Gomes Canotilho, ao se optar por um Estado de Direito, a função da Constituição é organizar a estrutura do poder político e a sociedade segundo a medida do direito. Assevera o autor que a compreensão do que vem a ser

⁸² KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

⁸³ DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy maker. *Journal of Public Law*, no 6, 1957, p. 279-295.

o direito pode ser influenciada por percepções ideológicas, religiosas, políticas, econômicas e culturais, mas ele entende ser possível estabelecer algumas premissas básicas. Neste passo, ele afirma ser o Direito compreensível como um meio de ordenação racional e vinculativo de uma comunidade organizada e que, para cumprir esta função ordenadora, ele estabelece *regras e medidas*, prescreve *formas e procedimentos* e cria *instituições*.⁸⁴

Sustenta o autor que, considerando-se que o Direito é um meio de organização racional, ele é inseparável da ideia de realização da justiça, da efetivação de valores políticos, econômicos, sociais e culturais. De outro lado, como forma, o Direito indica a necessidade de existirem garantias que previnam comportamentos abusivos e ilegais por parte do poder público. Deste modo, é possível compreender que através dos seus vários ramos (constitucional, civil e comercial, administrativo, penal e processual), o Direito constitui um conjunto de prescrições jurídicas global, de modo a dar dimensão e conformação à vida em sociedade.

No entanto, o mundo contemporâneo vem passando por transformações profundas nos relacionamentos entre os indivíduos, principalmente com o surgimento da tecnologia. Para além do social, na esfera política é que os efeitos dessas mudanças estão sendo sentidos de forma dramática, o que tem levado a um processo de desacreditamento nas instituições políticas. Aquela estrutura organizada, que construiu instituições políticas que se tornaram referência para o cidadão e que distinguiu o Estado moderno, está em processo de ruína, diante da sua inaptidão em responder aos anseios desta sociedade em transformação.

Some-se a isso o crescente abandono, na atividade política, da ética, este conjunto de valores e princípios morais que constitui os fundamentos não só do ambiente de quem decide os rumos do Estado em nome de quem representa, mas também norteia a conduta humana de modo a garantir o equilíbrio da vida em sociedade. O resultado disso é o desinteresse dos indivíduos pelo processo político e a percepção de sua maior vulnerabilidade frente à velocidade das transformações que tomam marcha no processo de desenvolvimento mundial. Diante desse cenário, o que tem se percebido é que o Poder Judiciário tem sido à instância a qual os indivíduos

⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 13 reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 243.

têm recorrido na tentativa de suprir suas expectativas frustradas, por ser ele a função do Estado que detém o potencial de promover os ideais de justiça.

Nos dizeres de Deilton Ribeiro Brasil, analisando a perspectiva de Ricoeur, a transformação do papel do juiz, na sociedade moderna, deve estar ligada à própria transformação da noção de Democracia. O autor afirma que é preciso entender as razões de descrédito no Estado para explicar o que está sendo colocado, por vezes, como aumento da demanda por atuação do Poder Judiciário.⁸⁵

Antoine Garapon, citado por Brasil, assevera que “procura-se no juiz não somente o jurista ou a figura do árbitro, mas também do conciliador, o apaziguador das relações sociais e até mesmo o animador de uma política pública como em matéria de prevenção e delinquência”.⁸⁶

Seguindo a linha de pensamento de Garapon, acima citada, a justiça não deve se limitar apenas a dizer o que é justo, mas também deve processar e julgar, aproximar e manter distância, conciliar. Sua responsabilidade é realizar os direitos formalmente previstos e tentar equilibrar as diferenças entre os indivíduos. O juiz não é mais visto como mero aplicador da lei, mas um agente fundamental na transformação da realidade social.

No entanto, um crescente debate sobre a expansão da atividade judicial vem tomando espaço, e este não deve ser compreendido isoladamente, mas inserido no contexto evolutivo das relações humanas, da Democracia, do mundo.

A relação do indivíduo e das comunidades com a vida política tem se traduzido em frustração diante de uma produção legislativa excessiva, porém despida de conteúdo claro. E a reunião de textos que veiculam valores de alcance supranacional e que permitem julgar as leis, tais como as Constituições e os tratados internacionais, são fenômenos que estão contribuindo para uma mudança no modo de conceber a própria Democracia. E a judicialização de demandas que seriam próprias da esfera política é prova desse entendimento.

Nesse passo, a justiça surge como uma alternativa a se recorrer quando as sociedades democráticas não conseguem oferecer respostas condizentes com a complexidade e diversidade que geram. A justiça se torna a última trincheira para a

⁸⁵ BRASIL, Deilton Ribeiro. Ativismo judicial e direitos fundamentais: leituras em Garapon e Ricoer. Curitiba: Juruá, 2014, p. 38.

⁸⁶ BRASIL, Deilton Ribeiro. Ativismo judicial e direitos fundamentais: leituras em Garapon e Ricoer. Curitiba: Juruá, 2014.

concretização dos valores prometidos pelas leis, e ainda possibilita que aos governantes seja exigida a adoção de condutas comprometidas com essas mesmas leis.

Como dito, os debates e as críticas com relação aos impactos gerados pela expansão da atividade judicial têm movimentado as discussões entre os estudiosos do Direito. As razões pelas quais o ativismo judicial tem se tornado dos temas mais discutidos no mundo jurídico são múltiplas, mas pode-se apontar duas que se destacam: a busca pela efetivação de direitos fundamentais previstos na constituição; a possibilidade de, ao concretizar direitos fundamentais, a atividade judicial interferir na esfera de atuação dos demais Poderes e ferir o princípio da separação dos poderes.

A pesquisa realizada para este estudo possibilitou identificar diferentes formas de abordagem e análise da atuação mais efetiva do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais elencados na Constituição.

No empenho de tornar mais efetiva a prescrição constitucional, a experiência jurídica brasileira tem demonstrado aproximar-se cada vez mais da cultura jurídica americana. O objetivo é aumentar o alcance das disposições constitucionais, especialmente no que toca aos direitos sociais, e, para isso, os operadores jurídicos brasileiros têm buscado na experiência estrangeira os argumentos e fundamentos para as suas proposições.

O questionamento que surge é se a importação da doutrina americana é capaz de dar fundamento e legitimidade à atuação mais intensa do Poder Judiciário brasileiro, cujo objetivo é alcançar maior efetividade do texto constitucional, conforme as proposições doutrinárias e judiciais que defendem o ativismo judicial no Brasil.

Neste capítulo, pretende-se analisar uma série de aspectos que vêm sendo debatidos acerca do aludido fenômeno jurídico.

3.1 Jurisdição Constitucional

Inicialmente, é importante verificar as origens e definições do constitucionalismo. É preciso dizer que sua concepção, bem como a noção que se tem acerca deste tema, sofreram variações ao longo da própria evolução histórica.

Para se compreender o Direito Constitucional, é necessário antes tecer algumas breves considerações acerca dos problemas político-jurídicos dentre os quais o moderno movimento constitucional procurou argumentar.

Trata-se de um fenômeno que faz parte da evolução da sociedade, com o surgimento de novos comportamentos e da necessidade de limitar condutas arbitrárias por parte do poder político. Nesse sentido, é importante ressaltar que a criação de mecanismos de controle do poder estatal, com o objetivo de desestimular o surgimento de regimes arbitrários, foi essencial para que as instituições se fortalecessem, dando condições para que a Democracia se consolidasse como regime.

De fato, segundo as palavras de Danilo Pereira Lima, o constitucionalismo surge como técnica de limitação do poder do Estado e de garantia das liberdades em face de condutas arbitrárias praticadas na esfera política. De acordo com o autor, para que a paz fosse restaurada diante das diversas vertentes religiosas surgidas após a Reforma Protestante, foi necessário que a política praticada a partir do surgimento do Estado Absolutista se impusesse sobre todas as ordens sociais instituídas pelo feudalismo⁸⁷.

Aí está a importância de relembrar a história, pois nas lições do constitucionalismo antigo⁸⁸ estão as raízes e as fontes do constitucionalismo moderno: da experiência anterior, ainda buscam-se os ensinamentos para aperfeiçoamento do modelo jurídico-institucional que se almeja através da Constituição escrita.

Importante relembrar que, no período medieval, o feudalismo consolidava-se como modo de organização econômica e política fundamentado no domínio de terras, de modo que o poder político era exercido em tantas propriedades quantas fossem as divisões territoriais. O Estado era inexistente e somente a Igreja gozava de alguma unidade institucional, o que contribuiu para garantir sua influência. O Direito,

⁸⁷ LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e poder**: limites da política no estado de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015. O constitucionalismo antigo: É este a fonte, ao menos de inspiração, de muitos dentre os institutos e ideias que amoldam o constitucionalismo moderno. Compreende experiências e lições da Antiguidade, particularmente extraídas do pensamento filosófico, ou das instituições da democracia ateniense e da república romana. A elas, acrescentam-se outras vindas do ideário e das práticas medievais, sobretudo, de reflexo mais nítido no ideário moderno, as provenientes da Inglaterra, a partir da Magna Carta de 1215.

no período medieval, era concebido como Direito natural, proveniente de tradições divinas e, em razão disso, supremo. Sendo assim, não podia ser **modificado**, mas apenas conservado e restabelecido em caso de violação. O dever de sujeição e o serviço militar eram as balizas das relações sociais; os senhores feudais exerciam diretamente o poder sobre suas terras; a aristocracia dedicava-se exclusivamente ao serviço militar e o servo ficava responsável pelo trabalho da terra, ficando submetido a obrigações devidas ao seu senhor.

Na síntese histórica apresentada por Lima, o Estado absoluto foi a resposta encontrada para os problemas e contradições apresentadas pelo perecimento da sociedade feudal. O autor indica que foi necessária a imposição do poder político para que a crise, que se estabeleceu na Europa no século XVI, fosse contida, superando o modelo medieval de sociedade. Com o fim da unidade da Igreja Católica e do esfacelamento do poder feudal, o Estado absolutista apresentou-se como um instrumento capaz de conter a instabilidade gerada pelas guerras religiosas e pela ruína do feudalismo, impondo por força política uma nova concepção, organização social e exercício de poder, dando início à transição entre o período medieval e a modernidade. Observa o autor que “somente a política, por meio de uma instituição com legitimidade de decisão, teria condições de restabelecer o nexo perdido entre exigências sociais e soluções jurídicas que havia se diluído após o fim do consenso social existente na ordem social do medievo.”⁸⁹ E conclui que o problema para o avanço histórico-social não estava concentrado na limitação do exercício do poder político, mas sim na necessidade de estabilização social não mais alcançada pelo poder feudal.

Os movimentos revolucionários, que deram origem à Constituição em sentido moderno, encontram suas fontes em momentos históricos evolutivos e em lugares com características geográficas e culturais diversificadas. É possível afirmar a existência de vários movimentos constitucionais, cada qual com suas características nacionais, porém com pontos convergentes entre si, de modo a se apresentarem como complexa estrutura histórico-social.

Das múltiplas contribuições, o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta aquelas que podem ser consideradas as principais ideias que informaram

⁸⁹ LIMA, Danilo Pereira. Constituição e poder: limites da política no estado de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

o constitucionalismo moderno: 1) a conveniência do governo das leis; 2) a existência de direitos suprapositivos; 3) a origem popular do Poder; 4) os freios e contrapesos decorrentes da divisão do Poder; 5) a necessidade das assembleias representativas; e 6) a própria noção de supremacia da Constituição⁹⁰.

O Estado de Direito é um dos elementos essenciais do constitucionalismo moderno⁹¹. Ele respondeu aos anseios de uma sociedade que não aceitava mais as arbitrariedades da monarquia absoluta e reivindicava um outro tipo de ordenamento político, social, institucional, cultural: que fosse proveniente de leis, em oposição ao governo concentrado em uma única pessoa. Lembra o professor Ferreira Filho que a ideia do governo de leis remonta os ensinamentos de Aristóteles, na Antiguidade, e do *rule of law*, na Inglaterra medieval.⁹²

Como bem aponta Danilo Pereira Lima, é possível referir que a afirmação da autonomia do Direito pressupõe sua articulação com a política, a qual, em um primeiro momento, no Estado absolutista, não conseguiu se estabelecer devido à exigência de predomínio da política: apenas mais tarde, devido aos excessos praticados pelo poder político, o direito paulatinamente foi se sobrepondo à política⁹³.

Fazendo uso dos ensinamentos do Professor J. J. G. Canotilho⁹⁴,

“Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.”

⁹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015. P. 15.

⁹¹ Como sugestão de leitura sobre o constitucionalismo moderno, recomendamos a consulta às obras: FIORAVANTI, Maurizio. Costituzione. Bologna: il Mulino, 1999; MATTEUCCI, Nicola. Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno. Traducción Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

⁹³ LIMA, Danilo Pereira. Constituição e poder: limites da política no estado de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

⁹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Edições Almedina, 7 ed.

Importa salientar que o desenrolar dos fatos que sedimentaram o Direito não ocorreu de maneira simples e reta. Ao contrário, foi marcado por diversas experiências autoritárias que foram capazes de transformá-lo em instrumento de ideologia política, a exemplo dos regimes totalitários que surgiram no século XX. Diante desse cenário, o constitucionalismo promoveu a construção de ferramentas para a contenção do poder político.

Esse fortalecimento do Direito promoveu alterações no cenário político, produzindo mudanças na atuação do Estado, especialmente no Poder Judiciário, que passou a ter um papel predominante diante dos demais Poderes.

Assim sendo, a partir dos fatos históricos acerca da análise da formação do Estado moderno - quando a política se sobrepôs ao regime fragmentado de exercício de poder a fim de pacificar a crise causada pela ruptura da hegemonia da Igreja, no período medieval, até o aparecimento do constitucionalismo moderno e suas ferramentas de limitação do poder político -, é possível extrair uma compreensão mais profunda do papel que o Poder Judiciário assume no Constitucionalismo Contemporâneo.

Como visto, através de uma análise histórica é possível identificar o modo como o relacionamento entre política e Direito contribuiu para a formação do Estado Contemporâneo. Na busca pela consolidação do Direito como contenção à discricionariedade arbitrária do poder político é que se identifica a atuação predominante do Poder Judiciário em face dos demais Poderes.

A crítica que se segue tem como fulcro alertar para casos em que o Poder Judiciário acaba atuando politicamente através das sentenças. Ao invés de um simples ato de vontade, a política tornaria a suplantar o Direito, e não pelas instâncias tradicionais e devidas, sejam elas o Poder Legislativo e o Poder Executivo, mas por obra do Poder Judiciário. Contraria-se, assim, a ideia de Constitucionalismo como contenção do poder político e possibilitar a defesa de direitos fundamentais.

Neste ponto, importa lembrar o momento histórico em que surgiu a ideia do que hoje compreendemos por Constituição.

O impacto das transformações ocorridas em razão do perecimento do modelo feudal de exercício de poder e o fim da unidade da Igreja Católica fez a Europa dos séculos XVII e XVIII mergulhar em uma grave instabilidade social. Este clima desfavorável abriu caminhos para o surgimento de movimentos revolucionários que viriam a mudar o cenário político até então estruturado na Inglaterra, nos Estados

Unidos e na França. O objetivo destes movimentos em cada um desses países, - guardadas as particularidades de cada um -, era reagir às arbitrariedades do poder político. Danilo Pereira Lima observa que, se a política predominou sobre o Direito durante o período absolutista, impedindo a divisão dos poderes, com o advento da concepção de Constituição, o Direito passou a ocupar papel de destaque, de modo que a separação das funções políticas e jurisdicionais ficaram mais evidentes, o que fez incrementar o conflito entre essas instâncias.⁹⁵

Desmedida diversidade, fragmentação de poderes e costumes trouxeram conflitos e disputas que culminaram em desequilíbrio, de modo que a razão manifestou-se como sendo o único caminho possível para encerrar os conflitos civis; e o Estado surgiu como centralizador da condução das decisões, de modo a liquidar os fundamentos dos conflitos.⁹⁶

Com efeito, o surgimento do Estado moderno foi um fator determinante para a pacificação dos conflitos e reequilíbrio da sociedade. Diante da instabilidade que se impunha, foi necessário o surgimento de uma estrutura única e central forte, capaz de dar respostas aos anseios de uma sociedade cujo modelo encontrava-se em declínio.

José Joaquim Gomes Canotilho, por sua vez, aponta outra compreensão do constitucionalismo moderno, a qual denomina de histórico-descritiva e que designa o movimentos político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio público, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político⁹⁷.

Nesse contexto de transição do período medieval para a modernidade, a população, que clamava por mudanças políticas, culturais, econômicas e religiosas, abriu passagem para o surgimento dos direitos fundamentais e para a mudança paradigmática de sociedade que alçou o indivíduo a outro patamar, tornando-o

⁹⁵ LIMA, Danilo Pereira. Constituição e poder: limites da política no estado de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

⁹⁶ GERVASONI, Tássia A. O estado (des)compassado no crepúsculo da modernidade. In: Moraes, Jose Luis Bolzan de Estado & constituição [recurso eletrônico] / José Luis Bolzan de Moraes, Bruno Cozza Saraiva. - 1. ed. - Florianópolis, SC : Empório do Direito, 2016. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/uploads/livros/pdf/1505068178.pdf>.

⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Edições Almedina, 7 ed.

destinatário do direito e do poder político, em contraposição ao modelo teocêntrico e estamental até então vigente.⁹⁸

De fato, o Constitucionalismo moderno tem suas raízes nas revoluções liberais, a exemplo da Revolução Francesa, ocorrida no século XVIII. Neste período, iniciou-se um processo de universalização das liberdades individuais e dos direitos sociais através da declaração em cartas constitucionais. O resultado das aspirações sociais foi o surgimento dos direitos fundamentais. Conforme afirma o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho “a finalidade da Constituição está bem clara no já tantas vezes mencionado art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: não tem Constituição a sociedade na qual não for assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes⁹⁹.”

Danilo Pereira Lima¹⁰⁰ extrai, da análise feita por Maurizio Fioravante acerca do constitucionalismo moderno e dos direitos fundamentais, três modelos para examinar as vivências constitucionais da Inglaterra, dos Estados Unidos e da França.

O historicismo, primeiro modelo proposto pelo autor, identifica mais adequadamente a experiência constitucional inglesa, que encontrou na tradição do Common Law um meio de equilíbrio entre as forças políticas, sociais e econômicas, que foram representadas no Parlamento. Como observa o autor, a maneira gradual em que se desenvolveu o constitucionalismo na Inglaterra permitiu o entrelaçamento equilibrado entre passado e presente, sem rejeição total das tradições.

Os aspectos histórico-constitucionais que caracterizam este modelo podem ser assim resumidos: na garantia de direitos adquiridos de liberdade e propriedade; na estruturação corporativa dos direitos, porquanto dizem respeito aos indivíduos pertencentes a uma estrutura estamental; na regulação daqueles direitos e de sua estruturação por meio de contratos de propriedade de terras.

⁹⁸ PIRES RUDOLFO, Rafael Nunes. Ativismo judicial e a garantia do direito à saúde. Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica. <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2414/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Rafael%20Nunes%20Pires%20Rudolfo.pdf>.

⁹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁰⁰ LIMA, Danilo Pereira. Constituição e poder: limites da política no estado de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

O segundo modelo, denominado individualista, resultou das rupturas revolucionárias do século XVIII, a exemplo da Revolução Francesa, e procurou sedimentar uma nova ordem de direitos, em dada conformação social, não com fundamento na posição que o indivíduo ocupava em uma hierarquia social, mas com base na liberdade e igualdade dos homens segundo uma ordem natural. A proteção dos direitos por essa perspectiva visava combater as arbitrariedades do rei e da aristocracia e as expressões “antigo regime” e “novo regime” demonstram o desejo de efetiva ruptura, a fim de se criar uma nova ordem social, e não apenas uma conformação político-social das tradições, como visto no modelo britânico.

As experiências inglesa e francesa marcaram o constitucionalismo americano, no sentido de que, diferentemente de uma nação, um povo reivindicou o direito de escrever sua lei fundamental. Através da Guerra da Independência, os americanos quiseram reafirmar os direitos da tradição britânica, porém não nos mesmo moldes, afinal a constituição britânica havia criado um poder tirânico exercido por um parlamento sem representação.

Assim, o modelo americano de Constituição se fundamentou na limitação do poder político por meio de uma lei escrita, aglutinadora de princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos dos indivíduos. Desse modo, a experiência americana exigiu uma constituição mais rígida, cuja lei fundamental, escrita, protege direitos e princípios fundamentais, de forma a evitar abusos e opressões a uma maioria. A consequência disso é a compreensão da Constituição como a lei suprema, ou seja, uma lei superior, capaz de anular leis de níveis inferiores que com ela são incompatíveis.

Ao contrário do que se sucedeu nas outras experiências históricas, a supremacia da constituição justificou a proeminência do Poder Judiciário, que passou a ser o defensor dos direitos e garantias fundamentais e fiscalizador da constitucionalidade (judicial review).

Em suma, dois são os marcos históricos e formais do constitucionalismo moderno: a Constituição americana de 1787; a Constituição francesa de 1791, movimentos desencadeados pelo Iluminismo e caracterizados como oposição ao absolutismo reinante, por meio do qual o povo foi eleito como titular legítimo do poder. A chamada fase liberal, caracterizada pela positivação de direitos individuais, foi marcada pelo surgimento das primeiras constituições escritas, rígidas, formais, dotadas de supremacia e pela existência de controle de constitucionalidade, além de

pretender a limitação da atuação arbitrária de um Estado absoluto em face do exercício dos direitos do indivíduo.

A partir do século XX, com a crise do liberalismo e a crescente desigualdade social agravada pelo fim da Primeira Guerra Mundial, inaugura-se a fase social do constitucionalismo moderno e o Estado Social de Direito, caracterizado por um forte intervencionismo na economia e que surge como mecanismo de contenção do individualismo excessivo para regular a propriedade privada e instituir os direitos dos trabalhadores. As constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919 são representativas desse período.

Na Europa, até o final da Segunda Guerra Mundial, identifica-se a vigência de um Estado legislativo de direito. Conforme observa Barroso¹⁰¹, a Constituição neste modelo não era aplicada diretamente e suas normas dependiam de um movimento do legislador ou do executivo, refletindo, na maioria das vezes, um documento essencialmente político. Com a lei ocupando papel central e dando suporte ao protagonismo do parlamento, praticamente não havia controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Com o fim da Segunda Guerra, surge o Estado Constitucional de Direito, quando se percebe um aprofundamento democrático crescente, em que a Constituição não mais apenas disciplina o modo de produção das leis e de atos normativos, mas também impõe limites ao seu conteúdo e estabelece deveres de atuação ao Estado. Sob esta nova perspectiva, a Constituição exerce o papel central e o judiciário ganha destaque por desempenhar, através de uma corte suprema, o papel de intérprete final e vinculante da normas constitucionais.

Assim, o período pós-Guerra fez surgir a necessidade de se repensar o tipo de constitucionalismo existente. As Constituições, especialmente as europeias, cujos textos refletiam e dependiam da atuação do Legislativo ou do Executivo, não eram mais suficientes para responder adequadamente às questões decorrentes da nova ordem social.

O constitucionalista alemão, Peter Häberle, aponta duas questões essenciais para a Teoria da Interpretação Constitucional: a indagação sobre as tarefas

¹⁰¹ BARROSO, Luis Roberto. No mundo ideal o direito é imune à política, no mundo real não. Revista Consultor Jurídico, 16 de fevereiro de 2010b. p. 07. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim>.

e os objetivos da interpretação constitucional; e, a indagação sobre os métodos (processo da interpretação constitucional e regras de interpretação)¹⁰². Até aquele momento, segundo o autor, não se havia atribuído significação a uma terceira questão: a atuação dos participantes da interpretação constitucional naquele contexto sistematizado de leis. Em uma visão genérica, o autor afirma que o processo de interpretação pluralista se mostra difuso, pois apresenta um âmbito grande de possíveis integrantes do processo interpretativo. Segundo ele, a teoria da interpretação da Constituição esteve, por muito tempo, vinculada a um modelo em que se restringia o campo de investigação da interpretação constitucional aos juízes e aos procedimentos formais.

Não se pode negar que essa nova forma de se pensar a Constituição, colocando-a no centro do debate jurídico, trouxe significativos avanços para o Direito. No entanto, destinou ao Poder Judiciário o trabalho de interpretação e aplicação do novo modelo, sendo a discricionariedade a principal característica que identifica a atuação jurisdicional constitucional.

Nos dizeres de Barroso¹⁰³, “a expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais”. Segundo o autor, a jurisdição constitucional tem duas formas de atuação: uma diz respeito à aplicação direta das normas da Constituição aos casos que ela contempla; a outra consiste na atuação do intérprete, quando a utiliza, para conferir validade a uma norma infraconstitucional, ou para atribuir-lhe o melhor sentido dentre outros possíveis.

Em resumo, podemos entender jurisdição constitucional como sendo a atuação de juízes e tribunais, seja na interpretação direta da Constituição, quando do exercício do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público na atuação indireta, seja quando do exercício da interpretação conforme a Constituição.

3.2 Ativismo judicial e Judicialização de políticas públicas

¹⁰² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002, 55p.

¹⁰³ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Retrospectiva 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica.

A forma de atuação do Poder Judiciário vem se modificando ao longo do tempo e exemplo disso é a Constituição Federal do Brasil de 1988, que representou uma ruptura na concepção do exercício da jurisdição. A partir de então, as expressões ativismo judicial e judicialização de políticas passaram a referir-se à jurisdição constitucional.

É preciso admitir que, atualmente, ambas são utilizadas para indicar o aumento da judicialização de questões que são levadas ao conhecimento do Poder Judiciário. Embora, de início, isso possa ser considerado comum, faz-se necessário diferenciar essas categorias, a fim de que os traços em comum que as aproximam, não conduzam a uma compreensão incorreta de que sejam, ambas, faces da mesma moeda.

Ao identificar, portanto, as diferenças, proporcionam-se condições para uma melhor compreensão dos fenômenos. Mais que isso, a distinção entre judicialização de políticas e ativismo é necessária em um cenário no qual é crescente a procura pelo Poder Judiciário para dar solução a conflitos, a fim de que o Direito não seja reduzido apenas a um produto das decisões judiciais, o que poderia fragilizar os fundamentos democráticos do Estado brasileiro.¹⁰⁴

Ao redor do mundo, o tema tem sido debatido há tempos pelos juristas, e sua relevância decorre do fato de que a atuação dos juízes diante de questões que envolvam conceitos legais indeterminados é ainda incompreendida por muitos, de modo que as técnicas tradicionais de prática do Direito não oferecem solução adequada às controvérsias levadas a juízo. Essas questões envolvem o estudo da Teoria do Direito e naturalmente apresentam discordâncias entre os juristas que pretendem resolvê-las.

É consenso que, atualmente, o Poder Judiciário está cada vez mais no centro das discussões jurídicas. O debate acerca do exercício da jurisdição assumiu outras abordagens, para além daquelas até então observadas como exclusivas das experiências dos países da tradição da *common law*. Atualmente, o alcance do debate é muito maior, pois em diversos países, incluídos os que adotam o sistema da *civil law*, a concretização de direitos tem exigido um agir mais efetivo do Poder Judiciário.

¹⁰⁴ TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da área de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de mestre em Direito. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ClarissaTassinari.pdf>. Acesso em: 08/12/2019.

Clarissa Tassinari refere que esta postura mais ativa do Judiciário está relacionada às transformações observadas na Teoria Constitucional. O neoconstitucionalismo, como vem sendo chamado, tem sido destacado pela maioria dos seus teóricos por dar relevância à atividade judiciária.

Assim como a autora, identificamos as expressões “*global expansion of Judicial Power*”, utilizada por Neal C. Tate e Torbjörn Vallinder; “*jusristocracy*”, de Ran Hirschl; “*judge-made law*”, de Christopher Wolfe; “*governing with judges*”, de Alec Stone Sweet; “*judicial activism*”, de Keenan D. Kmiec, ao tratarem do protagonismo do Judiciário em relação aos demais poderes. De fato, no constitucionalismo brasileiro contemporâneo também encontramos essa característica de preponderância do Poder Judiciário. Isto porque, demandas que antes eram típicas da atividade política, começaram a ser materializadas em demandas judiciais, fenômeno que passou a ser conhecido como judicialização de políticas públicas.¹⁰⁵

De fato, o modo de entender a atividade judicial ganhou novos contornos a partir do surgimento das teorias constitucionais. A partir do século XX, nos países que já dispunham de um aparato constitucional, passou-se a pensar na atividade judicial para além de uma tarefa mecânica, de aplicação da legislação ao caso concreto.

No Brasil não foi diferente. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a concretização das disposições constantes do seu texto, através do Direito, deu força e derramou luz sobre a atividade do Poder Judiciário. Identifica-se como uma das características marcantes da passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito essa transferência do polo de tensão do Poder Executivo para o Poder Judiciário.¹⁰⁶

Diante dessa perspectiva, Clarissa Tassinari apresenta os dois pressupostos pelos quais, no Brasil, passa-se a conceber a jurisdição: pelo ativismo judicial; pela judicialização de políticas.¹⁰⁷

Afirma a autora que a Teoria do Direito passou a adotar, de pronto, a ideia de ativismo judicial como o início da construção do novo cenário jurídico.

¹⁰⁵ TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul/dez 2012.

¹⁰⁶ TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul/dez 2012.

¹⁰⁷ TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul/dez 2012.

Salienta, contudo, ter passado despercebido que não é audiente afirmar a existência do ativismo judicial ou da judicialização da política, "mas é imprescindível que se demonstre *como* conjugar os elementos – *constitucionalismo-Judiciário-política-ativismo*, citando, aqui, apenas os principais – que perpassam estas duas concepções, problemática que, aliás, vem sendo debatida há mais de duzentos anos nos Estados Unidos, desde o julgamento do caso *Marbury versus Madison* (em 1803), que deu origem ao controle de constitucionalidade norte-americano (*judicial review*)."¹⁰⁸

De acordo com Clarissa Tassinari, o ativismo judicial "é gestado exclusivamente pela sistemática jurídica, referindo-se a um problema próprio do Direito, na medida em que se constitui em um comportamento judicial pautado por um ato de vontade, que muitas vezes está revestido de um critério político como fundamento."¹⁰⁹

Esta é a principal diferença apontada por Guilherme Barcelos entre judicialização e ativismo judicial. Para ele "a judicialização é um problema das democracias contemporâneas, e tem por gênese uma pecha contingencial/circunstancial." Já o ativismo, "ocorre quando o juiz ou o Tribunal decide por argumentos de moral ou de política e afins, de onde exsurge que o Direito (ou a sua autonomia) acaba sendo substituído pelas convicções pessoais do julgador."¹¹⁰

Elival da Silva Ramos, ao desenvolver o conceito de ativismo judicial refere a importância de se fazer um estudo comparado diante dos diversos sistemas jurídicos, já que para reconhecer as características do ativismo judicial é preciso avaliar o modo como é exercida a função jurisdicional. O fenômeno será percebido diferentemente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder Judiciário.¹¹¹

¹⁰⁸ TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da área de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de mestre em Direito. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ClarissaTassinari.pdf>. Acesso em: 08/12/2019.

¹⁰⁹ TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre*, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul/dez 2012.

¹¹⁰ BARCELOS, Guilherme. *Judicialização da política e ativismo judicial*. 1 ed. Florianópolis: Habitus, 2018.

¹¹¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104.

Refere-se o autor aos sistemas da *common law* e da *civil law*. Considerando o conceito de fontes formais do Direito, nos sistemas da família romano-germânica, as decisões judiciais não se revestem deste caráter, o que não impede o reconhecimento do poder limitado de criação atribuído às decisões judiciais, sendo que prevalece a aplicação da legislação pré-existente à situação fática. Segundo Ramos, a jurisprudência, no sistema da *civil law*, atua dentro de uma moldura previamente estabelecida pelo legislador.¹¹²

Já nos sistemas de *common law*, de acordo com o autor, a jurisprudência ainda é considerada a principal fonte do Direito - considerando-se as experiências da Inglaterra e dos Estados Unidos -, sendo que este último se caracteriza pela existência de uma Constituição dotada de supremacia formal; além disso, há uma crescente importância da legislação em ambos os ordenamentos.¹¹³

A despeito das diferenças, o autor aponta que em ambos os sistemas as decisões judiciais desempenham dupla função: a de definir a controvérsia de acordo com legislação existente, de forma que as partes não possam mais renovar a discussão sobre as questões decididas; e a de criar um precedente para futuras demandas similares.¹¹⁴

Os doutrinadores vêm apontando a aproximação entre os sistemas de *common law* e de *civil law*, a qual decorre da crescente necessidade de uma atuação mais efetiva e criativa do Judiciário frente às novas demandas. No entanto, reconhecem ainda existir uma diferença de grau entre os sistemas jurídicos quanto ao fenômeno da criação do Direito através da atividade judiciária.¹¹⁵

Elival da Silva Ramos - tomando como premissa que o ativismo judicial caracteriza-se por uma disfunção no exercício da função jurisdicional em detrimento, principalmente, da função legislativa -, afirma que, por meio da diferença de grau, antes mencionada, é possível compreender porque é mais difícil estabelecer diferenças nos sistemas da *common law* quanto à atuação ativista do Judiciário, a qual pode ser entendida como mais ousada, porém dentro dos limites juridicamente

¹¹² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105.

¹¹³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105.

¹¹⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105.

¹¹⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

permitidos. Assim, identifica o autor uma maior proximidade, neste sistema, entre as atividades do juiz e as do legislador no que tange à produção de normas jurídicas.

Isto se dá em razão da possibilidade de os tribunais ingleses e estadunidenses revogarem precedentes que, em tese, deveriam ser observados. Tal característica soma-se à capacidade de não apenas decidir nos limites do caso concreto, aplicando precedentes ou leis previamente existentes, mas proferindo novas regras com potencial para disciplinar eventos futuros.¹¹⁶

Em síntese, conforme o autor, à medida que no âmbito da *common law* se franqueia ao Poder Judiciário uma atuação extremamente ativa no processo de geração do direito, torna-se bem mais complexa a tarefa de buscar, no plano da dogmática jurídica, parâmetros que permitam identificar eventuais abusos da jurisdição em detrimento do Poder Legislativo. Em razão disso é que Elival da Silva Ramos afirma que a questão central não é a consistência jurídica da atuação mais ousada do Poder Judiciário, e sim sua **legitimidade**, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político.¹¹⁷

Ao seguir no estudo do desenvolvimento da concepção de ativismo judicial, Elival da Silva Ramos traça a relação entre o ativismo e o Estado Democrático de Direito. Assim, remete o leitor ao estudo da Teoria do Poder Constituinte, a qual importa no reconhecimento de que um ato de soberania é responsável pelo surgimento do ordenamento jurídico, não sendo por ele limitado ou condicionado. De outro lado, a Teoria propõe uma institucionalização do poder, de forma que ele passa a ser exercido por órgãos indicados e na forma prescrita pela Constituição. Este movimento jurídico-político ficou conhecido como constitucionalismo, e o Estado submetido ao Direito passou a ser chamado de Estado constitucional, cuja característica marcante é o Princípio da Separação dos Poderes.¹¹⁸

Tal princípio se tornou conhecido a partir das revoluções liberais do século XVIII, com a obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu. Dai decorre, segundo observa Elival da Silva Ramos, que este princípio, característico das constituições

¹¹⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

¹¹⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110.

¹¹⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111.

democráticas contemporâneas, está histórica e ideologicamente vinculado ao modelo de liberalismo cunhado no século XVIII, não podendo, assim, ser compreendido sem que se considere sua ligação a um sistema constitucional específico, que lhe dará características próprias, a fim de torná-lo único na sua concretização, a partir do modelo original.¹¹⁹

Segundo Aharon Barak, a separação de poderes não é um valor em si. Não foi projetado para garantir eficiência. O objetivo da separação de poderes é fortalecer a liberdade e evitar a concentração de poder nas mãos de um ator governamental de maneira que possa prejudicar a liberdade do indivíduo.¹²⁰

O Princípio da Separação dos Poderes é caracterizado por uma interrelação entre os órgãos e as funções do Estado, importando na divisão estruturada de órgãos que exercem o poder estatal com base nas funções que desempenham. Segundo Elival da Silva Ramos, as Constituições que consagram os postulados do Estado de Direito sempre determinam quais os órgãos que exercem o poder estatal, embora nem sempre indiquem expressamente as funções que lhes são preponderantemente atribuídas. Por exigência constitucional, deve haver uma função específica atribuída a cada um dos Poderes, admitindo o seu exercício compartilhado com os demais nas hipóteses expressamente autorizadas pela Constituição. Caso contrário, a função típica é exercida somente pelo Poder a quem foi atribuída a competência. Por outro lado, a despeito da interrelação entre as atividades estatais, o exercício da função que se afaste do seu campo característico de atuação poderá interferir, inevitavelmente, de maneira indevida no âmbito de atuação de outro Poder.¹²¹

O princípio da separação de poderes exige que a derrogação da função primária atribuída a um ramo e a sua transferência para outro ramo não afetem adversamente o núcleo da função.¹²²

Nesse passo, afirma Elival da Silva Ramos que, ultrapassadas as barreiras que limitam as funções do Poder Judiciário, em detrimento das funções dos

¹¹⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 114.

¹²⁰ BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. Princeton University Press. Edição do Kindle, p. 35.

¹²¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116.

¹²² BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. Princeton University Press. Edição do Kindle, p. 37.

outros Poderes, quais sejam, as funções legislativa e administrativa de governo, encontrar-se-á o âmbito do ativismo judicial. Mas, Elival da Silva Ramos pontua que não se trata de um exercício desenfreado de outras funções, que, em certa medida são autorizadas pela Constituição aos órgãos do Judiciário. Ao revés, seria uma atuação que invadiria a função essencial atribuída constitucionalmente a outro Poder e, além disso, descaracterizaria a função do Poder Judiciário.¹²³

Para compor o conceito de ativismo judicial, o autor trata da diferenciação da discricionariedade na atuação dos Poderes. Ele afirma que a Teoria da Discricionariedade, em todos os seus aspectos, está relacionada ao Princípio da Separação dos Poderes e implica em estabelecer limites ao exercício do controle pelo Poder Judiciário sobre os atos dos Poderes Legislativo e Executivo, quando inexisterem barreiras normativas; ou se existentes, não autorizando a imposição de condutas pelo Judiciário em detrimento daquelas eleitas pelos poderes controlados.¹²⁴

Para Ahron Barak, tornar rotineiro o processo de controle judicial dos atos praticados pelos Poderes Legislativo e Executivo, violaria indevidamente a separação de poderes.¹²⁵

Finalmente, ao conceituar o fenômeno do ativismo judicial após o desenvolvimento teórico apresentado, Elival da Silva Ramos entende que o tal conceito é amplo pelo fato de não o podermos vincular a nenhum sistema jurídico específico, embora se reconheça maior proximidade com o sistema romano-germânico, em que o Princípio da Separação dos Poderes rege o sistema. Nesse contexto, o ativismo judicial pode ser entendido como o desbordamento das funções institucionalmente atribuídas ao Poder Judiciário, qual seja a resolução de conflitos subjetivos e objetivos. Para o autor, o ativismo judicial é entendido negativamente na medida em que é caracterizado por uma desvirtuação da atividade típica do Poder Judiciário, com potencial de invasão na função dos demais poderes.¹²⁶

Por outro lado, o fato de o judiciário ter autoridade para fiscalizar a constitucionalidade das ações executiva e legislativa não significa que ele tenha

¹²³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116/117.

¹²⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 128.

¹²⁵ BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. Princeton University Press. Edição do Kindle, p. 38.

¹²⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

autoridade, de modo geral, para pré-aprovar determinadas ações como condição para suas vigências. A revisão judicial é uma coisa; intervenção na ação das agências é outra.¹²⁷

Quando Elival da Silva Ramos aborda o estudo do ativismo judicial no Brasil, passa a analisar o conceito anteriormente formulado - entendido o ativismo como o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional -, no contexto do sistema jurídico brasileiro. Isto quer dizer que, para identificar se determinada atuação é ou não ativista, a análise será feita com foco na aplicação da Constituição.¹²⁸

Segundo o autor, a particularidade do ativismo judicial analisado sob a ótica constitucional está relacionada às atividades de interpretação e de aplicação da Constituição e aos postulados que informam estas atividades. São eles: a supremacia das normas constitucionais sobre todas as outras que compõem o ordenamento, revogando-as ou invalidando-as no caso de conflitos; o caráter nomogenético de boa parte dos preceitos constitucionais, concretizados na estrutura lógica de normas-princípio, o que amplia sua incidência a outros quadrantes do ordenamento; a fluidez e a decorrente imprecisão semântica (vagueza e ambiguidade) da linguagem constitucional, frequentemente referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo; a fundamentalidade de maior parte das normas formalmente constitucionais, que dizem respeito a aspectos básicos da organização estatal e de seu relacionamento com a sociedade civil; a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários, com atuação mais decisiva no tocante à interpretação-aplicação da Constituição, quer por lhes incumbir, a título exclusivo, o controle de constitucionalidade de atos e omissões legislativas (sistema europeu), quer por se tratar do órgão de cúpula do Poder Judiciário e que, nessa condição, tem a palavra final sobre questões constitucionais (sistema estadunidense).¹²⁹

Um ponto comum que se tem percebido nos debates é que o ativismo judicial tem caracterizado a atuação do Poder Judiciário contemporâneo, apresentando funções diversas daquelas habitualmente desempenhadas e que

¹²⁷ BARAK, Aharon. The judge in a democracy. Princeton University Press. Edição do Kindle, p. 38.

¹²⁸ RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 139/140.

¹²⁹ RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 139/140.

consistiam em averiguar atos e fatos jurídicos e aplicar-lhes regras pré-existentes a fim de discipliná-los.

Desse modo, tem-se visto a atuação dos juízes em questões de nítido caráter político, adentrando em questões que analisam o conteúdo da Constituição. Em razão disso, tem crescido o número de questões levadas ao Poder Judiciário que reclamam uma decisão de conteúdo constitucional, as quais resultam em demandas aos outros poderes no sentido de implementar medidas efetivas para garantir direitos sociais previstos.

Tem se afirmado que essa postura dos juízes promove a aproximação entre a doutrina jurídica brasileira e os sistemas jurídicos inglês e norte-americano, intensificado a experiência da existência de um documento central dotado de força vinculante, que é a Constituição.

No entanto, seguindo a linha de pensamento de Sergio Fernando Moro, mesmo em países que adotaram sistemas constitucionais, existem questões que permanecem em aberto relativas ao alcance e profundidade da função jurisdicional, na medida em que não podem ser inteiramente resolvidas através de regras abstratas e prévias à prática jurisdicional.¹³⁰

Segundo o autor, a objeção democrática pode, por exemplo, justificar a postura de autocontenção por parte do juiz constitucional, o que não deve ser necessariamente identificado como conservadorismo.

Já a demonstração de compatibilidade entre jurisdição constitucional e democracia pode autorizar postura mais ativa do juiz, quer ampla, quer localizada, na resolução de controvérsias constitucionais.¹³¹

No Brasil, os que defendem uma postura ativista dos juízes encontram no objetivo de dar efetividade às proposições contidas no texto constitucional a justificativa para suas proposições, além de se apoiarem na doutrina, principalmente norte-americana, para sustentar o ativismo judicial.

Mas, como bem observa Eduardo Fernando Appio, “ o termo ativismo judicial - ou, ainda, ativismo judiciário - encontra no Brasil, por conseguinte, uma

¹³⁰ MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

¹³¹ MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

concepção totalmente distinta da existente na Inglaterra e nos Estado Unidos, *locus* a partir do qual escreve Ronald Dworkin”.¹³²

Conforme pontua o autor, no sistema jurídico brasileiro, o ativismo judicial está vinculado à concretização dos direitos sociais, constitucionalmente previstos mas que diante da escassez de recursos públicos são relegados a segundo plano.

Segundo Eduardo Fernando Appio, os juízes analisam os critérios intrínsecos adotados pelos Poderes Legislativo e Executivo para a aplicação dos recursos públicos, de tal modo que chegam a interferir nas próprias leis orçamentárias votadas pelo Congresso Nacional.

Por outro lado, anota que no caso dos Estados Unidos, não existem direitos sociais previstos na Constituição e, nesse passo, qualquer atuação do Poder Judiciário no sentido de impor a sua concretização a qualquer dos demais poderes não é considerada legítima.

Assim, pode-se afirmar que, quando se trata de implementação de direitos sociais, a Suprema Corte dos Estados Unidos escolhe o caminho da autocontenção, deixando para os demais Poderes a responsabilidade pelas escolhas das políticas públicas a serem realizadas.

Podemos dizer, portanto, com base na leitura do artigo de Eduardo Fernando Appio, que encontrar uma definição de ativismo judicial não é tarefa fácil e depende da realidade jurídica de cada sistema em que a discussão se insere. Desse modo, não é possível importar decisões e doutrinas dos Estados Unidos, mesmo que este país tenha sido o precursor do constitucionalismo e tenha um Poder Judiciário com nível de excelência reconhecido.

Portanto, quando se fala de ativismo judicial nos Estados Unidos, trata-se de uma tutela jurisdicional de direitos individuais em face da intervenção indevida do Estado nos direitos de liberdade dos cidadãos.

Já no Brasil, a atuação mais intensa do Poder Judiciário se dá com o objetivo de concretizar direitos sociais em razão da escassez de recursos públicos e

¹³² APPIO, Eduardo Fernando. O ativismo judicial na visão de Ronald Dworkin. Revista Publicum, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 37-53. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33287/27091>. Acesso em: 08/11/2019.

da discricionariedade política dos Poderes, cujos membros são eleitos pela população.

Keenan D. Kmiec¹³³, em seu artigo *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, menciona que, na década de 1990 e nos primeiros quatro anos do século XXI, os termos “ativismo judicial” e “ativista judicial” apareceram em milhares de artigos de revistas e jornais, bem como assumiram um papel de destaque nos debates públicos, aparecendo regularmente em páginas editoriais, blogs e discussões políticas. No entanto, embora tal termo tenha adquirido espaço nos debates, seu significado tornou-se pouco claro devido ao grande número de definições a ele atribuídas, inclusive contraditórias.

Com relação ao surgimento do termo ativismo judicial para o grande público, Keenan D. Kmiec informa que, em um artigo publicado na revista *Fortune*, de janeiro de 1947, Arthur Schlesinger traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte americana, explicitando as alianças e divisões entre eles. O artigo os dividiu em duas categorias: “juízes ativistas” e “juízes campeões da auto-contenção”.¹³⁴

Segundo tal artigo, cada uma dessas categorias é produto de visões legais distintas. Os juízes ativistas têm suas raízes na escola de Direito de Yale. Esta escola considerava o raciocínio jurídico mais maleável do que científico. Segundo o autor, a característica dos juízes ativistas era acreditarem que a lei e a política são inseparáveis.

Marcos Paulo Veríssimo, em seu artigo *Controle de Constitucionalidade e Ativismo Judicial*, destaca que a escola de Direito de Yale é o berço do realismo jurídico nos Estados Unidos.

O realismo jurídico consiste em um movimento que procura olhar o fenômeno da aplicação do Direito, não como ele deve ser ou poderia ser no mundo ideal, mas como ele é na realidade.¹³⁵ Expõe Kmiec, que para Schlesinger, a partir dessa perspectiva, o ideal da auto-contenção começa a parecer abdicação da

¹³³ KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, 92 *Cal.L. Rev.* 1441 (2004). Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>.

¹³⁴ KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, 92 *Cal.L. Rev.* 1441 (2004). Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>.

¹³⁵ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. In: *Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política*. Daniel Wei Liang Wang, organizador. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 53/73.

responsabilidade e deferência a uma conjuntura, resultando em decisões que favoreçam interesses daqueles que se beneficiam deste mesmo *status quo*.¹³⁶

Por outro lado, no mesmo texto, Schlesinger explica que para os campeões da auto-contenção a lei fixa significados, e desviar desses é inapropriado, independentemente do grupo que possam beneficiar desde o início. Esta escola procura resistir à supremacia judicial, ser deferente para com a vontade legislativa, sejam quais forem as orientações políticas, e manter a fé na separação dos poderes e no processo democrático.

O artigo de Keenan D. Kmiec afirma existir mais cinco sentidos relacionados ao conceito de ativismo judicial. O primeiro identifica um juiz ativista como aquele que invalida ações tomadas por outros poderes dentro de parâmetros constitucionais de competência. O segundo sentido refere-se a juízes que não seguem os precedentes. A terceira concepção apresentada pelo autor está relacionada a juízes que criam direitos não expressamente previstos no ordenamento. O quarto sentido proposto refere-se à criatividade dos juízes que se afastam dos métodos de interpretação tradicionais. Por fim, o quinto sentido de ativismo diz respeito aos julgamentos orientados para um resultado.

Partindo, então, do estudo do termo ativismo judicial, podemos procurar compreender outro termo que ganhou espaço nos debates da ciência política em tempos mais recentes: a judicialização da política, embora a expressão já venha sendo empregada na Teoria Constitucional há mais tempo.

Como aponta Marcos Paulo Veríssimo, tal expressão ganha corpo e se consagra a partir de um seminário que resultou no livro intitulado *The Global Expansion of Judicial Power*, e é no sentido empregado nesta obra que o termo é hoje corretamente utilizado.¹³⁷

Para que o Direito não terminasse suplantado pela política, pela economia e pela moral no Constitucionalismo Contemporâneo, o Poder Judiciário se mostrou fundamental na afirmação de sua autonomia. A estrutura, os fins e objetivos

¹³⁶ KMEIC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, 92 *Cal.L. Rev.* 1441 (2004). Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>.

¹³⁷ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. In: *Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política*. Daniel Wei Liang Wang, organizador. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 53/73.

a serem buscados pelo Estado e pela sociedade para a concretização do Estado Democrático de Direito passaram a ser estabelecidos pela Constituição.

Ainda segundo Werneck Viana, “[...] o que se constata é que a vocação expansiva do princípio democrático tem implicado uma crescente institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços até há pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da esfera privada”. Esse fenômeno levou à normatização de algumas posições políticas voltadas fundamentalmente para a melhoria das condições sociais e econômicas da população.¹³⁸

A judicialização, segundo Barroso¹³⁹, “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”. Trata-se de uma transferência de poder do Legislativo e do Executivo, esferas tradicionalmente políticas, para o Poder Judiciário.

Mas a judicialização não é um fenômeno que tem sido identificado apenas no Brasil. Ran Hirschl, em seu artigo *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*, enuncia que, em um prazo de poucas décadas, o mundo tem testemunhado profunda transferência de poder das instituições representativas para o Judiciário, sejam elas domésticas ou supranacionais.¹⁴⁰ Conforme o autor, a adoção do conceito de Supremacia Constitucional, por inúmeras nações ao redor do globo, evidencia uma tendência manifestada através da judicialização da política.

No sistema jurisdicional do Brasil, o modelo adotado é o do positivismo jurídico desenvolvido por Hans Kelsen, Norberto Bobbio e Herbert Hart, no qual a decisão judicial é produzida por meio da subsunção dos fatos a normas pré-estabelecidas e, na ausência de regras claras, o juiz desenvolve solução ao caso com discricionariedade.

No entanto, com a evolução da sociedade, este modelo passou a enfrentar críticas que pretendem demonstrar as falhas de seus pilares teóricos, com o objetivo de superação paradigmática por outra teoria do Direito. São as correntes

¹³⁸ LIMA, Danilo Pereira. Constituição e poder: limites da política no estado de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

¹³⁹ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, p.05-43. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230/219>.

¹⁴⁰ HIRSCHL, Ran. *The new Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4205&context=flr>.

pós-positivistas, que admitem: a influência da moral na construção da norma; a existência de outros padrões de julgamento para a decisão judicial; a análise de validade da norma, não apenas por aspectos formais, mas também de conteúdo. Além disso, tais correntes defendem que a subsunção não reflete efetivamente a atividade de interpretação da jurisdição, a qual não se desenvolve apenas por aplicação da regra previamente existente ao caso concreto, sendo preciso reduzir o espaço para a discricionariedade, a fim de que se amplie a previsão de uma decisão adequada, promovendo maior segurança jurídica.¹⁴¹

Como pode se observar, as lacunas apresentadas pelo positivismo, sentidas nas searas acadêmica e forense, fizeram surgir uma crise paradigmática, o que acabou por contribuir para a atual expansão da atuação do judiciário e do discurso jurídico, trazendo mudanças também ao atual pensamento jurídico e à prática do Direito.

Clarissa Tassinari identifica alguns fatores dos quais decorre o fenômeno da judicialização da política, tais como: o dirigismo constitucional; o surgimento dos Tribunais Constitucionais na Europa; o aumento da litigiosidade; o crescimento do acesso à justiça; a crise da democracia. A autora afirma que é possível observar a expansão da judicialização por um duplo viés: social e político. Social porquanto a constitucionalização de direitos faz surgir a necessidade de sua concretização efetiva; e político por desídia das esferas representativas na implementação dos mesmos.¹⁴²

Luís Roberto Barroso aponta algumas causas que possam justificar o fenômeno, tais como: o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente como elemento essencial para as democracias modernas; a desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos. Além dessas, ressalta uma terceira, cujo sentido seria aduzir uma referência, pelos atores políticos, de forma que o Judiciário decida certas questões polêmicas que envolvam divergências morais na sociedade.¹⁴³

¹⁴¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Curso de filosofia jurídica. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. 370 p.

¹⁴² TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul/dez. 2012.

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto Barroso. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 439.

No Brasil, sublinha o autor, a expansão da judicialização se deve, principalmente, em razão da abrangente e minuciosa constitucionalização de direitos e do sistema de controle de constitucionalidade praticado, o qual admite o ajuizamento de ações diretas perante a corte suprema, bem como permite que todo juiz possa declarar invalidade de lei ou ato normativo em um caso concreto.

Nesse passo, a judicialização é um fato que não pode ser afastado, pois decorre de um modelo institucional adotado politicamente. Sendo assim, a atuação de juízes e tribunais, adequadamente provocados pela via processual, não é uma opção, mas sim um dever. Contudo, o modo pelo qual o exercício desta atribuição se mostrará determinará se é ativismo judicial ou concretização de direitos eleitos constitucionalmente.

A atividade do juiz, qual seja, a de contribuir para a consecução dos objetivos e princípios estabelecidos na ordem constitucional, objetivando construir uma sociedade mais justa e sustentável, tornou-se fundamental.

Este modo de pensar visa a contrapor o paradigma do Positivismo Jurídico da subsunção estrita do caso concreto às normas legais. Dessa forma, passamos a entender a manifestação legal como manifestação social, cujo objetivo é servir de ferramenta para a efetivação dos princípios e valores almejados pelo Estado.

Nas palavras de Poli¹⁴⁴ [...] "tem-se denominado ativismo judicial a participação mais abrangente e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, mais especialmente de metas ambientais e de sustentabilidade, por meio da atuação que, de certa forma, demonstra uma maior interferência no espaço dos demais Poderes."

Por sua vez, Barroso ressalta que [...] "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".¹⁴⁵

¹⁴⁴ POLI, Luciana Costa. *O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade*. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 210-230, julho/dezembro de 2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/388/339>. Acesso em: 05/03/2019.

¹⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, p.05-43. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230/219>.

De fato, os fenômenos do ativismo e da judicialização causam uma ruptura dos paradigmas constitucionais no intuito de concretizar os direitos fundamentais. No entanto, não significa que a atuação do Poder Judiciário não possa trazer riscos à teoria da separação de poderes.¹⁴⁶

A Teoria da Separação de Poderes foi concebida por Montesquieu, com o objetivo de assegurar a liberdade e garantia dos cidadãos em face do absolutismo das monarquias existentes à época, tendo sido incorporada às constituições de diversos países ao longo da história. A teoria serviu de base para a concepção e adaptação dos Estados, que perceberam haver na distribuição de funções entre diferentes órgãos especializados a garantia de maior eficiência em sua atuação.

Além disso, a divisão na atribuição de tarefas e a desconcentração de poder servem de meio de defesa da liberdade dos indivíduos, uma vez que, quanto mais pessoas ou órgãos estiverem exercendo o poder, menor a chance de surgimento de um governante tirano.¹⁴⁷

No entanto, a Constituição Brasileira de 1988 previu extenso rol de direitos e garantias fundamentais e a sua efetivação passou a ser exigida cada vez mais, por meio da atuação do Estado.

Segundo Barroso, "a judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance".¹⁴⁸

Uma atuação oposta ao ativismo é o autocontrole judicial. Consiste em procedimento pelo qual o Judiciário busca reduzir a sua intervenção nas funções dos outros Poderes. Por meio da autocontenção, os juízes buscam evitar a aplicação direta da Constituição a situações que utilizem critérios rígidos para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos e, deixam de interferir na definição de

¹⁴⁶ ANDRADE, Mariana Dionísio de; BRASIL, Clarissa. Delimitando o ativismo judicial: acepções, críticas e conceitos. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 11, n. 04, Rio de Janeiro, 2018. pp. 3279-3297. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33287/27091>. Acesso em: 08/11/2019.

¹⁴⁷ JACOB, Muriel Amaral. *Ativismo judicial: uma realidade no judiciário brasileiro*. Arquivo Jurídico, v. 2, n. 1, p. 105-119, jan./jun. de 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/4521/2661>. Acesso em 08/11/2019.

¹⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, p.05-43. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230/219>.

políticas públicas.¹⁴⁹ Percebe-se que esta foi a linha de ação do Judiciário até a promulgação da CF 88.

O autocontrole parece implicar na ideia de que, limitando o desempenho dos juízes, restringe-se a aplicação imediata e direta da Constituição, pois, silenciando a lei na solução do caso concreto, a manifestação do legislador deve ser aguardada.

No entanto, com a inclusão de padrões abertos e gerais tanto na CF 88 quanto em outros estatutos, como o Código Civil de 2002, parece que o próprio legislativo favorece o ativismo judicial.

Essa assertiva é possível, uma vez que tal norma apresenta características de generalidade e abstração, o que permite ao intérprete construir uma decisão baseada em princípios pertinentes à solução do caso concreto.

Segundo Luciana Costa Poli, “em princípio, o ativismo judicial busca extrair o potencial máximo das diretrizes do texto constitucional, favorecendo a busca de soluções para o caso concreto que estejam em consonância com os princípios a serem implementados pelo Estado Democrático de Direito.”¹⁵⁰

Desta forma, o desempenho do juiz ganha amplitude, permitindo-lhe dar a solução mais adequada para cada caso concreto, promovendo um **princípio de diálogo de todo um sistema**, que já não se satisfaz com a aplicação fria do texto exclusivamente jurídico.

Os juízes submetem-se aos princípios éticos e solidários da Constituição, pois as cláusulas gerais, quando inseridas na lei, refletem esses ideais.

Diferentemente de outras normas, as cláusulas gerais introduzem a ideia de que o juiz, ao buscar resolver o caso, seleciona certos fatos ou comportamentos para confrontá-los com determinado parâmetro, orientado pela busca da implementação dos objetivos do Estado. É certo que a decisão a ser emitida não estará em conformidade com uma solução predeterminada.

Podemos concluir que, com a inclusão de normas gerais no ordenamento jurídico, a lei não se origina apenas na produção vinda do legislador,

¹⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, p.05-43. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230/219>.

¹⁵⁰ POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 210-230, julho/dezembro de 2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/388/339>. Acesso em: 05/03/2019.

mas resulta das experiências, dos fatos e costumes de uma sociedade. Assim, pensar que o Direito é feito apenas da aplicação da conduta tipicamente prescrita é encontrar brevemente sua obsolescência.

Poli¹⁵¹ sugere que "esta noção de incompletude do sistema revela que não se deve esperar que o poder legislativo resolva todas as situações concretas enfrentadas pela sociedade. Pelo contrário, talvez seja hora de admitir que o Judiciário tem um papel decisivo na implementação de um Estado comprometido com os objetivos constitucionais".

Podemos complementar o pensamento com a afirmação de Barroso, segundo a qual não se pode mais aderir à crença de que as normas jurídicas trazem um sentido único, objetivo e válido para todas as situações.¹⁵² Não se pode mais imaginar a atuação do juiz como sendo mero intérprete da norma, sem desempenhar nenhuma reflexão criativa em sua concretização.

Por outro lado, esse pensamento revela que, a cada decisão de caso concreto, o juiz está próximo dos problemas sociais, tornando-se mais apto a concretizar os valores constitucionais adequados aos interesses das partes.

Para encerrar este capítulo, sem evidentemente pretender encerrar o debate sobre os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, faz-se um resumo das percepções até aqui encontradas para então partir para o próximo capítulo.

O ativismo judicial e a judicialização de políticas são fenômenos que já ocupam o cenário de debates jurídicos há um tempo e estão presentes na realidade jurídica de diversos países ao redor do mundo. São frutos da adoção de sistemas constitucionais que passaram a depender de uma atuação mais intensa do Poder Judiciário para resolver questões morais, de políticas públicas e controvérsias políticas.

No entanto, percebe-se ainda uma ausência de definição clara do que seja cada um desses termos, os quais, a despeito desta imprecisão estão sendo largamente utilizados, principalmente nas questões relacionadas a direitos sociais e políticas públicas.

¹⁵¹ POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 210-230, julho/dezembro de 2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/388/339>. Acesso em: 05/03/2019.

¹⁵² BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, p.05-43. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230/219>.

O que pode ser extraído desta pesquisa é que o entendimento do que vem a ser cada um desses fenômenos dependerá da análise do sistema jurídico em que estão inseridos. As definições de ativismo e de judicialização comportam várias interpretações e a doutrina ainda diverge quanto aos conceitos ante a escassez de parâmetros claros; porém, há consenso quanto a serem fenômenos da modernidade, os quais surgiram diante da necessidade de assegurar a efetividade de direitos sociais.

Alguns autores (a exemplo de Keenan D. Kimiec) atribuem o surgimento do ativismo judicial ao artigo do historiador Athur Schlesinger, da revista *Fortune*, de 1947.

Outros afirmam (como Sergio Fernando Moro) que no caso *Marbury versus Madison* (1803), a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a possibilidade do judicial review, mesmo sem previsão expressa na Constituição americana, inaugurando assim a jurisdição constitucional.

Eduardo Fernando Appio assevera que a importação das doutrinas neoconstitucionalistas americanas a fim de justificar a atuação mais ativa dos juízes brasileiros acabou por confundir os conceitos de ativismo e judicialização de políticas, gerando alguns equívocos percebidos atualmente.

No Brasil há defensores de uma postura mais ativista do Judiciário, a exemplo do Ministro do STF, Luis Roberto Barroso. Contudo, a maior parte da, ainda escassa, doutrina tece críticas negativas ao ativismo judicial por entender que se trata de um desvirtuamento da atividade típica do Poder Judiciário, com reflexos e interferências no campo de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Como se percebe, os conceitos de ativismo e judicialização têm sido frequentemente utilizados em alternância para se referir a diferentes tipos de atuação do Poder Judiciário.

No entanto, como mencionado, há vozes na doutrina, como Lênio Luiz Streck e Clarissa Tassinari, que expõem a necessidade de se fazer uma diferenciação entre esses dois conceitos. Esses autores tecem, ainda, críticas à atuação ativista dos juízes, porquanto estariam eles desbordando de suas funções originais e invadindo a esfera de competência dos outros Poderes.

Porém, aduzem que, no Brasil, a concepção de ativismo judicial foi introduzida de modo distinto daquela existente na Inglaterra e nos Estados Unidos. Aqui, esta concepção está intimamente ligada a um objetivo específico: o de garantir

a concretização de direitos fundamentais, a exemplo dos direitos sociais, a qual será objeto de estudo do capítulo seguinte.

3.3 Atuação do Poder Judiciário nas causas ambientais concretas: judicialização de políticas públicas ou ativismo judicial?

As decisões de casos concretos trazidos para a análise do Poder Judiciário, em especial as que versam sobre causas ambientais politizadas e de eminente alcance social, principalmente quando tratam diretamente da implementação de políticas públicas sustentadas em inovadoras disposições legais do Direito Ambiental, têm gerado intensos debates e dividido opiniões entre os agentes do Direito.

A produção jurisprudencial originada a partir de todo um arcabouço normativo que visa a grandes modificações de paradigmas de comportamento da sociedade em relação ao meio-ambiente, como era de se esperar, vem sendo incrementada à medida que a própria sociedade passa a endereçar muitas demandas ao Poder Judiciário por conta de seu questionamento inicial quanto a estas próprias normativas. Assim, também cresce o número de pesquisas acadêmicas e de cobertura midiática sobre temas que passam a ser objeto de necessária judicialização ou de um crescente ativismo judicial, sendo que, com frequência, acontecimentos conceitualmente díspares estão postos no mesmo arcabouço de análise sem qualquer precisão.

O fenômeno de uma mais abrangente judicialização da vida social, no Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, garantiu um crescente nível de protagonismo ao Poder Judiciário, que passou a ser obrigado a garantir constantemente - como última instância de debate e definição -, a implementação de soluções inovadoras para questões de grande repercussão, particularmente as que afetam o convívio em sociedade, como, especialmente, as causas ambientais.

Assim, por ineficiência dos demais Poderes quanto à implementação das inúmeras ações necessárias à realização das políticas públicas previstas constitucionalmente, e também em extensa legislação a regulamentar os direitos fundamentais estabelecidos, promoveu a CF/88, direta e indiretamente, um amplo

acesso da sociedade brasileira à justiça, o que representou um grande avanço para a nação. Contudo, este amplo acesso acarreta também ao Poder Judiciário um protagonismo em demandas que deveriam ser discutidas e implementadas por outras esferas políticas institucionalizadas, especialmente aquelas constituídas a fim de gerir o conjunto de programas, ações e decisões governamentais que visam a garantir um determinado nível de desenvolvimento social, político e econômico planejado pelas políticas públicas.

O Direito Ambiental adquiriu autonomia e independência como ramo da Ciência Jurídica e, conseqüentemente, quando do estudo da Constituição de 1988, é no art. 225 que estão elencadas as inovadoras e destacadas disposições que determinam a obrigatoriedade da efetivação de inúmeras políticas públicas voltadas à preservação do meio ambiente, podendo ser indicadas, dentre outras: a necessidade de definição de espaços territoriais e de seus componentes a serem especialmente protegidos; a prevenção a danos ambientais; a promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino; e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

E, mesmo que a Constituição tenha reservado capítulo próprio à proteção ambiental, urge lembrar que muitos outros preceitos normativos que visam à proteção do meio ambiente, em suas mais diversas concepções, também garantem a autonomia jurídica do Direito Ambiental.

Ainda assim, a omissão estatal é corrente e usual, especialmente no que tange à realização de direitos fundamentais, bem como quanto à prestação das ações obrigatórias para concretização de todo o disposto constitucionalmente em relação a estes mesmos direitos, quando, ao contrário, o Estado, como regra, deveria estar sempre a serviço da sociedade.

E uma das principais diretrizes para condução de todas as atividades estatais, em tempos modernos, que é a sustentabilidade - consensual integrante do rol de princípios sociais fundamentais -, vê-se constantemente relegada a ultimíssimo plano, por conta da estagnação estatal diante da efetivação de políticas básicas, avançando cada vez mais a degradação do ambiente ecológico e social.

Quanto à individualização de princípios do Direito Ambiental, entendidos estes como as normas que veiculam valores genéricos e estabelecem condições e orientações para a compreensão do ordenamento jurídico quando de sua aplicação

ou integração, ainda não se alcança um consenso, por ser a disciplina relativamente nova.

Nesse passo, ainda que a Constituição estabeleça o meio ambiente equilibrado como direito fundamental, determinando que é a sustentabilidade um princípio norteador do direito ambiental brasileiro, coabitam em sociedade muitas opiniões divergentes sobre a aplicação deste princípio, muitas delas apresentando desafios razoáveis em face do ordenamento constitucional, sendo essa divergência inerente à democracia.¹⁵³

Divergências que nos levam a suscitar questões que abarcam dúvidas, tais quais: se a solução legislativa apresentada não é condizente com uma visão ambiental protetiva e adequada, pode o Judiciário abrir mão da legislação caso o julgador considere não ser a aplicação da lei a melhor decisão, mais justa para a sociedade?; ou pode o julgador se valer somente de princípios ambientais para fundamentar o afastamento de normas específicas sobre direito ambiental?; ou, finalmente, há que se defender o ativismo judicial para aplicação de inovações legais mais benéficas ao meio ambiente?

A partir destes questionamentos, oriundos de divergências que inclusive propiciam este debate sobre a possibilidade de descarte da legalidade vigente em favor de uma decisão atrelada mais às definições pessoais de moral e valor do julgador, devemos analisar a discricionariedade jurisdicional sob a ótica de diversas teorias do Direito, adentrando algumas considerações essenciais para a compreensão do tema além da esfera política.

Considerando conceitualmente a discricionariedade judicial como uma tomada de decisão do julgador a partir de determinada condição de impropriedade normativa, visando à legitimação da decisão através do atendimento de um ideal permanente de justiça, superando-se por conta disto o modelo jurídico-normativo tradicional, tem-se um fundamento justificado para o protagonismo do Poder Judiciário, a partir do qual o juiz pode ser tido como agente garantidor de mudanças sociais, corrigindo as injustiças da legislação.

Ran Hirschl¹⁵⁴ denominou de *juristocracia* esta atuação mais ousada do Judiciário na realização do direito em detrimento das instituições com

¹⁵³ WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. Oxford University Press, 1999.

¹⁵⁴ HIRSCHL, Ran. Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

representatividade popular, afirmando que o fenômeno teria origem política fundada em diversos fatores, dentre eles a necessidade de proteção da democracia contra a tirania da *regra da maioria*, através da revisão judicial.

O expoente do positivismo jurídico, Herbert L. A. Hart, ao propor atualizações ao paradigma desta corrente filosófica - o qual é caracterizado por: sustentar a separação do Direito e da moral, e por admitir algum nível de discricionariedade judicial -, defendia que o Direito possui normas básicas ou primárias, identificadas como aquelas facilmente aplicáveis, pois possuem conteúdo claro e o seu cumprimento é uma exigência; e, por comportar uma zona de incerteza, comum nos casos complexos, nos quais o julgador não encontrará solução preestabelecida, permitindo uma escolha discricionária entre diversos significados que melhor se apliquem dentre os possíveis.¹⁵⁵

Já o paradigma pós-positivista, exposto por Ronald Dworkin em oposição à teoria de Herbert L. A. Hart, defende que deve ser a discricionariedade terminantemente excluída dos elementos de julgamento, devendo restar o julgador adstrito ao ordenamento jurídico para proferir suas decisões, sendo que, na ausência de regras jurídicas ou no caso de dúvida quanto ao direito aplicável ao caso, o julgador resta vinculado aos princípios preestabelecidos.¹⁵⁶

Diante deste contexto doutrinário estabelecido, ao se tratar então do tema do ativismo ou da judicialização em matéria ambiental, é fundamental abordar os limites interpretativos dos princípios, especialmente quando temos em vista que, no Brasil, tanto a jurisprudência quanto a doutrina tendem a analisar o direito ambiental em torno dos seus princípios, afastando, por vezes, o restante do ordenamento normativo como sendo injusto, a partir de um contexto principiológico progressista.

Para Robert Alexy¹⁵⁷, os 'princípios jurídicos' considerados como componentes das normas jurídicas, fazem-nos razões para juízos concretos, distinguindo-se das regras normativas gerais apenas por serem, os princípios, compreendidos como normas de otimização, e as regras, como normas de definição. Assim, os princípios orientam a realização da decisão visando ao melhor alcance

¹⁵⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Curso de filosofia jurídica. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 135-144.

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Copyright 1977, 1978 by Ronald Dworkin. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts.

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 86/88.

possível, a partir das circunstâncias fáticas do caso concreto, resolvendo-se os conflitos entre princípios por ponderação, sobrepondo-se um ante o outro, a fim de alcançar uma solução para o caso concreto.

Já para Ronald Dworkin¹⁵⁸ o Direito é sempre uma questão de interpretação, não ocorrendo diferenças entre princípios e regras, uma vez que surge a norma apenas após a interpretação ampla do ordenamento jurídico.

O principal crítico, no Brasil, das propostas pós-positivistas é Lênio Luiz Streck, o qual defende que este fenômeno de criação de princípios jurídicos como justificativas para o afastamento do restante do ordenamento jurídico -, trata-se de um *panprincipiologismo*.

Em seu entendimento, tanto a teoria de Robert Alexy, quanto a de Ronald Dworkin dão margem a distorções quando de sua aplicação, sendo que a primeira é distorcida sempre que, através de uma ponderação ampla, cria-se nova norma destinada à solução do caso concreto segundo uma valoração eminentemente pessoal. Já a teoria de Dworkin se distorce sempre que é feita uma interpretação sistemática com o intuito de afirmar que, ainda que a solução construída não seja nova, representa aquilo que o Direito deve ser naquele caso concreto.

Cabendo um estudo mais detido e demorado destas teorias para sua completa compreensão, servem estas considerações como uma brevíssima introdução com fins de tratar do tema específico, qual seja, a atuação do Poder Judiciário na efetivação de direitos ambientais.¹⁵⁹

Então, tratados os princípios segundo as diversas teorias jurídicas, passa-se a analisar os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização de políticas em matéria ambiental.

A implementação de direitos ambientais trata de dilemas que não encontram seus conceitos totalmente delineados pelo Direito, sendo obrigatório buscar-se outros ramos do conhecimento humano para, cooperativamente, encontrar a solução mais adequada quando da análise do caso concreto, a fim de aplicar o ordenamento legal e jurídico que poderá melhor lhe servir de moldura para, naquele momento, melhor regular a relação jurídica controvertida.

¹⁵⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Curso de filosofia jurídica. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 230.

¹⁵⁹ Sugere-se, para um estudo aprofundado sobre as discussões paradigmáticas da Teoria do Direito, o livro de ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Curso de filosofia jurídica. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

Apesar de a questão ambiental ter sido juridicamente consagrada pela Constituição Federal de 1988 por meio da definição de uma política pública ambiental a ser normativamente especificada pelo legislador infraconstitucional e, posteriormente, efetivada pelos gestores públicos, ela ainda é uma pauta política de destaque. Assim sendo, ela garante, até os nossos dias, um debate calcado em fortes divergências sobre a melhor forma de implementação desta política pública ambiental, sendo usual que uma mesma lei ambiental - ou um mesmo dispositivo normativo -, seja ao mesmo tempo questionado como sendo excessivamente restritivo à atividade econômica e insuficientemente protetivo ao meio ambiente, a depender do espectro político-ideológico considerado.

Ocorrem também os eventos fáticos, os quais levam ao entendimento doutrinário de que novos institutos jurídicos deveriam ser criados visando à adequação de novo paradigma ambiental. Mas, por inação legislativa, tais institutos ainda não foram especificamente regulados, continuando a ser considerados conforme a legislação geral existente.

Este contexto acarreta, no mais das vezes, discussões judiciais, em determinados casos concretos, que culminam em respostas enfaticamente ativistas, as quais, embora se alicercessem em ponderações principiológicas e interpretações sistemáticas, desconsideram solenemente o ordenamento jurídico vigente.

Assim, faz-se necessário indicar os limites da tutela jurisdicional em matéria ambiental, de forma a definir até que ponto pode o juiz, ainda que em nome da proteção ao meio ambiente, afastar a resposta legislativa vigente em favor da aplicação de princípios jurídico-ambientais.

Para tanto, é preciso primeiro caracterizar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, parâmetro geral objetivo que deve ser resguardado pelo Judiciário, relacionando-o com o princípio do desenvolvimento sustentável, norteador de toda tutela ambiental, implícito no art. 225 da CF, e que resulta da ponderação a ser realizada entre o desenvolvimento econômico e o direito à preservação ambiental.

O Princípio 04 da Declaração do Rio estabelece que: *Para se alcançar um desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada separadamente.*

Nas palavras de Marcelo Buzaglo Dantas¹⁶⁰, o próprio texto constitucional procurou compatibilizar a proteção do meio ambiente com o crescimento econômico, o que, pode-se afirmar, acolheu expressamente o princípio do desenvolvimento sustentável. O autor ainda ressalta que, ao contrário do que se possa pensar, o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa também situam-se no rol dos direitos fundamentais.

Vê-se que ocorreu, no relacionamento destes direitos com o meio-ambiente, uma alteração do foco - de preservação ambiental com cunho meramente exploratório, na qual prevalecia uma visão utilitarista da relação entre homem e natureza -, para a elevação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em derivação do processo histórico-evolutivo, e, enfim, para a atual consideração da proteção ambiental eminentemente pelo valor intrínseco do meio ambiente para a sociedade.

A caracterização do meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito-dever fundamental foi disposta no art. 225 da Constituição de 1988, que incutiu uma dimensão ecológica à dignidade da pessoa humana, tanto no nível pessoal quanto difuso.¹⁶¹

Direito-dever fundamental por conta especialmente do caráter de permanente dupla responsabilização e usufruto da questão ambiental, que envolve todos, Estado e particulares, individual e difusamente considerados, tanto no direito de utilização de um meio ambiente equilibrado quanto no dever de protegê-lo em respeito aos demais cidadãos, da presente e das futuras gerações.

É por isto que o direito fundamental ao meio ambiente de qualidade deve ser enquadrado como um direito transindividual, uma terceira categoria de direito fundamental, acrescida às esferas individual e social, mas que ainda é tida como heterogênea e vaga, abrangendo direitos consideravelmente díspares entre si, que

¹⁶⁰ DANTAS, Marcelo Buzaglo. Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2015. P. 168/169.

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 59/64.

convergem por ultrapassarem em muito a noção individual e social, para assumir um caráter verdadeiramente difuso.¹⁶²

E se este direito fundamental é um parâmetro mínimo estabelecido constitucionalmente como política pública ambiental, a fim de garantir, pelo equilíbrio ecológico, uma sadia e digna qualidade de vida aos cidadãos, não há que se perseguir uma conservação absoluta dos recursos ambientais, pois se admite que haja intervenção no meio ambiente, desde que o equilíbrio mínimo seja preservado.

Portanto, é inconstitucional, qualquer ordenamento normativo que desconsidere esta preservação mínima, sendo este o parâmetro básico do direito ambiental. Em sentido oposto, se a lei pode ser menos restritiva do que aquilo que o intérprete considera adequado, mas resguardando ainda o mínimo ecológico, então não é cabível que o julgador afaste a legalidade vigente.

Este almejado mínimo ecológico está diretamente relacionado com o princípio do desenvolvimento sustentável, depreendido da interpretação conjunta dos artigos 170 e 225 da Constituição, que orientam para o alcance da eficiência econômica sempre com prudência ambiental e equidade social, os quais são efetivados de maneira otimizada e intergeracional, maximizando os benefícios sociais, econômicos e ambientais da atividade humana, e minimizando – ou mesmo eliminando – os prejuízos individuais, sociais e difusos daí decorrentes.

Observado o princípio do desenvolvimento sustentável e resguardado o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao menos em sua dimensão mínima, então a legislação será constitucionalmente adequada em relação à política ambiental e também o será a prestação jurisdicional que garanta a efetividade desta mesma política ambiental em resposta à judicialização ocorrida, observando o julgador sempre também os princípios constitucionais da fundamentação das decisões e do contraditório e da ampla defesa, como enfatizado por Marcelo Buzaglo Dantas.¹⁶³

Não obstante, é prática corrente uma outra postura jurisprudencial em matéria de meio ambiente, com característica eminentemente voltada ao ativismo

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 65.

¹⁶³ DANTAS, Marcelo Buzaglo. Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2015. p. 135.

judicial, a qual passa a ignorar completamente a lei vigente em prol de uma suposta justiça ambiental, assim entendida a visão pretensamente vanguardista de proteção total ao meio ambiente, através da criação de restrições e obrigações que a própria lei não previu.

A discussão da validade de regras que tratam de questões ambientais através da lente da Constituição vem ganhando espaço, conforme anota Marcelo Buzaglo Dantas.¹⁶⁴ Por meio dos instrumentos processuais o questionamento judicial de validade das normas que tratam de regular questões ambientais é crescente.

Na visão crítica de Marcelo Buzaglo Dantas, tem havido inúmeras deturpações na interpretação de determinados atos normativos, por vezes de mesma hierarquia, que são considerados legítimos ou não, a depender da tese defendida.¹⁶⁵

Na opinião do autor, essas distorções podem ser minimizadas através de uma análise imparcial e neutra do que preconiza a Constituição. Como pôde ser visto no presente trabalho, nas soluções de causas ambientais, os princípios constitucionais, em especial o princípio da sustentabilidade e do direito ao meio ambiente equilibrado, devem servir de baliza para o intérprete, de modo a afastar uma conduta ativista.

Desta forma, juridicamente o desenvolvimento sustentável não pode estar limitado pela simples análise da relação entre meio ambiente e atividade econômica, devendo abranger também aspectos sociais obrigatórios, cuja combinação de elementos, sob o prisma do desenvolvimento, tem que propiciar uma melhora de vida para todos os cidadãos, efetivando-se o desenvolvimento sustentável através da compatibilização destes três eixos, sem preponderância de um em relação ao outro, e de modo a serem garantidos também os direitos que são subjacentes a esse modelo econômico, como o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Se existem dúvidas ainda quanto a possibilidade de atuação do Poder Judiciário na defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, reconhecendo, em todos os seus aspectos, como um direito fundamental, pode-se afirmar que, para

¹⁶⁴ DANTAS, Marcelo Buzaglo. Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2015. p. 4.

¹⁶⁵ DANTAS, Marcelo Buzaglo. Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2015. p. 5.

o STF, elas não subsistem, a teor da ementa redigida para o precedente colacionado a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO MEIO AMBIENTE. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal, a qual comete ao Ministério Público a sua proteção. 2. 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. 3. Agravo regimental não provido. (RE 417408 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 20/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012 RTJ VOL-00223-01 PP-00512).

De outro lado, a questão que envolve a discussão da aparente colisão entre os direitos fundamentais ao desenvolvimento econômico e à proteção ao meio ambiente, o STF, em recente julgado, fez as seguintes ponderações:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO AMBIENTAL. ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO. DEVER DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM OUTROS VETORES CONSTITUCIONAIS DE IGUAL HIERARQUIA. ARTIGOS 1º, IV; 3º, II E III; 5º, CAPUT E XXII; 170, CAPUT E INCISOS II, V, VII E VIII, DA CRFB. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. JUSTIÇA INTERGERACIONAL. ALOCAÇÃO DE RECURSOS PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA GERAÇÃO ATUAL. ESCOLHA POLÍTICA. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. EXAME DE RACIONALIDADE ESTREITA. RESPEITO AOS CRITÉRIOS DE ANÁLISE DECISÓRIA EMPREGADOS PELO FORMADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS. INVIABILIDADE DE ALEGAÇÃO DE VEDAÇÃO AO RETROCESSO. NOVO CÓDIGO FLORESTAL. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. 1. O meio ambiente é tutelado constitucionalmente pela regra matriz do artigo 225, caput, da Constituição, que dispõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. 2. O meio ambiente assume função dúplice no

microsistema jurídico, na medida em que se consubstancia simultaneamente em direito e em dever dos cidadãos, os quais paralelamente se posicionam, também de forma simultânea, como credores e como devedores da obrigação de proteção respectiva. 3. O homem é parte indissociável do meio ambiente, uma vez que, por intermédio das interações genéticas biologicamente evolutivas que se sucederam nos últimos milhares de anos, o meio ambiente produziu a espécie humana, cuja vida depende dos recursos nele contidos. Nesse ponto, nem os mais significativos avanços tecnológicos permitirão ao homem, em algum momento futuro, dissociar-se do meio ambiente, na medida em que a atividade humana inventiva e transformadora depende da matéria nele contida, sob todas as suas formas, para se concretizar. 4. A capacidade dos indivíduos de desestabilizar o equilíbrio do conjunto de recursos naturais que lhes fornece a própria existência tem gerado legítimas preocupações, que se intensificaram no último século. (...) No Brasil, não obstante constituições anteriores tenham disciplinado aspectos específicos relativos a alguns recursos naturais (água, minérios etc), a Carta de 1988 consistiu em marco que elevou a proteção integral e sistematizada do meio ambiente ao status de valor central da nação. Não à toa, a comunidade internacional a apelidou de Constituição Verde, considerando-a a mais avançada do mundo nesse tema. 10. O caráter transnacional e transfronteiriço das causas e dos efeitos da crise ambiental demanda dos Estados, dos organismos internacionais e das instituições não governamentais, progressivamente, uma atuação mais articulada para transformar a preservação da natureza em instrumento de combate à pobreza e às desigualdades. 11. Por outro lado, as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos etc. Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (art. 225, caput, CRFB), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de retrocesso ambiental, ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas. 12. Deveras, não se deve desprezar que a mesma Constituição protetora dos recursos ambientais do país também exorta o Estado brasileiro a garantir a livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170) e o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), a erradicar a pobreza e a marginalização, a reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III; art. 170, VII), a proteger a propriedade (art. 5º, caput e XXII; art. 170, II), a buscar o pleno emprego (art. 170, VIII; art. 6º) e a defender o consumidor (art. 5º, XXXII; art. 170, V) etc. 13. O desenho institucional das políticas públicas ambientais suscita o duelo valorativo entre a tutela ambiental e a tutela do desenvolvimento, tendo como centro de gravidade o bem comum da pessoa humana no cenário de escassez. É dizer, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente não são políticas intrinsecamente antagônicas. (...) 19. O Princípio da vedação do retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo. 20. A propósito, a jurisprudência

do Supremo Tribunal Federal demonstra deferência judicial ao planejamento estruturado pelos demais Poderes no que tange às políticas públicas ambientais. (...) Conclusão : Declaração de constitucionalidade do artigo 78-A do Código Florestal. 23. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4901, 4902, 4903 e 4937 e Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42 julgadas parcialmente procedentes.

(ADC 42, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 12-08-2019 PUBLIC 13-08-2019).

Desse modo, pode-se concluir que a atuação mais incisiva do Poder Judiciário, a princípio, poderá ser identificada como ativista ou implementadora de políticas públicas ambientais, na medida em que expressa ou não em sua fundamentação balizas principiológicas e fundamentais contidas na Constituição Federal.

É importante mencionar que há ainda escassa doutrina sobre os fenômenos analisados, especialmente no que tange a diferenciação conceitual entre eles. Porém, já é possível perceber que já existe um consistente debate inicial, que deve servir de estímulo para fomentar o estudo e aprofundamento do tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente Dissertação tratou de investigar o problema formulado e as hipóteses levantadas. O problema proposto, nos termos do Projeto de Dissertação, seria reconhecer a atuação mais intensa do Poder Judiciário na resolução de demandas ambientais, sob o argumento de que estaria assegurando direitos ambientais constitucionalmente previstos e se esta pode ser concebida como ativismo judicial ou uma judicialização de políticas públicas.

As hipóteses levantadas, por seu turno, foram as seguintes: 1ª - a atuação do Judiciário, ao concretizar direitos ambientais, extrapola as competências do Poder Judiciário, sendo entendida “negativamente” como uma postura ativista; 2ª - o Poder Judiciário pode atuar na concretização dos direitos ambientais, diante da ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo em implementar políticas públicas voltadas à concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida; 3ª - no Brasil, os termos ativismo judicial e judicialização de políticas, por vezes, são utilizados como sinônimos para se referir à atuação judicial na resolução de demandas ambientais.

O resultado da pesquisa foi dividido em três capítulos. Cabe, então, sintetizá-los nessas considerações finais.

O Capítulo 1 foi dividido em cinco partes: a primeira, dedicou-se ao exame das origens históricas dos direitos fundamentais. Neste percurso, foi possível verificar que, embora seja tarefa difícil encontrar um único sentido para a compreensão do que sejam os direitos fundamentais, pelo menos cinco elementos básicos podem ser extraídos dos conceitos apresentados: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação de poder, normas escritas na Constituição e democracia.

Na segunda, terceira e quarta partes investiu-se no estudo do reconhecimento dos direitos fundamentais, com apontamentos sobre movimentos revolucionários que deram origem aos modelos de Estado adotados na era do constitucionalismo moderno, passando pelo Estado Liberal, pelo Estado Social e o reconhecimento de direitos sociais e pelo Estado Democrático de Direito.

Por fim, na última parte do Capítulo 1, tratou-se, especificamente, dos direitos de solidariedade, verificando que a concepção dos direitos ambientais devem ser informados pelos direitos fundamentais e de solidariedade, deveres estes que devem servir de critério elementar, especialmente para a imposição de deveres e obrigações ao Poder Público.

O capítulo 2, por seu turno, dedicou-se à investigação específica da judicialização dos direitos ambientais e do princípio da sustentabilidade, sendo identificada a postura do Poder Judiciário, na implementação de direitos ambientais, ora como ativista, ora como legítimo agente de mudanças sociais, extraindo a máxima eficácia dos objetivos delineados no texto constitucional, promovendo, dentre as várias soluções, a mais adequada ao caso concreto.

Também foram pontuados os principais marcos históricos do desenvolvimento da proteção ambiental, bem como verificou-se a assunção da sustentabilidade como princípio estruturante da ordem jurídica local e internacional. Constatou-se, ainda, que o princípio da sustentabilidade serve de paradigma para integrar a dimensão ecológica de outros princípios que, se devidamente fomentados pela sociedade civil, devem servir para legitimar uma governança e sustentabilidade ecológica e social.

O Capítulo 3, último desta pesquisa, foi empregado no estudo da expansão do constitucionalismo e do Poder Judiciário, em um cenário de mudança de paradigma institucional no mundo. Após uma contextualização histórica desenvolveu-se a ideia de que a aproximação da cultura jurídica brasileira da experiência

americana busca concretizar valores fundamentais previstos na Constituição Federal do Brasil por meio de uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário.

Ainda, foram analisados os conceitos dos fenômenos da jurisdição constitucional, da judicialização e do ativismo judicial, apontando algumas críticas à expansão do Judiciário e identificando a importância, bem como os limites da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas.

A abordagem deste trabalho revela que há consenso quanto ao fato que o Poder Judiciário está cada vez mais no centro das discussões jurídicas atuais. No entanto, juristas e doutrinadores que se dedicam ao tema, por vezes, não percebem com clareza como se dá o modo de atuação dos juízes diante de questões que envolvam conceitos legais indeterminados, embora reconheçam, ao menos, que as técnicas tradicionais de prática do Direito não oferecem solução adequada às controvérsias levadas a juízo. Como pode se constatar, essas questões envolvem o estudo da Teoria do Direito e naturalmente apresentam discordâncias entre os juristas que pretendem resolvê-las.

O ativismo judicial foi identificado por Clarissa Tassinari, como sendo gestado exclusivamente pela sistemática jurídica, referindo-se a um problema próprio do Direito, na medida em que se constitui em um comportamento judicial pautado por um ato de vontade, que muitas vezes está revestido de um critério político como fundamento.

Para Guilherme Barcelos o ativismo judicial ocorre quando o juiz ou o Tribunal decide por argumentos de moral ou de política e afins, dos quais exsurge que o Direito (ou sua autonomia) acaba sendo substituído pelas convicções pessoais do julgador.

Elival da Silva Ramos refere ser necessária uma análise dos diversos sistemas jurídicos, em especial dos sistemas de *common law* e de *civil law*, para se extrair as características do ativismo judicial, definindo-o como uma desvirtuação da atividade típica do Poder Judiciário, com potencial de invasão na função dos demais poderes.

Por sua vez, Luis Roberto Barroso ressalta que a ideia de ativismo judicial está associada à 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. Para este autor, a judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas,

em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se de uma transferência de poder dos Poderes Legislativo e Executivo, esferas tradicionalmente políticas, para o Poder Judiciário.

Verificou-se, por meio do presente do estudo, que a expansão da judicialização se deve, principalmente, à abrangente e minuciosa constitucionalização de direitos e ao sistema de controle de constitucionalidade praticado, o qual admite o ajuizamento de ações diretas perante a corte suprema, bem como permite que todo juiz possa declarar a invalidade de lei ou ato normativo em um caso concreto.

Nesse passo, evidenciou-se ser a judicialização um fato que não pode ser afastado, pois decorre de um modelo institucional adotado politicamente. Sendo assim, a atuação de juízes e tribunais, adequadamente provocados pela via processual, não é uma opção, mas sim um dever. Contudo, o modo pela qual o exercício desta atribuição se evidencia é que dirá se é ativismo judicial ou concretização de direitos eleitos constitucionalmente.

Verificou-se que a ideia de completude do sistema jurídico de regras não atende adequadamente aos desejos sociais modernos, que demandam soluções não previstas em lei. Além disso, argumentou-se que a decisão judicial deveria revelar a adoção de práticas de implementação de princípios e valores pretendidos pela sociedade.

Nesse contexto, a sustentabilidade, conceitualmente múltipla, é entendida como um princípio sistêmico para orientar decisões judiciais e legitimar o desempenho criativo do juiz, considerando especialmente a responsabilidade do homem para com as gerações futuras.

Das hipóteses levantadas no projeto de pesquisa, portanto, verifica-se que a primeira, qual seja, a de que “a atuação do Judiciário, ao concretizar direitos ambientais, extrapola as competências do Poder Judiciário, sendo entendida 'negativamente' como uma postura ativista”, foi confirmada parcialmente. Verificou-se, na doutrina brasileira, certa dificuldade em estabelecer um acordo conceitual do que seja ativismo judicial. Isso, por vezes, revela uma interferência exagerada do Poder Judiciário na esfera de atribuições dos demais Poderes, evocando-se, então, o arcabouço principiológico para justificar decisões tomadas por critério de conveniência. Pôde-se perceber, contudo, que a maioria dos autores citados confirma a hipótese levantada, com alusões, principalmente, à Teoria da Separação dos Poderes.

As outras duas hipóteses apresentadas dizem respeito à possibilidade de intervenção judicial para a concretização de direitos decorrentes do princípio da sustentabilidade, as quais foram confirmadas pela presente pesquisa. De fato, com base nos apontamentos de Luis Roberto Barroso, o próprio Legislativo favoreceu a atividade interativa do juiz, uma vez que as normas inseridas na Constituição Federal de 1988 apresentam características de generalidade e abstração, o que permite ao intérprete construir uma decisão baseada em princípios pertinentes à solução do caso concreto. Já nos dizeres de Luciana Costa Poli, em princípio o ativismo judicial busca extrair o potencial máximo das diretrizes do texto constitucional, favorecendo a busca de soluções, para o caso concreto, que estejam em consonância com os princípios a serem implementados pelo Estado Democrático de Direito.

O raciocínio se apóia na percepção de desequilíbrio ecológico do atual modelo de sociedade, a qual se encontra em um momento crítico de degradação ambiental do planeta, que ameaça, inclusive, a própria existência de seus indivíduos.

Nesta etapa, é possível concluir que a judicialização é uma ferramenta importante para a promoção de ações sustentáveis, conciliando autonomia com o objetivo de desenvolvimento sustentável.

Do ponto de vista dos princípios da sustentabilidade, é evidente que a sustentabilidade no sistema atual revela um conteúdo de generalidade e abstração, de modo que uma interpretação ampla e evolutiva de seu conceito torna-se proporcional. Argumenta-se que o Judiciário é um elemento fundamental na promoção da sustentabilidade, pois, a cada caso concreto ele pode tomar uma decisão comprometida com a conquista dos valores e objetivos almejados pelo Estado.

Constatou-se que o princípio da sustentabilidade e os direitos fundamentais devem informar todo o ordenamento jurídico, servindo inclusive de critério para a atuação do judiciário na solução de causas ambientais em que haja a imposição da concretização de deveres e responsabilidade a todos os atores sociais.

Aceitar e integrar a sustentabilidade como princípio informador de todo o sistema jurídico significa aceitar que qualquer intervenção humana deve comprometer-se com a perpetuação da vida com qualidade, e que as relações humanas não apenas devem refletir a satisfação de desejos pessoais, mas os anseios da sociedade como tudo, sendo o que se espera para alcançar seu desenvolvimento sustentável.

Nada obstante, o tema pesquisado revelou-se de grande relevância, na medida em que explorou aspectos que ainda geram controvérsias na prática jurídica dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização de políticas públicas, especialmente no âmbito dos direitos ambientais. Pretende-se que sirva de estímulo para futuros trabalhos acadêmicos que aprofundem ainda mais a reflexão no que tange ao papel do Poder Judiciário no processo de elaboração e implementação de políticas públicas voltadas à promoção da sustentabilidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBOUD, Georges. LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: Diálogos entre discricionariedade e democracia. Revista de Processo | vol. 242 2015 | p. 21 - 47 | Abr / 2015 DTR\2015\3679. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Ativismo-e-Instrumentalidade-do-Processo-v.-digital.pdf>. Acesso em: 08/11/2019.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. E-book disponível em: https://www.academia.edu/36864983/Alexy_robert_teorias_dos_direitos_fundamentais. Acesso em: 17/02/20.

ANDRADE, Mariana Dionísio de; BRASIL, Clarissa. Delimitando o ativismo judicial: acepções, críticas e conceitos. Revista Quesito Iuris, vol. 11, n. 04, Rio de Janeiro, 2018. pp. 3279-3297. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33287/27091>. Acesso em: 08/11/2019.

APPIO, Eduardo Fernando. O ativismo judicial na visão de Ronald Dworkin. Revista Publicum, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 37-53. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33287/27091>. Acesso em: 08/11/2019.

BARAK, Aharon. The Judge in a Democracy. Princeton University Press. Edição do Kindle.

BARCELOS, Guilherme. Judicialização da política e ativismo judicial. 1 ed. Florianópolis: Habitus, 2018.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Retrospectiva 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, p.05-43. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230/219>

BARROSO, Luis Roberto. No mundo ideal o direito é imune à política, no mundo real não. Revista Consultor Jurídico, 16 de fevereiro de 2010b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim>.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2011. p. 24. E-book.

BENJAMIN. Antonio Herman de Vasconcellos e. Direito Ambiental no Brasil e nos Estados Unidos. Palestra proferida no curso Introdução ao Direito Norte-americano, em 21 de agosto de 2001, degravada por Fernanda Nunes Barbosa (PPGDir/UFRGS) e revisada por Marcelo Leal (PPGDir/UFRGS). Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/32009/Direito_Ambiental_Brasil.pdf. Acesso em: 05/03/2019.

BICCA, Carolina Scherer. Desmistificando o ativismo judicial. Direito Público. Porto Alegre, ano 9, n. 46, p. 213-226, jul./ago. 2012a. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2099/1109>.

BICKEL, Alexander M. The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics. New Haven & London, 1962. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=eEoyK7ZCXjsC&oi=fnd&pg=PP11&ots=MS7Nttpw8c&sig=VrmL-p4oPQarMhJHdmsyTQ8iabA&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 10/11/2019.

BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. Revista Jurídica Cesumar, v. 11, n. 1, 2011. p. 325-343, jan./jun. 2011 - ISSN 1677-6402.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 32. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

BOSSELMANN, Klaus. The principle of sustainability: Transforming law and Governance. New Zealand: ASHAGATE, 2008.

BRANDÃO, Ricardo. STF e o dogma do legislador negativo. Revista Direito, Estado e Sociedade n. 44, p. 189 a220 jan/jun 2014. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_stf_e_o_dogma_do_legislador_negativo.pdf.

BRASIL, Deilton Ribeiro. *Ativismo judicial e direitos fundamentais: leituras em Garapon e Ricoer*. Curitiba: Juruá, 2014, 146p.

BRASIL. Constituição Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

CAMPOS, Bárbara Pinowsca Cardoso. A trajetória da implementação de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 14, n. 14, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 13 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (organizadores). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional ambiental português e da União Européia*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (organizadores). São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the judicial process*. Dover Publications Inc. Mineola, New York, 2016.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 23, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782004000200011&script=sci_abstract&tlng=pt.

CRUZ, Paulo Márcio e BODNAR, Zenildo. A atuação do poder judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 111-132, jul./dez. 2011

DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy maker. *Journal of Public Law*, no 6, 1957, p. 279-295.

DAHL, Robert A. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 252, p. 25-43, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7954/6820>>. Acesso em: 15 Fev. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v252.2009.7954>.

DALY, Erin and MAY, James. *Global Environmental Constitutionalism: A Rights-Based Primer for Effective Strategies* (July 14, 2016). *Decision Making in Environmental Law*, LeRoy C. Paddock, Robert L. Glicksman, and Nicholas S. Bryner, eds., Edward Elgar

Publishing, 2016; Widener University Delaware Law School Legal Studies Research Paper Series No. 16-12. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2809864>.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2015.

Dernbach, Kristl & May, "Pennsylvania Environmental Defense Foundation v. Commonwealth of Pennsylvania: Recognition of Environmental Rights for Pennsylvania Citizens," available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3137074.

DESPOSATO, Scott W.; INGRAM, Matthew C.; LANNES, Osmar P. Judicial Behavior in Civil Law Systems: Changing Patterns on the Brazilian Supremo Tribunal Federal. Seminários de Pesquisa Ciclo 2012-II (CIEF - CERME - UNB), Brasília, 14 nov. 2012. Disponível em: https://bugarinmauricio.files.wordpress.com/2013/04/judicial-behavior-in-civil-law-systems_-changing-patterns-on-the-brazilian-stf-_deposato-ingram-and-lannes_.pdf.

DUARTE, Gabriela Miranda. A atuação do juiz face ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. publicaDireito. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7773ceea46ef8c45>. Acesso em: 10/03/2019.

DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Copyright 1977, 1978 by Ronald Dworkin. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015. P. 15.

FINDLEY, Roger W.; FARBER, Daniel A. Environmental Law in a nutshell. Fourth Edition. ST Paul: West Publishing, 1996.

FIORAVANTI, Maurizio. As doutrinas da constituição em sentido material. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 4(2):103-109, julho-dezembro 2012. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.01/1225>. Acesso em: 04/12/2019.

GERVASONI, Tássia A. O estado (des)compassado no crepúsculo da modernidade. In: Moraes, José Luis Bolzan de Estado & constituição [recurso eletrônico] / José Luis Bolzan de Moraes, Bruno Cozza Saraiva. - 1. ed. - Florianópolis, SC : Empório do Direito, 2016. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/uploads/livros/pdf/1505068178.pdf>.

GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism (May 27, 2009). Emory Law Journal, Vol. 58, No. 5, p. 1195, 2009; Temple University Legal Studies Research Paper No. 2009-32. Available at SSRN: Green, Craig, An Intellectual History of Judicial

Activism (May 27, 2009). Emory Law Journal, Vol. 58, No. 5, p. 1195, 2009; Temple University Legal Studies Research Paper No. 2009-32. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1410728>.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002, 55p.

HIRSCHL, Ran. The new Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4205&context=flr>.

HIRSCHL, Ran. Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

JACOB, Muriel Amaral. Ativismo judicial: uma realidade no judiciário brasileiro. Arquivo Jurídico, v. 2, n. 1, p. 105-119, jan./jun. de 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/4521/2661>. Acesso em 08/11/2019.

JACOBSEN, Gilson. Justiça intergeracional e riscos globais: quem são as gerações futuras e por que protegê-las hoje?. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 15, n. 2, p. 197-211, ago. 2019. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3353>. Acesso em: 05 mar. 2020. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2019.v15i2.3353>.

JACOBSEN, Gilson. Meio Ambiente, justiça e criatividade. In Sociedade, governança e meio ambiente [recurso eletrônico] / Cesar Luiz Pasold... [et al.]; organizadores, Denise Schmitt Siqueira Garcia, Marcelo Buzaglo Dantas, Andrés Molina Gimenez; coordenadores, Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza, Ricardo Stanziola Vieira, Gabriel Real Ferrer. - Itajaí: UNIVALI, 2017. – (Coleção Estado, transnacionalidade e sustentabilidade; t. 3). E-book 2017 SOCIEDADE, GOVERNANÇA E MEIO AMBIENTE - TOMO 03.pdf

KATTZMANN, Robert A. Judging Statutes. Oxford University Press, New York, 2014.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism, 92 Cal.L. Rev. 1441 (2004). Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>.

KNOX, John. Symposium on Environmental Rights. <https://www.youtube.com/watch?v=VUkynkJnETo>.

KNOX, John. "The United Nations Mandate on Human Rights and the Environment." Watch his presentation at https://www.youtube.com/watch?v=tso1zqk_CDU.

KOERNER, Andrei. O ativismo judicial como problema intelectual e político nos Estados Unidos: uma análise crítica. *Lua Nova*, São Paulo, 99: 233-255, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n99/1807-0175-ln-99-00233.pdf>. Acesso em: 08/11/2019.

KOTZÉ, Louis J. e RENSBURG, Linda Jansen Van. Uma reflexão crítica sobre as dimensões socioeconômicas do direito sul-africano ao meio ambiente. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 118.

LIMA, Danilo Pereira. *Constituição e poder: limites da política no estado de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 25ª edição, revista, ampliada e atualizada. Malheiros Editores, 2017.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MAY, James. *Constituting Fundamental Environmental Rights Worldwide* (January 1, 2006). *Pace Environmental Law (PELR) Review*, Vol. 23, 2005-2006. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1341179>.

MAY, James R. and DALY, Erin. *Global Environmental Constitutionalism*. Cambridge University Press. Edição do Kindle.

MAY, James R. *Global Environmental Rights*, available at: <https://widenerlaw.hosted.panopto.com/Panopto/Pages/Viewer.aspx?id=b18bddaf-8be7-4126-b3f4-676c24fe695f>.

MAY, James R. and DALY, Erin. *Implementing environmental constitutionalism: current global challenges*. Cambridge University Press, 2018.

MAY, James R. and DALY, Erin. "Standards in Subnational Environmental Constitutionalism," available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2904720.

MAY, James R. "Sustainability Constitutionalism," available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3149930.

MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

NEVES, Rodrigo Fernandes das. *Ativismo Judicial: Objeções à intervenção do Judiciário na formulação e execução de políticas públicas ambientais*. Disponível em: <http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-ambiental/ATIVISMO%20JUDICIAL%20-%20OBJECoes%20A%20INTERVENCao%20DO%20JUDICIARIO%20NA%20FORMULACao%20E%20EXECUCao%20DE%20POLITICAS%20PUBLICAS.pdf>. Acesso em: 13/03/2019.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40251>. Acesso em: 09/12/2019.

NOLON, John R.; SALKIN, Patricia E. Climate change and sustainable development law in a nutshell. St. Paul: West Publishing, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percurso para uma necessária diferenciação. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 10. 2012, Curitiba. Anais...Curitiba: ABDConst., 2013. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>.

PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PEREIRA DA CUNHA, B., ALVES O. SILVA, J. I., & FERREIRA DINIZ GOMES, I. R. (2017). Políticas públicas ambientais: legalización y activismo judicial para el desarrollo sostenible. Revista De La Facultad De Derecho, (42), 161-187. <https://doi.org/10.22187/rfd201718>. Acesso em: 10/03/2019.

PINTO, João Batista Moreira; STEINMETZ, Wilson Antônio; FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Direito, sustentabilidade e direitos humanos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: João Batista Moreira Pinto, Wilson Antônio Steinmetz, Maria Luiza Pereira De Alencar Mayer Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/lsid56cz/ux0rMC3TRUz24WV8.pdf>. Acesso em: 13/03/2019.

POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 210-230, julho/dezembro de 2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/388/339>. Acesso em: 05/03/2019.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANDEL, Michael J. Justiça - o que é fazer a coisa certa. 6 edição. Rio de Janeiro: civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. rev. atual. e ampla. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10. ed. rev. atual. e ampla. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SARMENTO, Daniel. Direito fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SILVA, José Afonso da Silva. Curso de direito constitucional positivo. 38ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores, 2015.

SOARES JUNIOR, Cid da Veiga. Implementação de Políticas Públicas ambientais - A Atuação do Poder Judiciário e o Ativismo Judicial - Breves Anotações. Portal da Escola Superior da Magistratura do Amazonas. Amazonas, 21/11/2018. Disponível em: http://www2.tjam.jus.br/esmam/index.php?option=com_docman&Itemid=90. Acesso em: 10/03/2019.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidade de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. Novos Estudos Jurídicos, v. 8, n. 2, mai/ago. 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336>.

STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? Revista eletrônica Consultor Jurídico, edição de 7/1/2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em: 07/11/2019.

SUSNJAR, Devor. Proportionality, fundamental rights, and balance of powers. Leiden, Boston, 2010.

TOLEDO, André de Paiva; GIOSTRI, Graziella Ferreira. Estado Socioambiental Democrático de Direito, Capitalismo e Sustentabilidade: uma análise do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental e humano judiciável. Direito, sustentabilidade e direitos humanos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: João Batista Moreira Pinto, Wilson Antônio Steinmetz, Maria Luiza Pereira De Alencar Mayer Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/lsid56cz/ux0rMC3TRUz24WV8.pdf>. Acesso em: 12/03/2019.

TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul/dez. 2012.

TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da área de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de mestre em Direito. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ClarissaTassinari.pdf>. Acesso em: 08/12/2019.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Rev. Direito GV vol.8 n. 1 São Paulo Jan/June 2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/ativismo-judicial-nos-limites-entre-racionalidade-jur%C3%ADica-e-decis%C3%A3o-pol%C3%ADtica>.

UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, (‘‘Framework Principles’’) http://srenvironment.org/wpcontent/uploads/2018/02/A_HRC_37_59_AdvanceEditedVersion.pdf.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. Revista Direito GV. Vol 4 n. 2. São Paulo. Jul/Dez 2008. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/um-estudo-sobre-condi%C3%A7%C3%B5es-facilitadoras-da-judicializa%C3%A7%C3%A3o-da-pol%C3%ADtica-no-brasil>.

VERBICARO, Loiane Prado. A judicialização da política à luz da teoria de Ronald Dworkin. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/090.pdf>.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. In: Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política. Daniel Wei Liang Wang, organizador. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 53/73.

WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. Oxford University Press, 1999.

WEINBERG, Philip; REILLY, Kevin. Understanding environmental law. Second Edition. LexisNexis, 2007.

WENDPAP, Elis. Breve análise do histórico do positivismo jurídico, a partir da obra ‘‘positivismo jurídico’’, de Norberto Bobbio. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11154. Acesso em: 12/03/2019.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Curso de filosofia jurídica. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. 370 p.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Teoria complexa do direito. 2. ed. rev. Ampla. Curitiba: Editora Prismas, 2015. 245p.