

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

LINHA DE PESQUISA: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

UNIVERSIDADE DE ALICANTE - UA

MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO AMBIENTAL Y DE LA SOSTENIBILIDAD

**LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA
SUSTENTABILIDADE**

VANESSA DE ASSIS MARTINS

Itajaí-SC, agosto de 2017

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

LINHA DE PESQUISA: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

UNIVERSIDADE DE ALICANTE - UA

MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO AMBIENTAL Y DE LA SOSTENIBILIDAD

**LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA
SUSTENTABILIDADE**

VANESSA DE ASSIS MARTINS

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, e ao Curso de Máster Universitario em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad da Universidade de Alicante – UA, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad.

Orientador: Professor Doutor Clovis Demarchi

Coorientador: Professora Doutora Maria Mercedes Ortiz García

Itajaí-SC, agosto de 2017

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha mãe,
Eni de Assis Martins, e ao meu pai, Calino
Marques Martins, pelo amor e apoio
incondicionais.

AGRADECIMENTOS

Com o fim desta jornada tão envolvente, intelectual e emocionalmente, vem à mente a retrospectiva de todos os momentos vividos ao longo do Curso de Mestrado e, com isso, a certeza de que muito precisa ser agradecido.

Agradeço a Deus, essa energia que me dá vida, força e perseverança nos momentos mais difíceis, conduzindo e abençoando cada um dos meus passos.

Aos familiares, sobretudo a minha mãe, Eni de Assis Martins, e ao meu pai, Calino Marques Martins, aos quais jamais conseguirei agradecer suficientemente pelo incansável apoio e compreensão, em especial pelos momentos abdicados com a filha.

Ao meu orientador, Professor Dr. Clovis Demarchi, pessoa pela qual guardo profundos sentimentos de respeito e admiração, agradeço pela confiança, paciência e auxílio sempre prestados prontamente.

A minha coorientadora, Professora Dra. Maria Mercedes Ortiz García, obrigada pela disponibilidade em me ajudar.

Ao meu namorado, Nicolau Antônio Corrêa Neto, meus agradecimentos pelo estímulo e por todos os momentos altruisticamente dispendidos para viabilizar minha presença em sala de aula.

Na pessoa de meu chefe, Dr. Giancarlo Bremer Nones, agradeço a toda equipe da Vara da Infância e da Juventude e Anexos da Comarca de Criciúma, pelo apoio.

Ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, meus agradecimentos pela bolsa de estudo concedida, sem a qual este Mestrado não seria possível.

Nas pessoas dos Professores Dr. Paulo Márcio Cruz e Dr. German Valencia Martin, agradeço à Universidade do Vale do Itajaí, notadamente ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, e à Universidade de Alicante, em especial ao Máster Universitario em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad, seus professores e colaboradores, pelos ensinamentos e pela calorosa acolhida.

Aos colegas, obrigada por terem feito parte de minha trajetória pessoal.

A todas e a todos que, de alguma forma, contribuíram nesta trajetória, os meus sinceros agradecimentos.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

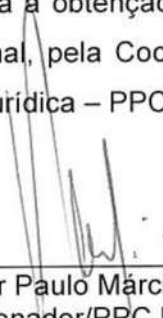
Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Universidade de Alicante, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica e do Curso de Máster Universitario en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad, a Banca Examinadora e os Orientadores de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, agosto de 2017.

Vanessa de Assis Martins

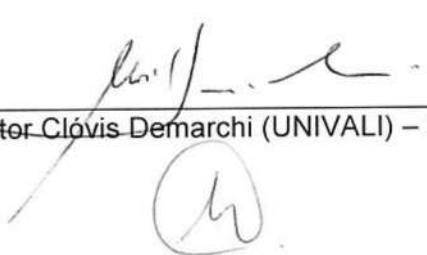
Mestranda

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.



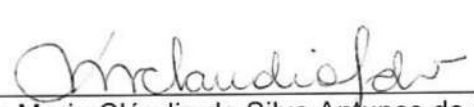
Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Clóvis Demarchi (UNIVALI) – Presidente

Doutor Joaquin Melgarejo Moreno (UNIVERSIDADE DE ALICANTE, ESPANHA) –
Membro



Doutora Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 06 de outubro de 2017

SUMÁRIO

RESUMO.....	ix
RESUMEN	x
INTRODUÇÃO	11
1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ...	16
1.1 A TRAJETÓRIA DOS SISTEMAS JURÍDICOS ATÉ A CONTEMPORANEIDADE	16
1.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	27
1.2.1 O Estado de Direito e o Estado Liberal de Direito	27
1.2.2 O Estado Social de Direito	36
1.2.3 O Estado Democrático de Direito	38
1.2.4 O Estado Democrático de Direito no Brasil	41
1.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	45
1.3.1 Delimitação terminológica	45
1.3.2 Fundamentos	46
1.3.3 Aspectos históricos	49
1.3.4 Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	54
2 SUSTENTABILIDADE	57
2.1 APONTAMENTOS HISTÓRICOS DA SUSTENTABILIDADE.....	57
2.2 ELEMENTOS CONCEITUAIS DA SUSTENTABILIDADE.....	61
2.3 DIMENSÕES DA SUSTENTABILIDADE.....	69
2.3.1 Dimensão ecológica	70
2.3.2 Dimensão econômica.....	72
2.3.3 Dimensão social	73
2.4 A SUSTENTABILIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	74
3 A ATUAÇÃO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA SUSTENTABILIDADE	78

3.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE A ATUAÇÃO JUDICIAL	78
3.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL	85
3.2.1 Judicialização da política	86
3.2.2 Ativismo judicial	95
3.3 LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	104
3.4 LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE	119
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	131
 REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	138

RESUMO

A presente dissertação, relacionada à área de concentração em fundamentos do direito positivo e pertencente à linha de pesquisa em constitucionalismo e produção do Direito, tem por objeto a análise dos limites e das possibilidades da atuação judicial na efetivação dos Direitos Fundamentais e da Sustentabilidade. Para tanto, o trabalho foi dividido em três capítulos, destinando-se o primeiro ao estudo do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais. No segundo, investigou-se a Sustentabilidade, traçando-se alguns apontamentos acerca de seu histórico, seu conceito, suas dimensões e sua relação com os Direitos Fundamentais. Finalmente, o terceiro capítulo foi direcionado à pesquisa acerca da atuação judicial na efetivação dos Direitos Fundamentais e da Sustentabilidade, passando-se pelos aspectos gerais dessa atuação, pela judicialização da política e pelo ativismo judicial, para, então, adentrar, especificamente, na questão de seus limites e de suas possibilidades. Ademais, apesar de não se tratar de um trabalho de direito comparado, ao longo do texto foi pontuado o tratamento dado à temática objeto desta dissertação na Espanha, uma vez que se trata de mestrado em dupla titulação com uma Universidade daquele país. Considera-se que o Poder Judiciário é corresponsável pela concretização da Constituição, especialmente em matéria de Direitos Fundamentais, não podendo mais manter a postura passional de outrora, onde desempenhava a função de mero aplicador robotizado da legislação, devendo, enquanto guardião da Constituição, assumir uma postura ativa visando concretizá-la, ainda que se insurgindo contra ações ou omissões dos Poderes Executivo e Legislativo. Ademais, considera-se a via judicial como caminho para o fomento da Sustentabilidade, destacando-se a imperiosa necessidade de o Judiciário voltar sua atenção à preservação da natureza e de seus recursos, à diminuição da pobreza e à consecução da justiça socioecológica, para garantia do bem-estar e da sobrevivência dos seres vivos. Contudo, nem mesmo diante de motivos tão nobres, pode o Judiciário extrapolar o campo de atuação que lhe foi destinado constitucionalmente, decidindo com base em opiniões ou interesses pessoais e ao alvedrio das posições legislativas e executivas adequadas à norma constitucional. Quanto à Metodologia empregada, utilizou-se o método indutivo com a pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: atuação judicial; Direitos Fundamentais; Sustentabilidade; possibilidades; limites.

RESUMEN

El presente trabajo de fin de Máster se centra en los Fundamentos del Derecho Positivo y pertenece a la línea de investigación de Constitucionalismo y Producción del Derecho. Tiene por objeto el análisis de los límites y de las posibilidades de la actuación judicial en la ejecución de los Derechos Fundamentales y de la Sostenibilidad. Para ello, el trabajo fue dividido en tres capítulos, destinándose el primero al estudio del Estado Democrático de Derecho y de los Derechos Fundamentales. En el segundo, se investigó la Sostenibilidad, realizando algunos apuntes acerca de sus antecedentes, concepto, sus dimensiones y su relación con los Derechos Fundamentales. Finalmente, el tercer capítulo fue dirigido a la investigación sobre la actuación judicial en la aplicación de los Derechos Fundamentales y de la Sostenibilidad. Revisa los aspectos generales de esa actuación por la judicialización de la política y por el activismo judicial, para entonces adentrarse en la materia específica: sus límites y posibilidades. Además, a pesar de no tratarse de un trabajo de derecho comparado, a lo largo del texto fue puntuado el trato dado al tema objeto de este trabajo de fin de Máster en España, puesto que se trata de Maestría en doble titulación con una Universidad de aquel país. Se considera que el Poder Judicial es corresponsable por la concreción de la Constitución, especialmente en materia de Derechos Fundamentales, no pudiendo más mantener la postura pasional del pasado, donde desempeñaba la función de sencillo aplicador mecánico de la legislación y debiendo, como guardián de la Constitución, asumir una postura activa para concretarla, aunque contrariamente a las acciones u omisiones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Además, se considera la vía judicial como camino para el fomento de la Sostenibilidad, destacándose la imperiosa necesidad de que el Poder Judicial vuelva su atención a la preservación de la naturaleza y de sus recursos, a la disminución de la pobreza y a la consecución de la justicia social y ambiental, para garantizar el bienestar y la vida de las especies. Sin embargo, ni siquiera ante razones tan nobles puede el Poder Judicial sobrepasar el campo de actuación que le fue destinado por la Constitución, decidiendo basado en opiniones o intereses personales y al albedrío de las posiciones legislativas y ejecutivas adecuadas a la Constitución. En cuanto a la Metodología empleada, se utilizó el método inductivo con la investigación bibliográfica y documental.

Palabras clave: Actuación Judicial; Derechos Fundamentales; Sostenibilidad; Posibilidades; Límites.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho está relacionado à área de concentração em fundamentos do direito positivo e pertencente à linha de pesquisa em constitucionalismo e produção do direito.

O objetivo institucional desta dissertação é a obtenção dos títulos de mestre em Ciência Jurídica e em *Derecho Ambiental e Sostenibilidad*, pelos Cursos de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, bem como de *Máster Universitario en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* (MADAS) da Universidade de Alicante – UA (Espanha), respectivamente.

Para tanto, além das disciplinas obrigatórias cursadas na Univali, a autora permaneceu na cidade de Alicante nos meses de abril, maio e junho de 2016, cursando, de maneira concentrada, as disciplinas optativas do mestrado, o que somente foi possível em razão de convênio para dupla titulação firmado entre as duas Universidades.

A dissertação tem por objeto analisar as possibilidades da atuação judicial para a efetivação dos Direitos Fundamentais e da Sustentabilidade.

Considerando que o poder do Judiciário não é ilimitado e, igualmente aos Poderes Executivo e Legislativo, também se vincula aos preceitos constitucionais, bem como diante do fato de que é tênue a linha que separa a adequação do excesso, objetiva-se discutir, da mesma forma, os limites da prestação jurisdicional, de modo a se garantir o equilíbrio democrático.

Observa-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) prevê um amplo catálogo de Direitos Fundamentais. Dispõe que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito e estabelece o Legislativo, o Executivo e o Judiciário como seus poderes, independentes e harmônicos entre si. Essa harmonia, contudo, não raras vezes, é abalada.

Na atualidade, vive-se a expansão do Judiciário, que, de um lado, tem sido chamado, cada vez mais, a assumir uma postura proativa na consecução da

Constituição, mas, de outro, tem interferido, acentuadamente, no âmbito de atuação dos demais poderes públicos, inclusive legislando por meio de suas decisões.

Essa situação suscita uma série de discussões, pois tal fenômeno é recente na história do Direito brasileiro, de matriz romano-germânica, cujo modo de produção do Direito é a lei, não o precedente, como é o caso dos países de *common law*.

Aqui, tradicionalmente, o Direito é pensado sob a ótica do “juiz boca-da-lei”, moldado para resolver às lides por meio da aplicação mecânica das previsões legislativas, especialmente as inscritas em Códigos.

Esse cenário começou a se modificar na última quadra do século passado, com fim da Ditadura Militar, em 1985, e a edição da CRFB, em 1988. De lá para cá, passou-se a se deparar com algo que, em parcela significativa do mundo, se vivenciou após a Segunda Guerra Mundial. Trata-se da passagem no Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito.

Nesse último, a Constituição, além das clássicas funções de dispor de regras organizacionais, limitar o poder estatal e o poder das majorias, é considerada a Lei Fundamental do Estado, servindo de guia aos poderes públicos, que, em especial em matéria de Direitos Fundamentais, devem respeitá-la e implementá-la.

Soma-se a tudo isso, a premente preocupação com a vida na Terra, constantemente ameaçada pelo risco de escassez dos recursos naturais e pelas catástrofes ecológicas, cada vez mais recorrentes, em claro sinal da natureza de que o ser humano precisa frear sua devastação e o uso indiscriminado de seus recursos, respeitando-a.

Nesse contexto, visando conciliar a presença humana na natureza, desenvolve-se globalmente a ideia de Sustentabilidade, preocupada com a vida e o bem-estar dos seres, da espécie humana ou animal, nascidos ou ainda por nascer, em um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para a pesquisa, foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) mesmo com o intuito de efetivar os Direitos Fundamentais, a atuação judicial deveria encontrar limites no princípio democrático e na Constituição, sobretudo porque o Brasil é filiado à família romano-germânica, cuja principal fonte do Direito é a legislação;

b) com o intuito de efetivar a Sustentabilidade, a atuação judicial não deveria encontrar limites, pois a concretização da Sustentabilidade garantiria a dignidade da pessoa em todas as suas dimensões.

Visando buscar a confirmação ou não das hipóteses, o trabalho foi dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo será dedicado ao estudo do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais. Nesse contexto, pesquisar-se-á acerca da trajetória dos sistemas jurídicos até a contemporaneidade, do Estado de Direito, do Estado Liberal de Direito, do Estado Social de Direito e do Estado Democrático de Direito, com uma parte específica destinada ao exame do Estado Democrático de Direito no Brasil. Analisar-se-á, ainda, os Direitos Fundamentais, começando-se com a sua delimitação terminológica, passando por seus fundamentos, seu histórico e, finalmente, por sua inscrição na CRFB de 1988.

O segundo capítulo, por sua vez, será destinado ao exame da Sustentabilidade, iniciando-se com alguns apontamentos históricos, passando por seu conceito, suas dimensões, e, ao final, por sua relação com os Direitos Fundamentais.

O último capítulo iniciará com a averiguação de aspectos gerais da atuação judicial no Estado Democrático de Direito. Em seguida, apreciar-se-á dois fenômenos atuais que permeiam o tema da prestação jurisdicional e bastante evidenciados no Brasil, a judicialização da política e o ativismo judicial. As partes derradeiras do capítulo serão reservadas, especificamente, ao exame dos limites e possibilidades da atuação judicial na efetivação dos Direitos Fundamentais e da Sustentabilidade.

A presente dissertação será encerrada com as considerações finais, nas quais serão apresentados os pontos conclusivos destacados, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o tema aqui exposto.

Ademais, embora não se trate de um trabalho de direito comparado, mas elaborado em dupla titulação com uma Universidade europeia, registre-se que será pontuado, ao longo do texto, o tratamento dado à temática objeto desta dissertação naquele continente, sobretudo na Espanha.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na fase de Investigação¹, foi utilizado o Método Indutivo², na Fase de Tratamento de Dados, o Método Cartesiano³, e, finalmente, o Relatório dos Resultados está expresso na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁴, da Categoria⁵, do Conceito Operacional⁶, da Pesquisa Bibliográfica⁷. A pesquisa foi, na sua totalidade, bibliográfica e documental.

As categorias e os seus respectivos conceitos operacionais serão apresentados no decorrer do texto.

¹ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2015. p. 87.).

² “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa**: teoria e prática. p. 91.).

³ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja: LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁴ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 65.).

⁵ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 36.).

⁶ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 54.).

⁷ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 215.).

Registre-se, finalmente, que a palavra “Direito/direito” será grafada, ora com “D” maiúsculo e, às vezes, com “d” minúsculo. No primeiro caso, estar-se-á se referindo ao Direito enquanto ciência jurídica, sistema jurídico ou ordenamento jurídico, como, por exemplo, “Direito brasileiro”, “modo de produção do Direito” etc. No segundo caso, referir-se-á a uma regra específica ou a uma característica do Direito, como, por exemplo, “direito à vida”, “direito positivo”, entre outros.

CAPÍTULO 1

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 A TRAJETÓRIA DOS SISTEMAS JURÍDICOS ATÉ A CONTEMPORANEIDADE

O sistema jurídico brasileiro, especialmente em virtude da colonização dos europeus portugueses, é filiado à família romano-germânica, cujas raízes remontam à compilação do imperador romano Justiniano, no século VI. Também chamado de sistema *civil law*, é, ao lado do *common law*⁸, um dos sistemas mais disseminado.

Como o próprio nome sugere, tal sistema é fulcrado no direito romano, retomado pelos estudiosos das universidades europeias, com destaque aos glosadores da italiana Escola de Bolonha a partir do século XI, difundindo-se em outros territórios além daqueles outrora dominados pelo Império Romano, principalmente na Alemanha⁹.

Como destaca Mendonça¹⁰, paulatinamente, outros métodos de estudo, além da glosa – anotações dos estudantes de Bolonha em suas cópias da compilação de Justiniano –, foram sendo acrescentados, até tornar-se o estudo do Direito mais sistemático. A sistematização, contudo, se dá mesmo com o movimento

⁸ O sistema *common law* é aquele que considera os costumes e as decisões judiciais como principais fontes do direito. (BOBBIO, Norberto. Direito. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de política**: de A a J. Tradução de Carmem C. Varriale et. al. 5 ed. Brasília: UNB, 2004. p. 351. Título original: *Dizionario di politica*).

Segundo Guido Fernando Silva Soares, (n)o sistema *common law*: 1) é de origem inglesa; 2) são considerados legisladores os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário; 3) “*Precedent* é a única ou várias decisões de um *appellate court*, órgão coletivo de segundo grau, que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados.”; 4) a decisão judicial tem dupla função: a) “decide o caso *sub judice* e faz coisa julgada”; b) “tem um efeito para além das partes ou da questão resolvida [...], pois *cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros*.” (SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 38-41. Com grifos no original).

⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone Editora, 1995. p. 65. Sem informação do título original.

¹⁰ MENDONÇA, Paulo Roberto S. Glosadores. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: Unisinos. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 382-383.

da codificação do Direito, no início do século XIX, com a qual se inicia, segundo Bobbio, “[...] a história do positivismo jurídico verdadeira e propriamente dito.”¹¹.

O positivismo jurídico foi precedido do jusnaturalismo moderno, sendo, em termos históricos, uma continuação deste. Ambos, juspositivismo e jusnaturalismo moderno, compartilham a ideia “[...] de que o Direito é um sistema de normas e poderes”. Diferentemente do jusnaturalismo moderno, também chamado de jusnaturalismo racional, pois defendia a natureza racional de algumas regras, o positivismo jurídico não aceita a ideia de que as normas jurídicas advêm da razão. Ao contrário, sustenta que o Direito provém “[...] de atos de vontade identificados socialmente. O Direito é um conjunto de normas que nasce no interior da sociedade, sejam elas costumeiras, legislativas ou judiciais”¹².

Sobre o desenvolvimento do positivismo jurídico, ressalta-se:

Ao definir o Direito como sistema de normas postas por ato de poder, dispostas de um modo hierárquico, o positivismo, com Hans Kelsen, adquire maturidade e determina a percepção do jurista contemporâneo acerca do fenômeno jurídico. Mesmo os jusnaturalistas contemporâneos tenderão a ver o Direito como um sistema híbrido de normas (positivas e naturais). Os juristas *críticos* tendem a substituir o sistema de normas do Estado por outro, mais coerente com seus valores. Os *pós-positivistas* (Dworkin, Alexy) não ultrapassam esse paradigma normativista, apenas o sofisticam com uma teoria dos princípios: ‘O Direito não é somente um conjunto de normas-regras, ele também possui normas-princípios’.¹³

Voltando-se à questão da sistematização, destaca-se que, com o movimento Iluminista, precursor da Revolução Francesa, de 1789, e cuja principal bandeira foi a do racionalismo, surgiram as primeiras propostas de codificação, com o intuito de substituir o amontoado de regras jurídicas elaboradas ao longo da

¹¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. p. 32.

¹² BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: Unisinos. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 644.

¹³ BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 644. Com grifo no original.

história por normas calcadas na natureza e capazes de atender às pretensões universais dos seres humanos¹⁴.

Nesse contexto, entra em vigor na França, em 1804, o Código de Napoleão, primeira codificação propriamente dita da história, influenciando a legislação e o pensamento jurídico em muitos países a partir de então. Contudo, apesar da concepção jusnaturalista de seus idealizadores, a escola dos intérpretes do Código Civil francês, a chamada Escola de Exegese, “[...] considerava o Código de Napoleão como se tivesse sepultado todo o direito precedente e contivesse em si as normas para todos os possíveis casos futuros, e pretendia fundar a resolução de quaisquer questões na *intenção do legislador*.”¹⁵.

Para essa Escola, a solução de todos os problemas jurídicos encontrava-se no próprio ordenamento jurídico, cabendo ao juiz, unicamente, a aplicação mecânica da lei, ainda que por meio de interpretação (passiva) analógica ou da utilização dos princípios gerais do direito, quando da obscuridade, insuficiência ou silêncio da lei. Assim, para a Escola de Exegese, o legislador é onipotente, o ordenamento jurídico é completo e o juiz é um mero “boca-da-lei”¹⁶.

Como se observa, as ideias dos intérpretes do Código Civil napoleônico correlacionam-se com a do positivismo jurídico, que compreende o Direito tão somente como um regulador racional e objetivo, um sistema de normas postas, pelo qual o jurista deve se abster de manifestar qualquer juízo de valor. “Recusa-se, assim, uma postura preocupada em fazer derivar o Direito de outras fontes que não as sociais (jusnaturalismo), ao mesmo tempo, que se renega a fazer depender a existência do Direito de juízos morais particulares”¹⁷.

Nesse sentido, Norberto Bobbio, ao dissertar a respeito das causas históricas do advento da Escola de Exegese, cita a doutrina da separação de

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. p. 64-65.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. p. 77. Com grifo no original.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. p. 74.

¹⁷ BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 643.

poderes¹⁸, segundo a qual os poderes estatais são divididos em três, Legislativo, Executivo e Judiciário, cada um correspondendo a um órgão próprio, com atuação autônoma e independente, estabelecendo-se um controle recíproco entre eles, de modo a preservar o equilíbrio e evitar abusos no exercício do poder¹⁹.

Para a doutrina da separação de poderes, e também para o positivismo jurídico, o Judiciário, eminentemente neutro, não podia criar o Direito, sob pena de usurpar a competência dos legisladores, “[...] mas devia, de acordo com a imagem de Montesquieu, ser somente a boca através da qual fala a lei [...]”²⁰.

A ideia de divisão tripartite das funções do Estado remonta a Aristóteles, lá na antiguidade clássica e, embora tal concepção tenha sido resgatada por outros nomes nos séculos XVII e XVIII, é Montesquieu a principal referência intelectual da doutrina da separação de poderes, especialmente pela referida noção de controle recíproco – sistema de freios e contrapesos²¹ -, que “[...] se tornou dogma do constitucionalismo demoliberal, influenciando, principalmente, as declarações de direitos das constituições norte-americanas e francesas.”²².

Falando em influência, o constitucionalismo moderno, resultado das revoluções liberais – a inglesa (1688), a norte-americana (1776) e a francesa (1789) –²³, sofreu forte inspiração na doutrina da separação de poderes²⁴. Essa ideologia nova, baseada não somente na separação de poderes, mas também na Constituição

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. p. 79.

¹⁹ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Coleção Ensaio do Processo Civil. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. v. 3. p. 83.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. p. 79.

²¹ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 82.

²² SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: introdução. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 73.

²³ BARROSO, Luís Roberto. Constituição. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: Unisinos. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 145.

²⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 84.

e nos direitos individuais, foi difundida mesmo com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789²⁵.

Nessa linha, Luís Roberto Barroso²⁶ afirma que “[...] o constitucionalismo moderno é produto do iluminismo e do jusnaturalismo racionalista que os acompanhou, com triunfo dos valores humanistas e da crença no poder da razão”. Destaca, ademais, que o constitucionalismo modificou “[...] a qualidade da reação entre o indivíduo e o poder, com reconhecimento de direitos fundamentais inerentes à condição humana, independentes de outorga por parte do Estado”.

A partir da visão moderna e liberal, a Constituição deixou de ter mero caráter descritivo das instituições essenciais de dada sociedade, passando a ter “[...] a pretensão de influenciar sua ordenação, mediante um ato de vontade e de criação, usualmente materializado em um documento escrito”. E mais, por ter nascido “[...] em berço revolucionário, a Constituição consubstancia a superação da ordem jurídica anterior [...] e a reconstrução do Estado em novas bases”²⁷.

Diante disso, Luís Roberto Barroso conceitua Constituição da seguinte forma:

a) do ponto de vista *político*, como o conjunto de decisões do poder constituinte ao criar ou reconstruir o Estado, instituindo os órgãos de poder e disciplinando as relações que manterão entre si e com a sociedade;

b) do ponto de vista *jurídico*, é preciso distinguir duas dimensões: (i) em sentido *material*, i.e., quanto ao conteúdo de suas normas, a Constituição organiza o exercício do poder político, define os Direitos Fundamentais, consagra valores e indica fins públicos a serem realizados; (ii) em sentido *formal*, i.e., quanto à sua posição no sistema, a Constituição é a norma fundamental e superior, que regula o modo de produção das demais normas do ordenamento jurídico e limita o seu conteúdo.²⁸

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Constituição. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 146.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constituição. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 146.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 145.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de**

O constitucionalismo advindo desse contexto histórico carregava, como visto alhures, a bandeira dos Direitos Humanos, sendo que, num primeiro momento, o catálogo de direitos limitava-se aos direitos individuais e políticos, típicos do Estado Liberal, não intervencionista e defensor da liberdade. Em um segundo momento, o rol de direitos foi ampliado, alcançando também direitos sociais e coletivos.

Percebe-se, portanto, que, ao lado da separação de poderes, torna-se fundamental, nesse período, a asseguuração das garantias. Daí a importância do Direito escrito, tido como uma conquista em relação ao Direito costumeiro, por significar a estabilidade do ordenamento, bem como por possibilitar o seu conhecimento. “E, por essa razão, a Declaração dos Direitos vinculava à própria noção de Constituição a divisão dos poderes e o asseguramento das garantias”²⁹. Barroso³⁰, da mesma forma, afirma que, “[...] desde as suas origens, sempre foi da essência da Constituição a separação de Poderes e a garantia dos direitos”.

Em que pese essa consagração dos direitos por meio do constitucionalismo, até a Segunda Guerra Mundial, as Constituições não detinham força normativa, uma vez que a fonte principal do Direito era a lei. As Constituições serviam como programas políticos orientadores ao Poder Legislativo. Os Direitos Fundamentais, assim, somente eram exigíveis se previstos também na legislação infraconstitucional³¹.

Apenas após a Segunda Grande Guerra, com a constatação de que as maiorias políticas podem praticar ou ser coniventes com a barbárie, tal como se deu na Alemanha com o nazismo, a perspectiva em relação à Constituição se modificou,

Filosofia do Direito. p. 145. Com grifos no original.

²⁹ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia:** o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 87.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Constituição. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito.** p. 147.

³¹ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil:** riscos e possibilidades. Disponível em http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993. Acesso em: 9 mar. 2011. p. 3.

pois os textos constitucionais passaram a prever instrumentos para proteger os Direitos Fundamentais, inclusive do próprio legislador³².

Assim:

As constituições europeias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família. Muitas delas, ao lado dos tradicionais direitos individuais e políticos, incluem também direitos sociais de natureza prestacional. Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito.³³

No mesmo sentido:

No constitucionalismo europeu — e na maior parte do mundo, que vivia sob sua influência —, prevalecia o entendimento de que as normas constitucionais não seriam propriamente normas jurídicas, que comportassem tutela judicial quando descumpridas, mas sim diretivas políticas endereçadas sobretudo ao legislador. A superação dessa perspectiva ganhou impulso no segundo pós-guerra, com a perda de prestígio do positivismo jurídico e da própria lei e a ascensão dos princípios constitucionais como uma reserva de justiça entre o poder político e os indivíduos, sobretudo as minorias.³⁴

Esse novo cenário instaurado no pós-guerra é, aqui, designado pelo termo “neoconstitucionalismo”. Embora existam inúmeras incertezas e controvérsias acerca do significado dessa expressão, pode-se concluir, para o presente trabalho, colhendo-se as lições de Barroso, que neoconstitucionalismo é o movimento iniciado após a Segunda Guerra Mundial, a partir da centralidade dos Direitos Fundamentais, com uma série de modificações, cujos destaques repousam na força normativa da

³² SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. p. 3-4.

³³ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. p. 4.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Constituição. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 147.

Constituição, na propagação da jurisdição constitucional³⁵ e na construção de uma nova dogmática da interpretação constitucional³⁶.

Nessa linha, “[...] o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os ‘casos difíceis’ do Direito.”³⁷.

Para Daniel Sarmento³⁸, com o neoconstitucionalismo, a compreensão tradicional do princípio da separação de poderes como impositor de rígidos limites à atuação jurisdicional perde força diante de um novo panorama, em que o Poder Judiciário possui ampla permissão de atuação em prol dos valores constitucionais. As visões estritas do princípio democrático cedem espaço para ideias voltadas à democracia substancial, que restringe os poderes do Legislativo em observação aos Direitos Fundamentais e à proteção das minorias. No lugar da lei como fonte principal do Direito, aflora a ideia de que a centralidade do ordenamento jurídico está na Constituição, que condiciona toda a ordem jurídica.

Neste ponto, mister abrir um parêntesis para registrar que o Direito estadunidense mostra-se como uma exceção a esse quadro, pois por lá a Constituição sempre teve ampla normatividade e sempre foi comum a judicialização das questões constitucionais³⁹. Em outras palavras:

Embora tenha sido fenômenos contemporâneos e tenham compartilhado fundamentos comuns, o constitucionalismo americano e o francês sofreram influências históricas, políticas e doutrinárias diversas. E, em ampla medida, deram origem a modelos constitucionais bem distintos, que só vieram a se aproximar na

³⁵ Acerca do que se entende por “jurisdição constitucional”, ver item “3.2.1 Judicialização da política”.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 28 nov. 2015. p. 15.

³⁷ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. p. 5.

³⁸ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. p. 5.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 147.

segunda metade do século XX. Nos Estados Unidos, desde a primeira hora, a Constituição teve o caráter de documento jurídico, normativo, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. No modelo francês, que se irradiou pela Europa, a Constituição tinha natureza essencialmente política e sua interpretação era obra do Parlamento e não de juízes e tribunais.⁴⁰

A razão disso decorre do fato de o sistema estadunidense ser misto, pois, embora pertencente à família *common law*, apresenta característica do sistema *civil law*. Lá, tem-se um Direito criado pelo Judiciário (*common law*) e outro, pelo Poder Legislativo (*statute law*)⁴¹.

Além disso, a maior inovação do Direito norte-americano relativamente ao modelo inglês foi a mitigação do princípio da supremacia do Legislativo em face do princípio da supremacia da Constituição, incumbindo ao Poder Judiciário a vigilância desse princípio, ainda que, conseqüentemente, se tenha a invalidação dos atos do parlamento. Tem-se com isso o chamado *judicial review of legislation*⁴².

No Direito estadunidense, tanto os juízes quanto os tribunais podem exercer essa revisão da legislação em face da Constituição, por meio do controle difuso. À Suprema Corte, porém, é destinado o principal papel de interpretação constitucional, devido ao princípio do *stare decisis*, que confere força vinculante aos seus julgados⁴³.

Por outro lado, o Brasil, pela própria história do seu Direito, filiado ao sistema romano-germânico, incorporou as características do sistema *civil law*, tais como predominância do direito positivo (da lei escrita), tendência à codificação do Direito, utilização do método dedutivo de subsunção do fato concreto à lei.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Constituição. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 146.

⁴¹ A diferença reside no fato de que, “[...] enquanto no nosso sistema a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente a jurisprudência, na *Common Law* [dos Estados Unidos] o caminho é inverso: primeiro os cases e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita.” (SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito dos EUA. p. 39).

⁴² ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 294-295.

⁴³ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 295.

Além disso, trouxe para as suas Constituições o princípio da separação de poderes, o qual permanece, inclusive, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴⁴ (CRFB), que, em seu artigo 2º, prevê: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”.

Aqui, a ideia de força normativa da Constituição somente floresceu após o fim do regime militar e com a edição da CRFB, a qual dispôs constituir a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*).

Igualmente, o fenômeno da abertura do sistema jurídico para novos intérpretes da Constituição, com um Poder Judiciário atuante em defesa dos Direitos Fundamentais e sempre com vista à Constituição, com poder de rever leis e atos normativos do poder público, tanto em sede de controle concentrado quanto difuso de constitucionalidade, também chegou, embora um pouco mais tarde.

Com efeito, a CRFB consagrou a redemocratização no Brasil, trazendo em seu conteúdo um rol bastante amplo de Direitos Fundamentais. Ao reforçar o papel do Poder Judiciário, fortaleceu sua independência, criando inúmeros remédios constitucionais e prevendo dois critérios para o exercício do controle de constitucionalidade jurisdicional, o difuso e o concentrado, sendo que, em relação a este último, a CRFB aumentou significativamente a gama de legitimados⁴⁵.

Nesse ponto, importante registrar que o controle difuso, também chamado de incidental, segundo o qual, na análise do caso concreto, o magistrado

⁴⁴ BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 9 jul. 2015.

⁴⁵ A legitimidade, antes da Constituição Federal de 1988, era exclusiva do Procurador-Geral da República (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 51). Hoje, o rol é bem mais amplo, conforme se depreende do art. 103 da Constituição Federal. *In verbis*: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.” (BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil**.).

pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, é inspirado no modelo americano. Por outro lado, o controle concentrado, conhecido também por abstrato, que permite que leis e atos normativos sejam levados a uma corte constitucional, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF), para análise, em tese, de sua (in)constitucionalidade, é importado do Direito europeu⁴⁶.

À luz dessa nova perspectiva, e diante da necessidade de efetivação dos Direitos Fundamentais, especialmente em um cenário de demandas cada vez mais complexas, os critérios de resolução das lides pensados pelos juspositivistas, a exemplo da subsunção do fato concreto à lei, não mais são suficientes para resolver os problemas jurídicos que batem à porta do Judiciário. Diante disso, “De poder quase ‘nulo’, mera ‘boca que pronuncia as palavras da lei’, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo.”⁴⁷.

Na mesma linha, segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr.

[...] as funções da dogmática jurídica, fundadas na sistematização normativa, na interpretação e na subsunção, são, aos poucos, sobrepujadas, pois os julgadores (juízes, árbitros, administradores judicantes) não aplicam apenas a legislação, mas fazem constantes referências a princípios jurídicos, cláusulas gerais etc. Antes, princípios eram invocados para integrar o direito, isto é, apenas nos casos de lacunas (nesse sentido deles fala a nossa *Lei de Introdução*). Agora, parece que o julgador tem uma liberdade muito maior para reconstruir e até *construir* o direito, que antes era assumido como um dado (o juiz como *homo iudicus*). Mesmo porque o rol de princípios admitidos não se limita a princípios expressos na legislação ordinária e constitucional, mas são ‘descobertos’ a partir de exigências decisórias. Não que isso não ocorresse no passado. Mas era algo revelado pela dogmática jurídica por força de exigências sistematizadoras do material obrigacional contido no ordenamento. E não pela jurisprudência como suporte direto da decisão do caso concreto.⁴⁸

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista (Syn)Thesis**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. p. 23-32. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7434/5389>. Acesso em: 18 jun. 2017. p. 24.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. p. 5.

⁴⁸ FERRAZ JUNIOR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 203. Com grifos no original.

Tal visão panorâmica acerca desse desenrolar histórico é importante para a compreensão do mote que ora se propõe a trabalhar. Do mesmo modo, o debate pressupõe prévio entendimento do que se entende por Estado Democrático de Direito, assunto do item a seguir.

1.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição brasileira dispõe que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*).

Para entender o que isso quer dizer, é preciso, num primeiro momento, subtrair dessa equação o adjetivo “Democrático”, devendo a investigação partir, portanto, da ideia de Estado de Direito, que, em sua primeira versão, apresentou-se como liberal.

1.2.1 O Estado de Direito e o Estado Liberal de Direito

O Estado de Direito, no plano histórico, sucede ao Estado Absoluto, opondo-se a este. Ambos são produtos do Estado Moderno, iniciado após do fim da Idade Média, na segunda metade do século XV.

Inicialmente, o Estado Moderno apresentou-se com absolutista, caracterizado pela personificação do Estado na figura do monarca, que concentrava em suas mãos todos os poderes estatais. Essa concentração absoluta do poder unicamente com uma pessoa visava à consolidação da unidade interna, pois o absolutismo, opondo-se ao feudalismo do período medievo — caracterizado pela descentralização do poder, distribuído em feudos — baseava-se na centralização do poder dentro dos limites territoriais do Estado⁴⁹.

Insurgindo-se contra os privilégios decorrentes dessa forma personificada de exercício do poder estatal, em benefício de grupos restritos de pessoas, normalmente associadas a nobreza ou ao clero, a burguesia, em ascensão

⁴⁹ LEAL, Mônia Clarissa Henning. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: Unisinos. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 288-289.

e detentora de robusto poder econômico, protagonizou as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, com destaque à Revolução Francesa, de 1789⁵⁰.

Nesse momento, o Estado Moderno passa a abrigar a noção de Estado de Direito, ou seja, “[...] Estado pautado e vinculado à figura da lei, que constitui os limites e é o fundamento necessário de todas as suas ações.”⁵¹.

No Estado de Direito, diferentemente do Estado Absolutista, em que vigorava a soberania do rei, onde lei e vontade do monarca se confundiam, os poderes estatais sujeitam-se aos limites da lei, que submete todos, indistintamente, à sua soberania⁵².

Trata-se de um Estado que tem seu limite e seu fundamento no ordenamento jurídico e, sobretudo, na Constituição⁵³. Daí, ser comumente designado de Estado Constitucional e ser identificado como o marco inaugural do constitucionalismo. Nesse sentido:

Verifica-se, portanto, que a premissa capital do Estado Moderno é a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional; o poder já não é de pessoas, mas de leis. São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições.⁵⁴.

[...] o constitucionalismo [...] corresponde historicamente ao que se chama de ‘Estado de Direito’. Corresponde, vai aqui dito, embora as duas coisas se distinguem e as duas expressões não sejam sinônimas: o constitucionalismo aparece mais como um movimento, um processo, uma tendência a um tempo doutrinária e institucional; o Estado-de-Direito, mais como um tipo, um modelo, uma estrutura a

⁵⁰ LEAL, Mônia Clarissa Henning. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 289.

⁵¹ LEAL, Mônia Clarissa Henning. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 288.

⁵² LEAL, Mônia Clarissa Henning. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 290.

⁵³ SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e o Constitucionalismo**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976. p. 44.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 29.

que o Estado moderno chegou [...] ⁵⁵.

Segundo Carlos Ari Sundfeld ⁵⁶

Estado de Direito é o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por uma norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.

Tratando-se de um Estado cujo fundamento encontra-se no Direito, a noção de Estado de Direito depende do que se entende por Direito.

Hans Kelsen ⁵⁷, por exemplo, com sua teoria monista, afasta o dualismo de Estado e Direito, defendendo que todo Estado é de Direito, uma vez que, para ele, Estado é ordenação jurídica, sendo, portanto, um pleonismo falar “Estado de Direito”. Nestes termos:

[...] a tentativa de legitimar o Estado como Estado ‘de Direito’ releva-se inteiramente infrutífera, porque [...] todo Estado tem de ser um Estado de Direito no sentido de que todo Estado é uma ordem jurídica. [...] A limitação já referida do conceito de Estado de Direito a um Estado que corresponda às exigências da democracia e da segurança jurídica, implica a idéia de que apenas uma ordem coercitiva assim configurada pode ser tida como ‘verdadeira’ ordem jurídica. Uma tal suposição, porém, é um preconceito jusnaturalista. [...] Do ponto de vista do positivismo coerente, o Direito, precisamente como o Estado, não pode ser concebido senão como uma ordem coercitiva de conduta humana – com o que nada se afirma sobre o seu valor moral ou de Justiça. E, então, o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito – nada mais, nada menos.

Pela teoria monista de Hans Kelsen, assim, até mesmo um Estado de Exceção é um Estado de Direito.

⁵⁵ SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e o Constitucionalismo**. p. 39-40.

⁵⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 49.

⁵⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 353. Título original: *Reine Rechtslehre*.

Sob outra perspectiva, caso se entenda o Direito apenas como um conjunto de regras postas pelo parlamento, Estado de Direito e Estado Legislativo são a mesma coisa.

Entretanto, defende-se que, para se ter um Estado de Direito não basta se dispor de um Estado Legal apenas. É necessário que se some a essa forma conteúdos, pois esse Estado “[...] não está limitado apenas a uma concepção formal de ordem jurídica, mas, também, a um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição.”⁵⁸.

Assim, o Estado de Direito é a união da forma mais o conteúdo. A forma, que é a necessária subordinação dos poderes estatais à legalidade, não se altera. O conteúdo, porém, varia conforme o modelo de Estado.

Desde sua adoção, não se abandonou mais a forma de Estado de Direito, o qual, no seu progresso histórico, passou da feição liberal para a social e, por fim, assumiu a versão democrática, cada uma delas moldando o Direito de acordo com seu conteúdo⁵⁹.

Além da vinculação ao império da lei e da enunciação e garantia de Direitos Fundamentais, a terceira característica essencial do Estado de Direito é a divisão de poderes⁶⁰, cujo objetivo é evitar a concentração do poder. De matriz

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 93.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. p. 94.

⁶⁰ Nesse sentido:

“Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” (**Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 01 maio 2017.);

“V - Que os poderes legislativo, executivo e judiciário do Estado devem estar separados e que os membros dos dois primeiros poderes devem estar conscientes dos encargos impostos ao povo, deles participar e abster-se de impor-lhes medidas opressoras; que, em períodos determinados devem voltar à sua condição particular, ao corpo social de onde procedem, e suas vagas se preencham mediante eleições periódicas, certas e regulares, nas quais possam voltar a se eleger todos ou parte dos antigos membros (dos mencionados poderes)., segundo disponham as leis.” (**Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia**. 1776. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0->

liberal, a doutrina da separação de poderes serve para a proteção dos direitos individuais em face do Estado⁶¹.

Nessa toada:

Na origem, como é sabido, o *Estado de Direito* era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a *lei* considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderes particulares; (c) enunciado e garantia dos direitos individuais. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal.⁶²

Como primeiro Estado de Direito, o Estado Liberal tem o mesmo marco histórico daquele: as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII. Ambos, Estado de Direito e Estado Liberal de Direito, embora sejam distintos, guardam outra similitude, são originários dos mesmos fatores políticos-sociais-filosóficos.

Esse período, igualmente, guarda a “[...] ideia moderna de um *Estado Democrático* [...] implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores.”⁶³. Não se pode olvidar que a preferência pela democracia, baseada na ideia de governo do povo, “[...] era o caminho para o enfraquecimento do absolutismo dos monarcas e para a ascensão política da burguesia.”⁶⁴. Trata-se, portanto, de uma democracia liberal, baseada na ideia de

[cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html](#). Acesso em: 01 maio 2017).

⁶¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 68.

⁶² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 112-113. Com grifos no original.

⁶³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 144. Com grifo no original.

⁶⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 145.

que somente haveria Estado Democrático onde o poder estatal fosse mitigado e houvesse mecanismos de controle dentro da própria estrutura do Estado⁶⁵.

Com efeito, a Revolução Inglesa, inspirada nas ideias de John Locke, tem no *Bill of Rights*, de 1689, sua principal expressão. Dela, destacam-se o propósito de limitar o poder do monarca, a afirmação dos direitos naturais, tais como liberdade e igualdade, a defesa do governo da maioria e da liberdade dos indivíduos⁶⁶.

A Americana, por sua vez, tem seus princípios elencados na Declaração de Independência, de 1776. Baseava-se em concepções tais como a supremacia da vontade do povo e da maioria, a liberdade de associação, o controle sobre o governo, a igualdade de direitos, a não intervenção estatal⁶⁷.

A terceira e mais referendada, a Revolução Francesa, teve seus princípios universalizados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Esse movimento revolucionário, que também se opõe ao absolutismo, declara a liberdade e a igualdade dos indivíduos, sustenta a limitação dos direitos individuais somente por intermédio de lei, tida como expressão da vontade geral, defende a existência de direitos naturais, como a liberdade e a propriedade⁶⁸.

Portanto, apesar de algumas particularidades, as três revoluções possuem, em linhas gerais, os mesmos fundamentos.

Assim, firmes no jusnaturalismo moderno, segundo o qual alguns direitos, por seres inatos, precedem à formação do Estado, os movimentos revolucionários deste período defendiam, especialmente, o exercício ilimitado das liberdades individuais. Além disso, rompendo com a tradicional organização social por estamentos, baseavam-se na ideia de que todos os indivíduos,

⁶⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 299.

⁶⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 146.

⁶⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 146/148.

⁶⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 146/148-149.

independentemente de sua posição na estrutura social, possuíam igualdade de direitos unicamente pelo fato de serem humanos⁶⁹.

Consolidou-se, nesse período, o ideal democrático como supremo, cujos princípios orientadores podem ser sintetizados desta maneira:

A supremacia da vontade popular, que colocou o problema da participação popular no governo, suscitando acesas controvérsias e dando margem às mais variadas experiências, tanto no tocante à representatividade, quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais partidários.

A preservação da liberdade, entendida sobretudo como o poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem qualquer interferência do Estado.

A igualdade de direitos, entendida como a proibição de distinções no gozo de direitos, sobretudo por motivos econômicos ou de discriminação entre classes sociais.⁷⁰

Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷¹, na ótica liberal, a vontade popular é expressada, entre outros, por meio da lei, norma jurídica geral e abstrata, que deve pronunciar o justo conforme a razão assim disponha. A lei, aqui, trabalha em favor das liberdades individuais, estabelecendo critérios mínimos com o intuito de que todos possam dispor de liberdade. Ademais, na generalidade da lei fundamenta-se a igualdade, pois “Sendo regra geral, a lei é regra igual para todos.”.

Outrossim, esse momento é marcado pelo Iluminismo, filosofia tipicamente burguesa, preconizada pela liberdade e pela supremacia da razão em face do obscurantismo autoritário do regime anterior. Segundo o Iluminismo, repousa na racionalidade, sustentada no saber científico, a base para o progresso da humanidade em todos os sentidos⁷².

⁶⁹ LEAL, Mônia Clarissa Henning. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 289.

⁷⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 149. Com grifos no original.

⁷¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 19-22.

⁷² BINETTI, Saffo Testoni. Iluminismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de política**: de A a J. Tradução de Carmem C. Varriale et. al. 5 ed. Brasília:

Ademais, o Iluminismo aponta como o fundamento do Direito a natureza, que “[...] significa, antes de tudo, aquilo que não é sobrenatural e, mais especificamente, a essência do homem, isto é, a razão.”⁷³. Nessa linha, o Iluminismo defende um conjunto de direitos universais e imutáveis, fulcrados na natureza humana dos indivíduos⁷⁴.

Do exposto neste tópico até o presente momento, percebe-se que o Estado de Direito, inicialmente, foi moldado de acordo com os ideais políticos, sociais e filosóficos desse período, ou seja, em oposição ao absolutismo e visando atender aos interesses burgueses.

Assim, a limitação do poder estatal, com a submissão de seus poderes à lei, além de decorrer da oposição ao *ancien régime*, relaciona-se com o interesse burguês de manter a liberdade de atuação das pessoas, especialmente no âmbito privado, permitindo o desenvolvimento do livre comércio e garantindo o exercício do direito de propriedade sem interferência estatal (Estado mínimo).

As liberdades individuais, por sua vez, decorrem dos mesmos motivos elencados no parágrafo anterior. Ademais, “[...] prospera[m] não apenas no sentido de prover a sua defesa contra o arbítrio do Estado, mas instrumenta[m] também a defesa de cada indivíduo titular de propriedade contra a ação dos não-proprietários.”⁷⁵.

A igualdade perante à lei (igualdade formal) relaciona-se com a insurgência da classe mercantil em ascensão contra o tratamento privilegiado que alguns grupos, como nobreza e clero, recebiam no regime absolutista. Daí, a defesa

UNB, 2004. p. 605-606/609. Título original: *Dizionario di política*.

⁷³ BINETTI, Saffo Testoni. Iluminismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de política**: de A a J. p. 606.

⁷⁴ BINETTI, Saffo Testoni. Iluminismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de política**: de A a J. p. 607.

⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: Unisinos. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 228.

da igualdade⁷⁶. E mais, essa igualdade “[...] oculta a superposição, na base econômica, das relações entre pessoas e das relações entre pessoa e coisa.”⁷⁷.

O reconhecimento de direitos naturais, tais como a liberdade, a igualdade e a propriedade, tidos como inatos, também tem uma razão, que pode ser assim expressa:

O jusnaturalismo moderno vai propor uma teoria do Direito que *naturalize* a busca burguesa pelo acúmulo de riqueza e pela posse do poder político. Essa é a doutrina contratualista. Quais são os instrumentos mais eficazes para a busca dos fins próprios à esfera econômica e política da sociedade moderna (burguesa)? Certas faculdades (direitos) que serão naturalizados: o direito de propriedade (absoluto) e livre-iniciativa, e o direito (dos mais abastados) de participar do processo político. Esses são os direitos que, pertencendo ao ser humano no estado de natureza, são reconhecidos como *naturais*. O contrato social disporá sobre o arranjo institucional que, do ponto de vista do indivíduo isolado, seja o mais vantajoso para o seu interesse. O resultado é um conjunto de direitos que, impondo-se ao Estado, viabilizem a busca do auto-interesse na economia capitalista e no Estado Liberal.⁷⁸

A grande contradição historicamente revelada encontra-se no fato que, ao deixar de ser a classe dominada para ser a classe dominante, desenvolvendo os preceitos filosóficos de sua revolução e generalizando-os doutrinariamente como ideais de todos, a burguesia perdeu o interesse em praticar a universalidade de seus preceitos, mantendo-os apenas formalmente⁷⁹.

Tal fator induziu a passagem do Estado de Direito de sua feição liberal para sua feição social, pois as injustiças produzidas pelo modo de produção capitalista colocaram a classe operária em situação de penúria e suscitaram as reivindicações sociais dos séculos XIX e XX. Tem-se, então, o surgimento do Estado Social de Direito, tema do próximo item.

⁷⁶ LEAL, Mônia Clarissa Henning. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 289.

⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 228.

⁷⁸ BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 644. Com grifos no original.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. p. 42.

1.2.2 O Estado Social de Direito

Não se pode negar os benefícios trazidos pelo Estado Liberal, que permitiu o progresso econômico e forneceu as bases necessárias à Revolução Industrial, consagrou os direitos individuais e transformou o poder político em poder legal.

Todavia, com as transformações causadas pela Revolução Industrial, que provocou o êxodo rural e a concentração dos trabalhadores nos centros urbanos, levando-os a viverem em péssimas condições de vida e a exercerem longas jornadas de trabalho, recebendo pouco por isso, não demorou para se perceber a insuficiência das liberdades burguesas, as desigualdades sociais e a necessidade de proclamação de direitos sociais.

De Estado abstencionista e estruturado em prol do individualismo, o Estado transformou-se em intervencionista e empenhado em promover a justiça social. Por isso, foi cunhado de Estado Social, Estado de Bem-Estar Social, *Welfare State* ou Estado-Providência.

Sem abandonar os direitos individuais conquistados pelo liberalismo, o Estado Social volta-se para as demandas de seu tempo ao prever direitos sociais e atribuir ao Estado o dever de implementá-los. Assim, ao se buscar corrigir o individualismo liberal mediante a previsão de direitos sociais, promove-se a união do capitalismo com a busca do bem-estar coletivo⁸⁰.

O Estado, agora interventor, precisa levar bens e serviços a um maior número de pessoas. Deixa-se de acreditar na capacidade da ordem social e econômica de produzir, por si só, a justiça social. Ocorre, assim, a integração entre Estado e sociedade. Os textos constitucionais assumem conotação dirigente, ou seja, traçam um programa de ação voltado à transformação da ordem social e econômica em prol de uma verdadeira igualdade⁸¹.

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. p. 97.

⁸¹ LEAL, Mônia Clarissa Henning. **A Constituição como princípio**: os limites da jurisdição constitucional brasileira. Barueri, SP: Manole, 2003. p.14-16.

Surge, então, o constitucionalismo social, com a inclusão nas cartas constitucionais de direitos sociais, tais como à educação, à saúde, ao trabalho, dentre outros, exigíveis do Estado. Resultado disso, destacam-se a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919.

Cesar Luiz Pasold defende que a Constituição mexicana de 1917 foi a primeira Constituição da história constitucional mundial a expressar as três características do Estado Contemporâneo, as quais o diferencia do Moderno⁸²: a manutenção da consagração dos direitos individuais; a ampliação do rol de Direitos Fundamentais para alcançar também os direitos sociais e/ou os direitos coletivos; a permissão de intervenção do Estado nos domínios econômico e social visando garantir a efetivação de tais direitos. Por isso, para Cesar Luiz Pasold⁸³, esse documento é o marco histórico fundador do Estado Contemporâneo, cuja função primordial é a social

A lei, no Estado Social de Direito, transforma-se em “[...] um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica.”⁸⁴.

Enquanto o Estado Liberal é marcado pela liberdade, a tônica do Estado Social é a igualdade. Não igualdade formal, aquela oriunda da generalidade da lei, mas sim a substancial, ou seja, igualdade como forma de viabilizar o exercício do direito à liberdade, mediante o nivelamento social. Trata-se de *igualdade de possibilidades*, que admite diferenças decorrentes do esforço de cada indivíduo, mas não aceita diferenças “[...] no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a

⁸² Segundo Georg Jellinek, “La unidad, su organización conforme a la constitución y la autolimitación del Estado frente al individuo, son los caracteres esenciales de los que denominamos el Estado moderno, y lo que lo separa de todas las formas que el Estado ha revestido en el pasado.” (JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Prólogo y traducción de Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 313-314. Título original: *Allgemeine Staatslehre*).

⁸³ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed., rev. e amp. Itajaí: Univali, 2013. p. 32/35.

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. p. 101.

melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio [...]"⁸⁵.

Não obstante, o Estado Social não logrou êxito em concretizar a igualdade. Por essa razão, além de outras, o Estado de Direito passou à sua feição democrática, não com a simples união do Estado de Direito com o Estado Democrático. O Estado Democrático de Direito vai além, pois possui um conteúdo revolucionário de transformação e visa fundar uma sociedade democrática, que "[...] instaure um processo de efetiva *incorporação* de todo o povo nos mecanismos do *controle das decisões*, e de sua *real participação nos rendimentos da produção*."⁸⁶.

Sobre esse *Estado de Justiça Material*⁸⁷, falar-se-á mais no próximo tópico.

1.2.3 O Estado Democrático de Direito

Ultrapassando as formulações do Estado Liberal de Direito e do Estado Social de Direito, o Estado Democrático de Direito impõe "[...] à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Dito de outro modo, o Estado Democrático é um *plus* normativo em relação às formulações anteriores."⁸⁸.

No Estado Democrático de Direito não basta a limitação do poder do Estado, tal como no liberalismo, nem a promoção da atividade estatal, tal como no Estado Social. É necessário, pois, a transformação da sociedade. Aqui, a busca da igualdade efetiva se dá por meio de garantias jurídicas das condições mínimas de vida individual e coletiva⁸⁹.

⁸⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 302-303.

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 112/118. Com grifos no original.

⁸⁷ Expressão extraída de: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 118.

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. p. 100. Com grifo no original.

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. p. 101/104.

Segundo Mário Lúcio Quintão Soares⁹⁰,

O conceito de Estado democrático de direito exige redefinição dos princípios do Estado democrático e do Estado de direito, em seus modelos clássicos. Os paradigmas tradicionais devem ser superados pelas novas exigências de transformações sociais e a concretização das premissas de justiça social, conforme os parâmetros constitucionais.

O autor aponta que, diferentemente do constitucionalismo social, para o qual o aumento do poder político estatal controlaria melhor as relações fulcradas em Direitos Fundamentais, evitando abusos, no Estado Democrático de Direito, acredita-se que os motivos geradores de tais abusos estão nas desigualdades sociais, causadas pelas diferenças nas condições políticas, econômicas e sociais, de modo que as arbitrariedades só serão evitadas mediante transformações nessas áreas, com a participação dos indivíduos no exercício do poder e tornando as instituições democráticas mais robustas⁹¹.

Assim, a democracia do Estado Democrático de Direito envolve inúmeros atores, estende-se a vários setores e precisa enfrentar diversos problemas, o que faz dela muito mais complexa do que a democracia da política clássica⁹².

A Constituição, nesse Estado, além do caráter de instrumento de defesa em face do poder estatal, traz os valores supremos da comunidade, representados pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual possui um projeto incluyente, de promoção de justiça social⁹³.

Para José Afonso da Silva⁹⁴, o Estado Democrático de Direito subordina-se à legalidade, transformando-se a lei em mecanismo de realização da igualdade e da justiça materiais. Nesse Estado, a compreensão do que se entende

⁹⁰ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: introdução. p. 219.

⁹¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: introdução. p. 219.

⁹² LEAL, Mônia Clarissa Henning. **A Constituição como princípio**: os limites da jurisdição constitucional brasileira. p. 23.

⁹³ LEAL, Mônia Clarissa Henning. **A Constituição como princípio**: os limites da jurisdição constitucional brasileira. p. 23-24.

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 121.

por lei ultrapassa o conceito limitado que se tinha no Estado de Direito, ato jurídico formal, geral e abstrato, passando a significar o instrumento de transformação da realidade social. Diz o autor:

Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses.⁹⁵

Mario Lúcio Quintão Soares⁹⁶ elenca os princípios do Estado Democrático de Direito. São estes:

- *princípio da constitucionalidade* – respaldado na supremacia da constituição, vincula o legislador e todos os atos estatais à constituição, estabelecendo o princípio da reserva da constituição e revigorando a força normativa da constituição;
- *sistema dos direitos fundamentais* – a inserção no texto constitucional dos direitos humanos exige medidas para sua implementação. Este sistema exerce funções democráticas, sociais e de garantia do Estado democrático de direito;
- *princípio da legalidade da administração* (cerne da teoria do Estado de direito) – postula dois princípios fundamentais: o da supremacia ou prevalência da lei e o da reserva de lei;
- *princípio da segurança jurídica* – conduz à consecução do princípio de determinabilidade das leis, caracterizando-se como princípio de proteção da confiança dos cidadãos;
- *princípio da proteção jurídica e das garantias processuais* (proteção jurídica individual sem lacunas) – procedimento justo e adequado, de acesso ao direito e de concretização do direito.

A democracia no Estado Democrático de Direito é, portanto, não só uma democracia formal, mas também uma democracia substancial.

Nessa linha, segundo Ferrajoli, não é suficiente uma concepção de democracia baseada apenas na dimensão formal, isto é, democracia como um conjunto de regras que atribuem à maioria dos membros do povo o poder de assumir as decisões públicas, diretamente ou por meio de representantes. É preciso,

⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 121.

⁹⁶ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: introdução. p. 220. Com grifos no original.

também, a adição da dimensão substancial, com o respeito às normas constitucionais relativas ao princípio da igualdade a aos Direitos Fundamentais⁹⁷.

A propósito, o autor propõe um modelo quadridimensional de democracia constitucional. A democracia formal subdivide-se em democracia civil, consubstanciada pelos direitos civis, e democracia política, fundamentada pelo exercício dos direitos políticos. A democracia substancial, por sua vez, subdivide-se em democracia liberal, consistente em direitos de liberdade e autonomia, e democracia social, visando à satisfação dos direitos sociais. Tais dimensões se reforçam mutuamente⁹⁸.

Volta-se, agora, ao Estado Democrático de Direito no Brasil.

1.2.4 O Estado Democrático de Direito no Brasil

Conforme já explanado, a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, da CRFB/88).

O adjetivo “Democrático” qualifica o Estado, de modo que os valores democráticos disseminam-se por todos os seus elementos constitutivos, inclusive sobre o Direito, que, portanto, necessita se ajustar aos interesses do povo⁹⁹.

Miguel Reale defende que o acréscimo do termo “Democrático” ao Estado de Direito se deu para não deixar dúvidas de que a opção do constituinte de 1988 foi por um Estado cuja origem e finalidade encontra-se no Direito livre e originariamente manifestado pelo povo, não se permitindo Constituições outorgadas, ainda que prevendo preceitos democráticos. Segundo o autor, a colocação de tal adjetivo pode indicar, outrossim, o objetivo de passar de um Estado de Direito, simplesmente formal, para um Estado de Direito e de Justiça Social¹⁰⁰.

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Teoría de la democracia. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et. al. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2016. v. 2. p. 9-10. Título original: *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia.*

⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Teoría de la democracia. v. 2. p. 24-25.

⁹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 119.

¹⁰⁰ REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. São Paulo:

José Afonso da Silva¹⁰¹, baseado em Canotilho, que, em seu livro *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, elencou os princípios do Estado de Direito Democrático português, traça os princípios do Estado Democrático de Direito brasileiro. São os seguintes:

(a) *princípio da constitucionalidade*, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional;

(b) *princípio democrático*, que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º);

(c) *sistema de direitos fundamentais*, que compreende os individuais, coletivos, sociais e culturais (títulos II, VII e VIII);

(d) *princípio da justiça social*, referido no art. 170, *caput*, e no art. 193, como princípio da ordem econômica e da ordem social [...];

(e) *princípio da igualdade* (art. 5º, *caput*, e I);

(f) *princípio da divisão de poderes* (art. 2º) e da *independência do juiz* (art. 95);

(g) *princípio da legalidade* (art. 5º, II);

(h) *princípio da segurança jurídica* (art. 5º, XXXVI a LXXIII).

Destaca-se, valendo-se do magistério de Carlos Ari Sundfeld¹⁰², que o constituinte de 1988, além de adotar o modelo republicano, caracterizado pelo exercício do poder político pelo povo, por meio de representantes eleitos, também colocou no texto constitucional mecanismos de participação sem intermediadores. Nesses termos, o parágrafo único do artigo 1º: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”. São exemplos de instrumentos de participação popular direta previstos na CRFB: plebiscito, referendo, iniciativa popular (artigo 14).

Saraiva, 1998. p. 2.

¹⁰¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 122. Com grifos no original.

¹⁰² SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. p. 51.

O autor, visando delinear juridicamente o Estado da República Federativa do Brasil, junta os elementos do Estado Democrático de Direito com o dever estatal de alcançar os objetivos sociais e o correlato direito dos cidadãos de requisitá-los. Elenca, assim, os seguintes elementos do que ele chamou de *Estado Social e Democrático de Direito*:

- a) criado e regulado por uma Constituição;
- b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres;
- c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros;
- d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes;
- e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado;
- f) o Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social.¹⁰³

Razão assiste ao autor, pois não há dúvida de que a CRFB dispõe sobre a obrigação do Estado brasileiro com a função social.

Com efeito, já em seu artigo primeiro, a Constituição elenca como fundamentos da República Federativa Brasileira a cidadania, a Dignidade da Pessoa Humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e, também, a soberania.

Ao traçar os objetivos do Brasil, a Constituição também demonstra sua preocupação com a questão social, pois visa à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, à garantia do desenvolvimento nacional, à erradicação da pobreza e da marginalização e à redução das desigualdades sociais e regionais, à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º).

¹⁰³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. p. 56-57.

Ao longo do texto constitucional, inúmeros outros dispositivos evidenciam a tônica social, podendo-se mencionar, apenas a título de exemplo, o artigo 170, que arrola os princípios da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, destacando-se a função social da propriedade (inciso III), a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) e a busca do pleno emprego (inciso VIII), bem como o artigo 193, que, ao tratar da ordem social, disciplina que esta baseia-se no primado do trabalho e objetiva o bem-estar e a justiça sociais.

Segundo Lenio Luiz Streck e Jose Luiz Bolzan de Moraes¹⁰⁴, o texto constitucional de 1988, dirigente e compromissório, caminha nesse sentido justamente porque pressupõe que o Brasil, um país periférico e de modernidade tardia, não passou pela etapa do Estado Social de Direito.

Do exposto até aqui, conclui-se que o Estado Democrático de Direito é uma evolução do Estado Liberal de Direito e do Estado Social de Direito, carregando consigo tanto os direitos de feição liberal quanto os direitos sociais, desde a igualdade formal até a igualdade material, além das liberdades individuais e dos direitos civis e políticos, também os direitos sociais, econômicos e culturais, tudo isso somado ao objetivo de transformação da realidade social, com a superação das desigualdades e a efetivação da justiça social. Na atualidade, outras preocupações ganham relevância, como é o caso da degradação ambiental.

Nessa linha, só é possível falar em democracia quando:

[...] aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc. — os direitos à base dos quais nasceu o Estado liberal e foi construída a doutrina do Estado de direito em sentido forte, isto é, do Estado que não apenas exerce o poder *sub lege*, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos 'invioláveis' do indivíduo. Seja qual for o fundamento filosófico destes direitos, eles são o pressuposto necessário para o

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. p. 105.

correto funcionamento dos próprios mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam um regime democrático.¹⁰⁵

Diante disso, a Constituição de um Estado que se diz Democrático de Direito precisa prever direitos englobando todos esses desideratos e os poderes públicos necessitam trabalhar em prol da realização deles.

1.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.3.1 Delimitação terminológica

Segundo Ingo Sarlet, a doutrina e o direito positivo utilizam diversas terminologias para fazer referência aos Direitos Humanos e/ou aos Direitos Fundamentais. Destacam-se algumas: “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos fundamentais”, etc¹⁰⁶.

Com efeito, neste trabalho, adota-se a expressão “Direitos Fundamentais” como sinônima, quanto ao conteúdo, do enunciado “Direitos Humanos” - inclusive porque os Direitos Fundamentais são também Direitos Humanos, embora, sob a ótica da positivação, nem todos os Direitos Humanos são fundamentais. Em outras palavras, se é partidário da distinção comumente utilizada para Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, destacando-se que, ressalvado o âmbito do conteúdo, essa última será utilizada para se referir às

[...] 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 (internacional).¹⁰⁷

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7 ed., rev. e amp. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 32. Título original: *Il futuro della democrazia*.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed., rev., atual e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 27.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. p. 29.

Por outro lado, a expressão “Direitos Fundamentais” será utilizada para fazer alusão àqueles “[...] direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado [...]”¹⁰⁸.

Essa distinção acerca de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais também é empregada por Antonio-Enrique Pérez Luño, segundo o qual:

Estas dos nociones de derecho no significan lo mismo, por más que exista una profunda interrelación entre ambas. Los *derechos humanos* poseen una insoslayable dimensión deontológica. Se trata de aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los *derechos fundamentales*, cuyo nombre evoca su función fundamentadora del orden jurídico de los Estados de Derecho.¹⁰⁹

Superada a etapa da delimitação terminológica, essa empreitada seguirá buscando os fundamentos de tais direitos.

1.3.2 Fundamentos

De acordo com Norberto Bobbio, é impossível encontrar hoje um “fundamento absoluto” para esses direitos, por quatro motivos: a) o enunciado “Direitos Humanos” é indeterminado, o que possibilita interpretações distintas segundo a ideologia de cada leitor; b) tais direitos variam de acordo com a época e com a cultura em que estão inseridos; c) existem inúmeras aspirações de Direitos Humanos, algumas com fundamentos conflitantes entre si, razão pela qual deveria se falar em “fundamentos”, no plural, para tais direitos; d) alguns Direitos Humanos, porque antinômicos, não podem ser realizados simultaneamente pela mesma pessoa¹¹⁰.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. p. 29.

Registre-se, todavia, que os países que não possuem Constituição formal não estão, por isso, isentos da recepção e da validação de tais direitos.

¹⁰⁹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La tercera generación de derechos humanos**. Navarra: Garrigues Cátedra e Thomson Aranzadi, 2006. p. 235-236. Com grifos no original.

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 17-19/21.

Portanto, esses direitos detêm muitos fundamentos e, por isso, o que se deve fazer é buscar “[...] em cada caso concreto, os *vários fundamentos possíveis*.”¹¹¹.

Nessa linha, segundo Ferrajoli, existem quatro critérios para se definir quais direitos devem ser protegidos como fundamentais. São eles: a) a Dignidade da Pessoa Humana; b) igualdade em direitos; c) a defesa dos mais fracos; d) direitos cuja garantia depende a paz.

Percorrendo em sentido inverso, pelo quarto critério, todos os direitos vitais à garantia da paz devem ser elevados à condição de fundamentais, como o direito à vida, à integridade pessoal, os direitos civis, políticos, de liberdade, sociais necessários à sobrevivência¹¹².

O terceiro fundamento, por sua vez, diz respeito àqueles direitos imprescindíveis para o equilíbrio das relações entre fortes e fracos. Por exemplo, para a defesa do mais fraco fisicamente em relação ao mais forte, o direito à vida; para a defesa do mais fraco politicamente, o direito à liberdade; para a defesa do mais fraco social e economicamente, os direitos sociais¹¹³.

O segundo critério axiológico, a igualdade em direitos, é assegurada por meio dos direitos de liberdade e dos direitos sociais, visando proteger as diferenças e diminuir as desigualdades, proporcionando as condições necessárias para a efetiva igualdade. A igualdade, nessa concepção, também é designada por “igualdade material” ou “isonomia”, em diferenciação a chamada “igualdade formal”, vale dizer, igualdade perante a lei¹¹⁴.

A isonomia “[...] não rege as relações entre iguais: opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações desiguais, posiciona-se

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 23. Com grifo no original.

¹¹² FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 107-108. Sem título original no exemplar utilizado.

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. p. 106.

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. p. 105-106.

em favor dos mais necessitados de proteção.”¹¹⁵. É o fundamento, por exemplo, das ações afirmativas.

A Dignidade da Pessoa Humana, o primeiro dos critérios, é garantida por meio dos Direitos Fundamentais que respeitem a identidade da pessoa enquanto ser humano¹¹⁶.

Esse princípio, alçado ao *status* de fundamento da República Federativa do Brasil, dentre outros¹¹⁷ (artigo 1º, III, da CRFB), é resultado de características próprias do ser humano, notadamente o fato de ter dignidade, e não um preço, tal como as coisas¹¹⁸. É, conforme Kant, sempre um fim em si mesmo, e não o meio para atingir algum fim. Nestes termos:

Todo ser humano tem um direito legítimo ao respeito de seus semelhantes e está, *por sua vez*, obrigado a respeitar todos os demais. A humanidade ela mesma é uma dignidade, **pois um ser humano não pode ser usado meramente como um meio por qualquer ser humano** (quer outros quer, inclusive, por si mesmo), mas **deve sempre ser usado ao mesmo tempo como um fim**. É precisamente nisso que sua dignidade (personalidade) consiste, pelo que ele se eleva acima de todos os outros seres do mundo que não são seres humanos [...]¹¹⁹

É na Dignidade da Pessoa Humana que se encontra a essência dos Direitos Fundamentais, resultados, como visto alhures, da posituação dos Direitos Humanos na Constituição do Estado de Direito, classicamente compreendidos como normas jurídicas destinadas à proteção do indivíduo em face do poder estatal¹²⁰.

¹¹⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9 ed., rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. XXV.

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. p. 105.

¹¹⁷ Segundo Comparato, a Dignidade da Pessoa Humana não deveria ser **um** dos fundamentos e sim **o** fundamento da República Federativa do Brasil. (COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos Direitos Humanos. Instituto de Estudos Avançados**. São Paulo, 1997. 21 p. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/artigos>. Acesso em 27 jan. 2017. p. 11.).

¹¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos Direitos Humanos**. p. 18.

¹¹⁹ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. 2 ed. Bauru, São Paulo: Edipro, 2008. p. 306. Título original: *Die metaphysik der sitten*. Sem grifos no original.

¹²⁰ Atualmente, essa compreensão tradicional, chamada de eficácia vertical dos Direitos

Os Direitos Fundamentais, ao mesmo tempo que operam como limites ao Estado, também servem de guias às ações dos poderes públicos. O presente estudo, levando em consideração esses fatores, visa investigar, sem pretensões de esgotar o tema, a atuação do Poder Judiciário diante dos Direitos Fundamentais.

1.3.3 Aspectos históricos

O atual conceito de Direitos Fundamentais, tal como delimitado acima, provém dos Direitos Humanos, precursores daqueles¹²¹, uma vez que a distinção entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, como visto, só se justifica a partir da positivação destes nas Constituições estatais, fenômeno relativamente recente na história. Assim, a compreensão histórica dos Direitos Fundamentais parte da história dos Direitos Humanos.

Para Comparato, o primeiro resquício histórico dos Direitos Humanos data do final da Idade Média, período em que ressurgiram manifestações visando estabelecer limites ao poder das autoridades. Nesse contexto, em face dos abusos decorrentes da reconcentração do poder político e econômico, antes esfacelados pelo feudalismo, surgiram as primeiras declarações de direitos, destacando-se a Carta Magna das Liberdades, de 1215¹²². Em termos normativos, Pérez Luño também cita esse documento como o principal, dentre os primeiros, sobre o tema¹²³.

Tratou-se, porém, de um pacto entre o clero e a nobreza, que, da perspectiva do progresso político, poderia ser visto como um retrocesso, mas, por seu crucial papel no desenvolvimento das liberdades inglesas, representou um símbolo no processo de positivação dos Direitos Fundamentais. Essa experiência

Fundamentais, é somada à de que tais direitos são oponíveis também nas relações entre particulares (eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais), posição esta que, embora dominante na doutrina pátria, encontra algumas ressalvas e peculiaridades, cujo aprofundamento não é comportado no presente trabalho.

¹²¹ Nesse sentido: DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 36.

¹²² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 44-45.

¹²³ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. 11 ed. Madrid: Tecnos, 2013. p. 30.

inglesa, amadurecida, se estendeu às colônias americanas no processo de independência¹²⁴.

De acordo com Comparato¹²⁵, o marco inaugural dos Direitos Humanos ocorreu, efetivamente, com a Independência Americana, em 1776, responsável pela Declaração de Direitos de Virgínia, e com a Revolução Francesa, de 1789, inspiradora da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Consoante Luño, apesar de sua formulação filosófica ser anterior, é nesse período, na França, no limiar do movimento político e cultural que culminou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que o termo “Direitos Fundamentais” apareceu¹²⁶.

Estes eventos e documentos representaram o advento da democracia moderna e propagaram os ideais de liberdade e igualdade perante a lei (formal). Tem-se, aqui, a primeira dimensão de Direitos Humanos¹²⁷.

¹²⁴ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. p. 30-31.

¹²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. p. 49.

¹²⁶ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. p. 25-26.

¹²⁷ A expressão “geração de Direitos Humanos” foi utilizada primeiramente por Karel Vasak, em 1979, e não por Norberto Bobbio, como muitos acreditam, e, atualmente, apesar de muito utilizada, sobretudo pelo aspecto didático, sofre muitas críticas, pois induz à falsa crença de que a geração seguinte só pode ser implementada quando a anterior já tiver alcançado o seu ápice. Na verdade, uma geração não substitui a outra e sim a complementa, uma vez que os Direitos Humanos são cumulativos, indivisíveis e formam uma unidade. Ademais, críticas acontecem porquanto o reconhecimento dos direitos civis e políticos (primeira geração), dos direitos econômicos e culturais (segunda geração) e dos direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio e à paz (terceira geração), não obedece, rigorosamente, essa ordem cronológica. Assim, por exemplo, mesmo na época de predominância dos direitos civis e políticos, alguns textos normativos previam também a existência de certos direitos sociais. Ademais, não foram em todos os países que esses blocos de direitos foram reconhecidos seguindo esse arranjo. Desta forma, parte da doutrina contemporânea tem preferido utilizar o termo “dimensão” a fim de afastar a noção de sucessão de direitos a que o termo “geração” induz. Há, ainda, quem prefira utilizar os vocábulos “categorias” ou “espécies”, reservando “dimensões” para referir-se aos aspectos objetivos e subjetivos dos Direitos Fundamentais. Destaca-se que a expressão “dimensão” também sofre críticas, pois comete o mesmo erro da anterior, isto é, também classifica os Direitos Humanos como pertencentes a uma determinada dimensão, preterindo a indivisibilidade desses direitos. Neste trabalho, seguindo Ingo Sarlet, opta-se pelo termo “dimensão”. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed., rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2014. p. 22-23; LIMA, George Marmelstein. **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos Direitos Fundamentais**. 2003. Disponível em: http://georgemlima.blogspot.com/2007/08/doutrinando_09.html. Acesso em: 17 jan. 2017; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 45-46).

Os Direitos Humanos de primeira dimensão são de cunho liberal-burguês-individualista e visam à defesa dos indivíduos em face do poder estatal. São típicos direitos de primeira dimensão: o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante à lei, ao voto etc. Trata-se dos chamados direitos civis e políticos¹²⁸.

A história da classe trabalhadora, contudo, revelou não bastar a igualdade formal, mostrando-se necessária, também, a igualdade material (isonomia), mediante a previsão e implementação de Direitos Humanos de cunho social e econômico, pois, com o advento do Estado Liberal burguês, essa classe ficou desamparada pelo Estado, o que suscitou o aparecimento, em meados do século XIX, dos primeiros movimentos reivindicatórios de direitos da classe proletária, consagrados somente no século seguinte, com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919¹²⁹. Cuida-se da segunda dimensão de Direitos Humanos.

Os Direitos Humanos de segunda dimensão são os chamados direitos econômicos, sociais e culturais. Outorgam às pessoas direitos a prestações sociais por parte do Estado, como saúde, educação, trabalho, assistência social, transporte, previdência social etc. Outrossim, compreendem também às chamadas “liberdades sociais”, como por exemplo o direito à greve, à sindicalização, dentre outros¹³⁰.

Na atualidade, parte-se de uma “[...] premissa essencial, a de que as liberdades individuais são indissociáveis das liberdades sociais ou coletivas. A realização do indivíduo não é passível de ser alcançada sem a concreta difusão das liberdades pela sociedade como um todo.”¹³¹.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. p. 46-47.

¹²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. p. 52-53.

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. p. 47-48.

¹³¹ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 208.

Nesse sentido, Ferrajoli¹³² sustenta existir um duplo nexo entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, pois a garantia daqueles contribui à efetivação destes e vice-versa. Assim, os direitos sociais somente se satisfazem se os direitos individuais estão garantidos, uma vez que estes constituem os pressupostos materiais para a consecução daqueles. De outro lado, a concretização dos direitos sociais assegura os pré-requisitos para o exercício dos direitos políticos. Ademais, por mais altos que sejam seus custos, os gastos destinados à satisfação dos direitos à subsistência, à saúde, à educação e à informação, são, a médio e longo prazo, a maneira mais produtiva para o desenvolvimento econômico, civil e político de um Estado.

O autor confirma seu raciocínio a partir da constatação de que somente os países que têm assegurados os mínimos essenciais — subsistência, saúde e educação —, desenvolveram sua democracia e economia, enquanto nos países em que sequer está assegurada a reprodução da força de trabalho, o subdesenvolvimento é imperativo. Além disso, as crises em curso em algumas democracias avançadas, causadas pela redução das prestações sociais, que tem gerado exclusão, conflituosidade edêmica, indiferença política, aumento da criminalidade e do encarceramento, também confirmam esse duplo nexo entre direitos individuais e sociais. “Es un perverso círculo vicioso: la reducción de las garantías sociales provoca marginación, que a su vez genera el ulterior empobrecimiento de los sectores marginados y, con ello, el crecimiento de la inseguridad y de las tensiones sociales.”¹³³

Historicamente, o apogeu dos Direitos Humanos ocorreu somente após a Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), de 1948, editada com o fim de evitar desrespeitos aos Direitos Humanos semelhantes aos experimentados pelo mundo com nazismo de Hitler, que representou o extermínio de onze milhões de pessoas¹³⁴.

¹³² FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Teoría de la democracia. v. 2. p. 383-384.

¹³³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. v. 2. p. 384.

¹³⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9 ed., rev.,

Segundo Piovesan¹³⁵, a DUDH tem por objetivo “[...] delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais.”. Ademais, ela traz a indivisibilidade dos Direitos Humanos, “[...] ao ineditamente conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos com o dos direitos econômicos, sociais e culturais.”.

Atualmente, uma terceira dimensão dos Direitos Humanos é reconhecida. Ela salvaguarda os direitos de solidariedade e fraternidade, dos quais se incluem, dentre outros, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à liberdade informática, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, de comunicação, dos consumidores¹³⁶.

Tais direitos, diferentemente dos de primeira e segunda dimensão, não possuem como titulares o ser humano isoladamente considerado, sendo direitos de titularidade coletiva ou difusa¹³⁷.

Observa-se, assim, conforme Pérez Luño, que as três dimensões de Direitos Humanos correspondem às três gerações de Estado de Direito, o Liberal, o Social e o Constitucional-democrático¹³⁸.

Após essa breve explanação acerca da evolução histórica dos Direitos Humanos, buscar-se-á, na sequência, analisar os Direitos Fundamentais da CRFB.

amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 21.

¹³⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 137.

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. p. 50; LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luiz Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 56. Sem informação do título original.

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. p. 50

¹³⁸ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. p. 10.

1.3.4 Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

No Brasil, a emergência dos Direitos Humanos coincidiu com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 (cinco) de outubro de 1988, a qual representou o fim do regime autoritário instituído no país após o golpe militar, de 1964¹³⁹.

Nela, foram consolidados os Direitos Fundamentais e o regime democrático, bem como protegidos os setores mais vulneráveis da sociedade, contribuindo, assim, ao reconhecimento de deveres do país nessa seara, inclusive em âmbito internacional¹⁴⁰.

Segundo Piovesan, o constituinte de 1988 elegeu a Dignidade da Pessoa Humana como valor essencial a dar unidade de sentido à CRFB. “Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.”¹⁴¹.

Para a autora, a Dignidade da Pessoa Humana e os direitos e garantias fundamentais constituem “[...] os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.”¹⁴².

A CRFB prevê, espalhados em seu texto, Direitos Fundamentais próprios das três dimensões de Direitos Humanos, desde direitos à liberdade, à igualdade, à propriedade, políticos, passando por direitos sociais, culturais e econômicos, até direitos ao meio ambiente, do consumidor, dentre outros.

No título II, traz um amplo rol, exemplificativo, de direitos e garantias fundamentais, prevendo direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, dos trabalhadores e políticos.

¹³⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 21.

¹⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 24.

¹⁴¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 28.

¹⁴² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 32.

Fora desse título, a CRFB também prescreve outros direitos e garantias fundamentais, a exemplo da garantia da fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX¹⁴³) e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225, *caput*¹⁴⁴).

A existência de Direitos Fundamentais em título próprio e Direitos Fundamentais disseminados em outros dispositivos constitucionais decorre do fato de que alguns direitos são formalmente fundamentais, e outros, materialmente fundamentais.

A expressa menção de um direito no texto constitucional como fundamental, a exemplo do que ocorre com os direitos previstos no Título II da CRFB, é o critério formal de identificação dos Direitos Fundamentais. De outro vértice, existem Direitos Fundamentais que, embora não prescritos em referido espaço, não perdem essa natureza, devido ao seu conteúdo. Trata-se do que Jorge Miranda designou de “direitos fundamentais em sentido material”, isto é, aqueles constantes da Constituição material, compreendida como

[...] o acervo de princípios fundamentais estruturantes e caracterizantes de cada Constituição em sentido material positivo; aquilo que lhe confere substância e identidade; a manifestação directa e imediata de uma ideia de Direito que prevalece em certo tempo e lugar (seja pelo consentimento, seja pela adesão passiva); a resultante primária do exercício do poder constituinte material; e, em democracia, a expressão máxima da vontade popular livremente formada.¹⁴⁵

¹⁴³ “Art. 93. [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” (BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Sem grifos no original).

¹⁴⁴ “Art. 225. 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.” (BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil**.).

¹⁴⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Constituição. 6 ed. rev. e actual. Coimbra Editora, 2007. p. 25-26.

Para Sarlet¹⁴⁶, por conta do critério material, outrossim, a CRFB está aberta para outros direitos não expressamente previstos em seu texto, conforme previsão do parágrafo segundo de seu artigo quinto¹⁴⁷.

A CRFB concede aos Direitos Fundamentais, ainda, a condição de cláusulas pétreas, ao prever que os direitos e garantias individuais não podem ser abolidos por emenda constitucional (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV), conferindo-lhes, outrossim, aplicabilidade imediata (artigo 5º, parágrafo 1º).

No próximo capítulo, tratar-se-á do paradigma da Sustentabilidade.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. p. 76.

¹⁴⁷ “Art. 5º. [...] § 2º 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.” (BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil**.).

CAPÍTULO 2

SUSTENTABILIDADE

2.1 APONTAMENTOS HISTÓRICOS DA SUSTENTABILIDADE

Na atualidade, a palavra da vez é “crise”, e ela é pronunciada em todos os lugares, não só nos meios acadêmicos e na mídia, mas também no dia-a-dia das pessoas. Parece que se vive em meio a uma crise generalizada, presente em todos os setores, desde o econômico, até o político, o ambiental, o social, o cultural.

Segundo Real Ferrer, Glasenapp e Cruz, novos estudos científicos revelam que não é mais permitido ignorar a crise, em suas diversas facetas, que assola à sociedade na atualidade, sobretudo devido às suas consequências trágicas. Para os autores, o momento é de transição, “[...] que pode se caracterizar por meio da adoção de um novo paradigma axiológico — o da sustentabilidade — como resposta da consciência humana aos riscos decorrentes da chamada Sociedade de Risco global.”¹⁴⁸.

Quando se ouve falar em Sustentabilidade, o primeiro pensamento que vem à mente diz respeito às questões ambientais. De fato, a ideia de Sustentabilidade está intimamente relacionada à crise ambiental, pois surgiu dos debates mundiais em relação à devastação da natureza, causada pela busca incessante do lucro a qualquer preço, pelo consumo exagerado, pela má distribuição de renda, pela ausência de consciência ecológica, e outros.

Ressalte-se, contudo, que, antes de se chegar à “Sustentabilidade”, falava-se em “desenvolvimento sustentável”, que, por sua vez, foi precedido pela ideia de “direito ao desenvolvimento”.

Com efeito, conforme Gabriel Real Ferrer¹⁴⁹, a primeira onda acerca do assunto data de 1972, por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre Meio

¹⁴⁸ FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí: Univali, v. 19, n. 4, edição especial, 2014. p. 1433-1464. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 28 out. 2015. p. 1437.

¹⁴⁹ FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, médio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía

Ambiente, realizada em Estocolmo, Suécia, cuja principal preocupação era a compatibilização do crescimento exponencial populacional com o desenvolvimento e a preservação dos recursos naturais.

Por conseguinte, a segunda onda está marcada pela Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, proclamada em 1986, pela Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução n. 41-128, a qual em seu artigo 1º, 1, prevê o seguinte:

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.¹⁵⁰

Enquanto na primeira onda, a preocupação dirigia-se ao desenvolvimento, mormente nos países pobres, possuindo valor mais enquanto bem jurídico, na segunda onda, teve-se, pela primeira vez, o reconhecimento do direito ao desenvolvimento como um Direito Humano¹⁵¹.

No ano seguinte, 1987, a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), divulgou o Relatório “Nosso Futuro Comum”, conhecido também por Relatório de Brundtland, o qual apresentou o conceito de desenvolvimento sustentável nos seguintes termos: “O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades.”¹⁵².

¿Construimos juntos el futuro? **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí: Univali, v. 17, n. 3, 2012. p. 305-326. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 4 maio 2016. p. 314.

¹⁵⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. Resolução n. 41-128. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec86.htm>. Acesso em: 31 out. 2015.

¹⁵¹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Participação especial de Gabriel Real Ferrer. Org. e rev. de Lucas de Melo Prado. Itajaí: Univali, 2012. p. 108.

¹⁵² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A ONU e o meio ambiente. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em: 5 maio 2016.

Dessa definição, observa-se a conscientização acerca da limitação dos recursos naturais, bem como da necessidade de preservar o meio ambiente também para as gerações futuras¹⁵³.

As recomendações presentes no Relatório de Brundtland conduziram à realização, em 1992, no Rio de Janeiro, da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), conhecida também como Rio-92, ECO-92 ou Cúpula da Terra¹⁵⁴.

Frutos da Rio-92, foram editadas: a) a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida como Carta da Terra, proclamando 27 artigos, em prol da formação de uma parceria mundial, com acordos internacionais¹⁵⁵; b) a Agenda 21, por meio da qual os representantes dos Estados traçaram um plano de ação para o século XXI, detalhado para promover o desenvolvimento de modo sustentável, mediante atividades que renovem e protejam os recursos naturais¹⁵⁶; c) a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (CQNUMC), com o objetivo de estabilizar as concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera em nível tal que impeça a interferência humana danosa no clima¹⁵⁷; d) a Convenção das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica (CDB), a qual representou um avanço decisivo para a conservação a diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes, bem como para a distribuição justa e igualitária dos resultados obtidos com seu uso¹⁵⁸; e) a

¹⁵³ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. p. 108.

¹⁵⁴ VIEIRA, Ricardo Stanziola. Rio+20 – Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: contexto, principais tema e expectativas em relação ao novo “Direito da Sustentabilidade”. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí: Univali, v. 17, n. 1, 2012. p. 48-69. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 4 maio 2016. p. 53.

¹⁵⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 5 maio 2016.

¹⁵⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A ONU e o meio ambiente**.

¹⁵⁷ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (UNFCCC). Disponível em: <http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas>. Acesso em: 6 maio 2016.

¹⁵⁸ CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA. Historia del convenio: Introducción. Disponível em: <https://www.cbd.int/history/>. Acesso em: 5 maio 2016.

Declaração de Princípios sobre Florestas, que garante aos países o soberano direito de aproveitar suas florestas de maneira sustentável¹⁵⁹.

Ainda proveniente desse evento, tem-se a Convenção sobre Combate à Desertificação, adotada em junho de 1994, fruto do reconhecimento pela comunidade internacional de que a degradação do solo e a desertificação representam um significativo problema econômico, social e ambiental em muitos países, sobretudo africanos, necessitando, por isso, de medidas para seu controle¹⁶⁰.

Ato contínuo, a terceira onda tem como marco temporal a Rio+10, também conhecida como Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, realizada na cidade de Joanesburgo, África do Sul, em 2002, ocasião em que se buscava avaliar os resultados obtidos a partir das missões traçadas na Rio-92¹⁶¹.

Sem produzir significativos documentos novos, a Rio+10 revisou e atualizou a Agenda 21, produziu a Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável e o Plano de Ação, com metas e ações para implementar os compromissos assumidos pelos países¹⁶².

Por fim, a quarta onda está representada pela Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, também chamada de Rio+20, realizada no ano de 2012 na cidade do Rio de Janeiro¹⁶³, com o objetivo de renovar o compromisso político assumido em prol do desenvolvimento sustentável, avaliando o

¹⁵⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Princípios sobre Florestas. Disponível em: http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_de_Principios_sobre_Florestas.pdf. Acesso em: 12 jul. 2016.

¹⁶⁰ UNITED NATIONS CONVENTION TO COMBAT DESERTIFICATION. History. Disponível em: <http://www.unccd.int/en/about-the-convention/history/Pages/default.aspx>. Acesso em: 5 maio 2016.

¹⁶¹ FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? p. 316.

¹⁶² JURAS, Ilidia da Graça Martins. Rio+10 – O Plano de Ação de Joanesburgo: Relatório Especial. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/arquivos-pdf/pdf/207993.pdf>. Acesso em: 19 maio 2016.

¹⁶³ FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. p. 1452.

progresso e as lacunas no tocante as decisões tomadas nas principais conferências sobre o assunto¹⁶⁴.

Na ocasião, os debates acerca da economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável, da governança para a Sustentabilidade e da erradicação da pobreza foram os destaques¹⁶⁵.

Historicamente, a Rio+20 representou um marco fundamental no progresso relativamente à proteção internacional do meio ambiente, contribuindo para a conscientização da igualdade jurídica entre os países e da necessária cooperação entre eles em prol da humanidade¹⁶⁶.

Vistos esses breves apontamentos, elaborados para efeitos de contextualização, passa-se agora à análise conceitual do termo.

2.2 ELEMENTOS CONCEITUAIS DA SUSTENTABILIDADE

Inicialmente, registre-se que traçar um conceito específico de Sustentabilidade, obrigatoriamente transdisciplinar, é uma tarefa deveras complexa¹⁶⁷. Nesse sentido, segundo Canotilho:

Tal como outros princípios estruturantes do Estado Constitucional – democracia, liberdade, juridicidade, igualdade – o princípio da sustentabilidade é um *princípio aberto* carecido de concretização conformadora e que não transporta soluções prontas, vivendo de ponderações e de decisões problemáticas.¹⁶⁸

¹⁶⁴ BRASIL, República Federativa do. **Rio+20 – Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável**. Sobre a Rio+20. Disponível em: http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20.html. Acesso em: 19 maio 2016.

¹⁶⁵ FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. p. 1452.

¹⁶⁶ JAQUES, Marcelo Dias. A tutela internacional do meio ambiente: um contexto histórico. **Revista Veredas do Direito**. Belo Horizonte, v. 11, n. 22, 2014. p. 299-315. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/372/434>. Acesso em: 5 maio 2016. p. 310.

¹⁶⁷ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. p. 111.

¹⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhne - Revista de Estudos Politécnicos Polytechnical Studies Review**. Barcelos/Portugal, v. VIII, n. 13, p. 7-18. 2010. Disponível:

Na mesma linha, Cruz e Bodnar destacam que, além de complexo, trata-se de um conceito inacabado, podendo sofrer alterações conforme as circunstâncias fáticas, o contexto em que será utilizado, e outras variáveis implicadas. Ademais, defendem ser mais simples, por vezes, identificar uma situação de insustentabilidade¹⁶⁹.

Para Canotilho, contudo, é possível estabelecer, desde já:

[...] o *imperativo categórico* que está na génese do princípio da sustentabilidade e, se se preferir, da evolução sustentável: os humanos devem organizar os seus comportamentos e acções de forma a não viverem: (i) à custa da natureza; (ii) à custa de outros seres humanos; (iii) à custa de outras nações; (iiii) à custa de outras gerações. Em termos mais jurídico-políticos, dir-se-á que o princípio da sustentabilidade transporta três dimensões básicas: (1) a *sustentabilidade interestatal*, impondo a equidade entre países pobres e países ricos; (2) a *sustentabilidade geracional* que aponta para a equidade entre diferentes grupos etários da mesma geração (exemplo: jovem e velho); (3) a *sustentabilidade intergeracional* impositiva da equidade entre pessoas vivas no presente e pessoas que nascerão no futuro.¹⁷⁰

Canotilho, ainda, distingue a “sustentabilidade em sentido restrito ou ecológico” da “sustentabilidade em sentido amplo”. Aquela “[...] aponta para a protecção/manutenção a longo prazo de recursos através do planeamento, economização e obrigações de condutas e de resultados.”. Esta, por sua vez, “[...] procura captar aquilo que a doutrina actual designa por ‘três pilares da sustentabilidade’: (i) pilar I – a sustentabilidade ecológica; (ii) pilar II – a sustentabilidade económica; (iii) pilar III – a sustentabilidade social.”¹⁷¹.

Neste ponto, importante destacar que nem sempre a Sustentabilidade foi designada pelas dimensões ecológica, económica e social. Com efeito, segundo

http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S1645-99112010000100002&script=sci_arttext. Acesso em: 31 out. 2015. p. 8. Com grifo no original.

¹⁶⁹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. p. 111-112.

¹⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. p. 8-9. Com grifos no original.

¹⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. p. 9.

Cruz e Bodnar¹⁷², somente com a Rio+10 surge um conceito completo de Sustentabilidade, uma vez que apenas a partir dela se consagrou essas dimensões para todo e qualquer desenvolvimento, assim como a ideia de que, para se alcançar a justiça social, é necessária a existência de um meio ambiente equilibrado e sadio.

Contudo, recorda-se, como visto alhures, que, já em 1987, o Informe Brundtland apresentou o conceito de desenvolvimento sustentável nos seguintes termos: “O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades.”¹⁷³.

Percebe-se que o relatório Brundtland fala em “desenvolvimento sustentável” não em “Sustentabilidade”. Todavia, existe alguma diferença? Segundo Gabriel Real Ferrer, “[...] desde Johannesburgo se habla de sostenibilidad, en su triple dimensión, económica, social y ambiental, como equivalente al Desarrollo Sostenible.”¹⁷⁴.

Para o autor, contudo, os termos não são equivalentes. Assim, desenvolvimento sustentável é desenvolvimento acrescido do adjetivo sustentável, isto é, desenvolver-se sem comprometer a capacidade dos recursos naturais de manter a espécie humana. Desenvolvimento sustentável é, portanto, o caminho para se alcançar um futuro econômico, social e ambientalmente sustentável¹⁷⁵.

Por outro lado, Sustentabilidade é a capacidade de permanecer no tempo indefinidamente, de modo que, considerando os nossos atuais padrões culturais e civilizatórios, é a capacidade de adaptação ao entorno natural e de

¹⁷² CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. p. 110.

¹⁷³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Brasil. **A ONU e o meio ambiente**.

¹⁷⁴ FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (orgs.). **Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2013. p. 7-30. E-book. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/lstfree.aspx?type=ebook&id=4>. Acesso em: 3 jul. 2016. p. 10.

¹⁷⁵ FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (orgs.). **Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. p. 10/15.

alcançar os níveis de justiça social e econômica que exige a dignidade humana. A Sustentabilidade é, portanto, o objetivo que se busca alcançar por meio do desenvolvimento sustentável¹⁷⁶.

Nessa linha, o autor critica as posições que colocam, por mais adjetivado que seja, o desenvolvimento como o paradigma da sociedade atual¹⁷⁷, pois, como esclarece Cristiane Derani, os criadores da expressão “desenvolvimento sustentável” consideram, de um lado, a finitude dos recursos naturais, e, de outro, partem do postulado de que, para a expansão do bem-estar pelo mundo, é necessário o constante crescimento da economia¹⁷⁸.

Assim, defende Real Ferrer que a inexorabilidade do desenvolvimento deve ser questionada, pois nada comprova que a Sustentabilidade somente pode ser alcançada por meio do desenvolvimento¹⁷⁹.

Com efeito, afirma que não há receitas prontas para se atingir a Sustentabilidade. Talvez seja necessário crescer, talvez não. Talvez, em alguns aspectos, precisa-se crescer, em outros, estacionar, ou, porventura, regredir. Não se sabe, igualmente, qual será a noção de riqueza que iremos ter no futuro, tendo-se certeza, porém, de que não será a substancialmente quantitativa que hoje impera¹⁸⁰.

Nessa linha, Serge Latouche tece sérias críticas ao “desenvolvimento”, independentemente do adjetivo que receba¹⁸¹, e, valendo-se do trabalho do cientista

¹⁷⁶ FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (orgs.). **Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. p. 11-12.

¹⁷⁷ FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (orgs.). **Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. p. 11.

¹⁷⁸ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. p. 112.

¹⁷⁹ FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (orgs.). **Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. p. 11.

¹⁸⁰ FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (orgs.). **Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. p. 11.

¹⁸¹ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 8-9. Título original: *Petit traité de la décroissance sereine*.

e economista romeno Nicholas Georgescu-Roegen, defende o decrescimento¹⁸². Para o autor, vive-se em uma sociedade cuja economia busca o crescimento pelo crescimento¹⁸³. Por essa razão, anuncia:

É significativa a ausência de uma verdadeira crítica da sociedade de crescimento na maioria dos discursos *ambientalistas*, que só fazem enrolar suas colocações sinuosas sobre o desenvolvimento sustentável. Denunciar o ‘frenesi das atividades humanas’ ou o desgoverno do motor do progresso não supre a ausência de análise da megamáquina tecnoeconômica capitalista e mercantil, da qual talvez sejamos de fato as engrenagens cúmplices, mas com certeza não as molas propulsoras. [...] Dizer que um crescimento infinito é incompatível com um mundo finito e que tanto nossas produções como nossos consumos não podem ultrapassar as capacidades de regeneração da biosfera são evidências facilmente compartilháveis. Em compensação, são muito menos bem-aceitas as consequências incontestáveis de que essas mesmas produções e esses mesmos consumos devem ser reduzidos [...] e que a lógica do crescimento sistemático e irrestrito [...] deve ser portanto questionada, bem como nosso modo de vida.¹⁸⁴

Diante disso, a opção pela palavra “decrescimento”, segundo Latouche, visa enfatizar a necessidade de abandono do crescimento ilimitado baseado somente no lucro e gerando, por consequência, danos ao meio ambiente e, portanto, à humanidade¹⁸⁵. Por isso, há necessidade de se pensar a economia em conexão com a biosfera¹⁸⁶.

Alerta Latouche que não é possível frear o crescimento em uma sociedade de crescimento, sob pena de se instalar o caos, devido ao aumento de taxas de desemprego, abandono de programas sociais, educativos, culturais, ambientais etc. Por isso, o decrescimento só é viável em uma sociedade guiada pela lógica do decrescimento¹⁸⁷.

¹⁸² LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p. 14.

¹⁸³ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p. XIII.

¹⁸⁴ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p. XIII-XIV. Com grifo no original.

¹⁸⁵ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p. 4.

¹⁸⁶ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p. 15-16.

¹⁸⁷ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p. 5.

Diferentemente, para Juarez Freitas o desenvolvimento pode se coadunar com a Sustentabilidade, desde que “[...] se converta num deixar de se envolver (des-envolver) com tudo aquilo que aprisiona e bloqueia o reflorescimento integral dos seres vivos”¹⁸⁸. Com efeito, para o autor, é a Sustentabilidade que deve adjetivar o desenvolvimento, condicionando-o, não podendo ser esvaziada pela lógica do crescimento sem critérios e agressivo¹⁸⁹.

Sobre disso, ao dissertar sobre os modelos atuais de Sustentabilidade, Leonardo Boff crítica o que chama de “modelo-padrão de desenvolvimento sustentável: sustentabilidade retórica”, o qual, para ele, é vazio e retórico, pois, embora apresente dados relevantes de produção em níveis mais baixos de carbono, uso de energias alternativas, reflorestamento de lugares devastados, instalação de eficientes sumidouros de dejetos, o mote principal ainda é lucro, de modo que tais medidas somente são tomadas se não afetarem o bolso¹⁹⁰.

Segundo o autor, nesse modelo, a expressão “desenvolvimento sustentável” opera como um disfarce político, porque apenas serve para desviar a atenção dos autênticos problemas, consistentes na injustiça social, no aquecimento global e no risco de extinção da espécie humana¹⁹¹.

O teólogo e filósofo vai mais além e afirma: “Antes de garantir um desenvolvimento sustentável precisamos assegurar uma sociedade sustentável que então encontrará para si aquele desenvolvimento que lhe seja realmente sustentável.”¹⁹².

Édis Milaré também trabalha as expressões como distintas. Para ele, desenvolvimento sustentável é um processo, ao passo que Sustentabilidade é um atributo que deve ser respeitado no tocante aos recursos naturais. A Sustentabilidade, como atributo, diz respeito à durabilidade dos recursos, de modo a

¹⁸⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 42.

¹⁸⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 54.

¹⁹⁰ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 47-48.

¹⁹¹ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. p. 48.

¹⁹² BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. p. 125.

responder às necessidades dos ecossistemas naturais e sociais. Tal durabilidade depende da disponibilidade dos recursos e de quanto e como eles são utilizados¹⁹³.

Assim, ressalvadas as situações em que se estiver referenciando textos em que as expressões “desenvolvimento sustentável” e “Sustentabilidade” são tratadas de modo equivalente ou em que não haja menção a nenhuma distinção, adotar-se-á a diferenciação acima trazida, dando-se preferência, portanto, ao termo “Sustentabilidade”, pois o objetivo final que se visa alcançar não é o desenvolvimento, mas sim a Sustentabilidade.

Prosseguindo, Fernando Simón Yarza, ao falar de desenvolvimento sustentável, defende que se está diante de um conceito que visa alcançar três objetivos essenciais: um econômico, consistente na utilização eficaz dos recursos; um sociocultural, com a redução da pobreza e a conquista da equidade social; um ecológico, mediante a preservação dos recursos naturais que garantem a vida dos seres humanos¹⁹⁴.

Consoante Juarez Freitas, a Sustentabilidade

*[...] trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.*¹⁹⁵

O autor traz em seu conceito alguns elementos que merecem ser esmiuçados. Assim, cuida-se de um: a) princípio constitucional: artigos 3º, 170, inciso VI, e 225, da CRFB¹⁹⁶; b) diretamente aplicável; c) que gera responsabilidades para o Estado e para a sociedade; d) que visa tornar o ambiente limpo, ou seja, sem contaminação e saudável; e) que gera dever de prevenção, ou seja, dever de evitar

¹⁹³ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: a gestão ambiental em foco. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 68-69.

¹⁹⁴ YARZA, Fernando Simón. **Medio ambiente y derechos fundamentales**. Madrid: Tribunal Constitucional; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 22.

¹⁹⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 41. Com grifo no original.

¹⁹⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 32.

danos certos; f) que gera dever de precaução, consistente na obrigatoriedade de se evitar danos com alta probabilidade de acontecerem; g) que reconhece o direito das gerações presentes e futuras (“solidariedade intergeracional”); h) que não se limita às necessidades materiais, englobando também o bem-estar¹⁹⁷; i) que reclama eficácia (“resultados justos”), e não se limita à eficiência (utilização de “meios idôneos”)¹⁹⁸; j) com dimensão ética, exigindo probidade nas relações privadas e públicas¹⁹⁹.

Para Leonardo Boff,

*Sustentabilidade é toda ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida, a sociedade e a vida humana, visando sua continuidade e ainda atender as necessidades da geração presente e das futuras, de tal forma que os bens e serviços naturais sejam mantidos e enriquecidos em sua capacidade de regeneração, reprodução e coevolução.*²⁰⁰

Como se percebe, trata-se de uma definição preocupada com a preservação de todos os seres vivos, não somente da espécie humana, e não apenas dos presentes, mas também dos que nascerão e viverão no futuro, sendo necessário, para tanto, a conjugação de condições energéticas, informacionais e de elementos físicos e químicos. Ademais, o conceito refere-se à capacidade de preservação dos recursos naturais, permitindo-se que a natureza se regenere, se reproduza e evolua com os seres vivos.

Apesar da importância do conceito, Leonardo Boff ensina que, mais importante ainda, é se ter em mente que é incorreto, injusto e antiético que os seres humanos, ao buscarem a subsistência, malgastem a natureza. Sob a ótica da ética, tampouco é tolerável que algumas sociedades vivam às custas de outras, ideia que

¹⁹⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 41.

¹⁹⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 30.

¹⁹⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 50.

²⁰⁰ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. p. 107. Com grifo no original.

engloba não só a relação de exploração de alguns países em face de outros, mas também as sociedades atuais em relação às futuras²⁰¹.

Igualmente, a preocupação não pode estar voltada somente para a espécie humana, olvidando-se dos demais seres que compõem a natureza, pois todos, conjuntamente, formam uma “comunidade de vida”. Do contrário, o discurso da Sustentabilidade não passará disso “[...] quando a realidade urge à efetivação rápida e eficiente da sustentabilidade, a preço de perdermos nosso lugar neste pequeno e belo planeta, a única Casa Comum que temos para morar.”²⁰².

Pelo exposto, observa-se que se está diante de um objetivo global, que, no âmbito jurídico interno, possui traços de constitucionalidade, o qual impõe a preservação da natureza, mediante a utilização de seus recursos de maneira responsável, sem exaurimento deles, possibilitando, assim, a vivência, das presentes e futuras gerações, em um meio ambiental ecologicamente equilibrado, necessário ao bem-estar e à sobrevivência da espécie humana e dos demais seres, pois todos juntos formam uma comunidade viva.

2.3 DIMENSÕES DA SUSTENTABILIDADE

No tópico anterior, verificou-se que a Sustentabilidade, desde a Conferência realizada em Joanesburgo, em 2002, é designada por três dimensões, a ecológica, a econômica e a social.

Atualmente, há autores que defendem a existência de outras dimensões. Para citar alguns exemplos, Juarez Freitas sustenta, além dessas três, a dimensão ética e a jurídico-política²⁰³. Cruz e Bodnar, de outro vértice, mencionam a existência de uma quarta dimensão, a tecnológica, sob o argumento de que “[...] é a

²⁰¹ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. p. 64-65.

²⁰² BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. p. 65.

²⁰³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 58.

inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada que poderá garantir um futuro sustentável.”²⁰⁴.

Entretanto, o presente trabalho ficará circunscrito à análise das três dimensões majoritariamente reconhecidas como componentes da Sustentabilidade.

2.3.1 Dimensão ecológica

Acredita-se que a dimensão ecológica seja a de mais fácil compreensão, uma vez que a Sustentabilidade, na maioria das vezes, é associada a temas ambientais. De fato, a dimensão ecológica decorre da consciência de que os recursos naturais são esgotáveis e, portanto, de que há a necessidade de preservá-los para garantia do bem-estar — tanto para as atuais quanto para as futuras gerações — e, em *ultima ratio*, da vida humana. Assim, “[...] certo como é que a degradação ambiental pode, no limite, inviabilizar a vida humana (e inviabilizou civilizações), incontornável se mostra o seu enfrentamento hábil e tempestivo, com ciência, prudência e tecnologia.”²⁰⁵.

Nesse sentido, conforme Ramón Martín Mateo, o fim último da tutela ambiental é a manutenção planetária das condições que tornaram possível o surgimento da vida e a evolução de suas manifestações, até a chegada da vida humana²⁰⁶.

No âmbito jurídico brasileiro, essa dimensão da Sustentabilidade consubstancia-se por meio do Direito Fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no artigo 225 da CRFB.

Conforme Tiago Fensterseifer, que defende vivermos sob a égide de um Estado Socioambiental de Direito, estando a qualidade de vida e o desenvolvimento humano — e, conseqüentemente, a Dignidade da Pessoa Humana

²⁰⁴ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. p. 112.

²⁰⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. p. 64.

²⁰⁶ MATEO, Ramón Martín. **Tratado de derecho ambiental**. Tomo IV. Actualización. Madrid: Edisofer S.L., 2003. p. 120.

—, cada vez mais abalados pela degradação ambiental, o ambiente passou a ser protegido como Direito Fundamental²⁰⁷.

Igualmente, defendendo tratar-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado de um Direito Fundamental, Alonso Junior²⁰⁸ destaca que esse enquadramento se dá tanto pela perspectiva formal quanto pela material. Naquela, pela combinação do art. 5º, § 2º, da CRFB, e do art. 12, 2, *b*, do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aderido pela Brasil, que o promulgou por meio do Decreto n. 591, de 1992. Nesta, porque

No preâmbulo da Lei Maior, é possível vislumbrar que nosso Estado Democrático será destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna. Nosso bem-estar é consequência de nossa qualidade de vida, sendo inadmissível juridicamente, em face do ordenamento implantado, dissociar o bem ambiental dos direitos consagrados como fundamentais, independentemente de não vê-lo expresso no catálogo utilizado pela ordenamento legal no qual se relacionam tais direitos.

Portanto [...] nos é dado constatar que, diante de seu conteúdo, no aspecto material ele deve ser considerado como tal, pois essencial à sadia qualidade de vida, conforme prevê o art. 225 da CF, que concretiza normativamente este valor (ambiente sadio), com nítida e íntima ligação com outros direitos tão importantes quando a dignidade humana, a vida, a cidadania e a saúde.

Registre-se que a Sustentabilidade não se encerra na perspectiva ambiental. Ela é concebível também pela ótica econômica, a partir do pressuposto de que ecologia e economia não são incompatíveis, podendo, uma vez que possuem objetivo comum, qual seja, o bem-estar humano, ser conciliadas, conforme se verificará no item a seguir.

²⁰⁷ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e proteção do ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 148.

²⁰⁸ ALONSO JUNIOR, Hamilton. **Direito Fundamental ao meio ambiente e ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 41

2.3.2 Dimensão econômica

A dimensão econômica consiste na utilização eficaz dos recursos naturais²⁰⁹. Segundo Gabriel Real Ferrer, em essência, trata-se de aumentar a produção de riqueza, de maneira ambientalmente sustentável, bem como distribuí-la de modo mais equânime e uniforme²¹⁰.

Economia e ecologia não são incompatíveis. Ao revés, o direito econômico e o direito ambiental possuem idênticas preocupações: “[...] buscar a melhoria do bem-estar das pessoas e a estabilidade do processo produtivo.”²¹¹.

Para se atingir esse equilíbrio, a

Qualidade de vida, proposta na finalidade do direito econômico, deve ser coincidente com a qualidade de vida almejada nas normas de direito ambiental. Tal implica que nem pode ser entendida como apenas o conjunto de bens e comodidades materiais, nem como a tradução do ideal da volta à natureza, expressando uma reação e indiscriminado desprezo a toda elaboração técnica e industrial.²¹²

Dessa forma, a modificação da natureza somente é possível quando tratar-se de recursos renováveis e diante da necessidade de manutenção da vida ou em prol de outro valor básico, ou, ainda, se demonstrada a possibilidade de apropriação de seus recursos sem gerar danos à sua capacidade de se reproduzir. Fora dessas situações, a natureza deve permanecer intocável²¹³.

Assim, o casamento entre economia e ecologia pode sim ser feliz e duradouro, desde que cada um ceda um pouco em prol do objetivo comum, a qualidade de vida.

²⁰⁹ YARZA, Fernando Simón. **Medio ambiente y derechos fundamentales**. p. 22.

²¹⁰ FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, médio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? p. 321.

²¹¹ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. p. 58.

²¹² DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. p. 59.

²¹³ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. p. 111.

2.3.3 Dimensão social

A dimensão social se opera com a redução da pobreza e a conquista da equidade social²¹⁴. Para tanto, necessário que a renda seja melhor distribuída e os direitos sociais efetivados, garantindo-se também à população pobre o direito à alimentação, à moradia, à saúde, à educação, etc.

Segundo Juarez Freitas, pelo aspecto social da Sustentabilidade, não é admissível um modelo de desenvolvimento excludente, discriminatório e injusto²¹⁵. Para ele, além do mais, a dimensão social se faz por três frentes. Primeiramente, com “[...] *o incremento da equidade* intra e intergeracional;”. Em segundo lugar, com a criação de “[...] *condições propícias ao florescimento virtuoso das potencialidades humanas*, com educação de qualidade para o convívio;”. Finalmente, por meio do “[...] *engajamento na causa do desenvolvimento que perdura* e faz a sociedade para apta a sobreviver, a longo prazo, com dignidade e respeito à dignidade dos demais seres vivos.”²¹⁶.

A amplitude dessa dimensão é tão grande que abrange todos os âmbitos da atividade humana, uma vez que, com a Sustentabilidade, objetiva-se a construção de uma sociedade mais harmônica e integrada, englobando desde a proteção da diversidade cultural, a garantia de poder exercer os Direitos Humanos, a eliminação de toda forma de discriminação, o acesso à educação²¹⁷.

Há profunda interligação entre a proteção ambiental e os direitos sociais, pois, conforme destaca Fensterseifer, a fruição de saúde, educação, alimentação, moradia etc., em níveis desejáveis, depende de circunstâncias favoráveis do ponto de vista ambiental, podendo-se mencionar: o acesso à água

²¹⁴ YARZA, Fernando Simón. **Medio ambiente y derechos fundamentales**. p. 22.

²¹⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 58.

²¹⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 60. Com grifo no original.

²¹⁷ FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? p. 322.

potável, à alimentos livres de contaminantes químicos, à moradia digna longe de locais poluídos e que apresentem riscos de desabamento²¹⁸.

Por outro lado, apenas com a melhoria das condições sociais, especialmente nos setores mais fragilizados, será possível garantir o equilíbrio ambiental, pois as desigualdades, sejam sociais, econômicas, culturais ou tecnológicas, “[...] constituem um dos fatores de maior agressão ao ambiente. Estima-se que a miséria e a pobreza respondam por um terço de toda degradação ambiental no planeta.”²¹⁹. Destarte, nenhum plano futurístico com vistas à Sustentabilidade poderá desconsiderar as demandas sociais²²⁰.

A Sustentabilidade, assim, está interligada com a tutela dos Direitos Fundamentais, relação que será melhor evidenciada no item a seguir.

2.4 A SUSTENTABILIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Cruz e Bodnar, no âmbito jurídico, todos esses pilares da Sustentabilidade encontram correlação com a base de inúmeros Direitos Fundamentais, tais como o direito meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos prestacionais sociais, dentre outros²²¹.

Outrossim, conforme José Afonso da Silva, é o direito à vida, como Direito Fundamental matriz de todos os outros, que deve conduzir os modos de atuação no tocante à tutela ambiental. “É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: *a qualidade de vida*.”²²².

²¹⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e proteção do ambiente**. p. 74.

²¹⁹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. p. 53.

²²⁰ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. p. 113.

²²¹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. p. 49.

²²² SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 70. Com grifo no original.

Nesse sentido, destaca-se a convergência entre a vida e a saúde, uma vez que são dependentes, para o seu pleno desenvolvimento, de condições ecológicas adequadas, como uma boa qualidade da água, do ar, do solo, da comida etc. A contaminação e o desperdício dos recursos naturais desequilibram o meio ambiente e comprometem a dignidade da saúde e da vida humana²²³.

Assim, Fensterseifer²²⁴ defende que a relação entre o Direito Fundamental ambiental e os Direitos Fundamentais sociais é essencial à “[...] conformação do conteúdo jurídico do princípio da dignidade humana, já que os direitos em questão são projeções materiais dos elementos mais vitais e básicos para uma existência humana digna e saudável”. Ademais, um dos objetivos principais da Sustentabilidade é justamente atender as principais necessidades da população mundial, juntamente com a distribuição igualitária dos recursos naturais.

Diante disso, em atenção ao núcleo essencial da Dignidade da Pessoa Humana, o autor aponta para a existência de um mínimo existencial ecológico, em que, para o exercício do direito à vida de maneira digna, há necessidade de protegê-la física, mental, social, cultural e ecologicamente.

De tal sorte, impõe-se constitucionalmente a conjugação dos *direitos sociais* e dos *direitos ambientais* na formatação do núcleo mínimo de tutela da dignidade humana, em vista, especialmente, de tal garantia constitucional envolver desde o desenvolvimento de todo o potencial da vida humana até a sua própria sobrevivência como espécie (em razão do potencial destrutivo de algumas tecnologias desenvolvidas pelo ser humano e mesmo do alto nível de poluição de determinadas áreas do Planeta).²²⁵

Por exemplo, o direito à moradia em um patamar mínimo de qualidade ecológica, exige acesso a água potável, a saneamento básico, além da boa qualidade do ar e do solo²²⁶.

²²³ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e proteção do ambiente**. p. 76.

²²⁴ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e proteção do ambiente**. p. 73-74.

²²⁵ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e proteção do ambiente**. p. 277. Com grifos no original.

²²⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e proteção do ambiente**. p. 84.

O direito à educação, por sua vez, exige dos educandários o ensino de competências e habilidades, ao invés de práticas pouco úteis e subavaliadas²²⁷. Além de seu conteúdo emancipador, a educação possui a função pedagógica de conscientização para os problemas ambientais e para a consequente necessidade de preservação dos recursos naturais. Somente por meio da educação, a pessoa humana desenvolve sua autonomia a fim de saber atuar para preservar sua dignidade diante dos riscos ambientais, “[...] uma vez que é através da educação, como fonte para a obtenção de informações, que o indivíduo exercerá de forma autônoma os seus direitos fundamentais e a sua condição política de cidadão [...]”²²⁸.

Segundo Martín Mateo, a educação ambiental deve abarcar toda a vida do indivíduo, em todas as etapas de sua formação, havendo significativo interesse geral sobre a adequada formação das pessoas no tocante às relações individuais e sociais com o entorno vital. É de interesse de todos, enquanto usuários do Planeta, que se aprenda a se comportar adequadamente, pois somente se todos, voluntariamente, ajustarem suas condutas, as políticas ambientais podem ser efetivadas. Não se pode fazer nada, por exemplo, para se manter uma cidade limpa se os habitantes decidem sujá-la²²⁹.

Para ele, o Estado facilita a educação para o respeito ao meio ambiente por meio de sua inclusão nos currículos docentes, bem como com o estabelecimento de ajudas visando fomentar e estimular, entre a população escolar, a preocupação com a conservação do meio ambiente²³⁰.

O direito ao trabalho, igualmente, deve ser exercido de forma digna. “À evidência, o meio ambiente do trabalho não pode prosseguir acidentado, tóxico e contaminado, física e psicologicamente, sob pena de ser insustentável”²³¹.

²²⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. p. 59.

²²⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e proteção do ambiente**. p. 88.

²²⁹ MATEO, Ramón Martín. **Tratado de derecho ambiental**. Madrid: Trivium, 1991. v. 1. p. 130-131.

²³⁰ MATEO, Ramón Martín. **Tratado de derecho ambiental**. v. 1. p. 132

²³¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. p. 59.

Enfim, há uma infinidade de exemplos para demonstrar essa correlação da Sustentabilidade com os Direitos Fundamentais e com a Dignidade da Pessoa Humana, ligação esta que orientará à análise de como o Poder Judiciário deve atuar em prol dela, conforme se verificará no próximo capítulo.

CAPÍTULO 3

A ATUAÇÃO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA SUSTENTABILIDADE

3.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE A ATUAÇÃO JUDICIAL

A evolução do Estado Liberal de Direito, onde o juiz era a “boca-da-lei”, para o Estado Social, em que o juiz tem mais poder interpretativo, até a assunção do Estado Democrático de Direito, onde se é atribuído aos entes estatais deveres visando à transformação da realidade, modificou as relações entre os poderes públicos.

No Estado Liberal, cuja principal preocupação era a contenção do poder, mostrava-se satisfatória a rigorosa disposição das funções estatais, com situações limitadas de interpenetração de atribuições. Por outro lado, em um Estado que vise à liberdade e à isonomia, a divisão das funções precisa “[...] assumir contornos profundamente diversos, compatíveis com a necessária eficiência na atuação estatal, admitindo-se, sem pudores, o compartilhamento de atividades e o exercício de múltiplas funções por um mesmo órgão.”²³².

Nesse contexto, para Boaventura de Souza Santos, o Judiciário passou a desempenhar funções políticas, confrontando-se com os demais poderes especialmente em três áreas: no controle de legalidade e dos abusos do poder, no garantismo de direitos e na judicialização da política²³³.

Ferrajoli atribui a expansão do Judiciário, em primeiro lugar, ao paradigma constitucional que estabelece um sistema de limites e de vínculos dos poderes públicos e privados ao Direito, visando, sobretudo, à garantia dos Direitos Fundamentais prescritos nas Constituições estatais. Em segundo lugar, ao desenvolvimento de uma legalidade supraestatal, que, apesar das falhas e insuficiências, está, parcialmente, ativada em nível global. Como terceiro fator, ao

²³² RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 117.

²³³ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 22.

crescente papel atribuído ao Judiciário e ao Ministério Público — acrescenta-se, no caso brasileiro, à Defensoria Pública — “[...] como instituições destinadas à resolução dos conflitos e à satisfação dos direitos, bem como à demanda por justiça à qual as instituições políticas e de governo não dão resposta.”. A quarta razão de dilatação do Judiciário diz respeito à jurisdição penal nas variadas formas de crimes cometidos no exercício do poder. Defende o autor, ainda, um alargamento do Judiciário pelo exercício do controle de constitucionalidade também quanto aos atos da administração e do parlamento de natureza não legislativa, bem como às violações constitucionais por omissão (controle este já previsto na legislação brasileira). Finalmente, a expansão judicial decorre do princípio da acionabilidade, segundo o qual a ativação da jurisdição não se dá mais somente pela tutela individual, mas também pela tutela coletiva, com a possibilidade de instituições, como Ministério Público e Defensoria Pública, atuarem em prol da coletividade²³⁴.

Nessa linha, destaca Lenio Luiz Streck²³⁵,

[...] é preciso compreender que o direito – neste momento histórico – não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase conhecida por ‘direito do Estado Social’ (*que nem sequer ocorreu na América Latina*); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um *plus* normativo/qualificativo em relação às fases anteriores, porque agora é um auxiliar no processo de transformação da realidade. E é exatamente por isso que aumenta sensivelmente – e essa questão permeou, de diversos modos, as realidades jurídico-políticas dos mais diversos países europeus e latino-americanos – o pólo de tensão em direção da grande invenção contramajoritária: *a jurisdição constitucional*, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar no garantidor dos direitos fundamentais-sociais e da própria democracia.

Assim, no Estado Democrático de Direito, o Judiciário transformou-se em guardião da Constituição, por meio da jurisdição constitucional, bem como em

²³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araujo de Souza et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 237-240/244-245. Sem informação do título original.

²³⁵ STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positiva em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (coord.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008. p. 289. Com grifos no original.

um caminho alternativo para se buscar o cumprimento das promessas da modernidade²³⁶.

Essa expansão do papel desempenhado pelo Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito – voltado à transformação da realidade, conforme visto alhures – e, conseqüentemente, na consecução do texto constitucional, em especial no tocante aos direitos fundamentais, trouxe consigo uma série de questões relacionadas às possibilidades e aos limites de tal Poder, principalmente quando confrontado com os demais poderes estatais.

De um lado, um Judiciário independente com papel político cada vez mais destacado na preservação dos fins e valores constitucionais. De outro, um órgão não eleito interferindo cada vez mais no cenário político nacional.

Na esfera de atuação do Legislativo, o Judiciário tem intervisto com decisões inovadoras, sem mencionar o instituto das súmulas vinculantes²³⁷. As respostas, que antes deveriam ser buscadas exclusivamente na legislação,

²³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 128.

²³⁷ Com a chamada “Reforma do Judiciário”, por intermédio da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, foi instituída a possibilidade de o Poder Judiciário editar súmulas vinculantes, após decisões reiteradas sobre determinada matéria constitucional, que terá força vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, em todas as esferas. E mais, havendo ato administrativo ou decisão judicial que contrarie a súmula ou que a aplique indevidamente, caberá reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal, que poderá anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial (artigo 103-A da CRFB/88).

A questão das súmulas vinculantes divide a opinião jurídica nacional. Há aqueles que defendam o instituto sob os argumentos de que reforça a segurança jurídica e favorece a justiça impessoal e isonômica, à medida que uniformiza as decisões judiciais sobre o mesmo assunto; contribui para a celeridade e para a economia processual; permite a resolução, de uma só vez, de causas repetitivas. (SÃO PEDRO, Bruno Lessa Pedreira. Reflexões acerca da súmula vinculante no Brasil. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11962. Acesso em: 13 jul. 2015.).

Por outro lado, muitos juristas criticam o instituto, alegando que ele: fere a independência dos magistrados; permite ao Judiciário a criação legislativa, em usurpação às atribuições do Legislativo e violação à separação de poderes; representa a adoção de uma característica típica do sistema *common law*, a vinculação das decisões proferidas pela Suprema Corte (*stare decisis*), por um país vinculado à tradição romano-germânica, que tem na lei seu fundamento; prejudica a evolução do Direito, uma vez que diminui as discussões sobre temas jurídicos sumulados; ignora a singularidades dos casos concretos. (STRECK, Lenio Luiz. As Súmulas Vinculantes e o Controle *Panóptico* da Justiça Brasileira. **Argumentum**: Revista de Direito. Marília: Unimar, v. 4, 2004. p. 13-34. Disponível em: <http://www.unimar.br/cursos/posgraduacao/strictosensu/direito/argumentum.php>. Acesso em: 17 jul. 2017.).

atualmente estão presentes em princípios e em cláusulas gerais, abrindo o espectro de interpretação jurisdicional.

Em sua atuação política, o Judiciário é a porta de entrada para as minorias e grupos sociais excluídos. Além disso, na atuação judicial é colocada expectativas de concretização dos ideais democráticos. De outro lado, o Judiciário, como solucionador das lides, não é visto com tão bons olhos, sendo alvo recorrente de críticas, por conta de sua morosidade, do conteúdo de suas decisões. Neste sentido, a Justiça:

[...] está completamente sobrecarregada e tem imensa dificuldade em dar conta do volume de litígios com que é defrontada. É lenta e é ineficiente no desempenho de inúmeras atividades fundamentais como, por exemplo, a recuperação de créditos inadimplidos. Vista como prestadora de serviços de solução de conflitos privados, ela é encarada com pessimismo e ansiedade, passando a estar submetida, por conta disso, a toda uma agenda de reformas, concentrada no tema da eficiência na gestão do serviço judiciário.²³⁸

O movimento neoconstitucional instaurado após a Segunda Guerra Mundial e, especificamente no caso brasileiro, a promulgação da CRFB em 1988 e a instituição do Estado Democrático de Direito, promoveu, segundo Ferrajoli, a passagem do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito²³⁹. Ou, conforme Paulo Bonavides, “ontem, os códigos; hoje, as Constituições”²⁴⁰.

Conforme Clarissa Tassinari, o pós-guerra é considerado um marco para o Direito, pois, visando superar a brutalidade dos regimes de exceção, rompeu-se “[...] com toda a estrutura legislativa que lhes atribuíra legitimidade através do argumento de obediência a um formalismo rigoroso, de mera observação do

²³⁸ VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008. p. 407-440. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/constituicao-de-1988-vinte-anos-depois-suprema-corte-ativismo-judicial-br>. Acesso em: 17 jul. 2017. p. 411.

²³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. V. 2. Teoría de la democracia. p. 31-32.

²⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. Discurso de agradecimento. In: INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. Homenagem a Paulo Bonavides. Medalha Teixeira de Freitas. p. 21-37. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/institucional/medalha-teixeira-de-freitas>. Acesso em: 10 jul. 2017. p. 24-25.

procedimento adequado para a criação das leis.”. Ademais, “[...] o fim desta Guerra impulsionou um rearranjo institucional que visava à garantia de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados [...]”²⁴¹.

Por consequência, a soberania do Legislativo foi mitigada em razão da supremacia da Constituição. A tese da predominância da vontade da maioria, que elege os parlamentares e os administradores públicos, não pode se sobrepor à Constituição. “A idéia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental.”²⁴².

O constitucionalismo democrático impõe à observação aos Direitos Fundamentais, ainda que contra a vontade da maioria. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso traz um exemplo bem ilustrativo dessa exigência democrática: “Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número.”²⁴³.

As leis precisam estar formal e materialmente de acordo com a norma constitucional, sob pena de serem derogadas²⁴⁴. Trata-se daquilo que Ferrajoli

²⁴¹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. O livro não está paginado, devido ao seu formato digital.

²⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 101.

²⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. p. 28.

²⁴⁴ Para Ferrajoli, a partir do Estado Constitucional de Direito, além das condições formais, as leis precisam observar as condições substanciais estabelecidas pela Constituição. Nestes termos: “A positivação constitucional dos direitos fundamentais submete também o legislador a limites e a vínculos substanciais, rompendo a presunção de legitimidade do direito e abrindo espaço para antinomias em razão da indevida produção de leis inválidas e para lacunas em razão da indevida omissão relativamente à produção das leis devidas. Daí a necessidade de uma redefinição, seja da validade, seja da democracia, idôneas a conferir fundamento ao paradigma constitucional de uma e de outra. Exatamente como no velho paradigma do Estado legislativo de direito, as condições de validade formal continuam a se identificar com as condições de democracia formal, sendo umas e outras satisfeitas pela conformidade das decisões produzidas com as regras que determinam as suas formas democráticas: precisamente o ‘quem’ (as normas de competência que atribuem os poderes legislativos e de governo a órgãos representativos, e aquelas sobre a autonomia negocial dos sujeitos capazes de agir) e o ‘como’ (as normas procedimentais sobre o sufrágio universal e sobre o princípio da maioria, e aquelas sobre as formas dos negócios privados) da sua produção. Mas, junto com a validade formal, repito, o paradigma constitucional exige também uma validade substancial, correspondente àquela que podemos chamar de

chamou de “*esfera do não decidível*”, isto é, as majorias não podem, validamente, decidir pela violação ou restrição de Direitos Fundamentais, tampouco podem deixar de decidir sobre a satisfação dos direitos sociais estabelecidos constitucionalmente²⁴⁵.

Essa vinculação da atividade legislativa à Constituição modificou a atividade jurisdicional e a relação do magistrado com a lei, de modo que ele não se sujeita mais a todo e qualquer texto legal, como acontecia no liberalismo. A sujeição do juiz, agora, é à Constituição, devendo, assim, em caso de conflito entre lei e Constituição, ou interpretar aquela conforme esta ou declarar sua inconstitucionalidade²⁴⁶.

A supremacia constitucional impõe não somente o controle de constitucionalidade e a tutela dos direitos individuais. As Constituições democráticas no século passado assumiram também a função de dirigir os poderes estatais visando à implementação de seu texto²⁴⁷, que, no caso brasileiro, a exemplo do que ocorre em outros países, traz também direitos sociais, coletivos, difusos.

A respeito dessa função de dirigir, vem à baila a concepção de “Constituição Dirigente”, interdependente da ideia de “Constituição Programática”, ambas bem difundidas por Canotilho, segundo o qual as normas constitucionais não se destinam apenas a definir competências e regular processos, mas, no Estado Democrático-Constitucional, objetivam também transformarem-se num plano global normativo-material, que estabelece tarefas, programas e fins ao Estado e à sociedade. Essa Constituição vincula o Estado devido ao alto grau de

democracia substancial, uma e outra satisfeitas pela coerência do ‘que coisa’, ou seja, aos significados ou da substância das decisões produzidas, com os princípios e os direitos constitucionalmente estabelecidos.” (FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 55.).

²⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 11.

²⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. p. 157.

²⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. p. 99.

programaticidade²⁴⁸, comandando a ação pública e impondo aos entes estatais a efetivação das metas programáticas por ela estabelecidas²⁴⁹.

Por sua vez, a Constituição Programática é aquela que contém *normas-tarefas* e *normas-fins*, ou seja, normas dirigidas ao Estado, que definem suas tarefas e fins principais²⁵⁰. Tais normas, basicamente, possuem três frentes principais. Primeiramente, vinculam o Legislativo, permanentemente, à sua concretização. Além disso, vinculam positivamente “[...] todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como *directivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução jurisdição)”. Em terceiro lugar, estabelecem a “[...] vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam.”²⁵¹.

Seguindo essa linha, quando o respeito e a implementação dos direitos constitucionais não se dão no âmbito da política, abre-se espaço para a atuação jurisdicional. Entre outras razões, é por isso que, atualmente, se vê tantas questões que antes eram discutidas pelo Legislativo e pelo Executivo serem trazidas ao Judiciário.

Essa ascensão do Poder Judiciário, embora corrobore para a concretização do constitucionalismo democrático e dos Direitos Fundamentais, pode acarretar problemas de natureza política e metodológica caso não respeitados alguns limites, devido ao “[...] esvaziamento do poder das maiorias, pelo

²⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 12/20/23-24/157-148.

²⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 217.

²⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 217/1172.

²⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1177. Com grifos no original.

engessamento da legislação ordinária;” e ao “[...] decisionismo judicial, potencializado pela textura aberta e vaga das normas constitucionais.”²⁵².

Considerando que todo poder traz consigo responsabilidades, o aumento de poder implica no aumento de responsabilidades. Diante disso, é necessário discutir os limites da atuação judicial, sobretudo no marco do Estado Democrático de Direito.

3.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

Acerca da relação dos poderes estatais e sobre essa expansão da atividade jurisdicional, destacam-se dois temas inter-relacionados que têm dominado o debate jurídico atualmente: a judicialização da política e o ativismo judicial.

Ambos são produtos da crescente judicialização por que vem passando o ocidente, especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial e, o Brasil, após a promulgação do texto constitucional de 1988. Esse protagonismo judicial tem se manifestado em vários países, tanto de *civil law*, como o Brasil, quanto de *common law*, a exemplo dos Estados Unidos, embora nestes se trate de manifestação mais própria de seu modo de criação do Direito.

A propósito, conforme destaca Clarissa Tassinari, a discussão que, no resto do mundo, é contemporânea, nos Estados Unidos é bem mais antiga, pois, desde a instituição do controle de constitucionalidade (o *judicial review*) naquele país, em 1803, lá muito se discute sobre a legitimidade da atuação judicial²⁵³.

Registre-se, contudo, que o tema não é tratado igualmente entre os estudiosos do assunto. Por isso, há necessidade de se posicionar para se evitar ruídos comunicativos.

²⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 430.

²⁵³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. O livro não está paginado, devido ao seu formato digital.

Entende-se que ambos decorrem da expansão do Poder Judiciário, mas, apesar do ponto em comum, são fenômenos distintos. Assim, a diferenciação se faz necessária porque a mesma linha tênue que separa um do outro é a que se coloca entre as possibilidades e os limites da atuação judicial no marco do Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, é a forma como se dá a atuação judicial que vai indicar se é o caso de judicialização da política ou de ativismo judicial.

3.2.1 Judicialização da política

Inicialmente, registra-se que a judicialização da política é uma espécie do gênero judicialização, tratando-se de um fenômeno complexo, pois derivado de inúmeras causas e abordado sob diversos aspectos, apresentando variações de acordo com a conjuntura sociopolítica de cada Estado, ainda que, inegavelmente, seja uma manifestação de proporção universal²⁵⁴.

Com efeito, a judicialização, da política, das relações sociais, enfim, da vida, consiste em um tipo “[...] de ‘fuga’ cada vez mais acelerada dos temas políticos (de política pública, de ação governamental executiva, de política representativo-partidária) para dentro do mundo do direito e, deste, para dentro dos órgãos judiciários.”²⁵⁵.

O Judiciário, então, passa à condição de uma nova arena pública, apto a resolver conflitos coletivos, agregar o tecido social e promover a cidadania. “Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos

²⁵⁴ LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 72.

Sobre a universalidade do fenômeno, ver: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário e suas implicações. **Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**. Campo Grande: Contemplar, v. 1, n. 2, 2009. p. 55-71. Disponível em: <http://www.revistasystemas.com.br/index.php/systemas/issue/view/2>. Acesso em: 15 jun. 2017. p. 55.

²⁵⁵ VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, Vinte Ano Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. p. 408.

sociais e até de partidos [...]”. Nesse cenário, é a lógica dos princípios e dos direitos materiais que prevalece²⁵⁶.

Diversas são as causas apontadas para explicar a crescente judicialização. Como *causas remotas* dessa *expansão global do Poder Judiciário*²⁵⁷, pode-se mencionar: o período seguinte ao fim da Segunda Guerra Mundial; a maior constitucionalização de direitos, muitos de natureza difusa e coletiva, associada ao implemento da noção de “Constituição Dirigente”. Tais razões promoveram não somente o aumento da judicialização, mas também a modificação do modo como se concebe a atuação judiciária e a relação entre os poderes na atualidade, conforme tratado acima.

Além delas, pode-se mencionar: o reforço de instituições como Ministério Público e Defensoria Pública; a promoção do acesso à justiça, com o fortalecimento ou criação de inúmeros instrumentos voltados à satisfação dos direitos; a ineficiência do poder público, mormente na implementação de direitos prestacionais e na ausência de posicionamento legislativo sobre diversas questões; a tentativa de combate à corrupção.

Com efeito, no caso brasileiro, a promulgação da Constituição de 1988, além de simbolizar a redemocratização, representou o que Boaventura de Souza Santos chamou de “curto-circuito histórico”, isto é, previu de uma só vez Direitos Fundamentais (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, relacionados ao meio ambiente, ao direito do consumidor, etc.), que, em outros países, sobretudo europeus, foram conquistas de um processo histórico extenso, de acordo com o pontuado alhures²⁵⁸.

Trata-se de uma Carta ambiciosa e desconfiada do Legislador, a qual, uma vez que constitucionalizou inúmeras matérias antes cuidadas pela política,

²⁵⁶ VIANNA, Luiz Werneck et. al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 22-23.

²⁵⁷ As expressões grifadas são extraídas de TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. O livro não está paginado, devido ao seu formato digital. Ela, por sua vez, valeu-se da obra *The Global Expansion of Judicial Power*, de Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder.

²⁵⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. p. 24-26.

transformou-as em pretensões jurídicas, a serem pleiteadas inclusive pela via judicial. Assim, prevendo a Constituição o direito à educação e ao meio ambiente equilibrado “[...] é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.”²⁵⁹.

A propósito, um dos assuntos de maior discussão doutrinária e jurisprudencial, é a questão do controle judicial da administração pública e das leis e, em especial, das políticas públicas.

Nessa linha, Felipe de Melo Fonte afirma que o Judiciário possui legitimidade para fazer o controle da administração pública e da legislação, com base na CRFB, em matéria de Direito Fundamental ou não²⁶⁰. Todavia, no tocante às políticas públicas, para o autor, o controle judicial deve ser orientado pelos Direitos Fundamentais, sob pena de afronta ao princípio democrático, por invasão do espaço onde deve preponderar a soberania popular e o princípio majoritário²⁶¹.

Ainda no que diz respeito às políticas públicas, Ada Pellegrini Grinover²⁶² e Nilva M. Leonardi Antonio²⁶³ confirmam a possibilidade de o Poder Judiciário exercer o seu controle, sem agressão ao princípio democrático, desde que para assegurar os objetivos fundamentais adotados pelo Brasil na CRFB.

Ademais, o texto constitucional incrementou as estratégias jurídico-institucionais para as pessoas buscarem os tribunais. Por exemplo, ampliou o rol de legitimados para propositura de ações de (in)constitucionalidade, dispôs sobre a possibilidade de associados serem representados por suas associações, fortaleceu

²⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. p. 24.

²⁶⁰ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 118.

²⁶¹ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e Direitos Fundamentais**. p. 82.

²⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 149.

²⁶³ ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O controle jurisdicional de políticas públicas como controle de constitucionalidade e seus limites. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 208.

o Ministério Público, adotou um sistema público de assistência judiciária, promoveu o acesso à justiça. Tudo isso propiciou o aumento das expectativas dos cidadãos em terem garantidos seus direitos, gerando o crescimento da procura da via judicial quando a prestação estatal é insatisfatória ou ausente²⁶⁴.

Sob essa ótica, Garapon vê na justiça “[...] *um espaço de exigibilidade* da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de toma-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei.”²⁶⁵.

Nesse sentido, Pedro Manoel Abreu defende que o processo jurisdicional é um instrumento de democracia e de cidadania, pois permite que o cidadão participe do poder, buscando a efetivação e proteção dos Direitos Fundamentais e do patrimônio público. “Enfim, é um microcosmo da democracia, porque concretiza os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, como *locus* da cidadania.”²⁶⁶.

Gisele Cittadino, a propósito, defende que a judicialização da política está associada ao declínio do constitucionalismo liberal, marcado pelo positivismo e direcionado somente a salvaguarda de um modelo voltado à proteção da vida privada, de modo que, a judicialização de diferentes vertentes da vida social é compatível, exclusivamente, com um constitucionalismo vinculado à isonomia e à Dignidade da Pessoa Humana e preocupado com a participação política e jurídica dos cidadãos. Além disso, apesar de o processo da judicialização da política invocar a ideia de que as democracias políticas estão sendo trocadas pelas democracias jurídicas, não se pode olvidar que a busca de implementação de direitos individuais ou sociais por intermédio da justiça também é uma forma de participação política.

²⁶⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. p. 25-26.

²⁶⁵ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 49. Título original: *Le gardien des promesses*. Com grifo no original.

²⁶⁶ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 521.

Ademais, o Judiciário, além de ser obrigado a dar uma resposta quando provocado, é mais acessível aos cidadãos do que o Legislativo e o Executivo²⁶⁷.

O sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil também contribuiu para esse incremento da judicialização, seja pela ampla gama de legitimados para pleitear a adequação da legislação infraconstitucional à Constituição ou para tentar suprir as omissões legislativas²⁶⁸, seja pelo controle difuso que todos os juízes e tribunais devem exercer, averiguando a constitucionalidade da conduta dos poderes estatais.

Essa é uma das razões porque, quando se fala em “jurisdição constitucional”, está se referindo não somente à atuação do Judiciário no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade – feito pelo Supremo Tribunal Federal –, mas também ao controle difuso de constitucionalidade praticado por todos os magistrados brasileiros. Registra-se, contudo, que não somente no tocante ao controle de constitucionalidade (seja concentrado ou difuso) encontra-se a jurisdição constitucional, pois, considerando que a Constituição irradia seus preceitos por todo o ordenamento jurídico, todo ato judicial deverá estar vinculado à Constituição. Por isso, todo juiz, em maior ou menor medida, pratica jurisdição constitucional.

Dessa forma, “[...] enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito.”²⁶⁹.

Na mesma linha:

Justamente em virtude [...] da característica de se ter a base de todo o direito assentada nos direitos fundamentais – vinculando e

²⁶⁷ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista Alceu**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, v. 5, n. 9, jul./dez. 2004. p. 105-113. Disponível em: http://revistaalceu.com.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?from_info_index=9&infoid=164&sid=21. Acesso em: 15 jun. 2017. p. 106.

²⁶⁸ Exemplos: mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento do preceito fundamental.

²⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. p. 27.

condicionando, a partir do fenômeno que se convencionou chamar de constitucionalização do Direito, a partir da noção de eficácia vertical (*Austrahlungswirkung*) e horizontal (*Drittwirkung*) contra terceiros, inclusive os tradicionais ramos do Direito Privado (antes autônomos e independentes), que, a partir desta perspectiva, precisam ser lidos, interpretados e aplicados conforme a Constituição, estando os seus conteúdos condicionados ao que dispõe a Lei Fundamental, é que a Jurisdição Constitucional ganha relevo, enquanto garantidora maior dos conteúdos essenciais da Constituição.²⁷⁰

Outra causa elencada, e que guarda profunda relação com o cenário político do Brasil na atualidade, diz respeito ao combate à corrupção pela via judiciária.

Conforme assevera Boaventura de Souza Santos, Maria Manuel Leitão Marques e João Pedroso, como consequência do Estado-Providência, muitas decisões estatais ganharam uma conotação financeira inexistente anteriormente. O Estado passou a intervir na economia, a ser responsável pelas rodovias, saneamento básico, educação, saúde, segurança, transporte públicos e outros. A consagração de inúmeros direitos econômicos e sociais aumentou o orçamento estatal e, conseqüentemente, a administração do dinheiro público pelos representantes eleitos. Criou-se um astronômico aparato estatal, com inúmeros serviços, concursos, contratações, funcionários, envolvendo uma expressiva quantidade de dinheiro. Tal conjuntura permitiu a promiscuidade entre os poderes político e econômico. “O afrouxamento das referências éticas no exercício do poder político, combinado com as deficiências do controle do poder por parte dos cidadãos, permitiram que essa promiscuidade redundasse num aumento dramático da corrupção.”²⁷¹.

²⁷⁰ LEAL, Mônia Clarissa Henning. Ativismo Judicial e Participação Democrática: A Audiência Pública Como Espécie de *Amicus Curiae* e de Abertura da Jurisdição Constitucional – a Experiência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na Audiência Pública da Saúde. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Henning (orgs.). **Ativismo Judicial e Déficit Democráticos**: Algumas Experiências Latino-Americanas e Européias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 223.

²⁷¹ SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Coimbra: Oficina do CES – Centro de Estudos Sociais, 1995. p. 21-22.

Segundo os autores, a luta contra à corrupção elevou a visibilidade política dos tribunais²⁷². Além disso, levou ao Judiciário muitos conflitos políticos, de onde decorre uma das faces da judicialização da política²⁷³.

Nas palavras do sociólogo português²⁷⁴: “Defendo que há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal de suas funções, afetam de modo significativo as condições da ação política.” Entende ele que isso pode acontecer por duas vias, uma de baixa e outra de alta intensidade. Naquela, políticos são investigados e, às vezes, julgados por crimes supostamente cometidos, no exercício da função ou não. Nesta, os conflitos internos da classe política são transferidos ao Judiciário, no intuito de debilitar ou aniquilar o adversário por meio de sua exposição judicial.

Para ele, ademais,

A judicialização da política verifica-se ainda diante de um conjunto de circunstâncias que descentraram a atenção da política judiciária para a política do judiciário. Neste caso, o confronto político do judiciário com os outros poderes do Estado dá-se quando, diante da apatia ou da incapacidade dos poderes políticos em resolver os conflitos ou em atender às demandas dos grupos sociais, o recurso aos tribunais leva o judiciário a intervir na política pública e nas condições de sua efetivação²⁷⁵.

A questão da corrupção está relacionada com a descrença da população em geral em relação aos governantes e parlamentares. Conforme Cappelletti, essa desconfiança é um fenômeno global, característico do ocidente²⁷⁶, e está relacionada com a expansão dos meios de comunicação, pois permite a constante observação dos agentes políticos por qualquer pessoa que possua acesso a uma plataforma informativa, seja eletrônica, televisiva, radiográfica ou impressa.

²⁷² SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. p. 28.

²⁷³ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. p. 29.

²⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. p. 29.

²⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. p. 29.

²⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. Reimpressão, 1999. p. 45.

A expansão institucional do Judiciário decorre, ainda, do reconhecimento da importância de fortalecê-lo, garantindo sua independência, com vistas à preservação do ideal democrático; o descrédito cada vez mais crescente com as instâncias tradicionais de exercício da política, decorrente da crise de representatividade, das suspeitas de incompetência dos ocupantes de cargos legislativos e administrativos e das recorrentes denúncias de corrupção; a preferência dos agentes políticos de que questões moralmente divergentes sejam decididas no âmbito judicial, a fim de se evitar o seu próprio desgaste²⁷⁷.

O jurista espanhol Juan Cámara Ruiz, valendo-se de Guarnieri e Pederzoli²⁷⁸, aponta como causas da judicialização: as lacunas legislativas, apesar do grande número de leis; as contradições encontradas em leis editadas em períodos e com foco político diferentes; leis que, além de ditarem comportamentos, guiam o desenvolvimento social e econômico; a inclusão de cláusulas gerais nas leis, que implica na delegação de poder do legislador ao julgador; as modificações processuais geradas pelo aumento dos destinatários da decisão judicial, tal como acontece nas ações coletivas²⁷⁹.

A compreensão do fenômeno passa, portanto, pela interação de três elementos: Direito, política e Poder Judiciário.

No âmbito do ordenamento jurídico, decorre da consagração de inúmeros direitos, notadamente prestacionais. No político, da desídia no tocante à concretização de tais direitos. Somadas essas duas situações, o Judiciário é chamado a coagir o poder público a cumprir seu dever.

²⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. p. 439.

²⁷⁸ "GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P., *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*. Madrid, Taurus, 1999, p. 26.". Apud: RUIZ, Juan Cámara. *Judicialización y Activismo Judicial en España*. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Henning (orgs.). **Ativismo Judicial e Déficits Democráticos: Algumas Experiências Latino-Americanas e Européias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 92.

²⁷⁹ RUIZ, Juan Cámara. *Judicialización y Activismo Judicial en España*. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Henning (orgs.). **Ativismo Judicial e Déficits Democráticos: Algumas Experiências Latino-Americanas e Européias**. p. 92.

Assim, “[...] O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público”. Diante disso, o Judiciário ganha o “*status de guardião das promessas constitucionais*”²⁸⁰.

Com o mesmo raciocínio, assevera Streck: “[...] o grau de intervenção da justiça constitucional dependerá do nível de concretização dos direitos estabelecidos na Constituição.”²⁸¹.

Boaventura de Souza Santos, inclusive, aponta que a Suécia, ao que tudo indica o país com melhor desenvolvimento do Estado de bem-estar social da Europa, possui índices reduzidíssimos de judicialização, o que demonstra a correlação entre litigação judicial e concretização de direitos nas esferas administrativas²⁸².

Nessa linha, Clarissa Tassinari defende que, não nascendo a judicialização dentro do sistema jurídico, mas surgindo do contexto social de exigência de direitos aliado à deficiência estatal em implementar tais direitos, a diminuição da judicialização não depende exclusivamente de instrumentos jurídicos, tais como a criação do instituto das súmulas vinculantes, da repercussão geral, do incidente de resolução de demandas repetitivas, da diminuição de recursos, apenas para citar alguns exemplos²⁸³.

A judicialização ocorre independentemente da atuação judicial, pois é fruto da consagração de direitos constitucionais, não podendo, assim, ser classificada como positiva ou negativa. “Isto é, esta questão está ligada a uma

²⁸⁰ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. p. 48.

²⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed., ver., mod. e amp. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 198.

²⁸² SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma revolução democrática da justiça. p. 24.

²⁸³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. O livro não está paginado, devido ao seu formato digital.

análise contextual da composição do cenário jurídico, não fazendo referência à necessidade de se criar (ou defender) um modelo de jurisdição fortalecido”²⁸⁴.

É, segundo Lenio Streck, contingencial, ou seja, acontece para a concretização da Constituição, tratando-se de um processo que surge diante da relação entre os poderes estatais, com o deslocamento de algumas questões políticas para o Judiciário²⁸⁵.

Portanto, conforme ressalta Barroso, não se pode lutar contra a judicialização, destacando-se que o Judiciário não pode se eximir de julgar quando adequadamente provocado, mas é o modo como decide que determina a existência ou inexistência de ativismo judicial²⁸⁶.

De acordo com Streck, a maior complexidade, contudo, é estabelecer quando uma decisão é expressão da judicialização da política ou do ativismo judicial²⁸⁷.

Na sequência, enveredar-se-á pelo ativismo judicial, na tentativa de compreender o fenômeno.

3.2.2 Ativismo judicial

Ao se estudar sobre este assunto, observa-se que não existe unanimidade acerca do significado da expressão “ativismo judicial”. O conceito não está pronto e muito se diverge a seu respeito. Assim, para compreendê-lo, buscar-se-á, primeiramente, averiguar sua origem e, posteriormente, alguns aportes teóricos.

²⁸⁴ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. O livro não está paginado, devido ao seu formato digital.

²⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 621.

²⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. p. 440.

²⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 621.

Streck aponta que há mais de 200 anos se debate sobre o ativismo judicial nos Estados Unidos, e lá nem sempre esse fenômeno foi identificado por um posicionamento progressista. Como exemplo desse “ativismo às avessas”, o autor cita a posição da Suprema Corte ao barrar, por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas do presidente Roosevelt no tocante ao *New Deal*²⁸⁸. Segundo ele, as posturas ativistas em prol dos Direitos Humanos dependiam muito mais do posicionamento de alguns juízes do que de um ideal propriamente ativista²⁸⁹.

Barroso aduz que suas origens remontam à jurisprudência estadunidense, especialmente a partir da década de 50 do século passado, quando a Suprema Corte passou a produzir uma jurisprudência progressista relativamente aos Direitos Fundamentais. Antes disso, a postura ativista da Suprema Corte destinava-se a manifestações reacionária, tendo ela dado guarida a segregação racial e à invalidação de leis sociais²⁹⁰.

De acordo com Vanice Regina Lirio do Valle, a expressão foi cunhada pela primeira vez pelo jornalista Arthur Schlesinger em artigo direcionado ao público leigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na revista americana *Fortune*, pelo qual o autor traçou o perfil de 9 juízes da Suprema Corte estadunidense, sendo 4 (quatro) classificados como “*ativistas judiciais*”, 3 (três) como “*campeões de autolimitação*”, e 2 (dois) como membros de um grupo intermediário. Na concepção do jornalista, os ativistas judiciais representavam uma postura liberal, ao passo que os autolimitados tendiam ao conservadorismo²⁹¹.

²⁸⁸ “[...] Franklin Roosevelt ao assumir a presidência, em 1933, tratou de propor a implementação de medidas políticas que produzissem efeitos na economia norte-americana, o que ficou conhecido como *New Deal*.” (TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. *Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira*. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**. Curitiba, v. 53, 2011. p. 137-164. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764>. Acesso em: 19 jun. 2017. p. 140.).

²⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed., rev., mod. e amp. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 61.

²⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 26.

²⁹¹ VALLE, Vanice Regina Lirio do (org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 20.

Conforme Carlos Alexandre de Azevedo Campos²⁹², Schlesinger considerava ativistas os juízes que substituíam as escolhas do legislador pelas suas próprias por crerem dever “[...] atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, ‘mesmo se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador’.”. Por outro lado, os *campeões da autorrestrrição judicial* tinham uma “[...] visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial: a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, e sim agir com ‘deferência à vontade do legislador’.”²⁹³.

Segundo o autor, além de a expressão “ativismo judicial” ter nascido nos Estados Unidos, foi lá também onde mais se debateu sobre o tema, inclusive muito antes do aparecimento dessa locução, pois o assunto se confunde com a própria história do constitucionalismo em terras norte-americanas. Nesse país, a discussão sobre o ativismo judicial engloba diversos contextos, não só o jurídico-político, mas também o ideológico, social e cultural²⁹⁴.

A história do ativismo judicial também passa pela jurisdição constitucional praticada na Alemanha, notoriamente após a Lei Fundamental de Bonn (a Constituição germânica), de 1949, por meio da atuação de seu Tribunal Constitucional Federal (o *Bundesverfassungsgericht*), que exerce o controle de constitucionalidade naquele país. Lá, o ativismo judicial está relacionado com uma postura decisória dos membros do Tribunal Constitucional, que ficou conhecida como “jurisprudência dos valores”.

Segundo Trindade e Moraes, o movimento da jurisprudência dos valores decorreu da atuação do Tribunal Constitucional, que, visando romper com as práticas jurídicas do período nazista e, concomitantemente, legitimar decisões

²⁹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. O livro não está paginado, devido ao seu formato digital.

²⁹³ “SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune* v. 35 (1), 1947, p. 75/77.” In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. O livro não está paginado, devido ao seu formato digital.

²⁹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. O livro não está paginado, devido ao seu formato digital.

fulcradas no texto da Lei Fundamental (a *Grundgesetz*), passou a protagonizar a cena jurídica na Alemanha²⁹⁵.

Ademais, o ativismo judicial alemão manifesta-se, notadamente, na maneira como o Tribunal Constitucional examina e cumpre o sistema de Direitos Fundamentais previstos na Lei Fundamental. De acordo com Campos, as ideias de Direitos Fundamentais como uma ordem objetiva de valores, de eficácia horizontal, ponderação, proporcionalidade, mínimo existencial, núcleo essencial “[...] são elementos de uma gramática dos direitos fundamentais que faz do caso alemão um paradigma de importância que uma corte constitucional pode alcançar no sistema político e na sociedade em que está inserida.”²⁹⁶.

No exercício de sua função, o Tribunal Constitucional alemão precisava legitimar a *Grundgesetz*, outorgada pelos aliados sem ter passado por um processo prévio de significativa participação popular. “Daí a afirmação de um *jus* distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade.”. Os *valores* surgem, portanto, para justificar a tomada de decisões fora da legalidade estrita, permitindo-se, assim, a discricionariedade judicial²⁹⁷.

Nessa linha, para deixar de aplicar leis produzidas no período de exceção, o Tribunal precisava decidir *extra legem* ou, até mesmo, *contra legem*²⁹⁸, “[...] assumindo a utilização de um direito positivo principiológico e axiológico, identificado com os direitos fundamentais e com a dignidade da pessoa humana, com base eminentemente extrajurídica [...]”²⁹⁹.

²⁹⁵ TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. **Ativismo judicial**: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. p. 145.

²⁹⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. O livro não está paginado, devido ao seu formato digital.

²⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 58. Com grifos no original.

²⁹⁸ TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. **Ativismo judicial**: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. p. 145.

²⁹⁹ LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e ativismo judicial**: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais Poderes. p. 104.

Em decorrência disso, mesmo a Alemanha pertencendo ao sistema jurídico da *civil law*, difundiu-se a concepção de que a jurisprudência de seu *Bundesverfassungsgericht* é também fonte primária da dogmática jurídica³⁰⁰.

Esses breves apontamentos históricos demonstram como o fenômeno atravessa continentes, englobando tanto culturas jurídicas cuja fonte principal do Direito é a lei quanto aquelas cuja tônica está no precedente. Agora, resta saber: o que é ativismo judicial?

Conforme ressaltado anteriormente, a questão é complexa e divide a opinião jurídica nacional, não existindo critérios claros e objetivos para se precisar quando uma decisão pode ser considerada “ativista”.

A propósito, Clarissa Tassinari³⁰¹ sistematiza as concepções existentes sobre o tema da seguinte maneira:

[...] *a)* como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; *b)* como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judicial, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); *c)* como abertura à discricionariedade do ato decisório; *d)* como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras.

Embora tenha identificado tais linhas na doutrina brasileira, a autora ressalta a dificuldade em encontrar *posicionamentos puros*, pois os enfoques doutrinários se misturam e se confundem, não havendo “compromisso teórico” na definição do ativismo judicial.

Nesse sentido, Campos destaca:

[...] *primeiro*, as decisões ativistas são multifacetadas, isto é, se revelam por **diferentes dimensões** – a interpretação criativa e expansiva da Constituição, a aplicação direta de direitos fundamentais implícitos ou apenas vagamente definidos, a falta de deferência à capacidade legal e epistêmica dos outros poderes, a superação de precedentes, etc.; *segundo*, o ativismo judicial não é o

³⁰⁰ TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. **Ativismo judicial**: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. p. 147.

³⁰¹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. O livro não está paginado, devido ao seu formato digital.

resultado puro e simples de uma atitude deliberada de juízes e cortes, mas sim, ele responde a uma **pluralidade de fatores**, os quais influenciam e podem explicar o comportamento mais ou menos ativista dos juízes e das cortes – *o ativismo judicial pode ser politicamente construído e direcionado*.³⁰²

Segundo Barroso, ao contrário da judicialização, em que o Poder Judiciário é chamado a decidir e, no exercício de suas funções, tem o dever de, presentes todos os requisitos, analisar o mérito, o ativismo judicial aponta para uma postura mais ampla e intensa do Poder Judiciário na efetivação dos valores e finalidades previstos na Constituição, interferindo de modo mais vasto no campo de atuação dos demais Poderes³⁰³. Para o autor:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.³⁰⁴

Tassinari³⁰⁵, analisando esse posicionamento de Barroso, aponta que os elementos por ele indicados como caracterizadores do ativismo judicial devem ser observados por todos os juízes no exercício da função jurisdicional no Estado Constitucional. Na era do constitucionalismo, a aplicação direta da Constituição, o efetivo controle de constitucionalidade e o cumprimento dos preceitos constitucionais nada mais são do que elementos obrigatórios a todo e qualquer juiz. Para ela, assim, os pontos trazidos por Barroso não prestam a diferenciar a judicialização da política do ativismo judicial.

De acordo com a autora, o ativismo judicial pode ser resumido “[...] como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com

³⁰² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. O livro não está paginado, devido ao seu formato digital. Com grifos no original.

³⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. p. 25-26.

³⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. p. 26.

³⁰⁵ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. O livro não está paginado, devido ao seu formato digital.

competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente”. Explica, ainda, que, a judicialização é contingencial, pois decorre da “[...] insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma *postura* do Judiciário para além dos limites constitucionais”³⁰⁶.

Elival Silva Ramos defende que o ativismo judicial acontece quando o Poder Judiciário excede os limites de sua função jurisdicional, invadindo as demais esferas de atuação estatal, primordialmente a função legislativa, mas, também, a função administrativa e a de governo. Trata-se de uma “[...] descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuída a outros Poderes”³⁰⁷.

Para o autor, ademais, é o Poder Legislativo o mais atingido com o fenômeno do ativismo judicial, pois ele “[...] pode ter o produto da legiferação irregularmente invadido por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade) quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas”³⁰⁸.

De acordo com Rogério Gesta Leal, o ativismo judicial caracteriza-se por uma tendência do Judiciário de “[...] fazer às vezes do Poder Legislativo e do Poder Executivo em situações especiais, até em face da ausência irresponsável destas instituições em segmentos e tema de sua competência constitucional originária.”³⁰⁹.

Segundo Lenio Streck, “[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando [...] o direito é

³⁰⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. O livro não está paginado, devido ao seu formato digital. Com grifo no original.

³⁰⁷ RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. p. 119.

³⁰⁸ RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. p. 132.

³⁰⁹ LEAL, Rogério Gesta. As Responsabilidades Políticas do Ativismo Judicial: Aspectos Teóricos-Práticos da Experiência Norte-Americana e Brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Henning (orgs.). **Ativismo Judicial e Déficit Democráticos**: Algumas Experiências Latino-Americanas e Européias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 16.

substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados);”³¹⁰.

Diante desses aportes teóricos, conclui-se que, enquanto na judicialização o Judiciário nada mais faz do que cumprir suas funções de acordo com o desiderato constitucional, no ativismo judicial, o órgão julgador ultrapassa os poderes que lhe foram constitucionalmente outorgados, invadindo, ainda que bem-intencionado, a esfera de atuação dos demais poderes.

O jurista Espanhol Juan Cámara Ruiz, que segue a mesma distinção entre judicialização e ativismo judicial adotada neste trabalho, assevera que:

Puede concluirse por tanto que, al menos formalmente, el fenómeno del activismo judicial no se está instalando en la actuación de los tribunales españoles. Prueba indirecta de ello, tal y como acabamos de comprobar, son los escasos votos particulares de magistrados del TC que denuncien dicho abuso. Cuestión distinta es que, en el día a día, se constaten casos concretos de activismo judicial tanto en sentencias del TC o de otros tribunales ordinários pero no llegan a constituir, al menos de momento, una práctica habitual.³¹¹

Por outro lado, análises doutrinárias têm apontado para um Judiciário ativista no Brasil.

Nesse sentido, Vanice Regina Lírio do Valle afirma a primazia, no STF, do ativismo judicial em relação à judicialização da política, pois aquele Tribunal passou a redefinir os limites de suas atribuições jurisdicionais, englobando aspectos não necessariamente previstos originalmente na CRFB, modificando, dessa forma, “[...] seu próprio peso no concerto político da relação entre os poderes”³¹².

Igualmente, Mônia Clarissa Henning Leal e Felipe Dalenogare Alves aduzem que o STF tem assumido uma postura ativista, o que possivelmente decorre da judicialização, pois se percebe que a posição daquele Tribunal é de efetivação de

³¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 621.

³¹¹ RUIZ, Juan Cámara. Judicialización y Activismo Judicial en España. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Henning (orgs.). **Ativismo Judicial e Déficits Democráticos**: Algumas Experiências Latino-Americanas e Européias. p. 104.

³¹² VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. p. 40.

direitos, ainda que a medida devesse ter tomada, originalmente, no âmbito da política. Para eles, ademais, diferentemente da Suprema Corte estadunidense, a Corte Constitucional brasileira não tem contribuído para a delimitação teórica do termo ativismo judicial, pois aqui a expressão, comumente, possui conotação pejorativa, razão pela qual os Ministros raramente usam-na³¹³.

Encontram-se, na literatura jurídica, fartos exemplos de atuação ativista por parte do Judiciário brasileiro, podendo-se destacar, dentre outras: 1) a decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à fidelidade partidária, no sentido de que a vaga no Congresso Nacional é do partido político, e não do parlamentar, criando, dessa maneira, uma nova situação de perda de mandato legislativo, além daquelas já previstas na Constituição; 2) com apenas um julgado, a edição de súmula vinculante estendendo a vedação do nepotismo ao Legislativo e ao Executivo;³¹⁴ 3) a relativização do princípio constitucional da presunção de inocência, ao se permitir a execução provisória da pena após condenação em segundo grau de jurisdição, independentemente do trânsito em julgado; 4) decisões que determinaram o bloqueio do aplicativo WhatsApp; 5) decisão do Superior Tribunal de Justiça aduzindo que o juiz não é obrigado a analisar todas as questões levantadas pelas partes quando já tenha encontrado elementos suficientes para decidir, apesar do conteúdo do parágrafo primeiro do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil³¹⁵; 6) decisão proferida pela Primeira Turma do STF, nos termos do voto-vista proferido

³¹³ LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais Poderes**. p. 190.

³¹⁴ Exemplos extraídos de: BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 26.

³¹⁵ Art. 489. [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, República Federativa do. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19 jul. 2017).

pelo Ministro Luís Roberto Barroso, entendendo não ser crime a interrupção de gestação durante o primeiro trimestre³¹⁶.

Dessas circunstâncias, emergiram uma série de debates a respeito dos limites e das possibilidades da atuação judicial, tema do próximo item.

3.3 LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As violências enfrentadas sucessivamente pela modernidade – para lutar contra a falta de segurança e de liberdade, o Estado de Direito; para combater a desigualdade política, o Estado Democrático; para pelejar contra a pobreza, o Estado Social – ainda não foram vencidas, notadamente em países de modernidade tardia, como o Brasil. Diante desse fator, a Constituição ainda dispõe de força normativa e continua sendo o suporte legal para o desenvolvimento dos projetos da modernidade, havendo necessidade, portanto, de que os instrumentos constitucionais sejam utilizados de modo eficaz em prol dos cidadãos e das instituições, visando evitar a livre disposição da Constituição pelo poder público³¹⁷.

Por isso, diferentemente de outrora, os juízes não podem mais manter uma postura passional, devendo o Judiciário, enquanto guardião da Constituição, assumir uma posição ativa visando concretizá-la, ainda que sobrepujando os demais poderes.

Nesse sentido, entende-se, seguindo a linha de Lenio Streck, que a operatividade judicial é necessária para a efetivação dos Direitos Fundamentais, sobretudo quando somadas a letargia do Executivo na execução das políticas públicas mais a omissão do Legislativo na regulamentação de direitos constitucionalmente previstos. Segundo o autor

³¹⁶ Exemplos extraídos de: STRECK, Lenio Luiz. Breve ranking de decisões que (mais) fragilizaram o Direito em 2016. **Revista Consultor Jurídico**. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-29/senso-incomum-breve-ranking-decisoes-fragilizaram-direito-2016>. Acesso em: 24 jul. 2017.

³¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positiva em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (coord.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? p. 296.

É nisto que reside o que se pode denominar deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário. Ora, tal circunstância implica um novo olhar sobre o papel do direito – leia-se Constituição – no interior do Estado Democrático de Direito, que gera, para além dos tradicionais vínculos negativos (garantia contra a violação de direitos), obrigações positivas (direitos prestacionais). E isso não pode ser ignorado, porque é exatamente o cerne do Constitucionalismo Contemporâneo.³¹⁸

Conforme Boaventura de Souza Santos, um Judiciário democrático, apesar de não possuir condições de acabar com todos os problemas decorrentes das mazelas sociais, deve assumir sua parcela de responsabilidade e atuar na resolução de tais demandas. “Tem que perder o isolamento, tem que se articular com outras organizações e instituições da sociedade que o possam ajudar a assumir sua relevância política.”³¹⁹.

Essa atuação, contudo, precisa de limites, de modo a se impedir discricionariedades, decisionismos, e para deixar os demais poderes públicos atuarem de acordo com suas atribuições. “Com efeito, *defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode signi car que os tribunais se assenhem da Constituição*”³²⁰.

Quando o Judiciário ultrapassa os limites de suas atribuições, ainda que sob pretextos nobres, pratica uma anomalia tão grave quanto à atuação dos parlamentares e administradores que, por ação ou omissão, violam a Constituição. Cuida-se de uma nova forma de violação da norma constitucional³²¹.

As práticas ativistas que visam suprir as omissões legislativas por meio da consciência de cada magistrado, segundo o que, para eles, representa melhor o interesse social, violam o princípio da separação de poderes, pois, ao provocarem o

³¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 198.

³¹⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. p. 40.

³²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 199. Com grifos no original.

³²¹ LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e ativismo judicial**: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais Poderes. p. 9.

esvaziamento do Legislativo, transferem aos tribunais a deliberação acerca de inúmeros temas caros à sociedade, impedindo, assim, que o debate se dê no âmbito das instituições representativas, que, por serem criadas para isso, são detentoras de legitimidade democrática³²².

A propósito, Gisele Cittadino assevera que, apesar da expansão judicial abrir as portas da Justiça aos cidadãos, não se pode desejar que o Judiciário seja o ator principal, e que os demais poderes sejam coadjuvantes, na condução do processo deliberativo democrático. “Fora da lógica da separação de poderes não há como assegurar a sobrevivência do Estado Democrático de Direito.”³²³.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quando o Judiciário pratica o ativismo judicial, colocando-se o magistrado na posição de representante do povo, embora não escolhido por ele, passando à condição de protagonista da cena política, “[...] contraria frontalmente as condições da função de justiça que é a razão de ser do Judiciário.”. Com efeito, o autor sublinha que a imparcialidade do juiz fica comprometida quando ele se propõe a efetivar “[...] politicamente a sua visão de mundo, especificamente a sua ideologia. E se isto afeta as suas decisões no campo formalmente aberto para a sua apreciação de ações política, não deixa de se refletir também no campo ordinário de sua atuação.”³²⁴.

Nessa linha, Lenio Streck, no conjunto de sua obra³²⁵, aponta para a necessidade de se desenvolver efetivos controles à atuação do Judiciário, razão pela qual defende a construção de uma teoria da decisão judicial, de modo a se estabelecer critérios para a prolação da decisão correta, isto é, constitucionalmente adequada, para cada caso.

³²² SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **Ativismo Judicial, Democracia e Sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 217.

³²³ CITTADINO, Gisele. Apresentação. In: LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 5.

³²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário e suas implicações. p. 70.

³²⁵ Entre outras, ver principalmente: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**.

Com efeito, o autor faz severas críticas ao ativismo judicial, ou seja, ao Judiciário que extrapola os limites impostos pelo texto constitucional, decidindo os magistrados por razões políticas ou morais, segundo suas convicções pessoais³²⁶.

De acordo com ele, sabe-se que o Direito se tornou refém de um imaginário solipsista³²⁷, em que cada um pensa e decide como quer, tornando o resultado de uma ação judicial quase uma loteria³²⁸.

Ademais, assevera que, muitos juristas, por vezes com a pretensão de produzir discursos críticos, acabam, com decisões baseadas em subjetivismos, desprezando o texto jurídico democraticamente elaborado³²⁹.

Existem situações, outrossim, que o texto legal não se mostra satisfatório para os interesses do intérprete “[...] (afinal, antes de tudo, o direito é instrumento de poder)”. Nesses casos, “[...] o texto jurídico, mesmo que produzido democraticamente e em conformidade com a Constituição, transforma-se em um ‘obstáculo’ que deve ser ultrapassado, em nome dos valores, da *mens legis*, da *voluntas legis*, etc.”³³⁰.

Nesse contexto, o autor aponta para os prejuízos que esse ativismo judicial, temperado por discricionariedades e arbitrariedades, causa à democracia.

A respeito do que se entende por discricionariedade e arbitrariedade, explica ele que

[...] é preciso compreender a discricionariedade como sendo o poder arbitrário ‘delegado’ em favor do juiz para ‘preencher’ os espaços da

³²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 621.

³²⁷ A palavra “solipsista” vem do alemão “*selbsüchtiger*” e quer dizer “viciado em si mesmo” (STRECK, Lenio Luiz. E o juiz decretou a prisão marcando um “X”! Sentença ou quiz show? **Revista Consultor Jurídico**. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-26/senso-incomum-juiz-decretou-prisao-marcando-sentenca-ou-quiz-show>. Acesso em: 23 jul. 2017.).

³²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é Deus: Juge nést pas Dieu**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 83.

³²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 200.

³³⁰ STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positiva em tempos de pós-positivismo. p. 292. Com grifos no original.

‘zona de penumbra’ do modelo de regras. Não se pode esquecer, aqui, que a ‘zona da incerteza (ou as especificidades em que ocorrem os ‘casos difíceis’) pode ser fruto de uma construção ideológica desse mesmo juiz, que, *ad libitum*, aumenta o espaço de incerteza e, em consequência, seu espaço de ‘discricionariedade’.

Nesse sentido, discricionariedade acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade.³³¹

Nesse sentido, conclui: “[...] o que se chama de discricionariedade judicial nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade, não mais cometida pelo administrador, mas pelo Judiciário.”³³².

Ressalte-se que sua crítica à discricionariedade judicial não visa à proibição da interpretação, pois não há dúvidas de que o texto legal possui ambiguidades e vagezas, bem como de que os princípios por vezes são mais “abertos”, podendo deles se extrair mais de um significado. Todavia, os sentidos atribuídos à palavra da lei não podem ser frutos da vontade do julgador. Assim, a crítica do autor é direcionada à discricionariedade que transforma julgador em legislador, situação que ocasiona graves consequências ao Estado Democrático de Direito³³³.

Nessa linha, afirma que o Direito não pode ser um conjunto de decisões particulares, mas sim deve ser republicano, democrático, isto é, praticado de acordo com a legalidade alinhada à uma Constituição democrática, pois “[...] ‘livrar-se da lei’ era uma necessidade quando esta representava o árbitro; mas quando a lei representa a democracia, devemos aplicá-la. Quando dela não gostamos, não a torturemos. **Não se faz justiça a golpe de caneta**”³³⁴.

³³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 49.

³³² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 52.

³³³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 505-506.

³³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é Deus**: *Juge n'est pas Dieu*. p. 125. Sem grifo no original.

Para ele, a Constituição — na medida em introduz em seu texto princípios que representam o ideal de “vida boa”, visando à construção de uma sociedade solidária, resgatando as promessas da modernidade etc.³³⁵ —, deve ser a baliza principal do intérprete.

Para tanto, este precisa compreender a Constituição, o que somente acontece quando:

1) confronta-se a Constituição com a sociedade para a qual ela é dirigida;

2) examina-se os preceitos “[...] que determinam o resgate das promessas da modernidade e por nossa consciência acerca dos efeitos que a história tem sobre nós [...] damo-nos conta da ausência de justiça social (cujo comando de resgate está no texto constitucional);”;

3) contata-se “[...] que os direitos fundamentais sociais somente foram integrados ao texto constitucional pela exata razão de que a imensa maioria da população não os têm;”;

4) compreende-se “[...] que a Constituição é, também, desse modo, a própria ineficácia da expressiva maioria dos seus dispositivos (que é, finalmente, o retrato da própria realidade social);”;

5) percebe-se “[...] que a Constituição não é somente um documento que estabelece direitos, mas, mais do que isto, ao estabelecê-los, a Constituição coloca a lume e expõe dramaticamente a sua ausência, desnudando as mazelas da sociedade;”;

6) percebe-se que a Constituição não é um mero texto fundamental, que simplesmente surge no mundo social e jurídico estabelecendo regras. “[...] mas, sim, é da Constituição, nascida do processo constituinte, como algo que constitui,

³³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 452.

que deve exsurgir uma nova sociedade, não evidentemente rebocando a política, *mas permitindo que a política seja feita de acordo com a Constituição.*"³³⁶.

De acordo com o autor, os espaços de discricionariedade deixados pela lei não podem ser resolvidos mediante regras ou metarregras que prevejam as diversas hipóteses de aplicação do texto legal, o que, aliás, é a pretensão última do instituto das súmulas vinculantes³³⁷.

Igualmente, adverte ser inapropriada a utilização do método da ponderação de princípios alexyana — segundo o qual os princípios, quando em conflitos, devem ser ponderados — tal como tem sido realizada no Brasil, isto é, como um critério para justificar todo e qualquer posicionamento. Com base em ponderação/proporcionalidade/razoabilidade, chega-se a diferentes decisões diante de casos de idêntico teor jurídico³³⁸. Assim, a ponderação aplicada para servir aos interesses do intérprete, transforma-se em caminho à discricionariedade³³⁹.

Como, então, deve-se preencher esses espaços de discricionariedade deixados pelo texto legislativo?

A resposta para essa pergunta, segundo o autor, está nos princípios constitucionais³⁴⁰. De acordo com Streck, por meio deles, institucionalizou-se a

³³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 350-351. Com grifos no original.

³³⁷ STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positiva em tempos de pós-positivismo. p. 292/308.

³³⁸ Crítica semelhante tem sido dispensada à aplicação irrestrita do princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Nesse sentido: “[...] esse é o princípio “abre-te-sésamo” do Direito, porque cabe em qualquer situação. Pode ser invocado para tudo e para todos. Credores também têm dignidade. Sócios de pessoas jurídicas também. Portanto, sua invocação deve demonstrar, no caso concreto, por que e como foi ferido, não bastando uma frase aleatória para que deva ser reconhecido a favor de alguém.” (FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição não justifica o descumprimento das obrigações. **Revista Consultor Jurídico**. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jun-11/segunda-leitura-constituicao-nao-justifica-descumprimento-obrigacoes>. Acesso em: 24 jul. 2017).

³³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 60/65-66.

³⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 56.

moral, entendida como o “ideal de vida boa” da sociedade, trazendo-a para o Direito³⁴¹. Em suas palavras:

O direito incorporou um conteúdo moral, passando a ter um caráter de transformação da sociedade. Esse ideal de ‘vida boa’ deve ser compreendido como dirigido e pertencente a toda a sociedade (esse é o sentido da moral), sendo a Constituição o modo para alcançá-lo.³⁴²

Nessa linha, defende que, por trás de toda regra, há um princípio constitucional, devendo o julgador alcançá-lo para decidir adequadamente, vale dizer, de acordo com a Constituição³⁴³.

Ademais, para ele, a resposta jurídica ao caso concreto estará adequada se respeitada a integridade e coerência do Direito³⁴⁴, por meio das quais, em casos semelhantes, garante-se a aplicação igualitária do Direito³⁴⁵. Sobre isso, explica:

[...] uma reconstrução integrativa do direito aplicável ao caso [...] deve levar em conta a interpretação coerente com as regras, princípios e decisões judiciais preexistentes no cotidiano das práticas judiciárias — mormente aquelas mais condizentes com o contexto da sociedade em que se realiza o julgamento —, sendo vedado, portanto, que o juiz lance mão (exclusivamente) de seus princípios de conduta pessoal, sua visão própria de mundo etc., para concretizar a decisão.³⁴⁶

E mais:

³⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 235.

³⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 238.

³⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 324-325/553.

³⁴⁴ O autor apoia sua construção teórica nas ideias de Ronald Dworkin, destacando que as “[...] descobertas de Dworkin fornecem um aporte significativo às minhas propostas. Todavia, procuro ir além em diversos aspectos a partir da construção daquilo que passei a chamar de *direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada*.” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 40. Com grifos no original).

³⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 326.

³⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 291.

[...] a integridade [...] exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção [...]

Haverá coerência se os mesmos princípios que forem aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição.³⁴⁷

Percebe-se, portanto, que uma interpretação coerente, além das regras e princípios, deve considerar, também, os precedentes judiciais, não se podendo olvidar, entretanto, que, apesar de sua importância, a jurisprudência não diz sozinha o que é o Direito. Dessa forma, não se pode entender que o Direito é aquilo que os juízes dizem que é. Fosse assim, não se precisaria mais estudar ou escrever nem faria sentido a ideia de “comunidade aberta dos intérpretes da Constituição”³⁴⁸. Destarte:

O direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (e tampouco na vontade coletiva de um tribunal).³⁴⁹

Daí, a importância da doutrina, cuja função não é simplesmente repetir o teor dos julgados, mas sim se posicionar de acordo com o Direito, mesmo que isso não reflita o entendimento jurisprudencial. “Ela não pode mais ficar caudatária das decisões. Doutrina ‘doutrina’ e não ‘doutrinada’. Precisa exercer o seu papel de constrangimento epistemológico. E deve se dar o respeito. Não pode ficar silente.”³⁵⁰.

³⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 327.

³⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é Deus**: Juge nést pas Dieu. p. 67.

³⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é Deus**: Juge nést pas Dieu. p. 67.

³⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Revista Consultor Jurídico**. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 17 jul. 2017.

Com efeito, aumentando-se o campo de atuação judicial, consequentemente, deve-se aumentar o controle sobre a aplicação do Direito pelos juízes. Esse controle é papel da doutrina³⁵¹.

Segundo o autor, não se tem dúvidas de que nenhum juiz é neutro dada a sua condição de ser humano. Todavia, o magistrado tem responsabilidade política, ele deve decidir e não escolher, suas decisões devem observar a integridade e a coerência do Direito e não ser produtos de opiniões ou interesses pessoais, influências políticas, econômicas ou midiáticas. É necessário que exista um padrão decisório. Nesse sentido, afirma que:

O inimigo da coerência e da integridade é o 'decidir por argumentos morais' (e/ou outros argumentos de cunho subjetivo). [...] O que quero dizer com isso? Que estou pregando um Direito isento da moral? Óbvio que não. *O que quero dizer é que o Direito é que deve filtrar a moral e a política... E não o contrário.* Só isso. O que quero dizer é que não é a apreciação moral do juiz ou tribunal que deve corrigir ou torcer o conteúdo mínimo da lei.³⁵²

Em continuidade a esse raciocínio, assevera ser obrigação do Judiciário aplicar a lei, independentemente de ela coadunar ou não com o que pensa o magistrado, ressalvadas seis hipóteses em que a aplicação da lei pode ser afastada³⁵³. São elas: 1) em caso de inconstitucionalidade do ato normativo; 2) em caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; 3) em caso de interpretação conforme à Constituição; 4) em caso de nulidade parcial sem redução de texto; 5) em caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; e, finalmente, 6) quando houver necessidade de não se aplicar uma regra em virtude de um princípio. Considerando que a regra somente existe “[...] a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persiste, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto.”³⁵⁴.

³⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 250.

³⁵² STRECK, Lenio Luiz. Breve ranking de decisões que (mais) fragilizaram o Direito em 2016. Com grifos no original.

³⁵³ STRECK, Lenio Luiz. Breve ranking de decisões que (mais) fragilizaram o Direito em 2016.

³⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p.

Destaca, outrossim, a necessidade de fundamentação, corolária da responsabilidade política do juiz. Com efeito, assinala que o magistrado tem o dever de justificar – mais do que fundamentar, justificar a fundamentação – suas decisões, oferecendo as razões eleitas para a solução da celeuma, pois, em um Estado Democrático de Direito, os indivíduos possuem o Direito Fundamental a ter uma decisão adequadamente justificada. A fundamentação das decisões deve estar assentada “[...] em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão [...]”³⁵⁵.

Em resumo, para o autor:

A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. Argumentos para a obtenção de uma resposta adequada à Constituição (resposta correta) devem ser *de princípio*, e não *de política*. Dito de outro modo, não se pode ‘criar um grau zero de sentido’ a partir de argumentos de política (*policy*), que justificariam atitudes/decisões meramente baseadas em estratégias econômicas, sociais ou morais.³⁵⁶

Seguindo essa mesma linha, o grupo Recife Estudos Constitucionais (REC)³⁵⁷, ao analisar questões como “quais critérios existem para se avaliar uma decisão judicial?” ou “quais os limites da jurisdição constitucional?”, assinala que a resposta está em uma fundamentação satisfatória e adequada. “E, para ser adequada e satisfatória, a fundamentação de uma decisão na seara da jurisdição constitucional deve estar atenta aos precedentes, bem como à interpretação evolutiva da Constituição.”.

604-605.

³⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 418-419/452-453/612.

³⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 624. Com grifos no original.

³⁵⁷ RECIFE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS - REC. STF tem tomado decisões importantes sem atender a critérios mínimos. **Revista Consultor Jurídico**. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-19/stf-tomado-decisoes-importantes-atender-criterios-minimos>. Acesso em: 28 jul. 2017.

Para o REC, do precedente deve se buscar a razão de decidir, pois somente assim se precisará qual norma está se extraindo do caso julgado. Com isso, saber-se-á a abrangência de aplicabilidade de tal precedente para outros casos.

Outrossim, o REC defende a interpretação evolutiva da Constituição, inclusive como freio a posições discricionárias, pois sustenta que “Nem os precedentes, nem os princípios ou teorias de interpretação são capazes, sozinhos, de conferir a racionalidade pretendida às decisões judiciais.”.

Ferrajoli, sobre esse tema, afirma que a expansão da jurisdição gera o risco de que as relações entre os poderes públicos fiquem desequilibradas, de modo que, para o Judiciário adentrar “[...] somente nos espaços ilegítimos da política, é necessário que a jurisdição, de qualquer tipo ou nível, consista, no maior grau possível, na aplicação substancial da lei, que é a única fonte da sua legitimidade. E isto requer quatro condições.”³⁵⁸.

Primeira, a adoção de uma concepção garantista do constitucionalismo, pela qual os Direitos Fundamentais sejam concebidos como regras vinculantes e não como princípios entregues à ponderação e ao ativismo judicial³⁵⁹.

No constitucionalismo, pelo garantismo de Ferrajoli, o ordenamento jurídico é concebido a partir de “[...] uma mudança de paradigma, seja do direito, seja da democracia, graças ao qual a validade das leis e a legitimidade política são condicionadas ao respeito e à efetivação dos direitos estipulados nas constituições.”. Além disso, nesse constitucionalismo, a disposição de Direitos Fundamentais “[...] em constituições rígidas, hierarquicamente superiores a todas as outras fontes,

³⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 241.

³⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 241.

equivale à imposição, relativamente a toda a produção normativa, de limites e vínculos aplicáveis à sua violação exatamente como se dá com as regras.”³⁶⁰.

Ademais, o autor ressalta que a ponderação, além de enfraquecer a normatividade das Constituições, ainda “[...] atribui à jurisdição uma discricionariedade imprópria, comprometendo a sua sujeição à lei e, com isso, também o fundamento de sua independência.”. Igualmente, o ativismo judicial produzido por esse modelo gera dois graves danos ao Estado de Direito: a inversão da hierarquia das fontes e o comprometimento da separação de poderes³⁶¹.

De acordo com Ferrajoli, o modelo principialista da ponderação — nascido em solo americano, onde o Direito é, essencialmente, identificado pelos precedentes e não pela legislação — quando aplicado ao constitucionalismo europeu a partir de uma leitura axiológica da lei em contraposição ao formalismo do velho positivismo jurídico — prática do Tribunal Constitucional alemão que ficou conhecida como “jurisprudência dos valores”³⁶² —, elevou o precedente constitucional à categoria de fonte primária do Direito, o que, em uma abordagem garantista, é inadmissível³⁶³.

Para o autor, em sistemas democráticos de *civil law*, fontes do Direito são apenas as produzidas pelas instituições políticas e representativas, devendo os juízes se sujeitarem somente à legalidade. Não que a jurisprudência não deva influenciar as decisões judiciais, mas ela não possui autoridade. “A força vinculante dos precedentes [...] tem o seu fundamento somente na sua influência ou plausibilidade substancial, e não em uma possível autoridade formal como é aquela exercida pelo legislativo.”. A citação de um precedente em uma decisão judicial visa à manutenção da coerência e à uniformização da jurisprudência, mas seu uso não se dá porque ele é fonte primária do Direito. “Afirmar que os juízes criam direito

³⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 12.

³⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 241-242.

³⁶² Sobre a “jurisprudência dos valores”, ver item “3.2.2 Ativismo Judicial”.

³⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 140.

equivale, em suma, a confundir interpretação e inovação, aplicação e produção, *juris-dição* e *legis-lação*, verificação do significado das leis e vontade legislativa, direito vivente e direito vigente.”³⁶⁴.

Assim, para o autor, ao se confiar “[...] a escolha de quais princípios constitucionais respeitar ou não respeitar, atuar ou não atuar, à ponderação judicial [...]”, abala-se a normatividade constitucional³⁶⁵.

Voltando às condições, a segunda é a adoção de práticas garantistas pela jurisdição, com a instituição de limites e vínculos rígidos para salvaguarda de sua própria legitimidade e, também, da separação de poderes. Diante disso, fica proibida a interferência do Judiciário nos espaços de competência política³⁶⁶.

A terceira condição consiste no “[...] reforço das garantias jurisdicionais, a começar pelo princípio da legalidade estrita e a taxatividade das normas como pressuposto da rígida sujeição do juiz à lei e da natureza tendencialmente cognitiva da jurisdição.”. Para Ferrajoli, a jurisdição “[...] é sempre um saber-poder, e será tanto mais legítima quanto maior for o saber e quanto menor for o poder.”. Ademais, a limitação do arbítrio judicial com a efetiva sujeição do juiz à lei depende de “[...] que os legisladores, de qualquer nível, saibam cumprir devidamente o seu ofício, submetendo os juízes a legalidade estrita por intermédio da formação o mais precisa e unívoca possível das normas que aqueles são chamados a aplicar.”³⁶⁷.

Finalmente, a quarta condição é a criação de uma deontologia jurídica rigorosa. Defende Ferrajoli que, para a preservação da legitimidade da atuação judicial, é necessária, além da submissão à legislação, uma cultura fulcrada nestas regras morais: “[...] a consciência acerca do caráter sempre imperfeito e relativo da verdade processual, probabilística de fato e discutível sob o ângulo do direito, e

³⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 141-142.

³⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 143.

³⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 242.

³⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 242-243.

também acerca de uma irredutível margem de ilegitimidade [...]” do Judiciário; “[...] o consequente costume da dúvida, o repúdio de qualquer arrogância cognitiva, a prudência no julgar [...]”; a disponibilidade, tanto de juízes quanto de promotores de justiça, para ouvir todas as partes; “[...] o respeito às partes da causa, inclusive aos acusados, quaisquer que sejam, e a capacidade dos juízes de obter não o consenso, mas a confiança na sua imparcialidade, na sua capacidade de julgar e no seu papel de garantia dos direitos;” e, por fim, “[...] o repúdio a qualquer ativismo e protagonismo judiciário e, obviamente, a qualquer uso instrumental da própria função com finalidades extrajudiciárias.”³⁶⁸.

Seguindo o garantismo de Ferrajoli, Oliveira Neto³⁶⁹ assinala que a “estrita legalidade” combate o decisionismo, evitando a prática da discricionariedade na decisão judicial, transformando-a em mais democrática e tirando dela a pessoalidade do juiz. Não se trata de “mera legalidade”, mas sim legalidade orientada formal e substancialmente pela Constituição.

Segundo Streck, quando se tem uma postura que vai além da semântica do texto constitucional, fica abandonada a segurança jurídica trazida pela ideia de Constituição escrita, e aí se tem um problema de ordem democrática³⁷⁰. Ademais, para ele, o ativismo judicial contribui para a não efetividade dos Direitos Fundamentais de cunho social³⁷¹, posição esta também defendida por Oliveira Neto, para quem a atuação apartada do Judiciário, ao invés de favorecer a concretização dos Direitos Fundamentais, nutre manifestações contrárias a eles³⁷².

Conforme consignado alhures, entre outras razões, as práticas ativistas decorrem da inércia do Executivo e do Legislativo no tocante à implementação dos

³⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 243-244.

³⁶⁹ OLIVEIRA NETO, Francisco José de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional**. Itajaí: Univali, 2012. E-book. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/istfree.aspx?type=ebook&id=4>. Acesso em: 27 jan. 2017. p. 64-65.

³⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 63.

³⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 82.

³⁷² OLIVEIRA NETO, Francisco José de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional**. p. 65.

Direitos Fundamentais e sociais. Contudo, quando assume o protagonismo da cena política, o Judiciário coloca os demais poderes públicos em uma situação cômoda, pois estes podem se abster de cumprir seus deveres, por saberem que aquele os fará em seu lugar. Ademais, o Executivo, por exemplo, ou deixará de elaborar a política pública – inclusive sob a justificativa de que não a faz devido à interferência judicial –, ou terá problemas em sua implementação/gestão, seja por questões administrativas, seja por aspectos financeiros, por conta da interferência judicial. O Legislativo, por sua vez, não precisará se desgastar enfrentando temas polêmicos e complexos, porque o Judiciário fará por ele.

Ademais, segundo Indeborg Maus³⁷³:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito ‘superior’, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.

Assim, o que era para ser o remédio se torna um veneno maior do que a própria doença, situação que prejudica, acima de tudo, as pessoas que necessitam do Judiciário, do Executivo e do Legislativo, e que, apesar de viverem sob a égide de um Estado Constitucional Democrático de Direito, não têm concretizados seus Direitos Fundamentais.

3.4 LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE

Recorda-se, como visto alhures, que a Sustentabilidade é caracterizada por uma tríplice dimensão – ecológica, econômica e social –, de modo que inúmeros Direitos Fundamentais podem ser elencados como seus corolários.

³⁷³ MAUS, Indeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos - CEBRAP**. São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 187. Título original: *Justiz as gesellschaftliches Über-Ich — Zur Funktion von rechtsprechung in de ‘vaterlosen Gesellschaft’*. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/?s=superego#59195f0755cd3>. Acesso em: 28 jul. 2017.

Dentre outros, pode-se mencionar o direito à vida, à saúde, à moradia, à alimentação, ao trabalho, ao meio ambiente. Dessa forma, tudo o que foi explanado no item anterior, tanto quanto às possibilidades tanto no tocante aos limites, aplica-se ao presente tópico.

Acrescenta-se, em complemento, a urgência de o poder público, inclusive do Judiciário, basear suas ações e atividades com vistas à Sustentabilidade, pois todos os esforços devem ser direcionados, antes de mais nada, à preservação dos recursos naturais e, em última análise, da vida no Planeta Terra.

Nesse sentido, conforme Ortiz García, a Sustentabilidade é o fio condutor de todas as estratégias e, por isso, deve fazer partes de todas as agendas políticas³⁷⁴, pois

A evolução da sociedade e o crescimento exponencial da complexidade em todas as dimensões conduzem à inexorável certeza de que não é mais suficiente assegurar amplamente a liberdade, a igualdade material, dentre outros direitos de tipo apropriativo, próprios do capitalismo, se o mundo estiver à beira do colapso pelo esgotamento dos recursos naturais.³⁷⁵

Conforme já explanado, vive-se em uma sociedade de risco global, em que estão ameaçadas a natureza, a saúde, a alimentação, dentre outras. Os riscos produzidos pela sociedade contemporânea são globais e possuem “efeito bumerangue”, uma vez que as fronteiras são relativizadas e, cedo ou tarde, as mazelas atingirão todos, culpados e vítimas. Assim, conforme Ulrich Beck, vive-se sob uma “ameaça apocalíptica”, pois o Planeta Terra “[...] se transformou num assento ejetável, que não mais reconhece diferenças entre pobre e rico, branco e

³⁷⁴ ORTIZ GÁRCIA, Maria Mercedes. Gobernanza y sostenibilidad. **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica**. Madrid, n. 289. p. 91-139, mayo/ago. 2002. Disponível em: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=view&path%5B%5D=9145&path%5B%5D=9194>. Acesso em: 5 jul. 2017. p. 115.

³⁷⁵ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo, RS: Unisinos, v. 3, n. 1, jan./jun. 2011. p. 75-83. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/archive>. Acesso em: 14 jul. 2017. p. 82

preto, sul e norte, leste e oeste. O efeito, porém, só existe quando existir, e então ele não mais existirá, pois nada mais existirá.”³⁷⁶.

É cediço que, na atualidade, as mazelas atingem mais os pobres e os países do sul. Nesse sentido, Boaventura de Souza Santos aponta para a miséria e a fome a “[...] que é sujeita uma grande parte da população mundial – quando há recursos disponíveis para lhes proporcionar uma vida decente e uma pequena minoria da população vive numa sociedade de desperdício e morre de abundância [...]”³⁷⁷.

Entretanto, é importante prestar atenção na advertência de Ulrich e de muitos outros especialistas para a ameaça de destruição total da vida humana pela ausência de recursos naturais ou por catástrofes naturais, perigo este que é global e que não faz distinções de classe, de culpados ou inocentes.

Assim, conforme Latouche “[...] um número suficiente de vozes autorizadas se fizeram ouvir para que não possamos alegar que não sabíamos”³⁷⁸.

Portanto, somente um esforço conjunto, dos particulares, da comunidade e do poder público, em níveis nacional e transnacional, poderá frear esse processo de destruição ambiental e reverter o quadro de miséria, fome, doenças, dentre outros males, sobretudo sociais, que atinge significativa parcela da população mundial.

Nesse sentido é o aporte de Cruz e Bodnar: “[...] é fundamental que toda a inteligência coletiva e que todo o conhecimento científico acumulado estejam também a serviço da melhora das condições de toda a comunidade de vida futura e não apenas a serviço do ser humano”³⁷⁹.

³⁷⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 43-45.

³⁷⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 9 ed. São Paulo: Cortez, 2003. p. 43.

³⁷⁸ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p. XII.

³⁷⁹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. p. 81.

Por isso, defende-se “[...] a necessidade de novos *esquemas de direcção* propiciadores de um verdadeiro *Estado de direito ambiental*”, em que se estimule programas de Sustentabilidade, como, por exemplo, a utilização de tecnologia limpa e de energias renováveis³⁸⁰.

No mesmo sentido, Fensterseifer³⁸¹ defende a abertura para essa realidade ecológica, de modo a se revisar os fundamentos do Estado de Direito, com a superação do Estado Social de Direito pela instituição do Estado Socioambiental de Direito, que não abandona as conquistas dos modelos estatais anteriores, mas coloca as questões socioambientais como preocupações prementes. Assim, esse novo modelo estatal decorre “[...] das mudanças ocorridas em função desta sua nova orientação ecológica, assumindo o Estado, portanto, o papel de “guardião” dos direitos fundamentais diante dos novos riscos e violações existenciais a que está exposto o ser humano hoje.”.

Sobre isso, Cruz e Bodnar aduzem que “Pela importância e centralidade na ordem política atual, é possível afirmar assim que a sustentabilidade pode ser compreendida como impulsionadora do processo de consolidação de uma nova base axiológica ao Direito.”³⁸². Em outras palavras: “[...] a sustentabilidade pode se consolidar como o novo paradigma indutor do direito na pós-modernidade, pois funciona atualmente como uma espécie de metaprincípio, com vocação de aplicabilidade em escala global.”³⁸³. E mais, sustentam ser crucial a defesa da aplicação da Sustentabilidade enquanto valor normativo essencial da ordem jurídica nacional e internacional³⁸⁴.

Ademais, nessa linha de atuação judicial frente à Sustentabilidade, registre-se “[...] que é tempo de considerar a sustentabilidade como *elemento*

³⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. p. 10. Com grifos no original.

³⁸¹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e proteção do ambiente**. p. 26-27.

³⁸² CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. p. 50.

³⁸³ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. p. 82.

³⁸⁴ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. p. 52.

estrutural típico do Estado que hoje designamos Estado Constitucional.”³⁸⁵. A propósito, consoante Luciana Costa Poli, os Estados Democráticos de Direito possuem como meta a Sustentabilidade ambiental³⁸⁶.

Ela defende, ainda, que a Sustentabilidade deve ser compreendida como um princípio geral e sistêmico, porquanto a ausência de previsão expressa no ordenamento jurídico não impede o seu reconhecimento. Afirma que a Sustentabilidade não é referendada em uma regra específica e isolada, mas “[...] ao contrário, nela se aninha um princípio sistêmico, que se funda e decorre da leitura conjunta e do diálogo multidirecional das normas que compõem a totalidade do vasto mosaico constitucional.”³⁸⁷. No mesmo sentido, disserta que:

[...] a sustentabilidade é decorrente do primado da dignidade humana que se irradia em diversos outros princípios, como: da obrigatoriedade de proteção ambiental; da prevenção ou da precaução; da ampla informação ambiental; da função social dos contratos e da propriedade; do poluidor-pagador; da compensação; da responsabilidade; da solidariedade, da educação ambiental. Decorre o princípio da sustentabilidade, ainda da combinação de outras normas (princípios e regras) insertas na mesma carta constitucional, em tratados e convenções por ela recepcionados e, ademais, decorrentes legislação infraconstitucional pertinente.³⁸⁸

Nessa linha, José Afonso da Silva afirma que a Sustentabilidade é um conceito com *fundamentos constitucionais*, uma vez que, ao impor ao poder público e à coletividade a obrigação de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*, da CRFB), a CRFB estabelece o “[...] conteúdo essencial da sustentabilidade.”³⁸⁹.

³⁸⁵ “PETER HÄBERLE, “Nachhaltigkeit und Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, in WOLFGANG KAHL (org.). *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, Tübingen, 2008, p. 200.” Apud: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. p. 8. Com grifo no original.

³⁸⁶ POLI, Luciana Costa. Por um ativismo pró-sustentabilidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 18, n. 2, maio/ago. 2013. p. 179-195. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 29 out. 2015. p. 186.

³⁸⁷ POLI, Luciana Costa. Por um ativismo pró-sustentabilidade. p. 189.

³⁸⁸ POLI, Luciana Costa. Por um ativismo pró-sustentabilidade. p. 189.

³⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 25.

Igualmente, para Juarez Freitas, a Sustentabilidade é “valor supremo” na CRFB, em decorrência do preâmbulo, dos artigos 3º, inciso II, 170, inciso VI, 174, parágrafo primeiro, 192, 205, 218, 219 e, principalmente, 225. “Dito de outra maneira, do entrelaçamento tópico-sistemático de dispositivos constitucionais, notadamente dos arts. 3º, 170, VI, e 225, avulta o critério da sustentabilidade (valor desdobrado em princípio) [...]”³⁹⁰.

Possuindo a Sustentabilidade, dessa forma, cariz constitucional e estando correlacionada com inúmeros Direitos Fundamentais, sua força normativa está sujeita à implementação “[...] do programa jurídico-constitucional, pois qualquer Constituição do ambiente só poderá lograr força normativa se os vários agentes – públicos e privados – que actuem sobre o ambiente o colocarem como *fim e medida* das suas decisões.”³⁹¹.

Canotilho, nessa linha, elenca algumas orientações, à luz da Sustentabilidade, para o poder público. Primeiramente, o direito ambiental “[...] ergue-se a *bem constitucional* devendo os vários decisores (legislador, tribunais, administração) tomar em conta na solução de *conflitos* constitucionais esta *reserva constitucional do bem ambiente*.”. Em segundo plano, “[...] a liberdade de conformação política do legislador no âmbito das políticas ambientais tem menos folga no que respeita à reversibilidade político-jurídica da protecção ambiental [...]”. Ademais, o “[...] reiterado incumprimento dos preceitos da Constituição do ambiente (nos vários níveis: nacional, europeu e internacional) poderá gerar situações de *omissão constitucional* conducentes à *responsabilidade ecológica e ambiental do Estado*.”. Finalmente, “[...] o Estado (e demais operadores públicos e privados) é obrigado a um *agir activo e positivo* na protecção do ambiente, qualquer que seja a forma jurídica dessa actuação (normativa, planeadora, executiva, judicial).”³⁹².

³⁹⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 112.

³⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. p. 12. Com grifos no original.

³⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. p. 12-13. Com grifos no original.

Seguindo esse raciocínio, Cruz e Bodnar realçam a obrigatoriedade, estampada no artigo 225 da CRFB, de o poder público defender e preservar o meio ambiente, possuindo o Poder Judiciário, como ente público que é, portanto, também o dever fundamental de proteção ambiental. Assim, os autores destacam, sem desconsiderar os limites do texto constitucional, a função do Judiciário, na atual sociedade de risco, no fomento da Sustentabilidade, mediante o controle jurisdicional das omissões dos demais poderes, sempre atento às características do caso concreto e com vistas à qualidade de vida, à inclusão social, à prudência ambiental, ao respeito aos Direitos Fundamentais, ao pleno desenvolvimento humano e à concretização da justiça socioambiental³⁹³.

Realçando o caráter pedagógico das decisões judiciais, os autores anunciam: “À jurisdição ambiental, enquanto mecanismo de afirmação dos valores e princípios constitucionais ecológicos e da ordem jurídica, incumbe a tarefa de fomentar a mudança positiva dos comportamentos dos poderes públicos.”³⁹⁴.

Com o mesmo enfoque, Poli aponta para a importância da atuação judicial na consecução da Sustentabilidade, defendendo que “As decisões judiciais podem ser instrumentos de implementação de práticas sustentáveis por meio, por exemplo, da revisão dos contratos que não atentam para o desenvolvimento sustentável.”³⁹⁵.

Para ela, nesse sentido, o Judiciário pode, visando à Sustentabilidade, impor limites à atuação individual, pois, na atualidade, as relações privadas “[...] não podem ser compreendidas tão somente como espaço de satisfação de necessidades e desejos imediatos dos particulares, mas hão de ser compreendidas também como palco para que se alcance o desenvolvimento sustentável.”³⁹⁶.

³⁹³ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo, RS: Unisinos, v. 4, n. 1, jan./jun. 2012. p. 81-89. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/archive>. Acesso em: 15 jul. 2017.

³⁹⁴ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. p. 88.

³⁹⁵ POLI, Luciana Costa. Por um ativismo pró-sustentabilidade. p. 191-192.

³⁹⁶ POLI, Luciana Costa. Por um ativismo pró-sustentabilidade. p. 193.

Dessa forma, importante é o papel desempenhado pelo Judiciário, porque

na implementação justa da sustentabilidade, a distribuição equitativa dos benefícios, riscos e malefícios gerados pelo desenvolvimento – como critério referencial de justiça social e ambiental – deve ser uma meta constante a ser atingida por intermédio da atuação da jurisdição, principalmente no controle das políticas públicas.³⁹⁷

No aspecto democrático, inclusive, a via judicial serve como espaço para participação, não só indiretamente, mediante Ministério Público ou Defensoria Pública, por exemplo, mas diretamente, tanto por meio da ação individual quanto da ação coletiva, já que o ordenamento jurídico disponibiliza instrumentos para a coletividade buscar a tutela judicial, tal como a ação popular. Trata-se de um mecanismo de participação democrática, hoje não mais reduzida apenas ao espaço da urna³⁹⁸.

A democratização ambiental implica, conforme Vieira, que as decisões em matéria ecológica sejam construídas em conjunto pela coletividade, o que é possível mediante a “[...] criação de condições estruturais mais favoráveis ao exercício da cidadania, por meio da criação e da consolidação de espaços públicos decisórios [...]”, sendo indispensáveis, para tanto, acesso à informação e à justiça.”³⁹⁹.

Assim, o fortalecimento do acesso à justiça em temas ambientais poderá contribuir para o controle das omissões estatais quanto a atividades

³⁹⁷ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. p. 113.

³⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, n. 52, out./dez. 2008. p. 95-96.

³⁹⁹ VIEIRA, Ricardo Stanziola. Justiça ambiental e a violação dos Direitos Humanos socioambientais: desafios da Sustentabilidade na era do desenvolvimento. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; VIEIRA, Ricardo Stanziola (orgs.). **Constitucionalismo Ambiental e Sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2015. p. 60-80. E-book. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/lstfree.aspx?type=ebook&id=4>. Acesso em: 16 jul. 2017. p. 68.

deterioradoras e à implementação e execução de programas e ações públicas voltadas ao ambiente sadio e equilibrado⁴⁰⁰.

Destaca-se que o agir que se cobra do Judiciário não é em matéria de proteção ambiental apenas, mas envolve a tutela de todo direito correlacionado com a rede de direitos que compõem a Sustentabilidade. Conforme lembram Sarlet e Fensterseifer, é certo que esse poder público, diferentemente do Legislativo e do Executivo, atua de modo mais pontual e, normalmente, para remediar. Todavia, sua atuação pode, e muito, contribuir para a efetivação dos direitos corolários da Sustentabilidade, o que se revela, principalmente, no controle exercido sobre as políticas públicas, não só relativamente à atuação, mas também no que diz respeito às omissões⁴⁰¹.

No tocante ao controle das políticas públicas ambientais, também com observância dos parâmetros constitucionais, os autores ressaltam o poder-dever de intervenção judicial, pois a omissão administrativa em relação a imposições constitucionais e legais permite “[...] que sua atuação insuficiente ou omissão seja questionada e corrigida através da via jurisdicional, inclusive mediante a imposição à Administração de ações concretas destinadas à assegurar um patamar mínimo de qualidade ambiental.”⁴⁰².

Nesse sentido, eles asseveram que a discricionariedade do Executivo e do Legislativo está sujeita a controle em razão da normativa legal e constitucional, não havendo o que se falar, por isso, em afronta à separação de poderes, inclusive porque seria irônico se o Judiciário tivesse que se ausentar devido ao princípio da separação de poderes, pois este tem como razão de ser justamente a preservação de Direitos Fundamentais em face do arbítrio do poder estatal, não podendo ser

⁴⁰⁰ VIEIRA, Ricardo Stanziola. Justiça ambiental e a violação dos Direitos Humanos socioambientais: desafios da Sustentabilidade na era do desenvolvimento. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; VIEIRA, Ricardo Stanziola (orgs.). **Constitucionalismo Ambiental e Sustentabilidade**. p. 74.

⁴⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. p. 94-95.

⁴⁰² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. p. 92.

invocado para obstar o controle judicial da omissão do Estado na realização dos deveres a si constitucionalmente estabelecidos⁴⁰³.

A administração, outrossim, não pode se eximir com base em argumentos como reserva do possível. É claro que questões financeiras não podem ser desconsideradas, devido à amplitude dos deveres ambientais instituídos pela CRFB, o que, somados às demais obrigações públicas, impede a consecução perfeita de todas as políticas públicas. Entretanto, “As limitações fáticas e orçamentárias não podem ser postas como justificativa geral para a inércia na implementação das políticas públicas ambientais previstas de forma completa na Constituição.”⁴⁰⁴.

Acerca da colaboração do Poder Judiciário, este “[...] tem ampliado, via interpretação judicial, o elenco de princípios e deveres fundamentais na esfera socioambiental, ainda que não tenham sido expressa e diretamente previstos na Constituição.”⁴⁰⁵. A título de exemplo, menciona-se decisão do Supremo Tribunal Federal, pela qual ficou evidenciado o direito ambiental como Direito Fundamental de terceira dimensão, consagrado o dever de solidariedade e a prevalência do ecológico sobre o econômico. Colhe-se da ementa:

MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS [...] RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO

⁴⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. p. 95.

⁴⁰⁴ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. p. 87.

⁴⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. p. 85.

DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO
AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À
ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) [...] ⁴⁰⁶

Outrossim, para desempenharem satisfatoriamente esse intento, é fundamental a conscientização dos magistrados para a questão ecológica. Assim, necessita-se educá-los para a Sustentabilidade.

Nesse sentido, Sarlet e Fensterseifer, ao apontarem algumas medidas para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional no tocante à Sustentabilidade, como a ampliação do número de juizados especiais para a tutela ambiental e a qualificação das informações, por meio de um sistema cooperativo e integrado para disseminação de informações atualizadas e seguras, defendem, também, a importância da “[...] formação dos quadros do Poder Judiciário para atuação em matéria ambiental, especialmente pelo forte conteúdo interdisciplinar dos problemas a serem enfrentados e a necessária capacidade de avaliação de laudos periciais complexos.”⁴⁰⁷.

Igualmente apontando medidas para a qualificação da atuação judicial nesse quesito, Vieira, além de sugerir a criação de um Tribunal Ambiental Internacional, não somente como atribuição para resolver celeumas entre Estados e passível de ser provocado por indivíduos, Ministério Público e outras entidades, também ressalta a importância de sensibilizar os magistrados para a Sustentabilidade e de fomentar maior especialização daqueles que atuam em unidades com competência ambiental⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 3540, do Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 1º set. 2005. Publicado no DJ em: 3 fev. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DEVER+DE+SOLIDARIEDADE+AMBIENTE%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9a4zpmn>. Acesso em: 15 jul. 2017.

⁴⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. p. 96-97.

⁴⁰⁸ VIEIRA, Ricardo Stanziola. Justiça ambiental e a violação dos Direitos Humanos socioambientais: desafios da Sustentabilidade na era do desenvolvimento. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; VIEIRA, Ricardo Stanziola (orgs.). **Constitucionalismo Ambiental e Sustentabilidade**. p. 75.

Conclui-se, portanto, que ao lado dos particulares, da comunidade organizada e dos demais entes públicos, o Judiciário, respeitados os limites constitucionais, tem o poder-dever de, no âmbito de suas atribuições, agir em prol da Sustentabilidade e de seus corolários, os Direitos Fundamentais e a Dignidade da Pessoa Humana, contribuindo para a consecução da Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Equilíbrio!

A palavra que resolve a problemática trazida para debate nesta dissertação: quais são os limites e possibilidades da atuação judicial na efetivação dos Direitos Fundamentais e da Sustentabilidade no marco do Estado Democrático de Direito?

Visando solucionar essa questão, o presente trabalho se iniciou com o estudo do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais. Nesse primeiro capítulo, foi realizada uma pesquisa histórica acerca da trajetória dos sistemas jurídicos até a contemporaneidade, observando-se que o Brasil, devido à colonização portuguesa, é filiado à família *civil law*, caracterizada, dentre outros, pela predominância do Direito positivo, pela tendência à codificação do Direito e pela utilização do método dedutivo de subsunção do fato concreto à lei.

Ainda no âmbito dessa pesquisa histórica, passou-se pelo positivismo jurídico e pela escola dos intérpretes do Código Civil francês, a Escola de Exegese, ambos baseados na doutrina da separação de poderes, segundo a qual as funções estatais devem ser distribuídas entre três órgãos autônomos e independentes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, com o estabelecimento de mecanismos de controle entre eles, de modo a se preservar o equilíbrio e a se evitar abusos no exercício do poder.

Nesse cenário, o Judiciário era considerado neutro, cabendo-lhe tão somente a aplicação mecânica da lei ao caso concreto, até porque entendia-se que todos os problemas jurídicos encontravam solução na legislação, ainda que, para tanto, o julgador devesse utilizar os princípios gerais do direito ou a analogia caso se deparasse com obscuridade, insuficiência ou silêncio da lei.

Verificou-se, ademais, a emergência do constitucionalismo, resultado das revoluções liberais – a inglesa, de 1688, a norte-americana, de 1776, e a

francesa, de 1789. Esse movimento, atrelado ao Estado Liberal de Direito, baseava-se na Constituição, na defesa dos indivíduos em face do poder estatal, na liberdade, na igualdade perante a lei, tendo consagrado os direitos civis e políticos, próprios do que hoje se conhece por “primeira dimensão de Direitos Humanos”.

No campo do desenrolar histórico, outrossim, observou-se que as transformações causadas pela Revolução Industrial, responsável por mover a maioria dos trabalhadores do campo aos centros urbanos, levando-os a viverem em péssimas condições de vida e a exercerem longas jornadas de labor, suscitaram a bandeira dos direitos sociais ao revelarem a insuficiência das liberdades burguesas diante de tantas desigualdades sociais.

A partir dessa constatação, surge, entre os séculos XIX e XX, o Estado Social de Direito, intervencionista e preocupado com a igualdade material. Nesse período, são consagrados os direitos sociais, econômicos e culturais, dando ensejo ao que hoje se chama de “segunda dimensão de Direitos Humanos”.

Ainda no primeiro capítulo, averiguou-se que, apesar dessa consagração dos Direitos Fundamentais por meio do constitucionalismo, somente após a Segunda Guerra Mundial, com a constatação de que as maiorias políticas podem praticar ou ser coniventes com a barbárie, a perspectiva em relação à Constituição se modificou. Até então, ela não detinha força normativa, de modo que os Direitos Fundamentais apenas eram exigíveis se previstos também na lei infraconstitucional, considerada a principal fonte do Direito.

Verificou-se, além disso, que, com o constitucionalismo do pós-guerra, neste trabalho chamado de neoconstitucionalismo, propagou-se a jurisdição constitucional, em franca defesa, acima de tudo, dos Direitos Fundamentais, os quais passaram a ocupar a centralidade do ordenamento jurídico.

Nesse período, outrossim, constatado que o Estado Social de Direito não conseguiu concretizar a igualdade material e a justiça social, vem à baila o Estado Democrático de Direito, carregando consigo tanto os direitos de feição liberal quanto os direitos sociais, somado ao objetivo de transformação da realidade,

mediante a construção de uma sociedade substancialmente democrática e por intermédio de garantias jurídicas básicas em prol do bem-estar individual e coletivo.

A partir de então, a concepção clássica acerca da doutrina da separação de poderes, como impositora de limites rígidos à atuação do Judiciário, começou a ruir, pois o novo paradigma constitucional passou a estabelecer aos poderes públicos o dever de implementação da Constituição, sobretudo dos Direitos Fundamentais, sem o que o objetivo de transformação da realidade e a consecução da justiça material não lograrão êxito.

O Judiciário passou a ocupar, desde então, a posição de guardião da Constituição, somente estando vinculado ao Legislador quando este edita leis em consonância com as diretrizes constitucionais. Ademais, passou-se a ser permitido o questionamento das ações e omissões do Executivo e do Legislativo perante a Justiça, devido ao seu poder-dever de ordenar o cumprimento da Constituição.

Ao longo do estudo, percebeu-se que essa passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional de Direito, datada do pós-guerra, ocorreu no Brasil somente após a promulgação da CRFB, em 1988, que estabeleceu em seu texto um amplo catálogo de Direitos Fundamentais, impondo aos poderes públicos sua implementação.

Considerando, igualmente, que o bem-estar individual e coletivo exige condições ambientais, sociais e econômicas favoráveis, bem como diante do fato de que a vida na Terra está ameaçada, de modo que nenhum projeto de transformação da realidade pode estar alheio a tais fatores, esta dissertação, no segundo capítulo, tratou do tema “Sustentabilidade”.

Nesse capítulo, traçou-se alguns apontamentos históricos acerca da Sustentabilidade, trabalhou-se seu conceito, suas dimensões e sua relação com os Direitos Fundamentais.

Percebeu-se que a Sustentabilidade é um objetivo global, que, no âmbito jurídico interno, apresenta traços de constitucionalidade, alcançável por meio do desenvolvimento sustentável, exigindo a preservação da natureza, mediante a

utilização de seus recursos de maneira responsável, sem exaurimento deles, possibilitando, dessa forma, a vivência, das presentes e futuras gerações, em um meio ambiente ecologicamente equilibrado, indispensável ao bem-estar e à sobrevivência da espécie humana e dos demais seres, que juntos, formam uma comunidade viva.

Constatou-se, ademais, que a Sustentabilidade é caracterizada, dentre outras, por três dimensões – a ecológica, a econômica e a social –, todas relacionadas entre si e com inúmeros Direitos Fundamentais, como à vida, à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, ao trabalho, ao meio ambiente etc., formando uma rede de direitos necessários à Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse sentido, a urgência dessa demanda exige uma comunhão de esforços, individuais, coletivos e dos poderes públicos, a fim de manter o Planeta Terra em condições habitáveis e para garantir não somente qualquer sobrevivência, mas a qualidade e a dignidade da vida.

Apresentadas essas considerações acerca do dever dos entes públicos de salvaguardar a ampla rede de direitos correlacionados com a Sustentabilidade e à Dignidade da Pessoa Humana, não se olvidando que a CRFB atribui ao Judiciário a defesa de seus preceitos e, principalmente, dos Direitos Fundamentais, inclusive fiscalizando os atos da administração e fazendo o controle da constitucionalidade da produção legislativa, mas, sem desconsiderar que todo dever carrega consigo poder, e este, se não vigiado de perto, facilmente é extrapolado, no terceiro capítulo, analisou-se alguns aspectos destacados a respeito da atuação judicial no Brasil, notadamente acerca de seus limites e possibilidades.

A partir dos aportes teóricos feitos nesse capítulo, conclui-se que, diante de ações ou omissões, administrativas ou legislativas, que maculem à Constituição, o Judiciário não pode mais manter a postura passional de outrora, onde desempenhava a função de mero aplicador robotizado da lei, devendo, enquanto guardião da Constituição, assumir uma posição ativa visando concretizá-la, ainda que sobrepujando os demais poderes.

Assim, considera-se que as atividades jurisdicionais que englobam o fenômeno designado de “judicialização da política” estão dentro do campo de possibilidades da atuação judicial, pois decorrem, de um lado, da consagração de direitos, notadamente prestacionais, e, de outro, da desídia do poder público na concretização deles, fazendo com que o Judiciário seja chamado a efetivá-los.

Essa atuação, entretanto, precisa de limites, pois não se pode coadunar com juízes e Tribunais que se achem donos da Constituição, para fazer dela o que bem entenderem, dando-lhe interpretações que ultrapassem a semântica de seu texto e, conseqüentemente, adentrando, inadvertidamente, no âmbito de atribuição dos demais poderes. É necessário, acima de tudo, que a palavra constitucional seja respeitada.

Nessa linha, considera-se que, quando o Judiciário pratica o “ativismo judicial”, isto é, extrapola os poderes que lhe foram outorgados constitucionalmente, invadindo, ainda que bem-intencionado, a esfera de atuação dos demais poderes, ele ultrapassa os limites de seu poder.

Nesse contexto, decisionismos, discricionariedades, subjetivismos, decisões judiciais mal (ou não) fundamentadas e/ou tomadas conforme as opiniões e/ou interesses pessoais de magistrados, sem o devido suporte constitucional, violam o princípio da separação de poderes previsto no artigo 2º da CRFB, o pacto democrático e a segurança jurídica.

Especificamente em relação à Sustentabilidade, considera-se a via judicial como caminho para fomento desse mote, destacando-se a imperiosa necessidade de o Judiciário voltar sua atenção à preservação da natureza e de seus recursos, à diminuição da pobreza e à consecução da justiça socioecológica, para garantia do bem-estar e da sobrevivência dos seres vivos.

Registre-se, ainda, que essa ascensão do Judiciário em decorrência de sua constante provocação para coagir o poder público a respeitar, regular e implementar os direitos constitucionalmente previstos, dando causa aos fenômenos designados de “judicialização da política” e “ativismo judicial”, é muito mais presente

em terras brasileiras do que nas europeias, pois, conforme constatado ao longo do estudo, o Brasil não passou pela etapa do Estado Social de Direito, de modo que, por aqui, as promessas da modernidade ainda não foram implementadas.

A propósito, no Brasil, é de fácil constatação a precariedade dos serviços públicos de educação, saúde, transporte e de inúmeros outros Direitos Fundamentais, notadamente sociais. Por outro lado, nos países europeus, observou-se, não somente mediante os estudos bibliográficos, mas também por meio da experiência acadêmica e de vida de quem viveu na Espanha por dois meses, que esses serviços públicos são fornecidos de modo bem mais satisfatório.

Consequentemente, por lá, o pleito desses direitos no âmbito judicial é bem menor, razão pela qual os debates acerca de judicialização da política e de ativismo judicial são mais raros.

Retomando as hipóteses, observa-se que a primeira delas (“mesmo com o intuito de efetivar os Direitos Fundamentais, a atuação judicial deveria encontrar limites no princípio democrático e na Constituição, sobretudo porque o Brasil é filiado à família romano-germânica, cuja principal fonte do Direito é a legislação”) foi confirmada, porque se constatou que o Judiciário, para não violar o princípio da separação de poderes e, portanto, a democracia, deve pautar suas decisões na lei, não de modo mecânico, como no passado, mas interpretando-a em conjunto com a Constituição, não podendo extrapolar o campo de atuação que lhe foi destinado constitucionalmente, decidindo com base em opiniões ou interesses pessoais e ao alvedrio das posições legislativas e executivas adequadas à norma constitucional.

Por sua vez, a segunda hipótese (“com o intuito de efetivar a Sustentabilidade, a atuação judicial não deveria encontrar limites, pois a concretização da Sustentabilidade garantiria a dignidade da pessoa em todas as suas dimensões”), não foi confirmada, pois, mesmo diante de motivo tão nobre, a atuação judicial está limitada pelo texto constitucional, conforme a primeira hipótese,

Quanto à metodologia, utilizou-se o método indutivo com a pesquisa bibliográfica e documental.

Finalmente, registra-se que, com esta dissertação, não se teve a intenção de esgotar o assunto, objetivando-se apenas contribuir, doutrinária e academicamente, com a pesquisa sobre os limites e possibilidades de atuação judicial na efetivação dos Direitos Fundamentais e da Sustentabilidade.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Coleção Ensaio do Processo Civil. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. v. 3.

ALONSO JUNIOR, Hamilton. **Direito Fundamental ao meio ambiente e ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O controle jurisdicional de políticas públicas como controle de constitucionalidade e seus limites. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: Unisinos. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista (Syn)Thesis**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. p. 23-32. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7434/5389>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 28 nov. 2015.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: Unisinos. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BINETTI, Saffo Testoni. Iluminismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de política**: de A a Z. Tradução de Carmem C. Varriale et. al. 5 ed. Brasília: UNB, 2004. Título original: *Dizionario di politica*.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. Direito. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de política**: de A a J. Tradução de Carmem C. Varriale et. al. 5 ed. Brasília: UNB, 2004. Título original: *Dizionario di politica*).

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7 ed., rev. e amp. São Paulo: Paz e Terra, 2000. Título original: *Il futuro della democrazia*.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone Editora, 1995. Sem informação do título original.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

BONAVIDES, Paulo. Discurso de agradecimento. In: INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. Homenagem a Paulo Bonavides. Medalha Teixeira de Freitas. p. 21-37. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/institucional/medalha-teixeira-de-freitas>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 3540, do Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 1º set. 2005. Publicado no DJ em: 3 fev. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DEVER+D+E+SOLIDARIEDADE+AMBIENTE%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9a4zpmn>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 9 jul. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (UNFCCC). Disponível em: <http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas>. Acesso em: 6 maio 2016.

BRASIL. **Rio+20 – Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável**. Sobre a Rio+20. Disponível em:

http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20.html. Acesso em: 19 maio 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. .

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhnē - Revista de Estudos Politécnicos Polytechnical Studies Review**. Barcelos/Portugal, v. VIII, n. 13, p. 7-18. 2010. Disponível: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S1645-99112010000100002&script=sci_arttext. Acesso em: 31 out. 2015..

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. Reimpressão, 1999.

CITTADINO, Gisele. Apresentação. In: LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e ativismo judicial**: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais Poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista Alceu**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, v. 5, n. 9, jul./dez. 2004. p. 105-113. Disponível em: http://revistaalceu.com.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?from_info_index=9&infoid=164&sid=21. Acesso em: 15 jun. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. **Instituto de Estudos Avançados**. São Paulo, 1997. 21 p. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/artigos>. Acesso em 27 jan. 2017.

CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA. Historia del convenio: Introducción. Disponível em: <https://www.cbd.int/history/>. Acesso em: 5 maio 2016.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo, RS: Unisinos, v. 4, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/archive>. Acesso em: 15 jul. 2017.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e**

Sustentabilidade. Participação especial de Gabriel Real Ferrer. Org. e rev. de Lucas de Melo Prado. Itajaí: Univali, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo, RS: Unisinos, v. 3, n. 1, jan./jun. 2011. p. 75-83. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/archive>. Acesso em: 14 jul. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed., rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2014.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução de Alexander Araujo de Souza et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Sem título original no exemplar utilizado.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Teoría de la democracia**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et. al. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2016. v. 2. Título original: *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*.

FERRAZ JUNIOR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário e suas implicações. **Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**. Campo Grande: Contemplar, v. 1, n. 2, 2009. p. 55-71. Disponível em: <http://www.revistasystemas.com.br/index.php/systemas/issue/view/2>. Acesso em: 15 jun. 2017.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo:

Saraiva, 2013.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição não justifica o descumprimento das obrigações. **Revista Consultor Jurídico**. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jun-11/segunda-leitura-constituicao-nao-justifica-descumprimento-obrigacoes>. Acesso em: 24 jul. 2017.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. Título original: *Le gardien des promesses*.

GRAU, Eros Roberto. Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: Unisinos. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P., *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*. Madrid, Taurus, 1999, p. 26.”. Apud: RUIZ, Juan Cámara. Judicialización y Activismo Judicial en España. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Henning (orgs.). **Ativismo Judicial e Déficits Democráticos**: Algumas Experiências Latino-Americanas e Européias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JAQUES, Marcelo Dias. A tutela internacional do meio ambiente: um contexto histórico. **Revista Veredas do Direito**. Belo Horizonte, v. 11, n. 22, 2014. p. 299-315. Disponível em: <http://www.domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/372/434>. Acesso em: 5 maio 2016.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Prólogo y traducción de Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. Título original: *Allgemeine Staatslehre*.

JURAS, Ilidia da Graça Martins. Rio+10 – O Plano de Ação de Joanesburgo: Relatório Especial. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/arquivos-pdf/pdf/207993.pdf>. Acesso em: 19 maio 2016.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. 2 ed. Bauru, São Paulo: Edipro, 2008. Título original: *Die metaphysik der sitten*.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Reine Rechtslehre*.

LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Título original: *Petit*

traité de la décroissance sereine.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **A Constituição como princípio**: os limites da jurisdição constitucional brasileira. Barueri, SP: Manole, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Ativismo Judicial e Participação Democrática: A Audiência Pública Como Espécie de *Amicus Curiae* e de Abertura da Jurisdição Constitucional – a Experiência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na Audiência Pública da Saúde. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Henning (orgs.). **Ativismo Judicial e Déficits Democráticos**: Algumas Experiências Latino-Americanas e Européias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: Unisinos. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e ativismo judicial**: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais Poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LEAL, Rogério Gesta. As Responsabilidades Políticas do Ativismo Judicial: Aspectos Teóricos-Práticos da Experiência Norte-Americana e Brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Henning (orgs.). **Ativismo Judicial e Déficits Democráticos**: Algumas Experiências Latino-Americanas e Européias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, George Marmelstein. **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos Direitos Fundamentais**. 2003. Disponível em: http://georgemlima.blogspot.com/2007/08/doutrinando_09.html. Acesso em: 17 jan. 2017.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La tercera generación de derechos humanos**. Navarra: Garrigues Cátedra e Thomson Aranzadi, 2006.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. 11 ed. Madrid: Tecnos, 2013.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luiz Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MARTÍN MATEO, Ramón. **Tratado de derecho ambiental**. Madrid: Trivium, 1991. v. 1.

MARTÍN MATEO, Ramón. **Tratado de derecho ambiental**. Actualización. Madrid: Edisofer S.L., 2003. t. IV.

MAUS, Indeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos - CEBRAP**. São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 187. Título original: *Justiz as gesellschaftliches Über-Ich — Zur Funktion von rechtsprechung in de ‘vaterlosen Gesellschaft’*. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/?s=superego#59195f0755cd3>. Acesso em: 28 jul. 2017.

MENDONÇA, Paulo Roberto S. Glosadores. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: Unisinos. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: a gestão ambiental em foco. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Constituição. 6 ed. rev. e actual. Coimbra Editora, 2007. t. 2.

OLIVEIRA NETO, Francisco José de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional**. Itajaí: Univali, 2012. E-book. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/istfree.aspx?type=ebook&id=4>. Acesso em: 27 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A ONU e o meio ambiente. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em: 5 maio 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. Resolução n. 41-128. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec86.htm>. Acesso em: 31 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Princípios sobre Florestas. Disponível em: http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_de_Principios_sobre_Florestas.pdf. Acesso em: 12 jul. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 5 maio 2016.

ORTIZ GÁRCIA, Maria Mercedes. Gobernanza y sostenibilidad. **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica**. Madrid, n. 289. p. 91-139, mayo/ago. 2002. Disponível em: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=view&path%5B%5D=9145&path%5B%5D=9194>. Acesso em: 5 jul. 2017.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed., rev. e amp. Itajaí: Univali, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9 ed., rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

POLI, Luciana Costa. Por um ativismo pró-sustentabilidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 18, n. 2, maio/ago. 2013. p. 179-195. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 29 out. 2015.

RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1998.

REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí: Univali, v. 17, n. 3, 2012. p. 305-326. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 4 maio 2016.

REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (orgs.). **Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2013. p. 7-30. E-book. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/istfree.aspx?type=ebook&id=4>. Acesso em: 3 jul. 2016.

REAL FERRER, Gabriel; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí: Univali, v. 19, n. 4, edição especial, 2014. p. 1433-1464. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 28 out. 2015.

RECIFE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS - REC. STF tem tomado decisões importantes sem atender a critérios mínimos. **Revista Consultor Jurídico**. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-19/stf-tomado-decisoes-importantes-atender-criterios-minimos>. Acesso em: 28 jul. 2017.

RUIZ, Juan Cámara. Judicialización y Activismo Judicial en España. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Henning (orgs.). **Ativismo Judicial e Déficit Democráticos**: Algumas Experiências Latino-Americanas e Européias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. .

SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e o Constitucionalismo**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 9 ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Coimbra: Oficina do CES –

Centro de Estudos Sociais, 1995.

SÃO PEDRO, Bruno Lessa Pedreira. Reflexões acerca da súmula vinculante no Brasil. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11962. Acesso em: 13 jul. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed., rev., atual e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, n. 52, out./dez. 2008.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Disponível em http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993. Acesso em: 9 mar. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: introdução. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **Ativismo Judicial, Democracia e Sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positiva em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (coord.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. As Súmulas Vinculantes e o Controle *Panóptico* da Justiça Brasileira. **Argumentum**: Revista de Direito. Marília: Unimar, v. 4, 2004. p. 13-34. Disponível em: <http://www.unimar.br/cursos/posgraduacao/strictosensu/direito/argumentum.php>. Acesso em: 17 jul. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Breve ranking de decisões que (mais) fragilizaram o Direito em 2016. **Revista Consultor Jurídico**. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-29/senso-incomum-breve-ranking-decisoes-fragilizaram-direito-2016>. Acesso em: 24 jul. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. E o juiz decretou a prisão marcando um "X"! Sentença ou quiz show? **Revista Consultor Jurídico**. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-26/senso-incomum-juiz-decretou-prisao-marcando-sentenca-ou-quiz-show>. Acesso em: 23 jul. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é Deus: Juge nést pas Dieu**. Curitiba: Juruá, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Revista Consultor Jurídico**. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 17 jul. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5 ed., ver., mod. e amp. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**. Curitiba, v. 53, 2011. p. 137-164. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764>. Acesso em: 19 jun. 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9 ed., rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

UNITED NATIONS CONVENTION TO COMBAT DESERTIFICATION. History. Disponível em: <http://www.unccd.int/en/about-the-convention/history/Pages/default.aspx>. Acesso em: 5 maio 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, Vinte Ano Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008. p. 407-440. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/constituicao-de-1988-vinte-anos-depois-suprema-corte-ativismo-judicial-br>. Acesso em: 17 jul. 2017.

VIANNA, Luiz Werneck et. al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VIEIRA, Ricardo Stanziola. Justiça ambiental e a violação dos Direitos Humanos socioambientais: desafios da Sustentabilidade na era do desenvolvimento. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; VIEIRA, Ricardo Stanziola (orgs.). **Constitucionalismo Ambiental e Sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2015. p. 60-80. E-book. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/lstfree.aspx?type=ebook&id=4>. Acesso em: 16 jul. 2017.

VIEIRA, Ricardo Stanziola. Rio+20 – Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: contexto, principais tema e expectativas em relação ao novo “Direito da Sustentabilidade”. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí: Univali, v. 17, n. 1, 2012. p. 48-69. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 4 maio 2016.

YARZA, Fernando Simón. **Medio ambiente y derechos fundamentales**. Madrid: Tribunal Constitucional; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.