



**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

BRUNA SOUZA FERNANDES

**A JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS AMBIENTAIS:
ANÁLISE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS
AMBIENTAIS EM DECORRÊNCIA DA DEMOCRATIZAÇÃO DO PAÍS**

CAXIAS DO SUL

2018

BRUNA SOUZA FERNANDES

**A JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS AMBIENTAIS:
ANÁLISE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS
AMBIENTAIS EM DECORRÊNCIA DA DEMOCRATIZAÇÃO DO PAÍS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Direito, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Caxias do Sul, como requisito obrigatório para obtenção de título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Lunelli.

CAXIAS DO SUL

2018

F363j Fernandes, Bruna Souza

A JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS AMBIENTAIS : Análise do fenômeno da Judicialização dos conflitos ambientais em decorrência da democratização do país / Bruna Souza Fernandes. – 2018.
116 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.
Orientação: Carlos Alberto Lunelli.

1. Judicialização, Direito Ambiental, Tripartição dos Poderes.. I. Lunelli, Carlos Alberto, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UCS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

**“A Judicialização dos Conflitos Ambientais: Análise do Fenômeno da
Judicialização dos Conflitos Ambientais em Decorrência da
Democratização do País.”**

Bruna Souza Fernandes

Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito Ambiental e Sociedade.

Caxias do Sul, 09 de março de 2018.

Prof. Dr. Carlos Alberto Lunelli (Orientador)
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Felipe Franz Wienke
Universidade Federal do Rio Grande

Profa. Dra. Cleide Calgaro
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Sergio Augustin
Universidade de Caxias do Sul

Para minha família, pelo incentivo de sempre.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela oportunidade de ter ingressado no Programa de Mestrado em Direito.

À minha família, pelo suporte e incentivo.

A todos os meus Professores, desde os meus primeiros anos na escola. Saibam que foram fundamentais.

Ao Mestrado em Direito, em especial à Francielly Pattis.

Ao Prof. Dr. Carlos Alberto Lunelli pelo apoio durante toda a pesquisa.

Aos colegas Alexandre Abel Mariotti e Louise Maria Rocha de Aguiar pela parceria nesses dois anos de estudo.

*“(...) a “justiça perfeita” é a
justiça do tirano que, sendo
perfeita, torna-se
inquestionável”.*

Ovídio Araújo Baptista da Silva

RESUMO

Com a vigência da Constituição Federal de 1988 a judicialização dos conflitos tomou força em razão do amplo rol de direitos tutelados. O Poder Legislativo e o Poder Executivo não cumpriram de maneira satisfatória a defesa e a preservação do meio ambiente, determinadas pela Carta Magna. Em razão disso, o povo passou a buscar a garantia do seu direito à vida digna através da interposição de ações judiciais. A atividade ativa do Poder Judiciário na seara ambiental passou a receber críticas por, supostamente, ferir a tripartição dos poderes, pois os juízes não são eleitos pelo voto popular. Busca-se demonstrar, através do método hermenêutico, que a judicialização dos conflitos ambientais, nada mais é do que a expansão do debate democrático através do processo judicial. No Direito Ambiental, o fenômeno da judicialização demonstra a sua relevância, especialmente pela postura ativa do Judiciário na preservação do meio ambiente e, conseqüentemente, da vida no planeta.

Palavras-chave: Judicialização. Direito Ambiental. Tripartição dos Podere

ABSTRACT

Since the Brazilian Federal Constitution of 1988, the judicialization of conflicts has intensified, due to the wide range of rights protected. The Legislative and Executive branches have not met in a satisfactory manner, the defense and preservation of the environment, determined by the Constitution. As a result, the people began to seek assurance of their right to a dignified life through the judiciary. The active work of the Judiciary, in environmental matters, began to receive criticism for allegedly violating the tripartite division of powers, since judges are not elected by popular vote. It aims to demonstrate, through the hermeneutic method, that the judicialization of environmental conflicts is nothing more than the expansion of democratic debate through legal actions. In Environmental Law, the judicialization demonstrates its relevance, especially because of the judiciary's active role in the preservation of the environment and, consequently, of the life on planet.

Keywords: Judiciary. Environmental Law. Tripartite division of powers.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| 1 INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS, FUNÇÃO LEGISLATIVA E PROTEÇÃO AMBIENTAL | 11 |
| 2.1 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS AMBIENTAIS E A DEMOCRATIZAÇÃO DO ESTADO | 17 |
| 2.2 A CRISE DE REPRESENTAÇÃO E A FUNÇÃO LEGISLATIVA | 24 |
| 2.3 A EDIÇÃO DE NORMAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL | 31 |
| 3 O ACESSO À JUSTIÇA E A PROTEÇÃO AMBIENTAL | 36 |
| 3.1 FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS | 41 |
| 3.2 DIVISÃO DE PODERES OU DIVISÃO DE FUNÇÕES? | 48 |
| 3.3 UMA LUTA DE INTERESSES: ECONOMIA X PRESERVAÇÃO DA NATUREZA | 59 |
| 4 CRISE AMBIENTAL, JUDICIALIZAÇÃO E HERMENÊUTICA | 67 |
| 4.1 A JUDICIALIZAÇÃO AMBIENTAL NA PRÁTICA DOS TRIBUNAIS | 75 |
| 4.2 NORMAS AMBIENTAIS E SUA APLICAÇÃO NO JUDICIÁRIO | 84 |
| 4.3 A HERMENÊUTICA JURÍDICA: UMA SAÍDA PARA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS AMBIENTAIS | 91 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 99 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 101 |

INTRODUÇÃO

A consagração dos Direitos Fundamentais pela Constituição de 1988 tornou o Estado um prestador de direitos. Em decorrência do rol extensivo de direitos tutelados constitucionalmente e não assegurados pelo Estado, originaram-se inúmeras ações judiciais que buscam a garantia desses direitos. Por essa razão, o tema da pesquisa é voltado para a análise do fenômeno da judicialização dos conflitos ambientais em decorrência da democratização do país.

O interesse acadêmico pelo fenômeno da judicialização foi despertado em razão de suas duas faces: a contrária ao fenômeno, justificada pela impossibilidade da tomada de decisões políticas e administrativas pelos juízes, porque estes não são eleitos pelo voto popular, pelo impedimento do Judiciário interferir em matéria discricionária do Poder Executivo e pela inviabilidade do Judiciário criar o direito através da jurisprudência. A face favorável ao fenômeno, por sua vez, analisa o seu lado cidadão, porque este permite a efetivação de direitos através do Poder Judiciário.

Dentre os principais objetivos da pesquisa encontra-se a necessidade de conhecer a conexão entre a democratização do país e o fenômeno da judicialização dos conflitos, bem como, a necessidade de pesquisar a relação da judicialização dos conflitos ambientais com a teoria da Tripartição dos Poderes para, posteriormente, subsidiar estratégias de enfrentamento.

A metodologia utilizada é baseada na pesquisa bibliográfica, com enfoque qualitativo, através da doutrina e da pesquisa jurisprudencial, para verificar, principalmente, como o Judiciário tem se comportado diante de tamanha mudança.

O fenômeno está presente nas mais diversas áreas do direito, mas é no Direito Ambiental, que pode ser percebida a sua relevância. A crise ambiental que coloca em risco a sobrevivência da espécie humana, gerada pelo consumo desenfreado e pela ideia de que o homem é superior à natureza, têm refletido na relação entre os Três Poderes. Os Poderes Legislativo e Executivo não têm cumprido de forma satisfatória com a defesa do meio ambiente e, em razão disso, aqueles que se sentem lesados têm buscado o Poder Judiciário para a garantia de seus direitos.

Inicialmente é abordada a Judicialização dos conflitos, a função legislativa e a proteção ambiental para demonstrar que as mudanças ocorridas no Estado, desde o Estado Liberal para o Estado Social influenciaram na criação dessa nova estrutura

baseada no reconhecimento de direitos, principalmente do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É feita uma análise do fenômeno da judicialização dos conflitos ambientais e a democratização do Estado, para expor as relações do Estado Democrático de Direito com o fenômeno, as relações entre democracia, direito e poder popular, este último que ao mesmo tempo elege os representantes, mas também influencia as relações do Estado através de sua participação.

No mesmo sentido, é demonstrada a crise de representação e os aspectos da função legislativa, tendo em vista que estes passam por um momento de descrédito no Estado brasileiro, as normas legisladas muitas vezes são apenas uma resposta à insatisfação social, apresentam vocabulário que objetiva não denegrir a imagem dos parlamentares ou possuem problemas em sua implementação, não gerando efeitos práticos no dia a dia, o que dá origem a uma ideia de impunidade. Enquanto existem inúmeras barreiras a serem enfrentadas pelo legislativo, os danos ambientais continuam crescentes. Salienta-se, que o Brasil não precisa multiplicar normas, mas apenas aplicar aquelas que já existem, que são suficientes e dignas de elogios.

Analisa-se as omissões do Poder Executivo em matéria ambiental e a possibilidade do Judiciário, em caso de provocação, determinar que políticas públicas sejam adotadas para o alcance do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Da mesma forma, investiga-se a possibilidade de acesso à Justiça para a efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesse aspecto, a judicialização tem demonstrado o quanto é importante na arena democrática, uma vez que possibilita a garantia dos direitos estabelecidos na Carta Magna. Nesse ponto são abordados os limites dos juízes na emissão das decisões, pois quando um outro poder tiver condições de emitir um parecer técnico, este deverá ser seguido pelo magistrado, tendo em vista as suas limitações quanto ao domínio de conhecimento técnico de todas as áreas.

As formas alternativas de resolução de conflitos também são avaliadas porque podem ser uma resposta válida ao crescente número de ações judiciais. Um judiciário superlotado não tem condições de decidir com celeridade, e a celeridade, por sua vez, é fundamental quando se fala em Direito Ambiental.

Tendo em vista as dificuldades enfrentadas pelos Três Poderes na garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, avalia-se a ocorrência no Estado brasileiro de uma Divisão de Poderes ou de Funções. Nesse momento, a pesquisa

demonstra o quanto o modelo de Divisão de Poderes está ultrapassado e deve abrir espaço para a divisão por funções, que nada mais é do que uma readaptação ao contexto atual. O Judiciário deixou de ser o menos relevante dos Poderes e o Juiz deixou de ser a boca da lei, e em razão disso, novo contorno deve ser dado em relação aos Três Poderes.

O último capítulo é voltado para a atuação prática dos tribunais, para a (in)viabilidade de interpretação das normas pelos julgadores, que dão origem a novas possibilidades de compreensões acerca do texto legislativo e para a hermenêutica jurídica, uma vez que esta pode ser uma saída viável para a solução dos conflitos que envolvem o Direito Ambiental, pois resta ao judiciário, através da hermenêutica jurídica e do emprego de ações criativas, intervir nas relações para garantir a efetivação desse direito.

Um das grandes dificuldades que cercam as questões ambientais, além da possibilidade de efetivação do dano, é a dificuldade em reparar o meio ambiente degradado, uma vez que chegar ao estado anterior ao dano é praticamente utópico. Por esta razão, defende-se a realização de ações voltadas à prevenção e não à reparação do dano.

Por tudo isso, objetiva-se demonstrar que cabe ao Judiciário, da mesma forma que aos demais poderes, a garantia da proteção do bem ambiental. Possibilitar que o juiz julgue ações de matéria ambiental e amplie o debate sobre o tema não é uma afronta à democracia, mas uma ampliação da arena democrática, tendo em vista as ações ineficientes dos Poderes Legislativo e Executivo na área. Por conseguinte, a judicialização não é um problema, mas uma saída diante da crise ambiental que assola a modernidade.

A crise ecológica, decorrente dos altos níveis de intervenção humana sobre os recursos naturais, tem gerado problemas de ordem planetária. É preciso frear a ação humana e reconduzir os rumos para ações voltadas à tutela ecológica, sobretudo quando está em jogo a preservação da espécie humana e a solidariedade intergeracional.

Busca-se incentivar a adoção de um propósito ideológico pelo Direito, pautado na proteção do ambiente e na adoção uma postura ativa frente à área ambiental, da mesma forma que ocorre em outras áreas do Direito, pois é no Direito Ambiental que o fenômeno da Judicialização pode demonstrar de maneira clara os riscos que pode ocasionar, tendo em vista que o grande número de ações acarreta demora na resolução dos conflitos, e tal demora pode ser crucial quando se trata de meio ambiente, porque o

dano pode ocorrer antes da prolação da sentença, ou seja, de nada adianta a tramitação de ações judiciais se estas não forem julgadas com celeridade.

2. JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS, FUNÇÃO LEGISLATIVA E PROTEÇÃO AMBIENTAL

O Estado Liberal foi um berço de grandes reformulações teóricas, cuja abordagem consistia na busca de limites à atuação política. Nesse ponto que se consolidou a doutrina da tripartição dos poderes, com a obra “O espírito das Leis”, na qual era apontada a consagração de órgãos distintos para desempenhar as funções do Estado. Foi em meados de 1777, com a Revolução Americana, que se admitiu a intervenção entre os poderes, com a finalidade de promover o equilíbrio e evitar excessos, com a criação do sistema de *checkand balances*.¹

A tripartição dos poderes foi arquitetada por diversos pensadores, mas ficou conhecida como obra de Montesquieu. Dalmo de Abreu Dallari ensina que esse modelo de Estado surgiu da necessidade de combater o absolutismo, retirando o poder apenas da mão de um órgão e distribuindo-o entre os três poderes de forma harmônica. Nesse sentido, cada um dos poderes exerce suas funções visando não ferir a competência dos outros dois:

Os pensadores dos séculos XVII e XVIII que combateram o absolutismo estavam convencidos de que o governo nas mãos de um só ou de poucos é o começo da tirania. Embora sem um desenvolvimento sistemático, isso fora dito muito antes por Aristóteles, tendo sido repetido no século XIV por Marsílio Pádua, no século XVI por Maquiavel e no século XVII por vários pensadores políticos, entre eles Locke e Gian Vincenzo Gravina, jurisconsulto italiano que exerceu grande influência sobre o pensamento de Montesquieu².

O mesmo autor, quando trata da divisão dos poderes, explica que as funções governamentais são organizadas de forma a não primar um ou outro poder e têm por finalidade que cada um se torne uma “barreira” – um fiscalizador dos demais – para que se evite excessos, o que dá origem ao sistema de freios e contrapesos. Dessa forma, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário devem trabalhar de maneira harmônica e independente entre si, para atingir os objetivos do governo. Além disso, cada um deve ter funções diversas e específicas exercidas por órgãos próprios.

¹PAIM, Maria Júlia Pinheiro. **Do protagonismo judicial à abertura dialógica: a provisoriedade da “última palavra”**. Revista VirtuaJus. Belo Horizonte, v.13 - n.1, p.190-211. 2017. ISSN: 1678-3425209, p. 193.

²DALLARI, Dalmo de Abreu. **O estado federal**. São Paulo: Ática, 1986. p. 29.

O modelo de Estado Liberal expôs uma nova estrutura, pois apresentou uma limitação ao poder através do direito e do gradual reconhecimento de direitos fundamentais. Os ideais burgueses não foram suficientes e os novos reflexos sociais revelaram a necessidade de uma atuação mais efetiva do Estado. Já o Estado Social, surgiu como uma resposta a tais deficiências, porém não conseguiu evitar o totalitarismo, pois possuía ideais que apoiavam a centralização do poder. Porém, a figura do Estado Democrático de Direito proporcionou que o poder fosse partilhado entre todos e que os direitos fundamentais fossem reconhecidos.

O Estado democrático se revela historicamente como síntese dos dois momentos anteriores. Não se trata de uma mera junção das características liberais e sociais puramente. A síntese pressupõe a superação dos Estados que o antecederam, embora fiquem resguardados alguns de seus traços. O Estado democrático não só assume direitos individuais e sociais conquistados anteriormente, como também declara outros direitos fundamentais, além de buscar sua efetivação universal³.

Com a transição do Estado Liberal para o Social, o Estado passou a operar por meio de políticas públicas que visavam garantir “à população a educação, a saúde, a moradia, a previdência e a assistência social, o trabalho, entre outras” e o ponto de concentração passava a ser o Executivo, a quem cabia implementar e assegurar o acesso da população a esses novos direitos. Novas classes emergiram e passaram a exigir do Estado os direitos que haviam sido prometidos. Todavia, o Poder Executivo não conseguiu concretizar todos os programas sociais, seja pela estrutura deficitária, pela complexidade das novas relações e/ou pelo aumento de protagonistas. Por isso, o Judiciário passou a intervir em áreas que eram dominadas por ações do Poder Executivo, pois era necessário cumprir com as promessas feitas à população, o que ocasionou o crescimento da litigiosidade. Esse fenômeno, conhecido com judicialização,

“é uma decorrência da passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito e a conseqüente transferência do polo de tensão para o Poder Judiciário, a quem incumbiu concretizar as promessas não cumpridas pelo Poder Executivo (e Legislativo?)”⁴.

³SALGADO, Karine. **História e Estado de Direito**. Revista do tribunal de contas do Estado de Minas, v. 71, n. 2, 2009, p 109.

⁴FILHO, Fernando Fortes Said. **A Crise do Poder Judiciário: Os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à Justiça**. Revista Da Ajuris – Porto Alegre, V. 44, N. 142, Junho, 2017, p. 184-185.

A linguagem dos direitos passou a ser incorporada no debate político brasileiro no final do século XX. Os movimentos de defesa dos direitos humanos nos anos 70, que diziam respeito ao direito à vida e à integridade física em razão da ditadura, aliados à luta pela reconquista dos direitos de participação política em 1980 e à conversão dos direitos da Declaração da Organização das Nações Unidas em direitos legais, resultaram na promulgação da Constituição de 1988. E, em razão do estabelecimento do mais completo sistema de direitos individuais e coletivos, a atual Constituição brasileira passou a ser chamada de Constituição Cidadã⁵.

O constitucionalismo teve origem após as revoluções burguesas: francesa, inglesa e norte-americana. Suas raízes estavam ligadas ao cunho legalista, democrática e liberal, assumidas pelos Estados de Direito. Uma das suas principais características é a exigência de uma Constituição para a garantia de direitos.

O Constitucionalismo Contemporâneo origina o Estado Democrático de Direito que emergiu na Europa após o segundo pós-guerra cuja principal referência é a Constituição Alemã de 1949 - Lei Fundamental de Bonn – seguida da Constituição italiana de 1947, de Portugal de 1976 e da Espanha de 1978. Posteriormente, com especificidades próprias, produziu efeitos em países em desenvolvimento, como no Brasil, com a Constituição de 1988, Colômbia, Argentina, México e África do Sul⁶.

O Estado de Direito traz o conceito de direitos fundamentais como benefício às pessoas e deixa em segundo plano a ideia de poder centrado em uma figura, como Deus ou o monarca absolutista.

Dessa forma e das novas questões com as quais se deparam os homens, os direitos fundamentais, atrelados ao constitucionalismo e ao Estado de Direito criam uma estrutura fortemente enraizada na cultura ocidental moderna e que passará a acompanhar todas as relações que se desenvolveram a partir de então⁷.

O amplo rol de direitos e garantias, expressos em regras e princípios, presentes na Constituição de 1988 estimularam os cidadãos a exigir os seus direitos. Por conseguinte, a atual Constituição passou a ser um instrumento para a realização dos

⁵CITTADINO, Gisele. **A Constituição de 1988 e a construção da cidadania. In: Coletânea do I Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis** [recurso eletrônico] / Rogério Gesta Leal, Anízio Pires Gavião Filho, organizadores. – Dados eletrônicos – Porto Alegre: FMP, 2017, p. 25.

⁶MOREIRA, José A. R.; SANTOS, Márcio G. T. **Função e Controle das Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito.** Revista Serviam Juris, v. 1, n.1, setembro 2017, p. 79.

⁷VEYL, Raul Salvador Blasi; BARROS, Tarcísio Augusto Sousa. **Constitucionalismo e Judicialização na política: porde, controle e excesso.** Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 33, 2017, p. 218.

direitos fundamentais e não apenas um diploma de intenções, dessa forma, a tendência é que o papel do Judiciário cresça frente à tutela dos direitos fundamentais, frente ao descrédito do Legislativo e do Executivo ⁸.

A redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988, foi uma das grandes causas da judicialização porque esta carta trouxe inúmeros direitos fundamentais para que as necessidades da época fossem atendidas. Porém, essa “inflação de direitos” fez com que fosse dificultada a realização e garantia dos direitos que foram colocados à disposição dos cidadãos. E como a garantia dos direitos fundamentais possui um caráter de urgência, o Judiciário assumiu o papel de protagonista na efetivação⁹.

A Carta Magna de 1988 representou um salto não apenas com a positivação dos direitos fundamentais, mas também, com a garantia da independência e autonomia do Judiciário. Tais garantias foram asseguradas pela independência dos poderes, que refletiu na autonomia administrativa e financeira, além da ampliação do campo de atuação desse poder, que gerou um deslocamento do centro das decisões do Legislativo e do Executivo ao Judiciário¹⁰.

A Constituição de 1988 representou um passo importante no sentido de garantir a independência e a autonomia do Judiciário. O princípio da independência dos poderes tornou-se efetivo e não meramente nominal. Foi assegurada autonomia administrativa e financeira ao Judiciário, cabendo a este a competência de elaborar o seu próprio orçamento, a ser submetido ao Congresso Nacional conjuntamente com o do Executivo¹¹.

Analisando a relação entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a reestruturação do Judiciário, Ernani Carvalho leciona que grande parcela da doutrina vê

⁸SARTI, Lia. **Considerações acerca do ativismo judicial Tutela à efetivação de direitos transindividuais.** In: **Coletânea do I Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis** [recurso eletrônico] / Rogério Gesta Leal, Anízio Pires Gavião Filho, organizadores. – Dados eletrônicos – Porto Alegre: FMP, 2017, p. 300.

⁹ARRUDA, Érica Maia Campelo. **O Juiz de Paz da roça de Martins Pena: uma reflexão sobre o juiz de Direito – de elite intelectual nacional a garantidor dos direitos fundamentais constitucionais no Brasil.** Anais do V CIDIL. RDL – Rede brasileira de Direito e Literatura. V. 5, n 1, p. 80-108, Jul. 2017, p. 100.

¹⁰BELINI, Patrícia Maleski; Reikdal, Cleverton. **Como o Poder Judiciário Brasileiro resolve Hard Cases de conflito entre Direito Ambiental e Direito Cultural.** In: Anais do I Congresso Acadêmico de Direito Constitucional. Porto Velho – RO, 2017, p. 413.

¹¹SADEK, Maria Tereza. **Poder Judiciário: Perspectivas de reforma,** OPINIÃO PÚBLICA, 2004. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32910102>. Acesso em: 14 de julho de 2016, p. 04.

a matéria relacionada à democratização porque todas essas alterações são apenas “ingredientes” para que seja consolidada a “recém-nascida” democracia brasileira¹².

Com a valorização da jurisdição constitucional e com a valorização das atividades exercidas pelo judiciário, o poder executivo e o poder legislativo passaram a ter a sua capacidade de solução de conflitos reduzida. Por isso, o Judiciário se tornou o “guardião das garantias e direitos fundamentais” e o poder a quem se poderia recorrer para buscar a satisfação de interesses e a solução de conflitos¹³.

A Constituição Federal de 1988 exerceu papel de destaque com relação ao tema da judicialização dos conflitos, pois a “constitucionalização abrangente” trouxe inúmeras matérias que eram do processo político e da legislação ordinária para o texto constitucional. Esse fato representa uma tendência que pode ser observada na Constituição de Portugal (1976) e na Constituição da Espanha (1978). No momento em que um tema passa a ser disciplinado no texto constitucional, ele trona-se passível de judicialização, tendo em vista que esse direito pode ser levado ao Judiciário para ser debatido. O fenômeno, portanto, não ocorreu apenas no Brasil:

O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade¹⁴.

A previsão contida no artigo 102 *caput*, do texto constitucional, de que “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” gera ao Judiciário e à Suprema Corte um papel de extrema relevância e um ponto importante no que tange o processo de judicialização das demandas porque reforça a ideia de busca da garantia e proteção do extenso rol de direitos constitucionais no Poder Judiciário, ou seja, tudo aquilo que não for assegurado pelos outros dois poderes – Executivo e Legislativo – pode tornar-se uma nova demanda:

¹² CARVALHO, Ernani. **Trajatória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização**. Sociologias. Porto Alegre, 2010, p. 193.

¹³ PONTES, Juliana de Brito; NETO, GOMES, José Mário Wanderley; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. **Autocontenção no Judiciário Brasileiro: uma Análise das Relações Estratégicas entre os Poderes Constituídos do Estado**. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.138-159, jan./jun. 2017. p. 139.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf Acesso em: 08/10/2017, p. 01.

Mas a experiência demonstrou - já no início do século XIX - que a função de “guarda da Constituição”, com a possibilidade de declarar inconstitucionais as decisões do Congresso e do Executivo, daria à Suprema Corte um papel de grande relevância no funcionamento do sistema. E o próprio Judiciário, sobretudo através de seu órgão máximo, que é a Suprema Corte, aumentou consideravelmente sua influência, agindo com verdadeira independência e dando grande dinamismo à sua função de intérprete das normas constitucionais¹⁵.

Como a Constituição foi colocada no centro da organização política e como referência para a área jurídica, o Poder Judiciário passou a ser o zelador da ordem constitucional e garantidor da execução dos programas de direitos positivados. Por isso, pode-se afirmar que “ao buscar na Constituição o equilíbrio para a ordem infraconstitucional, o Judiciário acaba sendo responsável por profundas mudanças no cenário social, político e judicial”.¹⁶

A transferência do poder de tomada de decisões ao Judiciário entrega nas mãos dos julgadores o poder de decidir sobre questões relevantes que por vezes podem alterar o futuro do país.

Vivencia-se o processo de Judicialização das demandas sociais onde cada vez mais o cidadão busca as respostas através do Poder Judiciário: “Por um lado, porque se recorre um instrumento (como os processos judiciais) geralmente considerado como conservadores, e por um outro lado, porque havia da parte dos que recorrem, a convicção implícita da capacidade de postular uma mudança, e uma certeza otimista em torno do poder de ação dos cidadãos” (ROJO, 2004, p. 126). O apelo à lei e ao direito ocupa um novo lugar na vida social e política. Há uma mudança no papel que o Judiciário passa a cumprir. Busca-se a garantia da cidadania pelo acesso de direitos através da imposição do Poder Judiciário¹⁷.

Assim, a atuação intensa do Judiciário, a busca por justiça e a constitucionalização do direito são fatores determinantes no que tange ao fenômeno da judicialização¹⁸. A valorização do Estado Constitucional segue com a valorização do Judiciário, a partir do momento que este passa a garantir os direitos fundamentais e a

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O estado federal**. *Op cit.* p. 34-35.

¹⁶ NETO, José Leite da Silva; Leite ; Valéria Aurelina da Silva. **Constitucionalização e Ativismo Judicial**. Revista Saber Acadêmico N° 19. 2015, p. 05.

¹⁷ BÖLTER, Serli Genz. **Judicialização dos conflitos sociais: das demandas individuais para a produção da ordem jurídica**. In: XIV Congresso Brasileiro de Sociologia. Rio de Janeiro – RJ, 2009, p. 07.

¹⁸ SARTI, Lia. **Considerações acerca do ativismo judicial Tutela à efetivação de direitos transindividuais** LiaSarti. In: Coletânea do I Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis [recurso eletrônico] / Rogério Gesta Leal, Anízio Pires Gavião Filho, organizadores. – Dados eletrônicos – Porto Alegre: FMP, 2017. p. 311.

ordem democrática¹⁹. O direito passou a ser um instrumento de auxílio ao processo de transformação da realidade, pois operacionalizou as garantias do bojo constitucional²⁰.

As causas da judicialização escapam do controle do Judiciário, logo ela não decorre de uma opção de ordem ideológica ou filosófica, mas do mero cumprimento da própria Constituição e do modelo adotado nela. Dessa forma, o fenômeno trata-se de um fato do modelo constitucional adotado. No mesmo sentido manifesta-se Luis Roberto Barroso:

A Judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a Judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte²¹.

A judicialização foi uma opção do constituinte no sentido de prevenção ao histórico de inefetividade constitucional brasileiro²². Logo, esse fenômeno está ligado à garantia de acesso do povo à justiça em todas as suas áreas, inclusive na área ambiental. É a judicialização que garante a oitiva daqueles que lutam pela proteção do meio ambiente e pela garantia de uma vida digna para as presentes e futuras gerações. Por este motivo, é importante estudar a influência desse fenômeno nos conflitos ambientais.

2.1 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS AMBIENTAIS E A DEMOCRATIZAÇÃO DO ESTADO

A história do pensamento jurídico passou por um intenso período de mudanças após a Revolução Industrial, principalmente a partir da segunda metade do século XX. Tal período, denominado como pós-modernidade, é caracterizado pela socialização e pela constitucionalização do Direito, assumindo, a principiologia constitucional, o lugar antes ocupado pelo positivismo jurídico, representado pelas codificações. Os princípios

¹⁹ NETO, José Leite da Silva. LEITE; Valéria Aurelina da Silva. **Constitucionalização e Ativismo Judicial**. Revista Saber Acadêmico N° 19. 2015, p. 06.

²⁰ PAIM, Maria Júlia Pinheiro. **Do protagonismo judicial à abertura dialógica: a provisoriedade da “última palavra”**. *Op cit.* p. 191.

²¹ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Op cit.* p. 17.

²² MOREIRA, José A. R.; SANTOS, Márcio G. T. **Função e Controle das Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito**. *Op cit.* p. 76.

jurídicos passam a possuir força normativa, sob a justificativa da garantia dos direitos fundamentais e da consolidação da democracia²³.

A vontade da maioria dos cidadãos deve prevalecer, mas o Estado de Direito nem sempre é garantia de segurança jurídica. O que o rege, essencialmente, é o regime democrático. É a democracia que sustenta os direitos inerentes do cidadão. Essa proteção, não acontece com o regime totalitário ou ditatorial, que havendo um golpe, suspenderá a garantia dos direitos fundamentais.²⁴ Nesse mesmo viés, sustenta Chaui que “não é demais lembrar que, durante sua vigência, o regime autoritário se afirma e se considera um regime repressivo”²⁵.

Com relação ao poder na democracia, é interessante a visão de Rocha, quando assegura que a democracia esvazia o poder, porque ele passa da mão de um para a mão de todos e por isso, pertence a todos e a ninguém. Não se pretende dizer que o Estado deixe de ser o polo fundamental das decisões, mas a soberania é deslocada do monopólio, para o social. O autor sustenta que a democracia gera indeterminação social, porque deixa de existir a legitimidade centralizada, para que passe a existir um direito à legitimidade a ser conquistado. Ela gera uma nova forma social, que se baseia na legitimação do conflito e conseqüentemente na criação das suas próprias regras. Nessa seara sustenta:

Ou seja, a crise do direito implica numa crise de governabilidade e, entre outras conseqüências, na decretação de irracionalidade da opinião pública, na incapacidade dos especialistas em operacionalizar a razão estratégica e, principalmente, para os nossos interesses nesse texto, na decretação da falência do direito e da democracia²⁶.

Há uma impossibilidade de distanciar a política do direito, em virtude de que a lei não apresenta de maneira pronta a solução para todos os casos concretos, mas é construída pelos juízes e tribunais²⁷.

²³CARMO, Valter Moura do; MESSIAS, Ewerton Ricardo. **Pós-modernidade e principiologia jurídica: O ativismo judicial e sua validade no âmbito do Estado Democrático de Direito**. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 189-205, dez. 2017, p. 191.

²⁴SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela constitucional do meio ambiente: interpretação e aplicação das normas constitucionais ambientais no âmbito dos direitos e garantias fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 156.

²⁵CHAUI, Marilena de Souza. **Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1997, p. 296.

²⁶ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo, RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 1998, p. 163.

²⁷NISTLER, Regiane. **A Judicialização da política e a efetividade dos direitos sociais**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí,

O poder popular é instrumento da democracia representativa, sem o qual ela não existiria. Para que o poder popular seja chamado de democrático há a necessidade de existir a “livre escolha, em intervalos regulares, dos governantes pelos governados”, ou seja, o poder popular precisa ser outorgado e renovado, da mesma forma que não existe democracia se uma parcela significativa da população não tiver o direito ao voto. Touraine avalia que a impossibilidade das mulheres votarem (que já foi superado) assim como a proibição do voto àqueles que não atingiram determinada idade (ainda em vigor) cria um desequilíbrio no corpo eleitoral, porque gera um maior número de votos da parcela da população aposentada e idosa.

Para que a democracia, a partir da eleição pelo povo de seus representantes, não se trate apenas de um mero procedimento, é necessário que os direitos fundamentais sejam assegurados e que os indivíduos se sintam cidadãos, para terem uma participação efetiva. Assim, é preciso que o Estado e a sociedade civil permaneçam ligados pela representatividade dos mandatários. É a partir da interdependência entre direitos fundamentais, cidadania e representatividade que a democracia é constituída²⁸. “Se a política não for sumariamente feita considerando o interesse da população real do país, a 'Democracia' representará, sobretudo, apenas um sistema formal”²⁹. Nessa mesma linha afirma: “Na democracia o voto não é mero procedimento (como o sorteio), e sim a expressão da igualdade e liberdade. Somos livres e, portanto, decidimos nosso destino político. Somos iguais, e por isso nenhum voto vale mais que o outro”³⁰.

A Constituição Federal estabelece que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular” (art. 14)³¹.

Existe a ideia de que o voto tem valor igual para todos, não importando quaisquer distinções, como é a regra no Direito brasileiro, conforme segue:

Isso significa: ao converter-nos em “cidadãos”, cada um de nós é só um centro de “imputação” (que diria Kelsen: algo assim como um lugar geométrico de referência) de “direitos de liberdade”; nada importa: a raça, o sexo, a cultura, a riqueza, a pobreza...reais, nem nossas distintas cargas de deveres, que nos

v.11, n.1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791, p. 205.

²⁸ TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** 2.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996, p. 42-43.

²⁹ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 74.

³⁰ RIBEIRO, Renato Janine. **A Democracia**. São Paulo: Publifolha, 2001, p. 32.

³¹ AGRA, Walber Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Forense, 2009. p. 72.

fariam ver-nos como somos, ou seja, diferentes: como “cidadãos” somos iguais. E graças a essa igualdade, nosso voto é igual: pesa, influi o mesmo, o do cigano e o do camponês, o do banqueiro e o do aposentado... E, efetivamente, os votos contam igual³².

Já Ribeiro faz uma reflexão com relação ao valor do voto entre aqueles que fazem uma escolha consciente e aqueles que não a fazem e deixa o seguinte questionamento: “É legítimo igualar os votos de quem escolheu conscientemente e de quem não o fez?”³³.

Para que o povo como um todo, exerça sua cidadania, como forma de proteção ambiental, é fundamental que esteja informado e educado. Não é possível uma participação ativa sem o mínimo de conhecimento acerca do assunto e da importância da discussão. Nesse sentido Canotilho afirma “que a participação popular se completa com a informação e a educação ambiental. Destaque-se que a participação sem informação adequada não é credível nem eficaz, mas mero ritual”³⁴.

A Constituição Federal de 1988 estabelece como regime de governo a democracia e destaca a necessidade de proteção ambiental em seu artigo 225. Nesse sentido preocupa-se com a questão da participação popular como forma incluir a sociedade como um todo nas questões que envolvem o meio ambiente.

Ora, o Brasil é possuidor de um dos maiores patrimônios ecológico da Terra. Defender esse patrimônio constitui tarefa ingente e obrigatória da humanidade, como fator de sua própria sobrevivência. Aliás, como já visto a Constituição brasileira ressalva que a defesa e preservação do meio ambiente devem ser alcançadas não apenas no interesse das presentes gerações, mas também das futuras. Ao preceito jurídico acrescenta-se a obrigação ética de solidariedade da espécie humana e o planeta Terra³⁵.

A participação popular está prevista no art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, instituindo o regime democrático. Com relação ao ambiente, o fundamento genérico da participação popular está disposto no caput do citado art. 225³⁶.

³² CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre, 1998, p. 140.

³³ RIBEIRO, Renato Janine. **A Democracia**. *Op cit.* p. 33.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional ambiental brasileiro**, 6ª edição. Saraiva, 2015, p. 202.

³⁵ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 223.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. *Op cit.* p. 201.

Quando é abordada a questão da coletividade em defesa do meio ambiente, é necessário discutir quem é o povo, porque é pelo povo que o Estado manifesta a sua vontade, e o povo nada mais é do que o conjunto de pessoas que fazem parte de um Estado, ou seja, povo é substrato humano do território de um determinado Estado, não existe Estado sem povo. É o Direito que determina se alguém faz ou não parte do povo de determinado Estado. O povo é a união de cidadãos, “titulares de direitos e deveres”. É importante a distinção entre povo e população, porque a população é a totalidade de pessoas que estão no Estado, isto é, a população é o grande grupo que a abrange o povo³⁷.

A democracia constitucional deve ser percebida como sendo um governo do povo, pelo povo e para o povo, no sentido de que o povo é soberano; emana poder e emite decisões – pelas maiorias e por seus representantes –; e deve visar o bem comum dos indivíduos e da comunidade³⁸.

Canotilho e Leite destacam que a atual Constituição é “extremamente aberta”, em sentido democrático ambiental, pois busca a participação de “todos” na defesa e na preservação do meio ambiente. Ou seja, a problemática da política ambiental só poderá ser resolvida quando houver o reconhecimento que o meio ambiente, o Estado e os cidadãos são apenas um, e a partir desse reconhecimento, sejam “garantidos instrumentos de ação conjunta”³⁹.

Na forma representativa, mesmo que seja mais difícil a visualização, o povo exerce seu poder soberano de escolha e participação, desde as eleições, com a escolha de seus representantes, pelo voto direto, secreto e universal, conforme prescreve o art. 60, §4º, II⁴⁰. Além disso, o representante eleito deve exercer seu mandato visando atingir aquilo que o povo almeja, nesse sentido destaca Fábio Konder Comparato: “O representante, mesmo em direito público, age por conta do representado; vale dizer, os poderes que o representante exerce não lhe pertencem, mas lhe foram delegados pelo povo, a quem ele deve prestar contas do exercício do mandato”⁴¹.

³⁷BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 18-73.

³⁸BIELSCHWSKY, Raoni Macedo. **Democracia Constitucional**, 1ª Edição. Saraiva, 2013, p. 88.

³⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 184.

⁴⁰BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 14 de julho de 2016.

⁴¹COMPARATO, Fábio Konder. **Rumo à justiça**, 2ª edição. Saraiva, 2012. p. 204.

Na mesma linha Marilena de Souza Chaui leciona que “representar é estar no lugar de falar por e agir por”, ou seja, a pessoa do representante é portadora da “multiplicidade dos representados”⁴². Assim, o representante, com seus atos, deve refletir aquilo que o povo almeja.

Mesmo que a palavra representação tenha diversos significados, talvez, o conceito mais simples de representação é aquele dado por Renato Janine Ribeiro, que afirma que a representação é “tornar presente o ausente”⁴³. Outro conceito de democracia representativa de fácil compreensão é o que segue:

A expressão “democracia representativa” significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que delas fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade. Ponto e basta⁴⁴.

Para demonstrar que o mandatário é, no sentido mais simples da palavra, apenas um representante, Edis Milaré afirma que em um regime democrático, o Poder Público é “poder”, mas é limitado por ser exercido “tão somente no interesse geral da população, particularmente em se tratando de interesses difusos e da tutela de bens indisponíveis”⁴⁵.

A Constituição Federal de 1988 é o reflexo do desejo de alcançar uma sociedade livre, justa e solidária⁴⁶, porém, para que isso ocorra em plenitude, a democracia (representativa e participativa) deve ser “capaz de realizar os valores de igualdade, liberdade e fraternidade”.⁴⁷ Quando a Constituição traz em seu texto a possibilidade de uma democracia realizada por representantes eleitos ou diretamente, contempla a possibilidade de realização conjunta da democracia representativa com a democracia participativa. Logo, a produção de decisões políticas advindas da atuação de representantes eleitos (vereadores, prefeitos, deputados estaduais, governadores, deputados federais, senadores e presidente da República) ou diretamente dos eleitores, abre a perspectiva de um modelo misto, de democracia semidireta.

⁴²CHAUI, Marilena de Souza. **Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas**. *Op cit.* p. 289.

⁴³RIBEIRO, Renato Janine. **A Democracia**. *Op cit.* p. 30.

⁴⁴BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra Ltda, 1987. p. 44.

⁴⁵MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. *Op cit.* p. 215.

⁴⁶BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. *Op cit.*

⁴⁷NETO MATTOS, Antonio de.; LAMARÃO NETO, Homero; SANTANA, Raimundo Rodrigues. **Direitos humanos e democracia inclusiva**, 1ª Edição. Saraiva, 2012. p. 9.

A democracia sem a adoção de uma postura adequada pelos líderes ou pelo povo, frente aos problemas da comunidade gera uma crise tanto nas instituições políticas, quanto na sociedade e em virtude desse fenômeno “o Judiciário passou a ser um ambiente onde a democracia parece funcionar melhor, quando comparado com o ambiente político nascido nas ruas das cidades”⁴⁸.

A partir daí, são levantadas as questões que envolvem os limites de atuação do Poder Judiciário quando se trata de assuntos que envolvem os outros dois poderes, uma vez que a neutralidade político-partidária dos magistrados, que auxilia na imparcialidade das decisões, gera uma questão conflitante quando se percebe que juízes que não foram eleitos pelo povo tomam decisões que caberiam aos representantes eleitos. Isso deveria representar um limitativo da sua atuação. Nesse sentido, Raoni Macedo Bielschwsky afirma: “Para tanto, uma democracia constitucional faz-se fortalecida por uma adequada separação dos poderes, e suas características funcionais de *checkand balance*, para que assim o poder contenha o poder”⁴⁹.

A sociedade tem vivido sem crença na proteção da política, da religião, da família, do Estado, assim, toda a necessidade de proteção de direitos e garantia de que os direitos sejam efetivamente garantidos acaba recaindo sobre o Poder Judiciário, que passou a ser o último recurso a ser adotado, desde que o modelo capitalista fracionou a sociedade, “como resultado, a sociedade, frustrada com o Executivo, transfere suas expectativas ao Judiciário, buscando-o como forma de coagir o atendimento dos seus direitos”⁵⁰. Depois que todos esses setores caíram na descrença do povo, ele se vê compelido a buscar recursos e proteção no Judiciário, que se tornou o “muro das lamentações”, conforme segue:

Ao mundo da utopia do capitalismo organizado e do que deveria ser da harmonia entre as classes sociais, induzida pela política e pelo direito, sucede uma sociedade fragmentada entregue às oscilações do mercado, onde o cimento das ideologias e da religião, mesmo o dos laços da família tradicional, perde força coesiva. Sem Estado, sem fé, sem partidos e sindicatos, suas

⁴⁸MARIN, Jeferson Dytz. SILVA, Mateus Lopes da. **Os contributos da jurisdição à tutela administrativo-ambiental local: o processo administrativo-ambiental**. Revista Direito Ambiental e sociedade, v. 7, n. 1, 2017, p. 301.

⁴⁹BIELSCHWSKY, Raoni Macedo. **Democracia Constitucional**. *Op cit.* p. 154.

⁵⁰SOUZA, Leonardo da Rocha de. **Formação do orçamento público e realização dos Direitos Humanos: aspectos sociojurídicos**. In: BÜHRING, Marcia Andrea. Souza, Leonardo da Rocha de, Silveira, Clóvis Eduardo Malinverni da. **Direito Ambiental: um transitar pelos direitos humanos e o processo** : anais do XII Congresso Interdisciplinar do CCJU da Universidade de Caxias do Sul, 2015– Caxias do Sul, RS : EducS, 2016, p. 67.

expectativas de direitos deslizam para o interior do Poder Judiciário, o muro das lamentações do mundo moderno, na forte frase de A. Garapon⁵¹.

Além do descrédito nos setores citados, existe a ineficiência dos poderes que deveriam propiciar meios de garantir que os direitos dados aos brasileiros sejam efetivamente cumpridos. Nesse sentido, Serli Genz Bölter afirma que no Brasil é crescente a procura no Judiciário de respostas que deveriam ter origem no Poder Legislativo e/ou Poder Executivo⁵².

Como um exemplo da importância que um mandatário exerce no Estado brasileiro, Comparato destaca a as emendas constitucionais, em que o povo delega o poder, a cada legislatura, aos novos representantes eleitos. Porém, o autor destaca que o povo não tem consciência de que, a cada eleição, está outorgando plenos poderes ao Congresso Nacional para emendar a Constituição⁵³. Assim, o exercício da soberania popular por meio da eleição de novos representantes, que se dá num espaço curto de tempo, a cada dois anos (eleições municipais e eleições estaduais e federais) dá um poder grandioso ao povo, por vezes desperdiçado, por simplesmente não haver a devida reflexão sobre a importância do voto, que transfere aos representantes eleitos o poder de contribuir ou não para questões importantíssimas, entre elas a questão ambiental, como esclarece François Ost “é o debate democrático, agora interpelado pela urgência de desafios inéditos, que deverão proceder as decisões suscetíveis de infletir na nossa forma de habitar a terra”⁵⁴. Nesse mesmo sentido, destaca-se:

Portanto, a democracia constitucional é aquela que representa essa “alma única” existente entre soberania popular e direitos fundamentais, entre liberdades positivas e liberdades negativas, entre igualdade formal e igualdade material, enfim, entre liberdade e igualdade. Mais precisamente, a democracia constitucional registra-se como sendo o regime político essencialmente comprometido com a dignidade da pessoa humana, encarando esta enquanto marco cultural comum e integralizador da comunidade jurídico-política que caracteriza o Estado Democrático de Direito⁵⁵.

Com relação à consciência na hora do voto, Renato Janine Ribeiro afirma que existem pessoas que votam com mais consciência e outras menos, umas refletem sobre

⁵¹VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de Judicialização da política**. Tempo Social, revista de sociologia da USP, 2007. p. 40.

⁵²BÖLTER, Serli Genz. **Judicialização dos conflitos sociais: das demandas individuais para a produção da ordem jurídica**. *Op cit.* p. 07.

⁵³COMPARATO, Fábio Konder. **Rumo à justiça**. 2ª edição. Saraiva, 2012, p. 205.

⁵⁴OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**: Instituto Piaget, Lisboa (Portugal), 1997, p. 395.

⁵⁵BIELSCHWSKY, Raoni Macedo. **Democracia Constitucional**. *Op cit.* p. 93-94.

os candidatos e programas e outras agem como se a eleição fosse uma loteria. E afirma ainda que a “boca de urna” é um sinal que muitas pessoas chegam no dia das eleições indecisas quanto ao voto⁵⁶. Por essa razão, é importante analisar a crise de representação presente no Estado brasileiro e o papel fundamental que as leis exercem em um país como o Brasil que preza pelas regras codificadas.

2.2 A CRISE DE REPRESENTAÇÃO E A FUNÇÃO LEGISLATIVA

As leis do Estado regulam as relações de direito privado ou, pelo menos, autorizam que a regulamentação seja criada, além de criarem crimes, penas, impostos, entre outros. É através da Constituição que se dá a possibilidade à coletividade de firmar um “destino político próprio”.⁵⁷ O Estado visa organizar a vida em sociedade através da criação de leis que devem ser respeitadas e pelo Poder Judiciário que tem o condão de dirimir conflitos.

Mas o Estado não existe em si ou por si; existe para resolver problemas da sociedade, quotidianamente; existe para garantir segurança, fazer justiça, promover a comunicação entre os homens, dar-lhes paz e bem-estar e progresso. É um poder de decisão no momento presente, de escolher entre opções diversas, de praticar os actos pelos quais satisfaz pretensões generalizadas ou individualizadas das pessoas e dos grupos⁵⁸.

A figura do Estado, defensor da ordem, pode ser observada através do Poder Legislativo – responsável pela criação de regras – e do Poder Judiciário – responsável por dirimir conflitos. Para que essa figura se mantenha viva, o Estado precisa tanto do direito quanto da política para manter-se organizado. O objetivo que se pretende alcançar pela criação de normas, além da organização da vida em sociedade, é atingir determinado fim, que por vezes pode ser de carácter político. Nesse sentido vale destacar:

Na verdade, é impossível compreender-se o Estado e orientar sua dinâmica sem o direito e a política, pois toda fixação de regras de comportamento se prende a fundamentos e finalidades, enquanto que a permanência de meios orientados para certos fins depende de sua inserção em normas jurídicas⁵⁹.

⁵⁶ RIBEIRO, Renato Janine. **A Democracia**. *Op cit.* p. 33.

⁵⁷ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 185.

⁵⁸ *Idem.* p. 214.

⁵⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 128.

Não basta a criação de novas leis e a obrigatoriedade de respeito a essas normas pelo povo, pois também o Estado “está adstrito ao seu próprio Direito positivo, seja este qual for, por uma necessidade lógica de coerência e de coesão social.”⁶⁰.

Um dos grandes problemas com relação ao processo de elaboração das leis é o jogo que está por trás das decisões dos legisladores. Por vezes, são escolhidas expressões brandas para não comprometer o parlamentar, que acabam gerando dubiedade ou contrariedades que abrem margens a discussões que acabam por se resolver apenas por meio judicial:

A eficácia de textos parlamentares é perturbada pelo jogo de alianças e de coalizões, o qual faz com que a lei deixe de ser a expressão da vontade, para transformar-se na subtração de múltiplas negações. O compromisso anda de mãos dadas com termos frágeis e disposições ambíguas que não despertam discórdia. A lei torna-se um produto semi-acabado que deve ser terminado pelo juiz.⁶¹.

A crise de representatividade entre os poderes estatais, aliada ao desprestígio do legislativo e a expansão do judiciário tem dificultado a separação dos poderes. A principal crítica levantada quando é abordado o protagonismo judicial é o fato de o juiz estar em uma posição de “super-parte”, recaindo a interpretação da Constituição sobre os juízes e as cortes e excluindo os demais poderes e o povo. Outro ponto relevante é a transferência de decisão ao Judiciário, que passa a estabelecer normas de condutas que devem ser seguidas. Ao mesmo tempo, em razão dessa transferência, os demais poderes podem se escusar de debater temas polêmicos e controversos. Assim, a insuficiência do Legislativo criou uma lacuna, que foi ocupada pelo Judiciário, dando origem ao seu protagonismo⁶².

As novas relações e novos contornos sociais tornaram cada vez mais difícil a tarefa que cabe ao Estado. Quanto mais complexas forem as relações, mais complicados serão os conflitos e as soluções. Ao longo do tempo, como reflexo desse fator, tem-se maior número de regras e estas por sua vez, dão margem a novas discussões.

Aumentando as necessidades sociais e a consciência da necessidade de intervenção e conformação pelo Estado, suas funções e os seus meios se revestem de crescente complexidade. Daí, igualmente, surge uma organização cada vez mais

⁶⁰MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. *Op cit.* p. 216.

⁶¹GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 41.

⁶²PAIM, Maria Júlia Pinheiro. **Do protagonismo judicial à abertura dialógica: a provisoriedade da “última palavra”**. *Op cit.* p. 208.

intrincada, segundo leis e regulamentos numerosos, que internamente disciplinam órgãos e agentes e externamente fixam os seus poderes, deveres, tarefas e incumbências em face dos cidadãos e dos grupos⁶³.

No Brasil existem as “leis que não pegam” e isso é um problema na implementação da norma. Não basta um Estado repleto de regulação em matéria ambiental, se tais normas não são aplicadas no dia-a-dia, gerando uma ideia de impunidade que serve de incentivo aos poluidores. Por tal razão, o Judiciário é compelido a adotar medidas que forcem o cumprimento daquilo determinado. Sobre o tema, o ministro Antonio Herman de Vasconcellos Benjamin faz ponderações esclarecedoras:

Achar que a promulgação de uma lei leva, de modo automático, à retificação do problema que lhe deu origem, paradoxalmente é bem comum na comunidade ambientalista, entre aqueles mesmos que, por experiência própria, deveriam saber que há um oceano entre a legislação ambiental e a realização dos seus objetivos primordiais⁶⁴.

O mesmo autor desenvolve observações sobre o “Estado Teatral”, aquele que legisla apenas para dar uma resposta à insatisfação social, mas não para aplicar de fato a norma. Regula-se em prol do ambiente, mas deixa-se uma lacuna entre a lei e a implementação.

No entanto, é inegável que a proteção legal do bem ambiental situa-se, ainda, num plano teórico e abstrato, que é o plano da produção legislativa, inclusive constitucional. O simples reconhecimento do direito fundamental ao ambiente, ainda que sustentado por intensa legislação infraconstitucional, é evidentemente insuficiente para produzir a sua efetiva proteção. E, aqui, a legislação apresenta-se como um elemento de produção de tranquilidade social, na medida em que também produz a falsa ideia de que existe a efetiva proteção do bem ambiental⁶⁵.

Percebe-se que a degradação continua crescente, ou seja, o processo legislativo não tem sido suficiente para acabar ou reduzir com a crise ambiental no Brasil, mesmo sendo a legislação pátria “tida, internacionalmente, como uma das mais avançadas na

⁶³MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 215.

⁶⁴BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **O Estado Teatral e a implementação do Direito Ambiental**. 2011, p. 06.

⁶⁵LUNELLI, Carlos Alberto. **Direito Ambiental e novos direitos**. In: RECH, Adir Ubaldino, MARIN, Jeferson e AUGUSTIN, Sergio. (org) **Direito Ambiental e sociedade**, Caxias do Sul, RS : Educus, 2015, p.23.

matéria”.⁶⁶ É interessante o posicionamento dos autores Sidney Guerra e Sérgio Guerra quando chamam essa postura adotada pelo legislativo – edição de grande número de normas – de “generosidade”, conforme segue: “Infelizmente, mesmo com a “generosidade” do legislador brasileiro na edição de normas aplicadas ao meio ambiente, estas não são capazes de barrar os abusos que são produzidos em relação à matéria”⁶⁷.

O apelo à lei e ao direito ocupa um novo lugar na vida social e política. Há uma mudança no papel que o Judiciário passa a cumprir. Busca-se a garantia da cidadania pelo acesso de direitos através da imposição do Poder Judiciário⁶⁸.

A crise que tem assolado o Estado pela má administração e/ou pela influência de oportunistas quanto tem gerado reflexos em todas as áreas do Direito. Porém, é no Direito Ambiental que se torna perceptível e preocupante. O grande número de processos em tramitação gera lentidão no Judiciário e quando se fala em questões ambientais, a demora na tomada de uma decisão pode ser crucial, pois “para que a tutela ambiental seja efetiva, há de ser o quanto possível célere”⁶⁹.

A farta jurisprudência a respeito de inúmeras questões atinentes à matéria ambiental não deixa negar que os conflitos estão chegando ao Poder Judiciário. Conforme apontado, é possível afirmar que existe acesso à Justiça no Brasil, fruto das “sucessivas ondas” do Movimento de Acesso à Justiça em solo nacional. O grande problema que se impõe agora, no entanto, é a efetividade do processo, que ainda não foi garantida ao brasileiro. Daí a necessidade de busca por meios alternativos que garantam, pois, não mais a efetividade do processo, mas, sim, a efetividade do direito⁷⁰.

⁶⁶AGUIAR, Wagner José de. MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. **Entre o conservadorismo e o direito das comunidades tradicionais: o judiciário diante da crítica do movimento por justiça ambiental.** Revista Direito Ambiental e sociedade, v. 4, n. 1, 2014, p. 266.

⁶⁷GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. **Curso de Direito Ambiental**, 2ª edição. Atlas, 2014. p. 246.

⁶⁸BÖLTER, Serli Genz. **Judicialização dos conflitos sociais: das demandas individuais para a produção da ordem jurídica.** *Op cit.* p. 07.

⁶⁹TESSLER, Marga Inge Barth. **O Juiz e a Tutela Jurisdicional do Meio Ambiente.** Novos Estudos Jurídicos - Volume 8, nº 2, p.355-369, 2003, p. 361-362.

⁷⁰MOURA, Vanessa dos Santos; LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. **Justiça ambiental e a tutela do meio ambiente: uma análise da utilização do termo de ajustamento de conduta no caso da poluição atmosférica em rio grande/rs** Vanessa dos Santos Moura e Anderson Orestes Cavalcante Lobato In: Coletânea do I Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis [recurso eletrônico] / Rogério Gesta Leal, Anízio Pires Gavião Filho, organizadores. – Dados eletrônicos –Porto Alegre: FMP, 2017, p. 421.

O Poder Judiciário deve acompanhar as mudanças estatais e em caso de omissão do Estado e de provocação do interessado, deve ordenar que as políticas públicas sejam implementadas de acordo com o determinado na Constituição Federal⁷¹.

As omissões do Estado em matéria ambiental têm motivado conflitos, os quais, ao chegarem aos tribunais, desencadeiam a discussão sobre a possibilidade de controle judicial em caso de inércia administrativa. Por conseguinte, é admitido o controle jurisdicional das omissões da Administração Pública na esfera ambiental. Tal controle pode ocorrer através da imposição de medidas positivas de preservação ambiental, ou seja, através de ações judiciais de obrigação de fazer. Os casos de omissão de atuação governamental no âmbito das políticas públicas têm gerado uma necessidade atuação do Poder Judiciário, uma vez que esse Poder passou a ser chamado para resolver questões que envolvem os desejos da sociedade⁷².

Na judicialização da problemática ambiental, o Poder Judiciário é provocado a adotar uma postura frente às novas demandas presentes na sociedade, ou seja, as pessoas (físicas ou jurídicas) provocam o judiciário com a intenção de ouvir um resposta válida para os seus anseios, mediante uma ação judicial, o que reforça a ideia de que a judicialização é um fenômeno que independe da vontade do Judiciário⁷³

O Poder Judiciário, por sua vez, deve manter-se atento às mudanças estatais, porque em caso de omissão do Estado, cabe ao Judiciário ordenar que as políticas públicas sejam implementadas, com a finalidade de assegurar a aplicação da Constituição Federal, especialmente no tocante à proteção ambiental⁷⁴.

O processo judicial, muitas vezes busca a garantia da proteção do bem ambiental, e não se pode retirar do judiciário a garantia de posicionamento que vise a proteger esse bem. É o Judiciário que tem a possibilidade de garantir que o mínimo existencial seja assegurado em sua plenitude.

Não basta que seja assegurado um mínimo existencial qualquer, mas que o mínimo existencial assegure a vida saudável e digna. Ademais, a natureza não pode ser vista como um reservatório de matéria-prima ao homem. Por essa razão, que é

⁷¹VIDAL DE SOUZA, José Fernando; SANOMIYA, Bárbara Ryukiti. **Mínimo existencial ecológico e a Judicialização das políticas públicas**. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 381-407, dez. 2017. ISSN 2238-0604, p. 16-25.

⁷²VIDAL DE SOUZA, José Fernando; SANOMIYA, Bárbara Ryukiti. **Mínimo existencial ecológico e a Judicialização das políticas públicas**. *Op cit.* p. 383.

⁷³CARMO, Valter Moura do; MESSIAS, Ewerton Ricardo. **Pós-modernidade e principiologia jurídica: O ativismo judicial e sua validade no âmbito do Estado Democrático de Direito**. *Op cit.* p. 197.

⁷⁴VIDAL DE SOUZA, José Fernando; SANOMIYA, Bárbara Ryukiti. **Mínimo existencial ecológico e a Judicialização das políticas públicas**. *Op cit.* p.395.

necessário perceber que a atualidade exige uma mudança de postura para a garantia de um ambiente saudável. A proteção ambiental carece que ações sejam tomadas, primeiro em âmbito local, para, posteriormente, em âmbito global.

No Brasil, uma das dificuldades é o enfrentamento da miséria, que impede o desenvolvimento e está interligado à degradação do ambiente. Quando existe a omissão na implementação de direitos fundamentais, o Estado pode ser condenado em ação de obrigação de fazer. Para que isso ocorra é necessário que:

(...) o Poder Judiciário para enfrentamento dessa questão e para efeito de consolidação do mínimo existencial ecológico deve buscar soluções justas e constitucionalmente adequadas, se valendo dos princípios que norteiam o Direito Ambiental, mediante interpretação integrativa e atual⁷⁵.

O Direito Ambiental precisa tornar-se prioridade para o Estado, e a partir daí, tornar-se prioridade para a sociedade. Tornar o Direito Ambiental efetivo não é uma tarefa fácil, todavia, não tempo para espera. É fundamental e urgente a ação do governo em conjunto com a sociedade para que a mudança ocorra. “Temos que acreditar que o caminho mais seguro para se alcançar o objetivo é através da educação, de mudança de mentalidade do povo”⁷⁶.

A afirmação da proteção ambiental através do Judiciário encontra críticas, em razão do caráter inovador do tema e pelas incertezas que cercam o tema. Entretanto, “espera-se do Judiciário a adoção de posturas vanguardistas e corajosas (...)”⁷⁷. A compreensão dessa nova postura adotada pelo Judiciário deve visar o alcance do princípio da dignidade humana. Ao judiciário cabe implementar no âmbito judicial o conceito de dignidade presente na Constituição Federal de 1988. Logo, não basta que sejam enfrentadas as ações ou omissões que causa o dano ambiental, mas o Poder Judiciário deve buscar a proteção e execução de ações protetivas. A postura ativa do Judiciário é justificada pela noção de que é mais eficiente evitar o dano ambiental do que repará-lo.

A atuação do Judiciário deve ser orientada pelo princípio da precaução, em razão das incertezas que as novas tecnologias e o novo modo de vida atual podem causar

⁷⁵CARMO, Valter Moura do; MESSIAS, Ewerton Ricardo. **Pós-modernidade e principiologia jurídica: O ativismo judicial e sua validade no âmbito do Estado Democrático de Direito**. *Op cit.* p. 404.

⁷⁶MEDA, Nadjá Nara Cobra. **Como tornar mais efetivo o Direito Ambiental**. In: FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 184-187

⁷⁷LUNELLI, Carlos Alberto. **Direito Ambiental e novos direitos**. In: RECH, AdirUbaldo; MARIN, JefersonDytz; AUGUSTIN, Sérgio (Org.). *Direito Ambiental e sociedade*. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2015, p. 18

no ambiente. Logo, o processo contemporâneo deve buscar as soluções para as questões ambientais de maneira ampla, buscando sempre a garantia da vida digna para as presentes e futuras gerações.⁷⁸

Quando ocorrem catástrofes ambientais, os administradores públicos respondem à população que os eventos da natureza são imprevisíveis, porém omitem que deixaram de coordenar políticas públicas voltadas para a sustentabilidade ou às coordenaram de maneira insuficiente. Nesse contexto, repetem-se ao longo dos anos catástrofes que poderiam ter sido evitadas se a legislação ambiental tivesse sido colocada em prática.

O positivismo, por si só, há muito temo, deixou de ser segurança jurídica absoluta e está longe de ser eficiente, pois muitas vezes, as leis são feitas para atender a algumas interesses econômicos e corporativos, não tendo nenhuma preocupação com a sociedade e muito menos com a eficiência⁷⁹.

Como a Constituição de 1988 entregou aos entes federados competências ambientais, é cabível a exigência, inclusive pelo meio judicial, o cumprimento efetivo de suas incumbências. O Estado não é proprietário do bem ambiental, mas como administrador que deve atuar visando a transferência desse bem, com qualidade, para as futuras gerações. É em razão disso, que o Estado deve ter uma atuação impecável nessa área, não bastando que cumpra com os requisitos legais por mera formalidade. Os órgãos têm o dever de atuar em conformidade com os direitos fundamentais, ligados à prevenção dos danos ambientais. Como as agressões ao ambiente são de difícil ou impossível reparação e, geralmente, muito onerosas, o Poder Público deve sempre atuar de forma preventiva, ou seja, sempre que houver o perigo de ocorrência do dano, mesmo que não existam certezas científicas sobre o alcance do dano, medidas eficazes deverão ser adotadas para evitá-lo ou controlá-lo pelo Poder Público⁸⁰.

O Direito Ambiental não pode ser colocado em posição secundária frente ao direito de propriedade e o crescimento econômico, por exemplo. Esse direito é prioritário e não pode ser abandonado para a satisfação de outras necessidades. A opção da sociedade brasileira através de sua Constituição foi pela preservação do ambiente e,

⁷⁸ *Idem.* p. 21

⁷⁹ RECH, Adir Ubaldio; MARIN, Jeferson Dytz; AUGUSTIN, Sérgio (Org.). **Direito Ambiental e sociedade**. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2015, p. 118

⁸⁰ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26632-26634-1-PB.pdf> Acesso em: 07/09/2017, p. 03-06.

por isso, o estado deve ter o Direito Ambiental como norte para adoção de suas decisões e escolhas⁸¹.

A administração pública se omite no cumprimento deste dever, causando diversos danos ao ambiente. Por esse motivo que é crescente os conflitos judiciais que tratam dessas questões. O direito fundamental ao ambiente equilibrado é bem de uso comum do povo e não pode o Poder Executivo tomar decisões unilaterais, que impliquem prejuízos ambientais. A adoção desse tipo de decisão coloca o ambiente em papel secundário, o que viola a norma constitucional. Por essa razão, que há a possibilidade da coletividade buscar através do Poder Judiciário, que o Poder Executivo trabalhe em prol de uma boa gestão ambiental⁸².

A (in)aplicabilidade das normas ambientais que encontra barreiras nos três poderes pela falta da implementação das leis, pela inércia do executivo ou pelo elevado número de ações judiciais que acabam por gerar morosidade, aliada à degradação contínua gera a necessidade de analisar a influência do fenômeno da Judicialização e a sua relação com a edição das normas que visam proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2.3 A EDIÇÃO DE NORMAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

É antiga a preocupação ambiental expressa em textos legais, tanto é que as regras ordinárias de proteção ambiental emergem pela precedência da lei sobre a Constituição. Hodiernamente a proteção do meio ambiente é tarefa constitucional, diferente do que se apresentava nas constituições brasileiras anteriores. A Constituição de 1988 incorporou o meio ambiente em seu texto sem precedentes nas constituições brasileiras anteriores, e trouxe diversas referências ao longo de seu texto.⁸³

As diversas medidas adotadas pela Constituição de 1988 fizeram com que ela se tornasse o ápice da incorporação, no Brasil, das questões ambientais, entre elas destacam-se: ter tornado o tema competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ter aumentado o alcance da Ação Popular de forma que qualquer cidadão possa pedir a anulação de ato lesivo ao ambiente, ter incluído nas atribuições do

⁸¹ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente.** *Op cit.* p. 07.

⁸² *Idem.* p. 08-17.

⁸³ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional.** 4.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 267-271

Ministério Público a iniciativa de inquérito e de ação civil pública para proteção do ambiente, ter criado obrigações, responsabilidades e regras específicas, e dever de reparar o dano em matéria ambiental, ter determinado a obrigação defesa do ambiente ao Poder Público e à coletividade. Todas essas medidas conferem ao direito brasileiro papel de destaque na área ambiental. Porém, como são normas do dever ser, dependem da vontade dos executores para que se faça valer a determinação constitucional.⁸⁴

Adir Ubaldo Rech ensina que “na realidade, no Brasil, tem sido uma constante as iniciativas de multiplicar a legislação sobre meio ambiente, sem nenhuma preocupação com sua efetividade, eficácia e cientificidade”⁸⁵, porque os projetos de lei que visam à proteção do ambiente são simpáticos à população e polêmicos, o que propaga as novas iniciativas e cria uma multiplicação de normas ambientais que acabam por não atingir seus objetivos. Foi o reconhecimento da problemática ambiental que incentivou a profusão de normas nessa área, com a proteção da paisagem, flora e fauna, conforme segue:

La recepción, primeramente en los ordenamientos jurídicos occidentales, de la problemática de la protección a la naturaleza, dio lugar a la creación o readaptación de un conjunto normativo que incluye el nuevo Derecho ambiental y el que tradicionalmente protege ciertos recursos naturales: paisaje, fauna y flora.⁸⁶

O Brasil não necessita ficar multiplicando as normas ambientais, porque já possui uma vasta legislação na área. Ademais, a própria Constituição Federal e a aplicação de princípios ambientais permitem a aplicação do Direito voltado para a proteção do bem ambiental. Por outro lado, o Brasil necessita aplicar as normas existentes, inclusive as normas de planejamento do território, porque falhas na ocupação humana estão relacionadas à degradação do ambiente. A ocupação do território de forma organizada pode dar-se através dos instrumentos jurídicos presentes na legislação pátria.

São as normas que garantem o zoneamento ambiental que podem garantir um ambiente ecologicamente equilibrado seja assegurado, tendo em vista a preocupação com a preservação da vida em suas diversas formas e dos espaços destinados à ocupação

⁸⁴ *Idem.* p. 281

⁸⁵ RECH, Adir Ubaldo. Cidades **socioambientalmente sustentáveis**. In: RECH, Adir Ubaldo; BUTZKE, Alindo; GULLO, Maria Carolina Rosa (Org.). Direito, economia e meio ambiente : olhares de diversos pesquisadores. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2012, p. 18.

⁸⁶ MARTIN MATEO, Ramón. Tratado **de derecho ambiental**. Madrid: Trivium, 1991, p. 98. A recepção, em primeiro lugar nos sistemas jurídicos ocidentais, do problema da proteção da natureza, levou à criação ou readaptação de um conjunto de regulamentos que inclui a nova lei ambiental e que tradicionalmente protege certos recursos naturais: paisagem, fauna e flora.

do homem.⁸⁷ Ademais, estas normas auxiliam no uso adequado dos elementos do meio ambiente, na medida em que a organização territorial, inclusive dos elementos poluentes.

A nivel de adopción de principios parece existir un consensus general sobre la necesidad y conveniencia de aplicar al control de los sistemas ambientales las técnicas de planificación. Estas proposiciones son, efectivamente, poco discutibles, en cuanto que de una mayor ordenación del espacio pueden deducirse indudables ventajas para una adecuada utilización de los elementos. La radicación territorial de los focos contaminantes es un factor importante en cuanto a la asimilación por los sistemas naturales e de los subproductos a ellos traladados. La concentración de vertidos ocasiona obviamente cargas que rebasan la capacidad espontánea de autorregeneración de los sistemas.⁸⁸

Em matéria ambiental, o Estatuto da Cidade é um exemplo de legislação que se apresenta como um novo paradigma nessa área, porém, a sua execução ainda não se concretizou. Para que o Estado da Cidade torne-se efetivo, é indispensável que sejam realizados estudos específicos pelas autoridades em conjunto com as universidades, com a finalidade de retirá-lo do papel e trazê-lo para o mundo dos fatos. Enquanto o Estado da Cidade é apenas uma norma que ainda não é aplicada em sua totalidade, o caos nas cidades cresce e as ditas soluções representam de remédios paliativos. “Apesar de estar sendo produzida uma abundância de normas de direito urbanístico, as mesmas não significam um projeto de cidade sustentável e carecem de efetividade”.⁸⁹

Não é possível discorrer sobre cidadania e dignidade da pessoa humana, enquanto se multiplicam ocupações irregulares, principalmente nas grandes cidades, que causam degradação ambiental. É a causa da degradação ambiental que precisa ser eliminada, para que o ambiente seja garantido para as presentes e futuras gerações. O planejamento sustentável das ocupações humanas é essencial e urgente nas grandes cidades, mas também é requisito que deve ser observado em cidades menores e deve abranger as áreas urbanas e rurais. A miséria presente nas periferias surgiu pelos desequilíbrios ambientais, muitos deles decorrentes de ocupação e realização de

⁸⁷ RECH, Adir Ubaldo. **Cidades socioambientalmente sustentáveis**. *Op cit.* p. 17

⁸⁸ MARTIN MATEO, Ramón. **Tratado de derecho ambiental**. *Op cit.* p. 277. Ao nível da adoção de princípios, parece haver um consenso geral sobre a necessidade e desejabilidade de aplicar técnicas de planejamento ao controle de sistemas ambientais. Essas proposições são, de fato, pouco discutíveis, na medida em que uma melhor disposição do espaço pode ser deduzida vantagens indubitáveis para um uso adequado dos elementos. O estabelecimento territorial dos centros poluentes é um fator importante em termos de assimilação pelos sistemas naturais e dos subprodutos a eles seguidos. A concentração de descargas obviamente provoca cargas que excedem a capacidade espontânea de auto-regeneração dos sistemas.[Tradução Nossa]

⁸⁹ RECH, Adir Ubaldo. **Cidades socioambientalmente sustentáveis**. *Op cit.* p. 13-14.

atividades em lugares inadequados. Esse fato ocorreu por falta de preocupação, zelo ou até mesmo omissão do poder público com relação à sustentabilidade, tanto ambiental, quanto social e econômica.⁹⁰

Portanto, a ocupação humana só pode ocorrer após o zoneamento ambiental, através do zoneamento urbanístico e agrário. Entretanto, a preocupação ainda está pautada na elaboração de novas normas ambientais, pautadas na conceituação. A grande falha é que “produzimos um profusão de normas, sem efetividade e eficácia”. Outro instrumento presente na legislação brasileira que pode auxiliar na proteção do ambiente e na garantia da dignidade humana é plano diretor. A norma constitucional brasileira é clara quanto a sua preocupação com o dever de proteção ambiental. É a legislação infraconstitucional, através de sua ineficácia, que não possui condições de sustentar os dispositivos constitucionais. O Estatuto da Cidade é uma lei inteligente, porém faltam interpretações ricas e adaptação à realidade de cada local, além disso, o Poder Público cumpre com a norma para atender a exigência legal, mas não para efetivamente proteger o ambiente, é o que acontece com a elaboração do Plano Diretor.⁹¹

A distância entre a lei abstrata de Direito Ambiental e o cotidiano devem ser aproximados, porém, para o alcance desse objetivo, seria necessário a aplicação de um processo pedagógico que envolvesse o governo, a comunidade – inclusive internacional – e a sociedade.⁹²

Portanto, a proteção do meio ambiente depende da afirmação daquilo que foi estabelecido pela legislação. Por essa razão que o Judiciário possui importância frente à proteção ambiental, pois tem condições de cobrar que as normas sejam aplicadas ao caso concreto. “Esse fenômeno da Judicialização das demandas, inclusive em relação aos conflitos que se estabelecem na proteção do ambiente, reclama a intervenção cada vez maior do Judiciário.”⁹³

A promulgação da Constituição de 1988 e a edição de normas ambientais são um grande avanço na proteção ambiental, porém a norma por si só não garante o resguardo que essa área do direito carece. No Brasil, o distanciamento entre o conteúdo presente nos textos legais e a preservação ambiental, prejudica o alcance da efetividade na proteção ambiental. O Brasil, mesmo com a sua afinidade com o direito legislado,

⁹⁰ *Idem.* p. 14-21.

⁹¹ RECH, Adir Ubaldo. **Instrumento para um urbanismo socioambiental**. In: RECH, Adir Ubaldo (Org.). Instrumentos de desenvolvimento e sustentabilidade urbana. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2014, p. 53-63.

⁹² MEDA, Nadja Nara Cobra. **Como tornar mais efetivo o Direito Ambiental**. *Op cit.* p. 183.

⁹³ LUNELLI, Carlos Alberto. **Direito Ambiental e novos direitos**. *Op cit.* p. 12.

não conseguiu frear a degradação ambiental, o que demonstra que uma vasta legislação na área não é garantia para a manutenção de um ambiente equilibrado. “A edição da legislação de proteção ambiental é o meio do caminho para a efetiva proteção desse bem.” É no processo, através da aplicação no caso concreto, que a norma poderá ser concretizada, do contrário, se tornará inócua. “É claro que a legislação ambiental é essencial à proteção do ambiente, mas, na caminhada trilhada, pode-se perceber que a afirmação da garantia ao ambiente equilibrado já se deu nos ordenamentos legais. O que é preciso, agora, é garantir efetividade a essa afirmação”.⁹⁴

A distância entre os mandamentos legais do Direito Ambiental e o cotidiano carece ser superada através de uma consciência ambiental de caráter mundial. Enquanto esse ideal não se torna uma realidade, cabe ao judiciário ampliar sua postura atuante na busca da preservação do meio ambiente.⁹⁵

A aplicação da norma não poderá estar dissociada da hermenêutica jurídica, visto que “a dimensão hermenêutica está no centro da questão, já que o papel da linguagem e da interpretação são indissociáveis da produção do direito”. A ciência jurídica é dependente da interpretação do jurista. Esse, por sua vez, possui a lei como uma orientação que não pode ser ignorada. É justamente o reconhecimento da atividade interpretativa do juiz que justifica a adoção da postura ativa do Judiciário frente aos demais poderes. O juiz, através da sentença, deve expressar sua “compreensão e interpretação” do direito frente ao caso, além de simplesmente tornar-se um servo do texto legal.⁹⁶

A norma precisa ser amplamente efetivada, através da atuação do Poder Executivo e do Poder Judiciário. E, em caso de desrespeito a elas e consequente degradação ambiental, cabe responsabilização ao agressor, mesmo que se trate do próprio do poder público.

⁹⁴LUNELLI, Carlos Alberto. **Jurisdição italiana, ideologia e tutela ambiental**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2017, p.06-76.

⁹⁵LUNELLI, Carlos Alberto. MARIN, Jeferson Dytz. **Patrimônio cultural e ações coletivas**. In: Ambiente, políticas públicas e jurisdição. org.LUNELLI, Carlos Alberto. MARIN, Jeferson Dytz. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012, p. 15.

⁹⁶LUNELLI, Carlos Alberto. **Jurisdição italiana, ideologia e tutela ambiental**. *Op cit.* p.59-69

3 O ACESSO À JUSTIÇA E A PROTEÇÃO AMBIENTAL

Uma das críticas tecidas contra a judicialização é de que, por justificar-se na insegurança que assola a modernidade, faz com a crença no direito seja potencializada, fazendo com que a cidadania seja substituída pela afirmação jurídica. Dessa forma, quando maior a judicialização, menor seria o debate entre os cidadãos e maior o controle exercido pelo Judiciário.

Embora as críticas apontadas com relação ao tema, a judicialização tem servido de instrumento para a efetivação de direitos e tem sido o caminho adotado para o cumprimento dos direitos estabelecidos constitucionalmente. Questões de responsabilidade do Poder Legislativo e do Poder Executivo encontram no Judiciário a garantia de realização. Dessa forma, o fenômeno está indo ao encontro da democracia e da garantia dos direitos fundamentais, na medida em que serve de para efetivar os direitos prometidos constitucionalmente em 1988.⁹⁷

Os processos de massa, que envolvem grande número de pessoas tornaram o juiz “peça principal”. Foram os processos coletivos os responsáveis pela aproximação do Judiciário com as “grandes controvérsias nacionais” – tornando-o um protagonista –, até porque, ações que envolvem muitas pessoas geralmente têm “relevância política e social”.⁹⁸

Reforçando essa ideia, Jose Luis Bolzan de Moraes afirma que a figura do juiz e do Judiciário ganhou certa magnitude em razão da crise que está presente no Estado brasileiro que reflete um desencontro entre as garantias constitucionais e a efetivação de tais promessas:

Não é à toa que, neste momento de crise de estruturas, a disputa parece ter-se deslocado para a instância jurisdicional do Estado e, assim, como em outras épocas o foram o legislativo e o executivo, hoje o Estado Juiz ganha uma centralidade até há pouco não percebida, forjando-se aquilo que se consentiu nomear Judicialização da política, com a consequente politização do judiciário, sem que isto, no nosso sentir, queira significar um imediatismo completo mas, sim, a expressão de um período de desencontro, como já mencionado, entre as “promessas” do projeto constitucional que marca e identifica a forma e o conteúdo do Estado contemporaneamente e a sua

⁹⁷NISTLER, Regiane. **A Judicialização da política e a efetividade dos direitos sociais**. *Op cit.* p. 200-216.

⁹⁸MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1335.

concretização por meio de políticas de Estado que lhe deem concretude e permitam a sua usufruição pelos cidadãos-destinatários.⁹⁹

Ronald William Dworkin, por sua vez, busca esclarecer os limites de atuação dos juízes e afirma que aqueles que buscam respostas a essa questão, não o fazem por mera curiosidade, mas por preocupação:

Os juristas e os leigos que fazem tais perguntas [os juízes sempre seguem regras, mesmo em casos difíceis e controversos, ou algumas vezes eles criam novas regras e aplicam retroativamente?] não o fazem a esmo nem os move uma curiosidade vã; eles sabem que os juízes detêm um grande poder político e estão preocupados em saber se esse poder é justificado, seja em geral ou em casos particulares. Eles não estão necessariamente persuadidos de que os juízes que criam novas regras estão agindo de maneira imprópria, mas querem saber até que ponto a justificativa para o poder dos juízes, disponível para os casos fáceis – aquela segundo a qual o juiz está aplicando normas já estabelecidas –, estende-se também aos casos difíceis. E portanto querem saber quanta e que tipo de justificação suplementar é exigida por esses casos difíceis¹⁰⁰.

Não é possível que o juiz possua conhecimentos técnicos em todos os assuntos que julga. “Os juízes não têm capacitação adequada em temas científicos, nem informação, nem os recursos para adotar decisões sobre procedimentos.” Já a administração pública possui técnicos, das mais diversas áreas, que podem indicar quais os melhores caminhos a serem percorridos rumo àquilo que foi determinado. Segundo o autor, “o juiz deve respeitar a divisão de funções entre os diferentes poderes e não pode avançar além de afirmar a garantia dos direitos através de mandados orientados a um resultado, evitando envolver-se em procedimentos.”¹⁰¹

Os três poderes interpretam a Constituição e, em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário. Isso não significa que todas as matérias precisem passar pelo tribunal, nem “legitima a arrogância judicial”. Neste caso, dois conceitos merecem ser observados, o de capacidade institucional e o de efeitos sistêmicos. A capacidade institucional diz respeito a maior capacidade que um determinado poder possui para emitir uma decisão sobre determinada matéria, é o caso da transposição de um rio, por exemplo, em que o Executivo ou o Legislativo - quando possuírem técnico com conhecimento específico - deverão ser ouvidos antes da emissão de uma decisão

⁹⁹MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Afinal: quem é o estado?** Por uma Teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.); MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.); STRECH, Lenio Luiz (Org.). Estudos constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 160.

¹⁰⁰DWORKIN, Ronald William. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 8-9.

¹⁰¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p 155-156.

definitiva. Já os efeitos sistêmicos dizem respeito ao dever de avaliação dos efeitos que uma decisão em um caso concreto pode refletir sobre a realidade econômica ou prestação de um serviço público. Um exemplo é o que vem ocorrendo com a judicialização da saúde, em que decisões de ordem individual para a concessão de medicamentos e terapias são vistas como uma forma de colocar em risco a continuidade das políticas públicas da área, visto os escassos serviços públicos. O Judiciário deve verificar, antes de tomar uma decisão, se “um outro poder, órgão ou entidade não teria melhor qualificação para decidir”, principalmente quando envolve conhecimento técnico. Nesses casos, deveria o órgão especializado emitir seu parecer e o Judiciário ratificá-lo, desde que não esteja afrontando uma norma constitucional, seja razoável e o procedimento seja adequado.¹⁰²

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça¹⁰³.

Quando existe a procura de proteção no Poder Judiciário, logo são defrontadas as discussões sobre a interpretação das normas pelos julgadores e sobre a legitimidade dessa forma de aplicar o direito. Nesse sentido, Jorge Miranda ensina que sempre existe a necessidade de examinar a Constituição e a lei, e que não é possível a aplicação sem interpretação, tendo em vista que só a partir dela que se alcança uma leitura jurídica do texto legislativo.¹⁰⁴ Nessa mesma linha leciona:

A interpretação constitucional tem de ter em conta condicionalismos e fins políticos inelutáveis e irredutíveis, mas não pode visar outra coisa que não sejam os preceitos e princípios jurídicos que lhes correspondem. Tem de olhar para a realidade constitucional, mas tem de saber tomar como sujeita ao fluxo da norma e não como mera realidade de facto. Tem de racionalizar sem formalizar. Tem de estar atenta aos valores sem dissolver a lei constitucional

¹⁰² BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Op cit.* 15-19.

¹⁰³ *Idem.* p. 18.

¹⁰⁴ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 448.

no subjectivismo ou na emoção política. Tem de se fazer mediante a circulação norma – realidade constitucional – valor¹⁰⁵.

Nesse aspecto deve ser observada a questão da compreensão na ciência jurídica, uma vez que não existem leis claras e objetivas, pois estas são o produto da linguagem. “A dimensão hermenêutica está no centro da questão, já que o papel da linguagem e da interpretação são indissociáveis da produção do direito.”¹⁰⁶ Tanto é que “fazer ciência nesta área é estabelecer as condições lógicas para o funcionamento da linguagem jurídica”.¹⁰⁷ Nas palavras de Lunelli:

É inevitável o confronto entre a compreensão do operador do processo e a natureza do bem que está em discussão, para que se possa avaliar a necessidade e importância da edição de normas próprias para o processo ambiental e, quiçá, para um processo coletivo. Mais do que isso, esse confronto servirá para demonstrar as alternativas que se apresentam para tornar mais efetiva a prestação da tutela jurisdicional do ambiente e, assim, garantir, com maior efetividade, a sadia qualidade de vida desta e das futuras gerações¹⁰⁸.

A hermenêutica é fundamental na atuação do juiz, visto que faz parte do dever de decidir e enfrentar as demandas reais. O Poder Judiciário está envolto em uma gama de problemas, pois recai sobre ele o dever de decidir sobre questões que deveriam ter sido implementadas politicamente, mesmo estando ele sem o devido aparelhamento e dentro de um sistema engessado.

No entanto, embora persista a crítica é inegável que o Poder Judiciário exerce papel imprescindível na sociedade nos dias de hoje. Por essa razão, mostra-se acertada a afirmação de que o progresso da democracia mede-se especialmente pela ampliação dos direitos e pela sua afirmação em juízo¹⁰⁹.

Segundo, Marcia Andrea Bühring, existe uma necessidade de formação de intérpretes jurídicos para desempenhar a árdua função de tornar o Direito um verdadeiro sistema normativo do Estado Democrático¹¹⁰.

¹⁰⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. *Op cit.* p. 451.

¹⁰⁶ LUNELLI, Carlos Alberto. **Jurisdição italiana, ideologia e tutela ambiental**. *Op cit.* p. 58.

¹⁰⁷ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994, p. 58.

¹⁰⁸ LUNELLI, Carlos Alberto. **Jurisdição italiana, ideologia e tutela ambiental**. *Op cit.* p. 07.

¹⁰⁹ NISTLER, Regiane. **A Judicialização da política e a efetividade dos direitos sociais**. *Op cit.* p. 215.

¹¹⁰ BÜHRING, Marcia Andrea, **Alguns aspectos da hermenêutica Filosófica e Jurídica**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001, p. 276.

A hermenêutica ambiental é fundamental para o alcance da sustentabilidade e pode ser utilizada pelo legislador, pelo Executivo, pelos magistrados e pelos procuradores que atuam na área ambiental¹¹¹.

A jurisprudência ou as interpretações feitas pelos juízes e tribunais sobre os litígios envolvendo o meio ambiente é uma fonte importante para o fortalecimento do Direito Ambiental. Decisões pioneiras proferidas por outros países, especialmente naqueles que dispõem de proteção ambiental há muito mais tempo, são catalogadas e servem de orientação para decisões proferidas pela Justiça brasileira¹¹².

Decisões internacionais têm grande influência na seara nacional, mas não são as únicas. Decisões proferidas pelos tribunais de justiça também merecem destaque, principalmente no âmbito do Direito Ambiental porque estas conhecem as peculiaridades de cada região e podem melhor atender os aspectos locais.¹¹³ Assim, quando é dado ao Judiciário mais um conflito a ser solucionado, o reflexo do pensamento dos julgadores é tido através da jurisprudência. É verdade que se encontram decisões para defender todo e qualquer ponto de vista, mas as decisões majoritárias são capazes de apontar qual rumo o direito brasileiro está propenso a adotar. Nesse viés, destaca-se Antunes que demonstra a importância da jurisprudência até mesmo como motivação para o processo legislativo, inclusive em um país como o Brasil que preza pelo direito legislado.

A jurisprudência é um fator fundamental na construção do Direito Ambiental, mesmo em um sistema como o nosso, que privilegia o direito legislado. Esse fato tem sido ressaltado por quase todos os autores que se dedicam ao estudo da proteção legal do Meio Ambiente. Com efeito, muitos dos contornos básicos do Direito Ambiental foram construídos em litígios judiciais, transportando-se para o mundo legislativo¹¹⁴.

O Poder Judiciário não possui a estrutura necessária para absorver e responder as demandas atuais em tempo oportuno, fazendo-se necessário que se busque alternativas para a solução da crise atual, uma vez que os mecanismos de solução de conflito deixam a desejar o alcance do pleno acesso à justiça. O Judiciário, assim como os demais poderes, vem perdendo credibilidade, na medida em que não tem sido plenamente apto a responder os litígios da contemporaneidade. As causas da defasagem do Judiciário estão ligadas à sua estrutura, a precariedade do aparelhamento à disposição

¹¹¹ LEITE, José Rubens Morato. BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **O Estado de Direito Ambiental e a particularidade de uma hermenêutica jurídica**. Sequência, nº 60, jul. 2010, p. 308-309.

¹¹² BARROS, Wellington Pacheco. b. 2ª edição. Atlas, 2008, p. 39.

¹¹³ *Idem*. p. 39-40.

¹¹⁴ ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito ambiental**, 15 edição. Atlas, 2013, p. 59.

dos servidores, que contrasta com os avanços tecnológicos, às leis voltadas para a concepção individualista, que criam dificuldades na aplicação frente aos complexos conflitos da modernidade e a própria inefetividade do Poder Legislativo e do Poder Executivo, que transferem demandas ao Judiciário.¹¹⁵

3.1 FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A vida em sociedade gera inúmeros conflitos, que comprometem a paz social. A solução desses conflitos implica garantir o acesso do cidadão ao Judiciário, “a tutela processual está ligada ao acesso do cidadão ao Poder Judiciário.”¹¹⁶ Assim, o Judiciário é um poder que tem a função de solucionar os conflitos, proteger os direitos garantidos constitucionalmente, além de corrigir ilegalidades e imoralidades. Porém, ao longo dos anos, o Estado brasileiro tem transferido ao Judiciário decisões importantes de cunho administrativo e político com a justificativa de que os brasileiros não têm condições de exercer a cidadania:

A última moda do momento é transferirmos o nosso destino e o nosso exercício da cidadania para o Supremo Tribunal Federal, sob a desculpa da incapacidade dos cidadãos brasileiros de exercerem a sua cidadania. Nós já fizemos isso em relação ao Imperador, em relação à Presidência da República, em relação aos militares. Vamos, agora, transferir para o Supremo Tribunal Federal e para o Judiciário tal responsabilidade¹¹⁷.

O Direito Ambiental “exige ações de cidadania compartilhada entre Estado e cidadãos, utilizando mecanismos precaucionais, preventivos, de responsabilização, de preservação e reconstituição”, de forma a assegurar aquilo que já existe (bem ambiental) e não apenas se preocupar em criar o que ainda não existe (direitos sociais – habitação, saúde).¹¹⁸

Os inúmeros direitos tutelados na Constituição Federal, que não foram assegurados pelo Estado, produziram grande número de ações judiciais. É certo que é

¹¹⁵FILHO, Fernando Fortes Said. **A Crise Do Poder Judiciário: Os mecanismos alternativos se solução de conflitos como condição de possibilidade para agarrantido acesso à Justiça**. Revista Da Ajuris – Porto Alegre, V. 44, N. 142, Junho, 2017, p. 177-184.

¹¹⁶GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. **Curso de Direito Ambiental**. *Op cit.* p. 366.

¹¹⁷OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A Constituição entre o direito e a política: uma reflexão sobre o sentido performativo do projeto constituinte do estado democrático de direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, v. 41, n. 47, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35927>>. Acesso em: 16/07/2017. p. 166.

¹¹⁸LEITE, José Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na sociedade de risco**. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 39.

dever do Poder Judiciário resolver tais questões, mas é importante observar que ele passou a tomar decisões que estariam nas mãos dos mandatários e dos legisladores. Dessa forma, surgem questões sobre o poder dos juízes e a ineficiência do Legislativo e do Executivo. Ademais, é crescente a ideia de que todo o homem público é corrupto, e tal afirmação é tão forte quanto preocupante. Nessa perspectiva Dallari (1996, p. 77) faz as seguintes considerações:

Como acontece em muitos outros países, inclusive em alguns exportadores de teorias e modelos jurídicos, o Brasil tem muitos bons juízes e não tem um bom Poder Judiciário. Na realidade, os Três Poderes que compõem o sistema brasileiro de governo apresentam falhas e vícios que comprometem sua eficiência e deixam amplos caminhos abertos para audaciosos, oportunistas, indivíduos que buscam sempre um proveito pessoal sem considerar barreiras éticas. Muitos desses personagens conseguem enganar o povo durante algum tempo, apresentando-se como dinâmicos, modernos e até moralizadores, mas, afinal, por causa deles o povo, injustamente, acaba concluindo que todos os homens públicos são demagogos e corruptos. Observadas as peculiaridades de cada setor das atividades públicas, personagens desse tipo têm atuado no Legislativo, no Executivo e no Judiciário.

Substituindo a justiça privada, o Estado tomou para si a tarefa de solucionar os conflitos, através do poder/dever de dizer o direito. Poder porque se trata de uma função típica e dever porque não pode o Estado negar-se a apreciar um caso que se apresente, em razão do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário¹¹⁹.

A normatividade das constituições contemporâneas deu ao Poder Judiciário papel de destaque dentre os Poderes do Estado Democrático de Direito com o alargamento e aprimoramento do judicial review, fazendo com que o aquele poder de boca da lei se tornasse a boca do Direito através da efetivação dos mandamentos constitucionais¹²⁰.

O fenômeno da judicialização, com a entrega do poder de tomada de decisões ao Judiciário tem criado a superlotação desse poder. Com a inércia ou prestação insuficiente dos serviços é crescente o número de ações que buscam nas decisões judiciais a garantia de direitos. Assim, o aumento do número e tipo de processos judiciais tem ligação com a vida em sociedade, uma vez que esta gera conflitos das mais variadas formas. Nesse sentido, Maria Tereza Sadek relaciona o crescimento das demandas com as taxas e industrialização e ao processo de urbanização, porque as novas

¹¹⁹FILHO, Fernando Fortes Said. **A Crise Do Poder Judiciário: Os mecanismos alternativos se solução de conflitos como condição de possibilidade para agarrado acesso à Justiça**. *Op cit.* p. 183-184.

¹²⁰MOREIRA, José A. R.; SANTOS, Márcio G. T. **Função e Controle das Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito**. *Op cit.* p. 94.

ralações geram conflitos que refletem no aumento de procura por soluções advindas do Judiciário. A autora ainda afirma que o crescimento da procura por serviços judiciais depende “da consciência de direitos e da credibilidade na máquina judicial”¹²¹.

Contudo, mesmo que seja crescente o número de ações, grande parcela da população ainda se vê afastada da justiça, o que dificulta que a cidadania seja plenamente exercida. Tal distanciamento se dá por dois principais fatores: o “desconhecimento dos direitos” e a “percepção de uma justiça vista como cara e lenta”.

O controle do Poder Judiciário pela sociedade e pelos próprios juízes é um requisito da democracia e, além disso, será a garantia de eliminação das ações e omissões que, ocultadas ou protegidas pelo pretexto da preservação da independência, impedem o Judiciário de ser um verdadeiro Poder democrático¹²².

A Constituição Federal de 1988 abre diversas novas possibilidades de tutela processual, é o que acontece com o mandado de segurança coletivo, na ação popular, na denúncia de irregularidades, no mandado de injunção, e na ação de inconstitucionalidade por omissão.

O controle de constitucionalidade brasileiro é um dos mais abrangentes do mundo. Ele combina aspectos do sistema americano e do sistema europeu, por essa razão é classificado como híbrido. Logo, no Brasil é adotada a fórmula americana, pela qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei que seja considerada inconstitucional, e é adotada a fórmula europeia que possibilita que algumas matérias sejam encaminhadas ao STF. Além disso, o art. 103 da CF possibilita que órgãos, entidades, sociedades de classe, confederações sindicais ajuízem ações diretas. Por tudo isso, inúmeras questões podem ser analisadas pelo STF.¹²³

Portanto, a sociedade brasileira está amplamente aparelhada para defender seus direitos. O meio judicial tem se tornado um novo espaço público, que possibilita uma “cidadania juridicamente participativa”. A Carta Magna possibilita que intérpretes informais (partido político, organização sindical, entidade de classe, associação legalmente constituída, qualquer cidadão, associação, sindicato, Tribunal de Contas da União, confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional) provoquem ações judiciais, a fim de evitar que direitos previstos constitucionalmente não sejam

¹²¹ SADEK, Maria Tereza. **Poder Judiciário: Perspectivas de reforma**. *Op cit.* p. 11.

¹²² *Idem.* p. 12.

¹²³ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Op cit.* p. 04.

integralmente cumpridos, ou seja, busca-se pôr fim à omissão. Concretizar a Constituição depende da capacidade da comunidade de controle das ações ou omissões do Poder Público, além do trabalho do Poder Judiciário.¹²⁴

A constitucionalização e a positivação carregam a possibilidade de judicialização, pois abrem a possibilidade do tema ser discutido em um processo judicial. O Brasil, com seu amplo direito positivado criou um “terreno fértil” para a judicialização. No final de 2014 haviam 99,7 milhões de processos, segundo o portal “Justiça em Números”. Os processos aumentam, porém alguns não surtem efeitos práticos. A postura adotada pelo Judiciário possibilitou que diversas matérias fossem analisadas, o que ampliou o acesso à justiça. O Judiciário deixou de ser um espaço apenas voltado para privilegiados para se tornar uma arena que inclui até mesmo a massa populacional sem condições para contratar advogados, aqueles que “não conseguiriam ter suas vozes ouvidas, lograram êxito em judicializar suas pretensões”.¹²⁵

Todavia, o Judiciário está amarrado a códigos e leis que preveem mecanismos muito formais, que não permitem que as respostas sejam dadas na mesma velocidade do mundo globalizado. Essa é uma questão que precisa ser objeto de análise, porque não basta dar acesso à justiça se há inefetividade na prestação jurisdicional, em razão da falta de instrumentos capazes de prover essas pretensões. A explosão de litigiosidade e o fracasso do Estado em concretizar o que prometeu, gerou um aumento de reivindicações de ordem quantitativa, com o aumento do número de ações judiciais ao longo dos anos e qualitativa, com o aumento da complexidade das causas propostas.¹²⁶

Por essa razão, são defendidos meios alternativos de solução de conflitos, como a negociação, conciliação, mediação, arbitragem, que são vistos como uma forma desafogar a prestação jurisdicional. Com a remessa das demandas para polos alternativos, haveria uma diminuição da demora na resolução dos conflitos, tendo em vista que “os procedimentos hoje concentrados apenas no Judiciário seriam divididos com outros órgãos”. Esses instrumentos, por se tratarem, em sua maioria, de mecanismos de autocomposição, permitem que os litigantes participem da construção de

¹²⁴CITTADINO, Gisele. **A Constituição de 1988 e a construção da cidadania**. In: Coletânea do I Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis. *Op cit.* p. 66-69.

¹²⁵FACCENDA, Guilherme Augusto. **Ativismo na via extrajudicial**. In: Coletânea do I Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis. Disponível em: http://www.fmp.com.br/imgs_upload/3%20EBOOK%20seminario%20internacional.pdf Acesso em: 20 de julho de 2017, p. 219-226.

¹²⁶FILHO, Fernando Fortes Said. **A Crise do Poder Judiciário: Os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à Justiça**. *Op cit.* p. 190.

uma solução para a sua demanda, a figura do terceiro imparcial é atenuada, para que uma solução construída pelos interessados seja criada, o que assegura “mais efetividade do que se fosse proferida por um terceiro”. A passagem da utilização dos meios tradicionais para os mecanismos de autocomposição é uma mudança de paradigma. Trata-se de uma alternativa viável na busca de soluções de conflitos, que são cada vez mais numerosos e complexos “ante a rapidez das informações e a proliferação das relações sociais”. Há necessidade de ser substituída a ideia de que os litigantes são adversários e não se comunicam entre si. O processo lento acaba por deixar ambas as partes em situação de derrota, pois encerra o processo, mas não obtém êxito na solução do conflito¹²⁷.

O direito à tutela jurisdicional efetiva é consagrado como garantia constitucional e significa que a todos deve ser assegurado o acesso a um processo justo, o que pressupõe um procedimento que possibilite a resposta judicial proferida em tempo razoável, evidenciando a preocupação que existe não apenas com o exercício do direito de ação, mas, sobretudo, com os resultados que dele podem advir. Esse direito fundamental, porém, vem sendo contrastado com a realidade de atuação do Poder Judiciário nacional que cada vez mais torna distante a promessa de concretização de uma prestação jurisdicional a contento¹²⁸.

O modelo de jurisdição atual tem se mostrado insuficiente frente ao alto índice de demandas diversificadas, o congestionamento de processos, a demora em fornecer as respostas ao jurisdicionado, demonstram que o direito fundamental à resposta em tempo razoável não vem sendo garantido com efetividade. A aptidão de outros meios de apreciação das controvérsias é demonstrada pela inclusão destes no art. 3º do Código de Processo Civil, que faz menção à arbitragem, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos.¹²⁹ Não basta que seja possibilitado o direito de ação, é necessário que as respostas cheguem em tempo hábil, respeitadas as peculiaridades de cada caso. O pleno acesso à justiça não se trata de mero direito de ação, mas da necessidade de ser assegurada uma resposta satisfatória ao processo.¹³⁰

¹²⁷*Idem.* p. 190-193.

¹²⁸*Idem.* p. 194.

¹²⁹BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105 de 16 de Março de 2015.

¹³⁰FILHO, Fernando Fortes Said. **A Crise do Poder Judiciário: Os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à Justiça**. Revista Da Ajuris – Porto Alegre, V. 44, N. 142, Junho, 2017, p. 197.

As demandas dos novos tempos clamam por instrumentos de pacificação de conflitos e por um processo de “promoção, regulação e garantia” das conquistas obtidas.¹³¹

Quando se trata do meio ambiente, logo surgem as questões sobre o aquecimento global, e sobre esse tema, é válido destacar que os principais atores na implementação das medidas para combater o aquecimento global no cenário nacional são os poderes legislativo e executivo. Porém, a adoção das medidas necessárias não é tarefa fácil e podem encontrar barreiras em diversos segmentos da sociedade, somando a isso, os representantes eleitos precisam moderar nas suas atitudes a fim de garantir sua posição nas eleições. Por tudo isso, a litigância nessa área tem aumentado nos últimos anos e “medidas judiciais foram interpostas em âmbito local, regional, nacional e internacional como uma forma de superar a inercia de governantes e grandes poluidores em lidar com o aquecimento global de forma efetiva”. Todos esses aspectos foram colocados para afirmar que as soluções consensuais são as melhores soluções para por fim aos litígios ambientais, porém, existem barreiras que impossibilitam que acordos sejam realizados, não restando alternativa se não o “chamamento do Poder Judiciário para solucionar a controvérsia”.¹³² Salienta-se que o Judiciário não possui preparo técnico para prever as consequências de suas decisões no que tange ao aquecimento global, por essa razão, não é defendida a ideia de substituição das ações do Poder Legislativo e do Poder Executivo por ações do Poder Judiciário, porém, os processos judiciais podem ser vistos como ferramentas para “forçar governos a considerar as mudanças climáticas em seus processos de tomada de decisão”, sem violar a discricionariedade desses poderes.¹³³

Sendo a questão ambiental, repleta de incertezas técnico-científicas, por apresentar dificuldade na reparação do dano e por se comunicar com diversos outros ramos do direito (civil, penal, comercial e tributário), o Judiciário passou a manifestar com maior vigor o direito através da jurisprudência, dessa forma, o juiz assumiu o papel que era destinado ao legislador.¹³⁴

¹³¹POLI, Luciana; HAZAN, Bruno. **A atuação do Poder Judiciário Brasileiro e sua contribuição para a construção do Estado Ambiental através da aplicação do Princípio da Sustentabilidade**. Revista Gestão Sustentável Ambiental, Florianópolis, v.2, n. 1, p. 20-46, 2013, p. 34.

¹³²BERNARDO, Vinícius Lameira. **Mudanças Climáticas: estratégias de litigância e o papel do judiciário no combate as causas e efeitos do aquecimento global no context brasileiro**. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre. Nº 80, 2016, p. 79-109, p. 80-81

¹³³*Idem*. p. 84.

¹³⁴LUNELLI, Carlos Alberto. **Jurisdição italiana, ideologia e tutela ambiental**. *Op cit.* p.44-45

Definir o que é uma resolução justa de um conflito socioambiental não é tarefa fácil, mas é possível prever parâmetros que evitem a promoção de injustiças. Um dos parâmetros pode ser a tentativa de utilização da menor carga de impacto negativo em uma decisão que envolve o meio ambiente. As normas processuais foram organizadas de forma a não satisfazer o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, porque dão preferência aos conflitos individualizados. O apego ao formalismo, a mentalidade privatista sobre o direito de propriedade e a falta de compromisso com a justiça ambiental impedem a preservação, além de que danos consumados tornam-se irreversíveis. A falta de eficiência da composição judicial exige uma mudança de paradigma, a utilização de novas formas de resolução de conflitos tem a finalidade de testar o grau de eficiência e analisar as formas alternativas, com o intuito de “compor de forma mais rápida, democrática e socialmente útil” a conflituosidade¹³⁵.

A influência exercida pelo individualismo sobre o processo civil é enorme, uma vez que todos os institutos e o conjunto de categorias de que se utiliza a doutrina processual, foram concebidos para a tutela de direitos e interesses individuais, a partir dos movimentos formadores do Mundo Moderno, especialmente através da influência das ideias do Renascimento e da reforma religiosa. É nisto que reside a dificuldade com que se debate o processo civil quando tem de lidar com direitos supra-individuais, com as ações coletivas, para as quais a maioria das categorias tradicionais tornam-se imprestáveis¹³⁶.

No final do século XX e início do século XXI houve uma mudança quanto às preocupações com o ambiente. Mudanças sociais, econômicas e tecnológicas trouxeram à tona a urgência de se disciplinar aspectos da vida, como a tutela do meio ambiente além do aspecto antropocêntrico, que até então era impensável. As décadas de 1960 e 1970 foram determinantes para perceber que o homem estava criando uma cultura de consumo desenfreada. Em razão dessa percepção, foram positivados novos direitos na década de 1980. O capitalismo trouxe novas questões a serem resolvidas, e o paradigma jurídico, por sua vez, não está apto a “dar conta da velocidade de mutação da sociedade complexa e, por outro, dar ao administrado segurança jurídica e assegurar a efetividade do direito positivado”.

¹³⁵SALES, Alexandre Wilckson Cabral. **A construção de consensos em conflitos socioambientais como instrumento de gestão ambiental integrada da região do cocó em Fortaleza/CE**. Tese de doutoramento do programa de pós-graduação em desenvolvimento e meio ambiente da Universidade Federal do Ceará, 2017, p.42.

¹³⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 56

Os instrumentos por meio dos quais o direito brasileiro opera não são garantidores da efetividade dos direitos, em razão disso, faz-se inevitável a aceitação de que a sentença não é a única forma de solução dos conflitos e de que “a solução negociada pode ser um ‘bom negócio’”. A regulação legal torna-se impossível frente à complexidade da sociedade atual, já as técnicas extraprocessuais, por serem flexíveis e informais, são bons instrumentos a serem utilizados na solução de conflitos. No Brasil, a solução negociada vem ganhando apoio tanto pela mudança de pensamento do brasileiro, quanto pela falta de presteza jurisdicional. Outra vantagem desse novo modelo proposto é a maior possibilidade de adimplemento voluntário, por se tratar de uma solução negociada e não de uma imposição do Judiciário.

A estrutura do Poder Judiciário não tem se mostrado apta para responder todas as questões que lhe são postas no âmbito ambiental, em razão do modelo tradicional de jurisdição que é incapaz de atender a complexidade das demandas, em razão da precariedade da estrutura, falta de recursos humanos ou inexistência de mecanismos legais adequados. Em razão disso, é preciso repensar as maneiras de distribuir a função jurisdicional de maneira que atenda os anseios atuais do Estado¹³⁷.

3.2 DIVISÃO DE PODERES OU DIVISÃO DE FUNÇÕES?

O Estado deveria estar constantemente preocupado em assegurar os direitos dos cidadãos. Em virtude da inércia do administrador público, o cidadão busca essa garantia no Judiciário. Havendo uma falha em qualquer um dos outros dois poderes, na execução ou na legislação, não resta outro meio à sociedade a não ser procurar o Poder Judiciário para assegurar aquilo que é devido. Assim, há o abarrotamento desse poder e como consequência, a demora na resolução dos conflitos, porque o que deveria ser estabelecido ou esclarecido pelos outros dois poderes não ocorre ou se realiza de forma insuficiente.

Quando a questão chega a juízo, sendo evidente que não foi resolvida administrativamente, as demandas ambientais reclamam atitudes positivas e que, efetivamente, se preocupem com a máxima proteção que se deseja, não se admitindo, por exemplo, desperdício de tempo na resolução do conflito, justamente porque muitos anos de desatenção ao meio ambiente têm que ser recuperados, ou melhor, amenizados para que as futuras gerações possam

¹³⁷Filho, Fernando Fortes Said. **A Crise do Poder Judiciário: Os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à justiça**. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 44, n. 142, Junho, 2017P. 197

experimental do mundo que o homem de hoje está, cada vez mais, destruindo¹³⁸.

A clássica divisão dos poderes perdeu o sentido de ser na medida em que foi estabelecida uma divisão por funções no Estado brasileiro. A atuação inadequada do Poder Executivo e do Poder Legislativo - a falta de políticas públicas e os problemas de implementação das normas - transfere ao Judiciário as funções de responsabilidade dos outros dois poderes.

O Judiciário tornou-se um poder político nos últimos anos, principalmente pelas garantias da magistratura e, por isso, tem condições de fazer com que a Constituição e as leis sejam confrontadas aos demais poderes. Ademais, a democracia permitiu que a população conhecesse seus direitos e, a partir daí, cobrasse a garantia deles perante o judiciário. Na mesma linha, o Ministério Público e a Defensoria Pública passaram a atuar de forma mais abrangente.¹³⁹

Quando o Ministério Público promove ações em prol do ambiente, permite que aos cidadãos se aproximem do gozo de direitos previstos constitucionalmente. É basilar a promoção de estruturas mínimas para a vida com dignidade e, se o Poder Executivo não a oferece, resta ao Ministério Público propor ação com tal finalidade e resta ao Judiciário julgá-la com vistas a alcançar o bem comum.

Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, além do Ministério Público, se assimilam pela autonomia, independência e finalidade. Os quatro possuem funções insubstituíveis dentro do Estado, porém, a contemporaneidade trouxe o reconhecimento de que o Estado Constitucional é uno e indivisível. Mesmo que o Direito Constitucional continue alicerçado na Tripartição dos Poderes, a separação rígida é inadequada para o fornecimento de bem-estar ao povo. O ideal é que sejam ocorra uma separação de funções através de um controle recíproco, que assegure o bom funcionamento e a distribuição da carga de trabalho.¹⁴⁰

No Brasil, desde a consolidação do Estado Democrático de Direito e desde a promulgação da CF88, vem crescendo o destaque da jurisdição constitucional, principalmente através das ações do Supremo Tribunal Federal. Após o segundo pós-guerra, as constituições democráticas, buscaram proteção contra todas violações já se

¹³⁸LUNELLI, Carlos Alberto. MARIN, Jeferson. **Patrimônio cultural e ações coletivas**. In: LUNELLI, Carlos Alberto. MARIN, Jeferson (Org) **Ambiente, Políticas Públicas e Jurisdição**. Caxias do Sul, RS: Educ's, 2012, p. 18.

¹³⁹BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Op cit.* p.

03

¹⁴⁰MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011, p.428

havia passado, tal proteção foi efetivada através da regulação de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos. Em razão disso, surgiram novas demandas e novos desafios que refletiram na teoria da tripartição dos poderes. Ocorre que, a teoria da Separação dos Poderes precisa ser (re)adaptada ao contexto histórico atual. Esse tema não está relacionado apenas com a relação do Judiciário com o Poder Executivo e Poder Legislativo, mas também com a relação ao cidadão e à sociedade, que são diretamente afetados, já que a Constituição deve ser assegurada para a efetivação de direitos e o fortalecimento da democracia. “A verdade é que o Judiciário foi, por muito tempo, o menos relevante dos poderes estatais, porque se concebia a função dos juízes tal como Montesquieu, ou seja, como mera “boca que pronuncia as palavras da lei” (*la bouche de la loi*)”. Todavia, o Estado Constitucional evoluiu em conjunto com a sociedade e com o conceito de direitos fundamentais, através da atuação da jurisdição constitucional.¹⁴¹ Com a passagem para o Estado Democrático de Direito e com a utilização de direitos fundamentais, a Constituição foi alargada e passou a contemplar outras questões da atualidade¹⁴².

O Estado Democrático de Direito é marcado pela instrumentalidade e pela normatividade (força normativa) da Constituição, já que oferece aos cidadãos mecanismos jurídicos-legais (constitucionais) para exigir o cumprimento dos direitos (agora também ampliados) previstos desde o modelo anterior¹⁴³.

Na medida em que o Judiciário toma para si a função de proteger o meio ambiente, não há uma ofensa à tripartição dos poderes, mas apenas a utilização de uma alternativa possível para a proteção do direito à vida com qualidade das presentes e futuras gerações. Tal atitude, portanto, não ofende o clássico modelo que ficou conhecido pela obra de Montesquieu, pois está baseada na divisão de funções, já que o Judiciário é um dos órgãos do Estado e cabe ao Estado a garantia tal direito.

Há de se reconhecer que a separação dos poderes é constantemente atenuada na resolução de problemas concretos, e isso, por si só não é uma afronta à democracia. Porém, é importante verificar se a fundamentação das decisões é satisfatória ou não, e em caso de necessidade, seja possibilitada a discussão sobre o tema na arena política. A atual divisão de freios e contrapesos não favorece o diálogo e estimula a desconfiança interinstitucional. A evolução ocorrerá quando a Corte reconhecer que sua voz é somente

¹⁴¹GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013, p. 01-27

¹⁴²*Idem*. p. 27

¹⁴³*Idem*. p. 28

uma dentro da democracia e que ela pode ser ainda mais aceita quando permear nos “argumentos das demais esferas de poder e do próprio povo”. É possível emanar decisões sem colocar o judiciário em um papel de superioridade, desde que o povo e seus representantes sejam ouvidos, e isso nada mais seria do que o manejo da Constituição como um documento representativo e não puramente técnico, além de respeitar o princípio do Estado Democrático de Direito. Essa forma proposta de interpretação da Constituição favorece a ideia de que a decisão judicial não exclui o debate nos demais poderes, pois em caso de inconformismo, os argumentos poderão ser amplamente debatidos no parlamento, por exemplo. Assim, não haveria superioridade da figura do Judiciário, mas o fortalecimento de uma relação de horizontalidade entre os Poderes, na qual nenhum deteria a função de intérprete da Constituição, mas os três passariam a dialogar na busca dos melhores argumentos.¹⁴⁴ Nesse sentido:

firmar premissas que conduzam a um aperfeiçoamento do modelo de revisão judicial nacional, sugerindo que seja abandonado todo e qualquer argumento de autoridade para substituí-los por uma racionalidade discursiva que compreenda, sobretudo, o papel do Judiciário no paradigma do Estado Democrático de Direito, isto é, como uma voz desprovida de hierarquia, mas que merece ser ouvida na busca pelas melhores razões.¹⁴⁵

A nova estruturação jurídico-política incentiva o debate acerca do dogma do Constitucionalismo. A disputa sobre qual poder deve ter a última palavra não favorece o diálogo e limita o debate na existência de um conflito.

A participação do Poder Judiciário nas questões que envolvem a sustentabilidade “é legítima, necessária e útil”.¹⁴⁶ A participação do Poder Judiciário não é um ponto negativo, pois é forma de forçar que aquilo previsto constitucionalmente seja atendido, e isto não é errado. Entretanto, é necessário que os três poderes adotem medidas para garantir um ambiente adequado, para que o dever de proteger o bem ambiental não recaia apenas no Judiciário.

Segundo FREITAS, é chegada a hora em que a administração pública deve adotar uma postura firme frente ao desenvolvimento sustentável, deve ser abandonada a ideia de “gestão que chega tarde” para que os princípios de prevenção e precaução sejam

¹⁴⁴PAIM, Maria Júlia Pinheiro. **Do protagonismo judicial à abertura dialógica: a provisoriedade da “última palavra”**. *Op cit.* p. 196-206.

¹⁴⁵*Idem.* p. 208.

¹⁴⁶POLI, Luciana Costa. **O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade**. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 210-230, julho/dezembro de 2013, p. 210-230.

adotados. A administração deve progredir de modo a deixar de ser passiva e temerária, para se tornar redutora de conflitos e interruptora de tragédias evitáveis. Nas palavras do autor:

Gradualmente, o Direito Administrativo, nas relações entre cidadão e Estado-Administração, deixará de ser aquele que reduz os cidadãos a simples clientes ou que se preocupa tão só com a eficiência. Passará a ser o Direito Administrativo da gestão pública participativa, transparente e concretizadora do princípio da sustentabilidade, que disciplina as relações de administração em sua totalidade.¹⁴⁷

A judicialização significa que questões de cunho político e social são tomadas pelo Poder Judiciário e não pelo Congresso Nacional e o Poder Executivo (Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral), ocorrendo, por isso, a transferência de poder aos juízes.¹⁴⁸ Não é à toa que existem discussões acerca da omissão do Estado, visto que o Executivo tem adotado uma postura inerte frente à crise ambiental. Esse é um ponto controverso e que merece atenção: de um lado não pode o Judiciário adotar uma postura que quebre a harmonia que deveria existir entre os três poderes e de outro estão poderes que não agem adequadamente. Em razão disso, a Judicialização trata-sede uma solução, pois alguém precisa adotar medias para frear as ações danosas do homem no ambiente.

A judicialização não é um fenômeno controlável pelo Judiciário, ela é o resultado a união de diversos fatores e opções do ordenamento, que não foram tomadas por esse poder, mas foram tomadas durante um processo histórico do poder constituinte.¹⁴⁹ A influência para o crescimento da Judicialização não foi exclusivamente do constituinte brasileiro, tendo em vista que a introdução das ações coletivas no ordenamento jurídico brasileiro, com a promulgação da Lei 7.347/85, também foi um marco expressivo. Desde a sua promulgação, tem aumentado as leis que tratam da tutela de interesses coletivos, da mesma forma que tem aumentado a sua aplicação¹⁵⁰.

¹⁴⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 280.

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. ISSN 1138-4824, núm. 13, Madrid (2009), p. 19.

¹⁴⁹ GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. *Op cit.* p. 89

¹⁵⁰ SALLES, Carlos Alberto de. SILVA, Solange Teles da. NUSDEO. Ana Maria de Oliveira 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Carlos_Salles2/publication/299421120_Premissas_de_comparacao_class_action_-_ACP/links/56f558e508ae7c1fda2ee4f9/Premissas-de-comparacao-class-action-ACP.pdf Acesso em: 14 de maio de 2017, p. 20.

A judicialização, por mais que receba fortes críticas, é um “canal adicional de representação que pode significar um dos remédios para o déficit de igualdade que forja uma democracia estritamente formal”¹⁵¹.

Neste sentido, a busca do Poder Judiciário como “lugar de se fazer política” é um remédio tanto à precariedade da democratização da esfera pública, quanto ao monismo representativo, insuficiente para canalizar a vontade de uma sociedade diferenciada e desigual.¹⁵²

Os acontecimentos sociais, políticos e econômicos da contemporaneidade acarretaram no surgimento de novos interesses, que passaram a exigir que novos institutos fossem incorporados no sistema jurídico, ou, ao menos, que os antigos institutos jurídicos passassem a ser adotados com novas significações. O mesmo deve ocorrer no Direito Ambiental, deve operar na busca da melhor aplicação das suas normas. No que tange à judicialização das demandas em matéria ambiental, vale destacar que o poder público, por acumular as funções de agente para a defesa do ambiente e agente degradador do equilíbrio ambiental – tendo em vista a necessidade de realização de obras de relevância social –, o que por muitas vezes, permite que o polo econômico privilegiado.¹⁵³ Não há como retirar do Judiciário o poder de decisão quando houver provocação para tratar de um caso de obra pública que feriu a legislação ambiental, por exemplo.

O uso irregular dos recursos naturais destruirá ou contaminará os mananciais, promoverá a erosão, eliminará a vegetação, poluirá a atmosfera, alterará o clima. Teremos danos incalculáveis com a degradação do *habitat*.

É preciso conscientizar as pessoas, o Ministério Público e o próprio Poder Judiciário de que existe um dever consistente na prática de *ato positivo*, seja para impedir o dano ambiental, seja para reparar o dano ocorrido. Afinal, a defesa do meio ambiente interessa não só às atuais, como especialmente às futuras gerações.¹⁵⁴

Enquanto o Estado não adotar uma postura mais proativa frente ao Direito Ambiental, o Poder Judiciário continuará sendo o responsável por dirimir os conflitos

¹⁵¹ ARAUJO, Gisele Silva. **Participação através do direito: a Judicialização da política**. VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais. Coimbra, 2004. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/lab2004/pdfs/GiseleSilvaAraujo.pdf>> Acesso em: 07 de março de 2017. p. 13.

¹⁵² *Idem*. p. 16.

¹⁵³ PIVA, Rui Carvalho. **Bem ambiental**. São Paulo: M. Limonad, 2000, p.56-112.

¹⁵⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 44.

que surgem após a ocorrência dos danos. Por consequência, não é respeitado um dispositivo constitucional (celeridade) para que outro seja respeitado (direito ao ambiente ecologicamente equilibrado).

Vale observar que o Judiciário tem sido um importante instrumento para a proteção ambiental no Brasil, pois quando existe um dano ou a possibilidade dele, existe a oportunidade de recorrer a esse poder. Talvez, a judicialização pudesse ser evitada ou, pelo menos, ter o número de ações judiciais reduzido se o Executivo e o Legislativo assumissem uma postura mais voltada à proteção ambiental, com a adoção de instrumentos direcionados para a prevenção e a precaução dos danos, fato que refletiria na celeridade processual.

O objetivo primordial não é retirar o poder de tomada de decisões dos juízes, mas demonstrar que há um desequilíbrio na tomada de decisões por esse poder, na medida em que interfere na discricionariedade da administração e emite decisões que têm força de lei.

Cabe ainda verificar, que há eventualmente descaso com a legislação vigente e pouca atenção aos direitos da coletividade. Existe preocupação da espécie humana em auferir ganhos, mas não existe a mesma preocupação em respeitar a natureza, a legislação e a coletividade. Por tais motivos, que é necessário o estudo das possíveis falhas que ocorrem no Poder Executivo e no Poder Legislativo.

Entendia-se que a separação dos poderes deveria ser absoluta, em razão da crença da suficiência da lei. O juiz era um mero aplicador da lei e só era possível realizar a interpretação gramatical, para que não houvesse o risco de envolver-se na competência do Legislativo. Porém, é preciso ter em mente que o poder do Estado é uno e indivisível, mas que a separação dos poderes, nada mais é do que uma divisão das funções estatais. A intervenção de um poder sobre o outro é justificada através da percepção de que a separação não é absoluta. “É como uma ‘teia’ de funções que se reforçam e se complementam no sentido de consolidação da democracia”.¹⁵⁵

(...) o Princípio da Separação dos Poderes, nos dias atuais, requer temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da Constituição e a experiência constitucional se completam, se esclarecem e se fecundam.¹⁵⁶

¹⁵⁵GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. *Op cit.* p. 36-116.

¹⁵⁶*Idem.* p. 117.

Em razão disso, os conflitos de interesse da população deixaram de ser resolvidos pelos poderes eleitos e foram transferidos ao Judiciário, tido como o menos democrático, já que seus membros não são eleitos pelo povo.

Por via das eleições, em tese, pode-se escolher todos os integrantes do Estado. Isso, contudo, não ocorre. As eleições são utilizadas, tão somente, para preenchimento dos cargos de cúpula dos Poderes do Estado, mais especificamente do Legislativo e do Executivo. É muito raro haver eleição para provimento de cargos no Poder Judiciário. Contudo, no Legislativo as eleições desempenham um papel primordial. É este o órgão, por excelência, representativo da vontade popular¹⁵⁷.

Mesmo não possuindo o aval do voto popular, tendo em vista que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo voto popular, tais membros desempenham um papel político. Um exemplo disso, é a possibilidade do Supremo Tribunal Federal se posicionar de forma diversa a uma decisão do Presidente da República. Esse tipo de postura pode ser explicada pela adoção de dois fundamentos: o fundamento normativo, em razão de a Constituição prever tal possibilidade e ao aplicar a lei e/ou a Constituição, o juiz apenas está cumprindo com a vontade do constituinte ou do legislador e o fundamento filosófico que é baseado na ideia de que o Estado Constitucional Democrático é resultado do constitucionalismo e da democracia, em que o “constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais” e a democracia “significa soberania popular”, logo, entre democracia e constitucionalismo podem surgir conflitos, da mesma forma que podem surgir conflitos entre direitos fundamentais e vontade da maioria.¹⁵⁸

Por essa razão, que Luis Roberto Barroso (2009, p. 11-12) defende que a Constituição deve desempenhar dois papéis, são eles: “estabelecer as regras do jogo democrático”, garantindo participação política, a alternância de poder e o governo da maioria, além de “proteger valores e direitos fundamentais”, mesmo que contra a vontade daquele que recebeu mais votos. Já ao Supremo Tribunal Federal – STF, caberia o papel de “intérprete final da Constituição”, devendo proteger tanto as “regras do jogo”, quanto os direitos fundamentais.¹⁵⁹ Dessa forma:

¹⁵⁷BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. *Op cit.* p. 204.

¹⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. b. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf Acesso em: 08/10/2017,p. 11.

¹⁵⁹ *Idem.* p. 11-12.

(...) a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo.¹⁶⁰

A visão de Norberto Bobbio com relação ao desenvolvimento democrático é no sentido de que não importa o número de eleitores, mas sim o número de instâncias não políticas nas quais é possível exercer o direito ao voto, ou seja, o desenvolvimento da democracia se dá com a ocupação dos espaços “dominados por organizações de tipo hierárquico ou burocrático”. Nessa linha diz o autor:

Hoje, se se quer apontar um índice do desenvolvimento democrático este não pode mais ser o número de pessoas que têm o direito de votar, mas o número de instâncias (diversas daquelas políticas) nas quais se exerce o direito de voto; sintética mas eficazmente: para dar um juízo sobre o estado da democratização num dado país o critério não deve mais ser o de “quem” vota, mas o de “onde” se vota (e fique claro que aqui entendo o “votar” como ato típico e mais comum do participar, mas não pretendo de forma alguma limitar a participação do voto).¹⁶¹

Salienta-se que os juízes não são proibidos de exercer a atividade política. Pois, exercem atividades políticas de duas formas: integrando “o aparato do poder do Estado”, que por sua vez é uma “sociedade política” e principalmente porque são cidadãos e exercem o direito de votar. Assim, não se pode desprezar que por votar e por escolher um candidato – aquele que mais se aproxime dos seus ideais – o juiz torça para que o candidato em que votou seja eleito.¹⁶² Quando se fala em politicidade é interessante observar que por mais que os juízes mantenham a discricção com relação às suas preferências políticas, eles as têm, e é melhor admitir essa ideia, do que imaginar que os juízes não se preocupam com o futuro do país.¹⁶³ Nesse viés, o autor afirma que a politicidade quando percebida e aceita não reduz o valor das decisões, pelo contrário, serve para gerar decisões ainda mais adequadas:

O reconhecimento da politicidade do direito nada tem a ver com opções partidárias nem tira, por si só, a autenticidade e a legitimidade das decisões judiciais. Bem ao contrário disso, o juiz consciente dessa politicidade fará um esforço a mais para conhecer e interpretar o direito, considerando sua inserção necessária num contexto social, procurando distingui-lo do direito abstrato ou de que é criado artificialmente para garantir privilégios, proporcionar

¹⁶⁰ *Idem.* p. 12.

¹⁶¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo.** *Op cit.* p. 56.

¹⁶² DALLARI, Dalmo de Abreu. **O estado federal.** *Op cit.* p. 85.

¹⁶³ *Idem.* p. 87.

vantagens injustas ou impor sofrimentos a outros com base exclusivamente numa discriminação social.

Ao analisar o tema, não basta apontar a crise de separação dos poderes como sendo a única influência do fenômeno da judicialização, posto que a revisão dos atos do Legislativo e Executivo através de uma “decisão em última instância” também tem um forte impacto sobre o tema. Aliado a isso, existe a possibilidade de fundamentar as decisões com princípios, o que gera um alargamento da discricionariedade do juiz. Todos esses aspectos demonstram uma renovação das relações entre os poderes, de forma que a judicialização passar a representar “uma cidadania jurídica, e a participação popular através do direito”.¹⁶⁴

O professor Ovídio Araújo Baptista da Silva, ao tratar do tema, ensina que as mudanças devem ocorrer desde o ensino do Direito nas Universidades, tendo em vista a necessidade de discussão de casos práticos com os alunos, de forma a mostrar a problematidade presente no direito. A hermenêutica, a compreensão e a criação jurisprudencial do direito devem ser reconhecidas desde os primeiros semestres da graduação em Direito, para que, com a quebra do dogma, seja também desfeita a “doutrina da ‘separação dos poderes’ do Estado”.¹⁶⁵

Enquanto o Direito for tratado como uma questão lógica, enquanto houver a ilusão de a lei possui um único sentido, o ensino do Direito nas universidades continuará a preparar servidores habilitados, exclusivamente, para descobrir a “vontade da lei”.¹⁶⁶

É fundamental acrescentar no ensino da ciência jurídica moderna “novos ingredientes”, um deles é a superação da doutrina da separação de poderes como sendo a redução do judiciário a um poder subordinado, “cuja missão constitucional não deveria ir além da tarefa mecânica de reproduzir as palavras da lei, de modo que a jurisdição não passasse de uma atividade meramente intelectual, sem que o julgador lhe pudesse adicionar a menor parcela volitiva”. A ideologia da “separação dos poderes” precisa ser abandonada, tendo em vista se tratar de um ideal político do liberalismo já ultrapassado e antiquado.¹⁶⁷

A Constituição Federal de 1988 acreditou tanto na Justiça que conferiu poderes ao juiz brasileiro de uma forma inédita. À vista disso, o Judiciário não pode continuar com um papel de “espectador da realidade”, mas deve apresentar uma nova postura, tão

¹⁶⁴ ARAUJO, Gisele Silva. **Participação através do direito: a Judicialização da política**. *Op cit.* p. 12.

¹⁶⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. *Op cit.* p. 37

¹⁶⁶ *Idem.* p. 53

¹⁶⁷ *Idem.* p. 92-318

responsável pela conquista dos objetivos fundamentais quanto os demais poderes do Estado. “Sendo poder constituído, evidentemente subordinado à vontade constituinte, não tem o direito de sentir-se alheio ao projeto de edificar uma sociedade livre, justa e solidária”. Assim, a judicialização não deixa de ser uma quebra de paradigma, onde a tradição jurídica individualista, em que prevalecia o direito privado, abre espaço aos direitos fundamentais, aos conflitos coletivos e ao reconhecimento de que o Estado possui deveres frente o cidadão e de que tais deveres devem ser integralmente cumpridos.¹⁶⁸ No tocante à proteção ambiental, as regras de direito privado não são suficientes para regular a matéria:

El Derecho ambiental es sustancialmente un Derecho público, aunque a sus objetivos puedan concurrir normas de otra naturaleza con las que regulan las relaciones de vecindad, pero es evidente que la hipotatización de determinadas reglas de Derecho privado no puedan bastar para la regulación de las conductas aquí en juego¹⁶⁹.

Retirar do Judiciário a possibilidade de adoção de uma postura ativa e criativa, frente à hermenêutica jurídica, é reclamar do Judiciário sem perceber que os demais poderes muitas vezes não possuem capacidade ou coragem para adotar decisões, além das vezes em que as decisões tomadas pelo Poder Executivo e Poder Legislativo são conflitantes.¹⁷⁰

3.3 UMA LUTA DE INTERESSES: ECONOMIA X PRESERVAÇÃO DA NATUREZA

As questões ambientais estão, muitas vezes, ligadas à ganância do homem. Os recursos naturais são colocados em segundo plano frente aos interesses econômicos, isso pode ser observado toda vez que um empreendimento não busca o licenciamento ambiental ou toda vez que o Direito de Propriedade é visto como prioritário diante do Direito Ambiental, por exemplo. O que merece ser destacado é que as ações humanas voltadas para os ganhos econômicos colocam em risco a vida no planeta.

¹⁶⁸GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. *Op cit.* p. 64-87

¹⁶⁹ MARTIN MATEO, Ramón. **Tratado de derecho ambiental**. Madrid: Trivium, 1991, p. 95. O Direito ambiental é substancialmente um Direito público, embora seus objetivos possam concordar com regras de outra natureza como aquelas que regulam as relações de vizinhança, mas é claro que a certas regras do direito privado podem não ser suficiente para regular o comportamento aqui em jogo. [Tradução Nossa]

¹⁷⁰GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. *Op cit.* p. 88

Preocupado com a sobrevivência da espécie humana, Freitas destaca que o modelo adotado após a Revolução Industrial: a visão de que o homem poderia dominar os recursos naturais e o crescimento desordenado das cidades tem dado fomento à crise.

O modelo de desenvolvimento adotado pela sociedade contemporânea, especialmente após a Revolução Industrial e a concepção positivista de progresso em que o homem deveria dominar a natureza, nos levou a uma evidente constatação de crise ambiental, ao passo em que a exploração incontrolada dos recursos naturais, aliada ao crescimento desordenado dos centros urbanos e às formas de gestão econômica da sociedade, nos têm gradativamente impelido a vislumbrar um comprometimento da vida no planeta ¹⁷¹.

A contemporaneidade trouxe discussões sobre a judicialização, a crise de Estado, a crise de representação, a crise ecológica, entre outras. Capra ensina que a crise é de ordem mundial e afeta desde a saúde, a economia, a qualidade de vida, política e acima de tudo a possibilidade de sobrevivência da espécie humana no planeta:

As últimas duas décadas de nosso século vêm registrando um estado de profunda crise mundial. É uma crise complexa, multidimensional, cujas facetas afetam todos os aspectos da nossa vida – a saúde e o modo de vida, a qualidade do meio ambiente e das relações sociais, da economia, da tecnologia e da política. É uma crise de dimensões intelectuais, morais e espirituais; uma crise de escala e premência sem precedentes em toda a história da humanidade. Pela primeira vez, temos que nos defrontar com a real ameaça de extinção da raça humana e de toda a vida no planeta ¹⁷².

Na busca de respostas para a crise que afeta o estado brasileiro, Moraes destaca que elas virão do próprio estado como uma forma de retorno à Constituição: “Se o Estado morreu. Se o Estado está em crise, Viva o Estado! Porque é dele que poderão emergir as respostas eficientes e suficientes para o retorno à Constituição, como símbolo do projeto de uma sociedade justa e solidária”. ¹⁷³ Já Marin aposta na Constituição como forma de resolver a crise, mas sem perder a consciência que o próprio texto constitucional deu origem a ela, conforme segue:

A insuficiência do Estado, a descrição de suas crises e o paradoxo entre igualdade e liberdade produzidos especialmente a partir do liberalismo/neoliberalismo, sinalam para a Constituição como o fundamento material, que assegura um ponto de partida para a superação das vicissitudes apontadas. Contudo, é certo que a Carta Política, por si só, não registra condão

¹⁷¹ FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Ambiental em Evolução**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 36.

¹⁷² CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. 21.ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2000, p. 19.

¹⁷³ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Afinal: quem é o estado?** Por uma Teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. *Op cit.* p. 166.

de emprestar solução à crise estatal, até porque, ela própria nomina um dos vieses da crise.¹⁷⁴

Papel de destaque é dado à nova cidadania ambiental porque não está circunscrita espacialmente a determinado território ou ligada a um determinado povo oriundo da significação clássica de nação; ela tem como “objetivo comum a proteção intercomunitária do bem difuso ambiental”, fugindo dos elementos referidos da cidadania clássica.¹⁷⁵

Além de levantar a problemática da ausência de escolha dos representantes no Poder Judiciário, o que se pretende a partir desse estudo é perceber que para que haja uma proteção ambiental oriunda da consciência da democracia representativa é necessário que o Estado participe ativamente, desde a garantia de uma educação plena na área – que não seja apenas de forma superficial –, até o amplo acesso à informação e mais, assegurando o amplo acesso à justiça com qualidade e sem morosidade, porque em matéria ambiental, um processo sem respeitar o princípio da razoável duração do processo pode ser a concretização do dano. “A introdução de visão democrática ambiental proporcionará uma vertente de gestão participativa no Estado, que estimulará o exercício da cidadania, com vistas ao gerenciamento da problemática ambiental.”¹⁷⁶

Quando é abordada a judicialização, também é abordada a questão da morosidade da justiça, que causa a superlotação do Judiciário. Um aspecto interessante de se observar é o impacto que o sistema recursal tem sobre a demora na resolução dos conflitos. O recurso nada mais é do que uma declaração de desconfiança no julgador. É uma desconfiança, principalmente, no juiz de primeiro grau e a esperança nos escalões superiores, até que ocorra a coisa julgada. O tratamento que o legislador e a doutrina dão aos recursos é um dos sintomas da ideologia racionalista. São os recursos que contribuem para a morosidade da justiça, porém não há interesse em revisá-los para a redução de seu número¹⁷⁷.

Estamos frente ao núcleo duro do sistema, o ponto em que ele se mostra inflexível. É desta perspectiva que se percebe seu caráter autoritário. Embora

¹⁷⁴ MARIN, Jeferson Dytz. **Crise da jurisdição e decisionismo em Alexy: prisioneiros da liberdade**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 77-78.

¹⁷⁵ LEITE, José Morato. AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 317.

¹⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183.

¹⁷⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. *Op cit.* p. 239-242.

seja unânime e compreensão de que o imenso caudal de recursos seja o principal fator para o emperramento da máquina judiciária, podemos estar seguros de que não teremos como livrar-nos do mal. Todos concordam em que se deveria impor uma severa revisão no sistema recursal, de modo a limitar drasticamente seu número e, especialmente quanto à apelação, os limites e seu efeito devolutivo. Apesar do consenso, podemos apostar em que o sistema será mantido¹⁷⁸.

Quanto à prática recursal, há a lamentação da morosidade da justiça. Porém como reduzir o número de trezentos mil processos encaminhados às Cortes Superiores se é assegurada a “plena defesa”, a plenaridade das demandas e a lei possuiria um sentido único, que precisa ser desvendado?¹⁷⁹

Mesmo que pareça surpreendente, temos que aceitar como natural que o Superior Tribunal de Justiça julgue numa única sessão o que muitos tribunais europeus e a própria Suprema Corte americana julga em um ano.¹⁸⁰

É premente a necessidade de revisão das funções dos Tribunais Superiores e de extinção da compreensão de que decisões de última instância são mais justas. Já que “(...) a “justiça perfeita” é a justiça do tirano que, sendo perfeita, torna-se inquestionável”.¹⁸¹

A crise ecológica surgida a partir dos altos níveis de intervenção humana sobre os recursos naturais tem gerado problemas de ordem planetária. É preciso frear a ação humana e reconduzir os rumos para ações voltadas à tutela ecológica, principalmente quando está em jogo a preservação da espécie humana e a solidariedade intergeracional.

O desenvolvimento econômico do Estado brasileiro esteve ligado ao desrespeito com relação aos recursos naturais, principalmente com a exploração dos produtos, visando a negociação com o mercado externo. Foi a partir da década de 80, com a edição da Política Nacional do Meio Ambiente que começou a ser debatido com maior frequência o conceito de sustentabilidade e a finitude dos recursos naturais. Tais conceitos não foram introduzidos de maneira linear e ainda existem obstáculos pra a aplicação, porém, as mudanças vêm ocorrendo, mesmo que de forma lenta¹⁸², pois

¹⁷⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. *Op cit.* p. 243.

¹⁷⁹ *Idem.* p. 246.

¹⁸⁰ *Idem.* p. 246.

¹⁸¹ *Idem.* p. 253.

¹⁸² ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 11.ed. reform. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 14-15.

“constata-se que os recursos ambientais são inesgotáveis, tornando-se inadmissível que as atividades econômicas desenvolvam-se alheias a esse fato.”¹⁸³

O hiperconsumo é um dos vilões, quanto à esgotabilidade dos recursos naturais, pois o incentivo ao consumo desenfreado e os novos modos de produção que se utilizam do ambiente e dos recursos naturais como se eles se tratassem de objetos. O consumo crescente em escala mundial, além de poluir e esgotar com os recursos naturais gera desigualdades dentro dos Estados e entre eles.¹⁸⁴

O homem é, por si só, o vilão que gera o desequilíbrio ambiental. A intervenção da sociedade nos recursos naturais tem gerado alterações no planeta, e tudo isso ocorre em virtude do desenvolvimento tecnológico, científico e econômico, o que torna, cada vez mais urgente a necessidade de organização econômica da sociedade. Nas palavras de Sônia Elisete Rampazzo:

Percebe-se que as estratégias de desenvolvimento adotadas têm privilegiado o crescimento econômico a curto prazo, às custas dos recursos naturais vitais, provocando verdadeira crise ambiental em escala mundial. A paisagem natural está cada vez mais ameaçada, principalmente, pelo indiscriminado uso de recursos naturais não renováveis.¹⁸⁵

A pobreza não é apenas um problema social, mas também um problema de ordem ambiental, pois as baixas condições de vida estão associadas a danos ambientais. A respeito disso, técnicas sustentáveis de produção devem ser utilizadas como forma de se alcançar o desenvolvimento sustentável, tendo em vista que “de nada adianta falar em sustentabilidade se ainda convivemos, hodiernamente, com a morte humana causada pela fome.”¹⁸⁶

Os ricos geram degradação pelo consumo desenfreado e pelo consumo dos recursos naturais para manter o seu padrão de vida. Os pobres, por necessidade, se utilizam do solo de maneira incorreta, desmatam e se concentram nos centros urbanos.¹⁸⁷

¹⁸³FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 12.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 82.

¹⁸⁴HORN, Luiz Fernando Del Rio; VERGANI, Vanessa. **O consumismo como o lado perverso do consumo: principais malefícios à sociedade contemporânea**, p. 141-160. In: PEREIRA, Agostinho OliKoppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio. *Relações de consumo: consumismo*. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2010, p. 152.

¹⁸⁵RAMPAZZO, Sônia Elisete. **A questão ambiental no contexto do desenvolvimento econômico**, p. 157- 188. In: BECKER, DinizarFermiano. **Desenvolvimento sustentável**. 3.ed. Santa Cruz do Sul, RS: EDUNISC, 2001, p. 157-159.

¹⁸⁶SÉGUIN, Elida; CARRERA, Francisco. **Planeta terra: uma abordagem de Direito Ambiental**. 2.ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 120.

¹⁸⁷RAMPAZZO, Sônia Elisete. **A questão ambiental no contexto do desenvolvimento econômico**. *Op cit.* p. 169.

Logo, o problema da degradação ambiental ultrapassa as classes sociais, assim como ultrapassa as fronteiras dos Estados.

Desta forma, os esforços em prol do desenvolvimento sustentável devem se voltar para o Homem, porque é ele o maior responsável pela degradação do meio ambiente.¹⁸⁸

Sobre esse aspecto, diz-se que a humanidade chegou a uma encruzilhada, em razão de que precisa escolher entre continuar desfrutando de um alto padrão de vida, que gera altos custos ambientais, ou mudar o seu padrão de vida, algo que não parece ser concebível.

Eis que, no atual momento da História humana, estamos ante uma difícil encruzilhada: a existência de homem no planeta Terra, com seus quase sete bilhões de indivíduos, com um padrão de vida dantes nunca experimento, é uma realidade, e isso implica um enorme custo ambiental. Declinar do conforto e da qualidade de vida, como hoje a temos, não parece uma hipótese aceitável. Por outro lado, depararmos com a grande questão: até quando o planeta Terra suportará a crescente pressão que dia a dia acentua o empobrecimento dos ecossistemas restantes já demasiadamente fragilizados?¹⁸⁹

Os conflitos ambientais refletem uma luta de interesses, onde de um lado está o tema econômico e de outro a preservação da natureza. Muitos desses conflitos acabam chegando ao Judiciário, já que este tem o dever de garantir os interesses dos indivíduos e essa grande procura deu origem ao fenômeno da Judicialização dos conflitos ambientais.

Os princípios e as normas que tratam da questão ambiental têm papel fundamental na superação da crise presente na sociedade de risco, porém é preciso que o Estado como um todo esteja preparado para a aplicação de ambos. Não basta um Estado-Juiz repleto de leis e princípios para aplicar, se o Estado-Legislador e o Estado-Administrador não estejam preocupados, ou até mesmo preparados, para enfrentar a questão.

É preciso que o Legislativo e o Executivo resgatem sua função de representar materialmente a comunidade, trazendo-a para o centro do processamento e da concretização das soluções. É preciso que ambos – Legislativo e Executivo – resgatem sua credibilidade, e isso passa pela legitimação de sua existência. A

¹⁸⁸SÉGUIN, Elida; CARRERA, Francisco. **Planeta terra: uma abordagem de Direito Ambiental**. *Op cit.* p. 103

¹⁸⁹BUTZKE, Alindo; ZIENBOWICZ, Giuliano; CERVI, Jacson Roberto. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2006. p. 29.

comunidade precisa (re)formar essas funções do poder e não se manter inativa e exigente¹⁹⁰.

A Constituição Federal de 1988 vislumbrou a possibilidade de conflito entre a economia e a preservação ambiental, e em razão disso, trouxe em seus artigos 170 e 225 o direito à livre iniciativa e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Cristiane Derani, afirma que os dois princípios (o da livre iniciativa e o do meio ambiente ecologicamente equilibrado) são igualmente necessários para a realização de uma existência digna, não podendo ser esquecido o direito ao meio ambiente equilibrado para a realização da livre iniciativa. Nessa perspectiva, o desenvolvimento econômico deve ocorrer, sempre visando a utilização sustentável dos recursos naturais. Não é possível cogitar-se em desenvolvimento econômico sem a proteção ambiental, uma vez que, ambos os princípios estão previstos constitucionalmente.¹⁹¹

Não se pretende frear o desenvolvimento econômico, sob a ótica da proteção ambiental, mas chamar a atenção para a necessidade de que o crescimento econômico ocorra ao encontro da proteção ambiental. Por conseguinte, é possível que a economia e o meio ambiente estejam mais próximos, através do desenvolvimento sustentável, pois este objetiva o crescimento sem esgotar os recursos naturais, para isso é preciso a “redefinição de padrões de uso de recursos e das finalidades do crescimento.”¹⁹²

Não se deve perceber tais princípios como antagônicos, inclusive porque vertem da mesma norma, mas devem ser compreendidos como princípios inseparáveis que devem sempre ser observados com cautela para que as decisões sejam tomadas visando o bem de toda a coletividade.¹⁹³

É interessante observar que o *caput* do art. 2º da Lei 6.938 de 1981 introduz a proteção ambiental como ferramenta para o desenvolvimento econômico, demonstrando a importância de observação da proteção ambiental para o desenvolvimento do país.¹⁹⁴

Art. 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico,

¹⁹⁰MARIN, Jeferson Dytz. SILVA, Mateus Lopes da. **Os contributos da jurisdição à tutela administrativo-ambiental local: o processo administrativo-ambiental.** *Op cit.* p. 302.

¹⁹¹DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental econômico.** 2.ed.rev. São Paulo: M. Limonad, 2001. p. 221-241.

¹⁹²RAMPAZZO, Sônia Elisete. **A questão ambiental no contexto do desenvolvimento econômico.** *Op cit.* p. 174-181.

¹⁹³DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental econômico.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 222.

¹⁹⁴ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 11.ed. reform. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 15.

aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana (...)¹⁹⁵

Esse artigo faz menção ao desenvolvimento sustentável, que surgiu na Conferência Mundial do Meio Ambiente, no ano de 1972, em Estocolmo e foi reafirmada na ECO-92, com a utilização do termo ao longo de seus princípios.¹⁹⁶ A sustentabilidade, de acordo com a NBR15401 de 2006 é o “uso dos recursos, de maneira ambientalmente responsável, socialmente justa e economicamente viável, de forma que o atendimento das necessidades atuais não comprometa a possibilidade de uso pelas futuras gerações”.¹⁹⁷

O conceito de sustentabilidade, muito estudado na biologia, tem se tornado cada vez mais presente em outras áreas, em razão da necessidade da sociedade moderna em discutir o assunto, tratando-se do:

resultado de um processo histórico de reflexão sobre a capacidade do planeta Terra de responder às demandas humanas de alimento, vestuário, morada e demais elementos que determinam a qualidade de vida das diferentes populações no espaço e no tempo¹⁹⁸.

Segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo, o que se busca é a coexistência de maneira harmônica entre a economia e o meio ambiente, de forma que o desenvolvimento ocorra de maneira sustentável e que os recursos naturais não se esgotem, ou seja, o que se deseja não é a paralisação do desenvolvimento do país, a partir da ideia de proteção ambiental, nem tornar as grandes empresas nas vilãs. Mas é necessário que todos trabalhem em prol de um desenvolvimento que não coloque em risco a vida no planeta.

Uma sociedade que não leve em conta a necessidade de preservação ambiental e apenas se preocupe com a livre concorrência e a livre iniciativa, gerará o caos ambiental, e aqui há de ser observado que como o meio ambiente é repleto de ligações, o dano causado em um local pode ocasionar danos em diversos outros. Assim, o desenvolvimento econômico deve existir, mas sempre sob a ótica da preservação

¹⁹⁵BRASIL. Lei nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em 11 de abril de 2017.

¹⁹⁶FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. *Op cit.* p. 82.

¹⁹⁷ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 15401: Meios de hospedagem — Sistema de gestão da sustentabilidade** — Requisitos. Rio de Janeiro, 2006. p. 3.

¹⁹⁸LANGE, Maria Bernadete Ribas. **A conservação da natureza, conceitos e breve histórico**, p. 13-30 In: RIOS, Aurélio Virgílio Veiga INSTITUTO INTERNACIONAL DE EDUCAÇÃO DO BRASIL. **O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 13.

ambiental, de maneira que não haja anulação, mas complementação.¹⁹⁹ Nesse sentido leciona Cristiane Derani:

Desenvolvimento econômico do Estado Brasileiro, subentende um aquecimento da atividade econômica dentro de uma política de uso sustentável dos recursos naturais objetivando um aumento de qualidade de vida que não se reduz a um aumento do poder de consumo.²⁰⁰

O momento atual é fonte de preocupação, pois na medida em que a degradação continua ocorrendo, perde-se biodiversidade. A sociedade, como um todo, vem sendo lesada em virtude da inércia, tanto do Poder Público, quanto da coletividade. E, uma nova política ambiental, necessita ser criada e colocada em prática, com a finalidade de proteção do desenvolvimento sustentável.²⁰¹

Porém, Jeferson Dytz Marin destaca que a atuação do Judiciário encontra limites no sentido de que pode apenas corrigir “ilegalidades e imoralidades praticadas pelo Executivo e Legislativo”. A grande questão é que esse poder passou a adentrar na seara administrativa e tem usado de sua discricionariedade, porque o Executivo por vezes deixa de tomar as providências de sua competência:

O Judiciário encontra nicho de atuação delimitado, qual seja, como corretor das ilegalidades e imoralidades praticadas pelo Executivo e Legislativo. Entretanto, no afã de cumprir – e evocar para si – o papel de agente público imanente ao Executivo, face à inércia/ausência deste poder, por vezes, acaba por adentrar na seara da discricionariedade administrativa.²⁰²

Sobre esse aspecto, Maria Bernadete Ribas Lange sustenta que somente a partir de um modelo socioeconômico mundial em que a natureza seja percebida como um bem público, que a sustentabilidade poderá ser alcançada, pois é fundamental perceber que o interesse coletivo é tão importante quanto os interesses individuais.²⁰³

É possível dizer que a economia e a ecologia têm muito em comum, inclusive ambas possuem origem na mesma palavra: *oikos*, que significa casa. Uma diz respeito à gerência da casa e a outra ao estudo da casa. Porém, as relações existentes entre elas não

¹⁹⁹FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. *Op cit.* p. 83-90.

²⁰⁰DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental econômico**. *Op cit.* p. 242.

²⁰¹SÉGUIN, Elida; CARRERA, Francisco. **Planeta terra: uma abordagem de Direito Ambiental**. *Op cit.* p. 108.

²⁰²MARIN, Jeferson Dytz. **Crise da jurisdição e decisionismo em Alexy: prisioneiros da liberdade**. *Op cit.* p. 129.

²⁰³LANGE, Maria Bernadete Ribas. **A conservação da natureza, conceitos e breve histórico**. *Op cit.* p. 27.

são vistas de maneira tão clara e por isso, o estudo das duas não tem satisfeito a demanda.²⁰⁴

Os cidadãos são impregnados pela cultura capitalista que incentiva a utilização da natureza de maneira desenfreada e acabam por se submeter a essa circunstância. A natureza necessita de um período de tempo para se recuperar, mas o homem tem excedido em suas ações em busca do ganho econômico, o que dá ensejo à crise atual.²⁰⁵

Os problemas ambientais, que se tornam litigiosos estão ligados a essas duas esferas: de um lado os desejos e necessidades do ser humano e de outro a finitude dos bens da natureza. É em razão disso que Carlos Gomes de Carvalho propõe que as soluções aos problemas que envolvem o Direito Ambiental, sejam eles administrativos ou judiciais, sejam buscadas com o apoio da ética.²⁰⁶

Não se pretende apontar como única alternativa uma “defesa bucólica da natureza”²⁰⁷, nem basear o estudo na *deepecology* ou ecologia profunda, tampouco criar uma “crise de vínculos e de limites”, como conceituada por François Ost²⁰⁸ a crise atual, uma vez que o homem não percebe que faz parte da natureza e coloca a natureza ou homem no centro da questão, sem reparar na linha tênue que o liga e ao mesmo tempo o separa da natureza. Mas sim, existe uma pretensão, perceber o poder que a Constituição colocou nas mãos do povo: a possibilidade de participar ativamente na proteção das matérias ambientais, a partir “de uma reconstrução política da sociedade, que a tornasse uma democracia efectiva, e não apenas nas palavras”.²⁰⁹

²⁰⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 11.ed. reform. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 12.

²⁰⁵ BUTZKE, Alindo; ZIENBOWICZ, Giuliano; CERVI, Jacson Roberto. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**. *Op cit.* 2006. p. 26.

²⁰⁶ CARVALHO, Carlos Gomes de. **O que é Direito Ambiental: dos descaminhos da casa à harmonia da nave**. Florianópolis: Habitus, 2003, p. 173-174.

²⁰⁷ CASTORIADIS, Cornelius. **Uma “democracia” sem a participação dos cidadãos/A força revolucionária da ecologia**. In: _____. *Uma sociedade à deriva: entrevistas e debates, 1974-1997*. Tradução Miguel Serras Pereira. Lisboa: 90 Graus, abril de 2007. p. 306.

²⁰⁸ OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. *Op cit.* p. 279.

²⁰⁹ CASTORIADIS, Cornelius. **Uma “democracia” sem a participação dos cidadãos/A força revolucionária da ecologia**. *Op cit.* p. 306.

4 CRISE AMBIENTAL, JUDICIALIZAÇÃO E HERMENÊUTICA

A crise ambiental tomou força no século XX, através do sentimento humano de que não faz parte do meio ambiente. Além disso, a Revolução Industrial incentivou a exploração do meio ambiente, utilizando regras que previam a proteção do mercado (ligada à ambição do homem e desvinculada da necessidade de equilíbrio ambiental). A espécie humana com suas ações degradadoras provocou o que se chama de crise ambiental, que resultou na diminuição de recursos e aumento dos desastres naturais.²¹⁰ É inegável que o homem tem contribuído para o crescimento e agravamento da crise ambiental e é necessário que repense suas ações para evitar que a vida seja extinta. “A superpopulação e a tecnologia industrial têm contribuído de várias maneiras para uma grave deterioração do meio ambiente natural, do qual dependemos completamente.”²¹¹

O artigo 225 da Constituição Federal de 1988 preocupado com a conservação do meio ambiente quando afirma que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”²¹² demonstra que o Direito Ambiental deve ser protegido pelo Poder Público.

Ademais, o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988 garante a instauração de processo administrativo através do seguinte texto: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”²¹³ Porém, nada impede que se abra mão do processo administrativo para buscar a tutela por meio de ações judiciais, como por exemplo, a ação civil pública.²¹⁴

A lógica da legislação da área ambiental não é deixar a natureza intacta ou deixá-la como era antes da Revolução Industrial, porque assim, seriam proibidas quaisquer atividades que envolvessem o ambiente. O que se pretende com a legislação é encontrar um pronto de equilíbrio que não seja extremo.

A definição do dano ambiental equilibra-se, pois, entre essas duas vertentes: por um lado, não se trata de um retorno à Natureza intacta pelo homem; por

²¹⁰LEITE, José Morato. **Manual de Direito Ambiental**, 1ª edição. Saraiva, 2015. p. 43-44.

²¹¹CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. 21. ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2000. p. 21.

²¹²BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. *Op cit.*

²¹³*Idem.*

²¹⁴BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de Direito Ambiental**. *Op cit.* p. 47-48.

outro, trata-se de regras para que as atividades do homem não venham a causar prejuízos ao equilíbrio ambiental. Sem dúvida, essa equação não possui uma solução única. Há inúmeros fatores de ordem física, química e biótica que interferem no conceito de dano.²¹⁵

É crescente o conhecimento e a preocupação com a preservação do meio ambiente. Todavia, a sociedade age como se isso não precisasse ser colocado em prática. As ações são por vezes, completamente distintas do discurso que é proferido. Nesse passo, destaca-se:

Poucos cidadãos do mundo ocidental, impregnado pela cultura capitalista, não sucumbiram à tentação de explorar a natureza para além dos limites de sua recuperação, se isto lhes pudesse valer projeção socioeconômica. Tomada nesses termos, a crise ambiental de hoje é realmente a crise de nosso tempo, de nossa cultura. Continua Calando fundo em nosso âmago e preceito bíblico: “Frutificai e multiplicai-vos, enchei a terra e submetei-a. Dominai sobre os peixes do mar, sobre os pássaros dos céus e sobre todos os animais que se arrastam sobre a terra (...)”.²¹⁶

Quando de alguma forma for gerado um dano ambiental e/ou for desrespeitada a legislação ambiental, é prevista a penalização do poluidor, que pode ocorrer na esfera civil, administrativa ou penal, o que dá forma à chamada tríplice penalização, ou seja, é criado para o causador do dano, o dever de repará-lo.²¹⁷ O dano ambiental pode ser causado por ação ou omissão, gerando prejuízos na esfera ambiental, conforme pode ser observado:

O dano consiste no prejuízo, na perda do valor de um determinado bem, causada por uma ação – ou omissão – específica. O dano é a alteração de uma coisa, em sentido negativo. O dano ambiental seria um prejuízo causado ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.²¹⁸

O direito não se presta somente a impor condenações pecuniárias nos casos de danos ambientais, uma vez que essas condenações são insuficientes. É necessário que sejam utilizadas técnicas processuais “que evitem o risco de dano, ou, caso este já tenha ocorrido, permitam a reparação integral.”. Desse modo, Ursula Ribeiro de Almeida, ao tratar da reparação *in natura*, afirma que se deve evitar o dano e não apenas procurar encontrar maneiras de reparação: “A prioridade da tutela do direito ao meio ambiente

²¹⁵ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. 3ª edição. Atlas, 02/2014. p. 708.

²¹⁶ BUTZKE, Alindo; ZIENBOWICZ, Giuliano; CERVI, Jacson Roberto. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**. *Op cit.* p. 26.

²¹⁷ GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. **Curso de Direito Ambiental**. *Op cit.* p. 246.

²¹⁸ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. *Op cit.* p. 707.

deve ser evitar dano ambiental. Caso já tenha ocorrido o dano ambiental, a reparação *in natura* é a mais adequada, porque garante a recomposição, ainda que parcial, do equilíbrio ecológico”.²¹⁹

A partir das regras jurídicas, entrega-se ao Poder Judiciário o dever de proteger o meio ambiente, porque toda e qualquer lesão ou ameaça de direito pode ser objeto de seu julgamento. Assim, o fenômeno da judicialização se faz cada vez mais presente nas ações que discutem questões ambientais, porque por mais que existam diversas leis tratando do assunto, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ainda não é assegurado em sua plenitude. Em razão disso, recai sobre o Poder Judiciário o dever de intervir nas relações, para que os direitos, tanto individuais, quanto coletivos sejam garantidos.

A respeito do papel do Poder Judiciário, Edis Milaré tem o seguinte posicionamento:

“Importante papel é reservado ao Poder Judiciário na tutela do ambiente, uma vez que é através dele que, basicamente, os direitos da cidadania poderão ser exercidos, na medida em que nenhuma ameaça ou lesão a direito pode ser substituída de sua apreciação”.²²⁰ Quando provocado, o Judiciário passa a adotar medidas em prol do ambiente e a “dizer o direito aplicável ao caso concreto, protegendo o patrimônio ambiental.”.²²¹

O direito processual brasileiro foi arquitetado para resolver questões de ordem individual, todavia as questões que envolvem o Direito Ambiental necessitam de um ordenamento jurídico voltado para a ordem coletiva. O Código de Processo Civil brasileiro de 1973, por exemplo, foi pensado apenas para resolver conflitos de ordem individual.²²² “A jurisdição coletiva apresenta características próprias, que a distinguem da jurisdição individual, razão pela qual merece tratamento diverso.”²²³ No mesmo sentido são os ensinamentos de Lunelli e Marin:

Dessa forma, para ser implementada e efetivada na prática a tutela do bem ambiental, devem ser superados dogmas usuais ligados às demandas individuais, analisando-se os casos que envolvem o ambiente de forma

²¹⁹ ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. **Tutela de Urgência no Direito Ambiental: Instrumento de Efetivação do Princípio da Precaução**. Atlas, 2015. p. 110.

²²⁰ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. *Op cit.* p. 1335.

²²¹ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. *Op cit.* p. 780.

²²² ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 13.

²²³ ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. SILVA, Jaqueline Mielke da. **A insuficiência das concepções clássicas de jurisdição para a compreensão da jurisdição coletiva**. Revista Direito Ambiental e sociedade, v. 5, n. 1, 2015, p. 282.

diferenciada e voltada à importância constitucional que possui, desgarrando-se de regras descompromissadas com a asseguarção desse direito fundamental da pessoa que é o meio ambiente.²²⁴

As modificações legislativas trouxeram mudanças significativas no sistema processual. Houve a criação de novos instrumentos que não limitam o sistema processual à resolução de conflitos individuais, mas se importam em resolver conflitos de ordem coletiva. Assim, “o sistema processual é, atualmente, mais rico e mais sofisticado.”²²⁵ Com relação a esses avanços, entre tantos exemplos, destacam-se a ação popular e a ação civil pública, uma vez que podem ser utilizadas para promover a preservação ambiental:

Relativamente à tutela de direitos transindividuais, a atual Constituição ampliou o âmbito de abrangência da ação popular, que pode ser promovida por “qualquer cidadão” para “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (art. 5º, LXXIII). Também a ação civil pública mereceu atenção do legislador constituinte, que a sagrou como ação constitucional para a tutela de direitos difusos e coletivos, a ser promovida pelo Ministério Público (art. 129, III), sem prejuízo da legitimação conferida por lei a outras entidades.²²⁶

Mesmo que o Legislativo crie normas para proteção ambiental, cada vez mais completas e complexas, mesmo que o Judiciário julgue todas as ações que estão em curso, é sabido que essa não é a solução da crise generalizada da modernidade.

É preciso a consciência de que o homem depende do ambiente para a sua sobrevivência. Este é um ponto que gera amplo debate, pois todos, ou pelo menos, grande parcela da população tem conhecimento da crise ambiental, mas nada faz para extingui-la ou reduzi-la.

Esta, no entanto, é uma questão polêmica em si. Colocamo-nos entre a teoria e prática, ou seja, em tese todos sabemos que já é hora de nos preocuparmos seriamente com as questões ambientais. Na prática, porém, continuamos agindo como se os recursos da natureza fossem inesgotáveis e como se o poder de absorção de poluentes da biosfera fosse sem limites.²²⁷

²²⁴ LUNELLI, Carlos Alberto. MARIN, Jeferson. **Patrimônio cultural e ações coletivas**. *Op cit.* p. 23.

²²⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. *Op cit.* p. 14.

²²⁶ *Idem.* p. 16.

²²⁷ BUTZKE, Alindo; ZIENBOWICZ, Giuliano; CERVI, Jacson Roberto. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**. *Op cit.* p. 18.

A grande dificuldade, quando se trata de proteger o ambiente, é a (ir)reparabilidade do dano. É preciso deixar de esperar que os danos ocorram para depois tomar providências, mesmo porque por mais que se tente reparar o dano ambiental, retornar ao equilíbrio anterior sem vestígios do dano é praticamente impossível.

A índole humana, sendo como é – ou seja, a maioria das pessoas espera até que o problema realmente piore antes de tomar uma ação –, precisa de uma crise ou de um desastre para fazer um planejamento ambiental e iniciar as transições que estivemos discutindo.²²⁸

O sistema jurídico brasileiro filtra os riscos ambientais de maneira dúplice – administrativa e judicialmente – formando uma interação dinâmica multidimensional de gerenciamento dos riscos ambientais. Tal filtragem, a partir da união entre política e Direito, através da atuação da administração pública e do Poder Judiciário, demonstra a preocupação com a solidariedade intergeracional. Nesse sentido, tudo aquilo que puder se tornar um risco com relação à qualidade de vida das futuras gerações ou que puder restringir sob qualquer forma o acesso das futuras gerações aos recursos naturais deve ser objeto de gerenciamento, como forma de evitar qualquer lesão futura. Por isso, o Poder Judiciário, quando provocado, através dos instrumentos competentes (ação civil pública, ação popular ambiental e mandado de segurança coletivo, entre outros) faz avaliação dos riscos, desde que na seara administrativa fique comprovada a manutenção da intolerabilidade dos riscos.²²⁹

A maioria da sociedade, ainda desinformada e sem acesso à adequada educação ambiental, aguarda que os danos ambientais ocorram para, posteriormente, buscar a reparação através do Poder Judiciário que figura como o “o guardião das promessas”. A minoria, por sua vez, busca evitar o dano.²³⁰

De fato, vivemos em uma sociedade de risco, que está sujeita a catástrofes em escala planetária e que minimamente exerce uma cidadania solidária e participativa, considerando a exigência de proteção de um bem que pertence a todos de forma difusa, e não seu viés individualista e tradicional.²³¹

²²⁸ODUM, Eugene P; BARRET, Gary W. **Fundamentos da Ecologia**. Tradução Pégasus Sistemas e Soluções. São Paulo: Thomson Learning, 2007. p. 469.

²²⁹STEINMETZ, Wilson Antônio; AUGUSTIN, Sérgio (Org.). **Direito constitucional do ambiente: teoria e aplicação**. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2011. p. 119-123.

²³⁰GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. *Op cit.* p. 52.

²³¹LEITE, José Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na sociedade de risco**. *Op cit.* p. 317.

No ordenamento jurídico brasileiro a coletividade possui um papel importante em pelo menos três momentos: na escolha dos representantes políticos, que é de grande valia desde que realizada com consciência porque é entregue nas mãos dos representantes a voz do povo, na democracia participativa (plebiscito, referendo, iniciativa popular) e por fim, através do amplo acesso à Justiça, previsto na Constituição Federal em seu art. artigo 5º, XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.²³²

É correto e justo dizer que, no Direito moderno, o legislador que atribui o benefício (qualidade ambiental) ou a missão (proteger o meio ambiente como dever de todos) também distribui, explícita ou implicitamente, os meios e, entre eles, os instrumentos processuais e meios administrativos de participação no esforço de implementação. Logo, é possível extrair da norma reconhecedora da tutela ambiental, como valor essencial da sociedade, um potencial poder processual de participar do processo decisório administrativo ou ingressar em juízo em favor próprio ou de outros cobeneficiários.²³³

Quando existe uma sociedade e um Estado omissos - uma vez que não são abertos debates para tratar da problemática ambiental - os danos ambientais ocorrem. Além da educação, da informação e da participação, o ordenamento jurídico brasileiro se preocupou em encontrar um último caminho a ser tomado, uma alternativa à sociedade de risco que não se preocupa em prevenir os danos, com a criação do acesso ao Poder Judiciário, porque “a sociedade contemporânea é fundamentalmente imprudente.”²³⁴ Logo, quando não restar alternativa para evitar ou reparar o dano é possível o amplo acesso aos meios processuais cabíveis.

Outro mecanismo do Estado democrático do ambiente é o acesso amplo à discussão de controvérsias, na esfera do Poder Judiciário, ou seja, via tutela jurisdicional ambiental. Os meios judiciais são, de fato, o último recurso contra a ameaça e a degradação ambiental, pois antes dessas existem os mecanismos de prevenção e precaução.²³⁵

Por mais que o acesso à Justiça represente uma alternativa e não uma regra, de nada serviriam todas as garantias dadas à sociedade se não houvesse o Poder Judiciário para assegurar que tais garantias sejam amplamente respeitadas pelo Estado. “Sem a

²³²BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** *Op cit.*

²³³CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro.** *Op cit.* p. 96.

²³⁴CASTORIADIS, Cornelius. **Uma “democracia” sem a participação dos cidadãos/A** força revolucionária da ecologia. *Op cit.* p. 308.

²³⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro.** *Op cit.* p. 188.

possibilidade de questionamento coletivo, administrativo e judicial, dos comportamentos degradadores de terceiros, qualquer garantia dada ao cidadão estará gravada com o símbolo da infecundidade e ineficácia do discurso jurídico.”. Nesse sentido é importante a percepção de que o bem ambiental “é bem de interesse público, cuja administração e gestão e cujo uso deve ser compartilhado solidariamente com toda a coletividade, inspirados em um perfil de democracia ambiental.”²³⁶

O poder do Estado se divide nas atividades constitucionais estabelecidas entre os três poderes. Dessa forma, o art. 225 da CF/88 quando estabelece o dever para o Poder Público, dirige-se tanto ao Poder Executivo, quando ao Legislativo e Judiciário, no âmbito de suas competências.²³⁷ Sobre esse aspecto ensina Maria Bernadete Ribas Lange:

Cabe ao Estado ordenar o uso e proteção dos recursos naturais, garantindo-os para as gerações futuras. No entanto, o desafio continua. Do ponto de vista mundial, as ações realizadas na última década foram bastante desanimadoras diante da crescente degradação ambiental e do uso dos recursos naturais.²³⁸

Por isso, é preciso que não só o legislador e os representantes do executivo estejam preparados para enfrentar a demanda de conflitos, mas que o juiz também tenha em mente que o contencioso ambiental envolve o direito a viver com saúde, dignidade e qualidade. Isso deve servir de estímulo para que seja adotada uma postura destemida quando houver a necessidade de tomar decisões que envolvam poderosos grupos econômicos ou pressões políticas.²³⁹

Os problemas da contemporaneidade carecem de respostas céleres e pertinentes. O Direito necessita estar atento à realidade atual, deixando de ser apenas um pacificador de conflitos para se tornar um processo de “promoção, regulação e garantia das conquistas já obtidas também para as próximas gerações”.²⁴⁰

Um dos possíveis motivos da busca crescente de soluções no Judiciário é a necessidade de ouvir respostas de alguém tido como superior na relação, o juiz. O Judiciário, por sua vez, precisa estar preparado para enfrentar os mais diversos conflitos

²³⁶ *Idem.* p. 184-185.

²³⁷ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental econômico.** *Op cit.* p. 268.

²³⁸ LANGE, Maria Bernadete Ribas. **A conservação da natureza, conceitos e breve histórico.** *Op cit.* p. 27.

²³⁹ CARVALHO, Carlos Gomes de. **O que é Direito Ambiental: dos descaminhos da casa à harmonia da nave.** *Op cit.* p. 176.

²⁴⁰ POLI, Luciana Costa. **O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade.** *Op cit.* p. 218.

que envolvem a matéria ambiental, pois, muitas vezes, é em suas mãos que decisões que podem assegurar um futuro com qualidade para as próximas gerações têm condições de serem colocadas em prática. É preciso perceber a necessidade de um Judiciário cada vez mais presente, mas isso não pode servir de subterfúgio para que tal poder exceda os limites que lhe são impostos constitucionalmente, enquanto os demais poderes não passarem a adotar uma postura ativa frente a essas questões.

A proteção ambiental é tema relevante que precisa ser objeto de discussão, mas de forma abrangente para que todos tomem consciência do desafio que a humanidade enfrenta para garantir a sobrevivência das espécies. Quando se trata de questão ambiental, não se almeja apenas sobrevivência, mas uma vida digna para as gerações presentes e futuras – não se pode permitir que as gerações futuras paguem o preço do descaso em que vive a presente geração e em que viveram as gerações passadas. “Uma coisa é certa: a responsabilidade em relação às gerações futuras e a elaboração de um patrimônio natural comum começam aqui e agora. Eles não têm outro advogado de defesa que não o cidadão, o utilizador e o consumidor que nós somos.”²⁴¹

Por essa razão, o fenômeno da judicialização tem chamado a atenção para o desenvolvimento de pesquisas acadêmicas, pois ao mesmo tempo em que é visto como afronta à harmonia que deveria existir entre os três poderes, é também a garantia que a coletividade possui para buscar que seus direitos e os direitos das futuras gerações sejam assegurados.

4.1 A JUDICIALIZAÇÃO AMBIENTAL NA PRÁTICA DOS TRIBUNAIS

Tratar de judicialização dos conflitos ambientais sem verificar a postura adotada pelo Poder Judiciário frente a essas questões seria uma anomalia. Em razão disso, passa-se a analisar três decisões que tratam de Direito Ambiental, da possibilidade de intervenção judicial e a relação com o princípio da separação dos poderes. O Judiciário tem atraído grande responsabilidade com as decisões que envolvem o Direito Ambiental, pois dizem respeito ao direito à vida com qualidade das presentes e futuras gerações. Esse desafio precisa ser superado e o processo judicial pode ser o alicerce para a mudança em prol da garantia de proteção ambiental. Não apenas o direito processual, mas também os operadores do direito devem perceber a necessidade de interpretação das

²⁴¹OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. *Op cit.* p. 395.

normas através dos princípios ambientais em defesa da proteção ambiental. O juiz, por exemplo, deve abandonar a postura de mero aplicador da norma, para adotar a postura de um agente responsável pela possibilidade de mudança na busca de uma justiça engajada na questão ambiental, conforme pode ser verificado a seguir:

Número: 70074249426. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível. Tipo de Processo: Apelação Cível. Comarca de Origem: Comarca de Erechim. Tribunal: Tribunal de Justiça do RS. Seção: CÍVEL. Classe CNJ: Apelação. Assunto CNJ: Ato Lesivo ao Patrimônio Artístico, Estético, Histórico ou Turístico. Relator: Laura Louzada Jaccottet. Decisão: Acórdão
 Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO AMBIENTAL. PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL. CLUBE DO COMÉRCIO DE ERECHIM. ARQUITETURA MODERNISTA. RESTABELECIMENTO DA FACHADA ORIGINAL DO PAVIMENTO TÉRREO. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. 1. O Ministério Público ajuizou ação civil pública contra o Clube do Comércio, por meio de investigações levadas a efeito em inquérito civil, destacando ter apurado situação lesiva ao patrimônio cultural do Município de Erechim, especificamente ao prédio do referido clube, com reconhecido valor cultural, cuja fachada do pavimento térreo, destinado para salas comerciais, estaria sendo alterada sem a devida autorização do ente público, assim como a aludida entidade não estaria adotando as medidas acautelatórias indicadas pela administração municipal, por intermédio do Conselho Municipal do Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural (COMPHAC). (...) 5. Nesse sentido, o fato de ter havido eventual chancela do ente público quanto a obras que atentassem contra o patrimônio histórico, artístico e cultural, especialmente anteriormente à edição da Lei Municipal n. 4.248/2007, que instituiu a proteção a esse patrimônio em seu art. 1º, não obsta que haja a intervenção judicial para a sua defesa, não havendo correção na omissão do Município em proteger o patrimônio histórico, permitindo, portanto, a degradação do meio ambiente cultural. 6. Nesse contexto, cabe ao Poder Judiciário o controle da legalidade do ato emanado da administração pública, ainda que tenha ela atuado legitimamente dentro de sua esfera privativa do mérito administrativo, motivo por que não se sustenta a ordem judicial restrita à recomposição/restauração da fachada de uma única sala comercial existente no térreo do prédio, mas de todas as demais lojas mantidas suas fachadas alteradas, transfigurando o edifício histórico. (...) DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO DO RÉU. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70074249426, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 30/08/2017). Data de Julgamento: 30/08/2017. Publicação: Diário da Justiça do dia 11/09/2017.

Trata-se de uma Ação Civil Pública distribuída em 09.03.2016 na Comarca de Erechim pelo Ministério Público em desfavor do Clube do Comércio. O Ministério público alegou que o Clube do Comércio lesou o patrimônio cultural do Município de Erechim por ter alterado a fachada do prédio de sua propriedade sem autorização do município e sem obedecer as normas legais. O edifício foi construído em 1950 e foi o primeiro exemplar de ícone modernista do Município.

Em razão disso, o Ministério Público requereu o restabelecimento da fachada original de sala comercial e das demais dependências e salas comerciais que compõem o pavimento térreo do prédio, bem como que o Clube se abstinhasse de realizar qualquer obra ou intervenção no local sem prévia deliberação e aprovação do município, tendo em vista que o prédio encontrava-se listado pelo Conselho Municipal do Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural – COMPHAC como de valor arquitetônico, histórico e de grande relevância cultural da cidade, o que comprova a necessidade de sua preservação. Em contestação, o Clube alegou que parte da alteração da fachada ocorreu antes da vigência da lei municipal que instituiu a proteção do patrimônio do município e referiu não ter o dever de restaurar a fachada, portanto pediu a improcedência.

A sentença de primeiro grau julgou parcialmente procedente os pedidos para o restabelecimento da fachada original de uma das salas comerciais porque para tal obra não foi expedida autorização do município. Porém, quanto às demais dependências e salas comerciais que compõem o pavimento térreo do prédio, por mais que tenha ocorrido obra que atentou contra o valor arquitetônico, histórico e cultural da construção, tal construção foi executada sob a aprovação do município, ainda que por omissão deste, devendo ser respeitado o princípio da segurança jurídica. Foi fixado prazo de 06 meses a contar do trânsito em julgado da decisão para o cumprimento da obrigação de fazer, sendo estabelecida multa diária para o caso de descumprimento em R\$ 1.000,00, limitada a 60 dias.

Inconformado com a sentença, o Ministério Público interpôs apelação. Alegou que não há provas de que as obras anteriores foram aprovadas pelo município de Erechim. Argumentou que não há lógica em restaurar apenas uma das salas comerciais do prédio e que tal conduta não resguardaria o patrimônio cultural. Em razão disso, solicitou que fosse restabelecido todo o pavimento térreo do prédio. O réu, em suas razões, afirmou que a obra teria sido acompanhada pelo Município, tendo havido a outorga de alvará de funcionamento.

No entanto, a sentença mereceu reforma, sendo julgada integralmente procedente a ação civil pública, tendo em vista que eventual aprovação pelo ente municipal de obra que atente contra o patrimônio histórico, artístico e cultural, mesmo que anterior à edição de Lei Municipal nº 4.248/2007, não cria obstáculos à manifestação do Poder Judiciário a fim de garantir a proteção do meio ambiente cultural, ou seja, a demora em proteger formalmente o prédio histórico não vincula o Ministério Público e o Judiciário. Tal entendimento reforça a ideia de que o direito, através da

provocação do Poder Judiciário, deve preservar o meio ambiente, no mesmo sentido é a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO AMBIENTAL. PROLIFERAÇÃO DESORDENADA DO MEXILHÃO DOURADO. DANO AMBIENTAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO IBAMA E DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. SOLIDARIEDADE. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. 1. Estudos revelam que o mexilhão dourado é uma espécie exótica e invasora, interferindo na capacidade de sobrevivência de outras espécies em uma ampla região geográfica ou mesmo em uma área específica. 2. A proteção do meio ambiente é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios nos termos do artigo 23, VI e VII da Constituição de 1988. 3. Em épocas de alarmantes desastres ambientais, em relação aos quais não há definitiva expectativa de recuperação de danos, os princípios da precaução e da prevenção adquirem força vital. E o Direito, como um dos pilares de um Estado Democrático, deve ser atuante, preciso e efetivo na busca da proteção do meio ambiente, que é, em última análise, a própria proteção da vida. 4. Desprovisionamento dos recursos. (TRF4, AC 5049424-26.2014.4.04.7100, TERCEIRA TURMA, Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER, juntado aos autos em 07/08/2017).

Trata-se de ação civil pública em que o Ministério Público Federal busca a condenação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais - IBAMA e do Estado do Rio Grande do Sul para que sejam executadas ações com a finalidade de combater a proliferação do mexilhão dourado (*Limnoperna fortunei*), uma espécie exótica de molusco invasor. O molusco é originário da China e foi detectado no Brasil em 1998 no Rio Grande do Sul. Está presente na Lagoa Guaíba, nos rios Paraguai, Paraná e na região do Pantanal. A espécie foi, provavelmente, dispersa através da água de lastro armazenada nas embarcações. O mexilhão possui alta taxa de crescimento, coloca em risco a vida das espécies da região, causa impactos nas atividades econômicas (obstrui tubulação de abastecimento de água potável, entupimento das turbinas de geração de energia e alteração da rotina de pesca das populações locais), ao meio ambiente (altera o ecossistema local aquático, fazendo com que espécies locais deixem de existir, além de causar alteração na qualidade da água e provocar a alteração da rota das aves aquáticas), ao turismo (perda da biodiversidade e da paisagem, além do mau cheiro da água), ao social (põe em risco as profissões que dependem da água), à saúde (favorece a proliferação de algas azuis que podem causar doenças e levar à morte, além de ser necessário o aumento na utilização de produtos químicos na água para aumentar a sua qualidade).

Em sua defesa, o IBAMA afirmou que o mexilhão dourado em Porto Alegre causa pouco impacto ambiental e que o problema maior é quanto ao sistema de

saneamento e abastecimento. Ademais, a autarquia alega que não implementou medidas na área por falta de verba.

O problema do mexilhão é grave, contudo a ciência ainda não encontrou as formas de exterminá-lo sem causar danos ao ambiente. Porém, não é aceitável que o Estado e o IBAMA permaneçam omissos e/ ou realizando ações insuficientes com relação à questão. Salienta-se, que nos autos restou comprovado que em 2007/2008 o Estado e o IBAMA desistiram de monitorar a dispersão do mexilhão.

Por tudo isso, o Tribunal Regional da 4ª Região – TRF4 determinou ao Estado do Rio Grande do Sul e ao IBAMA: a) Elaboração de mapeamento e monitoramento da área de ocorrência do mexilhão e identificação do local com placas informativas. b) Elaboração e apresentação de um plano de contenção (monitoramento, fiscalização e pesquisa). c) Elaboração e apresentação de um programa de informação/educação ambiental sobre as áreas já infestadas. d) Elaboração e estabelecimento de um método de inspeção nos cascos dos barcos, até a erradicação do molusco. e) Elaboração e apresentação de programa de monitoramento permanente das colônias de moluscos para detectar invasões até a sua total erradicação. f) Elaboração e apresentação de estudos da biologia do mexilhão que indiquem a forma adequada para a sua erradicação. g) Aplicação de todos os conhecimentos existentes e os que vierem a ser adquiridos para a contenção e erradicação do mexilhão. h) Adoção das medidas necessárias para verificar o cumprimento do art. 15 da Lei nº 9.966/00, que proíbe a descarga da água de lastro em águas sob jurisdição nacional. i) Como a descarga da água de lastro é, as vezes, questão de segurança, deverá ser exigido pelo IBAMA e pelo Estado a instalação de sistema de recepção e tratamento de água de lastro em todos os portos, instalações portuárias, terminais, plataformas e instalações de apoio do Estado do Rio Grande do Sul, no prazo de 03 (três) anos, de acordo com o art.5º da Lei 9.966/00. j) Elaboração de estudo sobre os impactos e a efetividade da aplicação de tinta antiincrustante, e em sendo o caso, adoção das medidas necessárias para a utilização (para evitar a incrustação do molusco nos cascos da embarcações). Quanto ao IBAMA foi determinada a inclusão em seu site a divulgação do tema “mexilhão” ea inclusão de todas as medidas adotadas para o cumprimento das obrigações. Já, quanto ao Estado do Rio Grande do Sul foi determinado o repasse ao IBAMA do relatório de atividades que realizar em cumprimento ao determinado.

O Desembargador Federal, Fernando Quadros Da Silva, divergiu da Relatora, a Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tesslere, porque a a sentença elencou

“inúmeros comandos genéricos” o que violaria o Princípio da Separação dos Poderes, disposto no art. 2º da Constituição. Ademais, o Desembargador afirmou que políticas públicas podem ser analisadas pelo Judiciário somente em caso de grave violação à direitos fundamentais (omissão constitucional), e que este não seria um caso, por não haver demonstração efetiva de omissão. Além disso, afirmou que as medidas determinadas seriam de difícil execução/fiscalização, o que tornaria a atuação do Judiciário sem efeito.

Contudo, a turma, por maioria, negou provimento à apelação, tendo em vista que o STJ já decidiu no sentido de possibilitar que o Judiciário imponha ao gestor público medidas que tornem a realização de sua atividade mais eficiente. E, que “a discricionariedade administrativa deve ser considerada mais como um dever da Administração Pública para a obtenção de soluções para o efetivo cumprimento de suas competências” e não uma forma de justificar as suas falhas e omissões. Na mesma linha é a seguinte decisão:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DANO AMBIENTAL. IMPLEMENTAÇÃO DE OBRA PÚBLICA. USINA DE RECICLAGEM DE RESÍDUOS SÓLIDOS. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 333, I, DO CPC CARACTERIZADA. 1. Cinge-se a controvérsia dos autos à possibilidade do Ministério Público, em obrigação de fazer, por meio de ação civil pública, compelir o administrador a implementar obra pública, qual seja, usina de reciclagem de entulhos provenientes da construção civil, que estivesse causando danos ao meio ambiente. 2. Irretocável, a posição do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, no sentido de que "O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes" (AI 708667 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012). 3. Reconheço que em algumas situações é impossível estabelecer, num plano abstrato, qual a ordem de prioridades que a atividade administrativa deve tomar. Nestes casos, a identificação pela preferência de atuação estatal apenas poderia ser identificada na análise do caso. Todavia, ainda que abstratamente, não se pode deixar de reconhecer que alguns direitos, tais como a educação, a saúde e o meio ambiente equilibrado fazem parte de um núcleo de obrigações que o estado deve considerar como prioritárias. 4. Deve ser afastada a aplicação da Súmula 7/STJ e reconhecido a ofensa ao artigo 333, I, do CPC. Isto porque a Corte de origem faz referência a vários elementos probatórios que induzem - em tese - a existência de dano ambiental, considerando, também, que durante a tramitação do processo ocorreu significativa melhora no sistema de destinação dos resíduos sólidos, em especial, com aprovação da lei municipal regulamentando o tema. No entanto, apesar disso, o pleito do Ministério Público Estadual foi indeferido em razão da ausência de provas. 5. Os autos devem ser devolvidos ao primeiro grau para que o juiz proceda à instrução levando-se em conta o art. 462 do CPC e a Lei n. 12.305/2010 (Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos), sobretudo à luz do se art. 54. Recurso especial

parcialmente provido (REsp 1367549/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 08/09/2014)

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face do Município de Uberlândia, pretendendo compelir o Município a realizar política pública eficaz para a gestão de resíduos sólidos provenientes da construção civil. A ausência da Política Pública estava causando: centrais de entulho sem licenciamento ambiental, instalação das centrais em áreas de preservação permanente ou em locais próximos, aterramento de nascentes d'água pela instalação em APP, depósito irregular de lixo doméstico e contaminante, proliferação de insetos e ratos, problemas de saúde pública e degradação ambiental. Porém, o ente municipal não realizava qualquer tipo de fiscalização.

O Município apresentou defesa afirmando que a política pública para gerenciamento de resíduos da construção civil é ato vinculado do Poder Executivo, sendo que ao Judiciário caberia apenas a manifestação sobre a legalidade dos atos administrativos.

A decisão de primeiro grau julgou improcedente o pedido do Ministério Público por entender que não era possível a indicação de obras ou ações específicas que contribuam para o meio ambiente quando não há previsão legal. Tal indicação seria uma ingerência ilegal na esfera do Poder Executivo, pois atentaria contra a conveniência e a oportunidade.

Todavia, a Prefeitura Municipal esclareceu que adotaria medidas para solucionar o problema, com a realização de fiscalização. Posteriormente, o Município apresentou as ações que estavam sendo realizadas para solucionar o problema, tais como: desativação, limpeza, cercamento de duas centrais de entulho e regularização de uma terceira central. Informou a tramitação de projeto de lei que instituiria o sistema municipal para gestão de resíduos da construção civil. No ano de 2006, a Lei Municipal n.º 9.244, que instituiu o sistema municipal para a gestão sustentável de resíduos da construção civil e resíduos volumosos entrou em vigor, porém o Ministério Público não entendeu que se tratasse de uma efetiva política pública e, em razão disso, pretendia com a ação obrigar o Município a construir uma usina de reciclagem de entulho.

O inquérito civil promovido pelo Ministério Público durou cerca de dez anos e nesse período o Município adotou medidas para solucionar a questão.

A decisão de segundo grau confirmou a sentença de primeiro grau porque entendeu que não se pode alegar a ingerência do Judiciário quando for comprovado que o Município realiza depósito de lixo de forma irregular. Porém, não havia comprovação

de que na época da decisão o Município estava causando danos ambientais, principalmente diante da vigência da nova Lei Municipal n.º 10.280/2009. Ademais, a escolha na realização de obra pública seria ato discricionário do Poder Executivo.

Em razão disso, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpôs recurso especial contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal.

O Ministério Público alegou que a simples edição de lei municipal não comprova que o Município de Uberlândia tenha se adequado de forma satisfatória à proteção do meio ambiente e à saúde pública.

Assim, a controvérsia no caso trata especialmente da possibilidade de o Ministério Público, através de ação civil pública, obrigar o Município a implementar obra pública, com a construção de usina de reciclagem de entulhos provenientes da construção civil. Ademais, aborda a questão sobre a possibilidade do controle judicial de políticas públicas. E, quando a esses aspectos, a decisão é uma verdadeira aula apresentada pelo Ministro Humberto Martins.

O Ministro entende que desde a consolidação dos direitos sociais na Constituição a função do estado foi modificada, pois deixou de ser uma função legisladora para se tornar uma função ativa, voltada para a transformação das políticas. Coube à administração o dever de criar e implementar políticas públicas e ao judiciário o dever de fiscalizar e zelar pelos direitos previstos constitucionalmente. O não cumprimento injustificado do dever de implementação de política pública é uma ilicitude que carece de correção judicial. “Dessa forma, não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa”.²⁴²

Quanto à teoria da separação dos poderes o Ministro ensina que ela tem o objetivo de garantir os direitos fundamentais e por isso não pode ser distorcida para prejudicar que os direitos sociais sejam amplamente assegurados. Se o princípio da separação dos poderes cria um óbice às correções do Judiciário com relação às políticas públicas, da mesma forma cria um óbice aos demais princípios constitucionais. Esse entendimento estaria contrariando a hermenêutica que busca a harmonia de normas e princípios, a fim de evitar exclusões. O princípio da separação dos poderes deve orientar o Judiciário a limitar a sua atuação quando o executivo está agindo dentro dos limites

²⁴²SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1367549/MG. Segunda Turma. Julgado em 02/09/2014. Relator Ministro Humberto Martins, p. 12.

legais. Todavia, quando a administração excede os limites legais, foge da sua finalidade, não cumpre com suas obrigações e/ou viola direitos fundamentais, cabe correção pelo Judiciário e, dessa forma, não há que se falar na aplicação de tal princípio.

Outro ponto polêmico que o Ministro aborda, diz respeito à impossibilidade de criar uma hierarquia entre as prioridades das funções administrativas. Em seu posicionamento, defende que em determinadas situações não há como estabelecer uma hierarquia, mas que direitos como: saúde, educação e meio ambiente devem sempre ser observadas como obrigações prioritárias. Por tudo isso, o Ministro Humberto Martins deu provimento ao recurso especial.

Pelas peculiaridades presentes no caso, o Ministro Og Fernandes pediu vista dos autos e considerou que durante o decorrer do processo judicial ocorreram melhorias no sistema de recolhimento de resíduos e a regulamentação da matéria. Quanto ao controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário, ambos os ministros possuem o mesmo entendimento:

Destaco, inicialmente, que não há qualquer vedação para que o Judiciário determine que ente municipal adote as providências necessárias à regularização do sistema de recolhimento de resíduos sólidos, inclusive com a construção da central de coleta pleiteada na inicial. Isso porque não se trata, na hipótese, de interferência judicial em política pública a cargo da entidade federativa, mas de determinação necessária ao restabelecimento da legalidade, isto é, ao efetivo cumprimento pelo município dos deveres que lhe são expressamente impostos pela legislação ambiental. Logo, não se cuida, aqui, de aspecto inerente à discricionariedade administrativa, mas de prestação na qual é vedada a escusa do administrador público, considerando-se o caráter cogente da legislação e os valores sociais sob proteção.

Porém, o Ministro Og Fernandes observou que houve ofensa ao regime de valoração probatória (art. 333, I, do CPC), em razão dos novos elementos mencionados e não comprovados como a adoção das providências para o cumprimento integral da nova legislação municipal ou a persistência das ilegalidades. Após o voto-vista do Ministro Og Fernandes, o Ministro Humberto Martins realinhou sua decisão no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial do Ministério Público do Estado de Minas Gérias e encaminhar os autos à origem para nova instrução da demanda.

Após a apresentação de três decisões proferidas no ordenamento jurídico brasileiro, algumas considerações merecem ser tecidas:

O período é de inquietação e a urgência no trato das questões de preservação ambiental exigem respostas céleres e precisas, para que o direito à vida das presentes e futuras gerações não seja ameaçado. A possibilidade de extinção da humanidade deve se

tornar o impulso na busca de alternativas para o alcance da vida digna para as gerações presentes e futuras:²⁴³

Quando a questão chega a juízo, sendo evidente que não foi resolvida administrativamente, as demandas ambientais reclamam atitudes positivas e que, efetivamente, se preocupem com a máxima proteção que se deseja, não se admitindo, por exemplo, desperdício de tempo na resolução do conflito, justamente porque muitos anos de desatenção ao meio ambiente têm que ser recuperados, ou melhor, amenizados para que as futuras gerações possam experimentar do mundo que o homem de hoje está, cada vez mais, destruindo.²⁴⁴

A tutela ambiental tomou força no Brasil após a Constituição de 1988, momento em que passou a ser garantia fundamental da pessoa. “Todavia, apenas a existência da tutela constitucional não é suficiente se não se verificarem mecanismos de controle efetivos”. A proteção ambiental ganhou “evidência e relevância com o passar dos anos”, pois foi percebida a magnitude desse direito. Analisando as decisões, observa-se que o Poder Judiciário entende ser dele a competência para ordenar que o Poder Público cumpra a ordem constitucional, sem que isso se trate de uma ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes presente no art. 2º da CF/88. Todavia, trata-se de uma violação a esse princípio permitir que situações de irregularidades e ilegalidade permaneçam e tragam consequências graves ao meio ambiente. “Nesse sentido, a atuação escusa ou a omissão do gestor público obriga a intervenção do Poder Judiciário, de maneira que qualquer prática dissimulada deve ser de imediato afastada (...)”²⁴⁵

Logo, não há de se cogitar em ofensa à separação dos poderes quando o Judiciário é provocado a analisar casos de omissões ou de ações insuficientes para a garantia de direitos constitucionais, inclusive em razão do princípio da inafastabilidade jurisdicional. Como a todo direito corresponde a uma ação, havendo determinação constitucional e consequente omissão do Poder Público em seu cumprimento, cabe ao Judiciário ordenar a adoção das medidas cabíveis. A ação do Poder Judiciário face à omissão do Poder Executivo nada mais é do que o respeito ao Princípio da Separação dos Poderes, já que esse assegura a harmonia e o desempenho adequado das funções do Estado, através do controle de possíveis abusos omissivos ou comissivos que possam ser praticados.

²⁴³LUNELLI, Carlos Alberto. **Jurisdição italiana, ideologia e tutela ambiental**. *Op cit.* p. 32-77.

²⁴⁴LUNELLI, Carlos Alberto. MARIN, Jeferson Dytz. **Patrimônio cultural e ações coletivas**. In: **Ambiente, políticas públicas e jurisdição**. *Op cit.* p. 18.

²⁴⁵*Idem.* p.10-24.

4.2 NORMAS AMBIENTAIS E SUA APLICAÇÃO NO JUDICIÁRIO

A separação dos poderes não pode ser vista como um obstáculo para a propositura de ação judicial que vise a concretização de direitos fundamentais e a efetivação de políticas públicas, sob pena de impossibilitar os interesses da coletividade no Estado Democrático de Direito. A tutela judicial perderia o sentido de existir caso o Judiciário não pudesse proferir decisões que atingem o Poder Público. Tendo em vista que o meio ambiente saudável é um direito fundamental, é possível que seja objeto de análise pelo juiz ordinário.²⁴⁶

Da mesma forma que cabe ao Administrador executar as Políticas Públicas, cabe o Julgador guardar a ordem jurídica. O próprio sistema de freios e contrapesos busca a correção de eventuais irregularidades, pois cada poder serve como um fiscal dos demais.

Ademais, os atos do Executivo que possuem previsão constitucional são realmente discricionários? Quando há a necessidade de proteção do bem ambiental pelo Poder Executivo não seria este um ato vinculado? Se a Constituição estabelece um dever de ação em prol do meio ambiente e o Administrador não o cumpre, resta ao Judiciário a imposição da medida. Permitir que as ações do administrador não se submetam ao controle judicial é possibilitar que ações sejam implementadas apenas em determinadas áreas de interesse do próprio administrador, sem que estas sejam as prioridades do povo ou as prioridades estabelecidas constitucionalmente.

O Judiciário, com sua expansão, não tem sido um problema, mas uma solução para a crise que vem assolando os outros Poderes. Resta ao Judiciário zelar e induzir a realização de políticas públicas, por exemplo, porém não deve realizá-la diretamente, sob pena de receber críticas por invadir a esfera de competência dos demais poderes. A efetivação da Constituição pelo Judiciário deve ser no sentido de reconduzir e incentivar os Poder Legislativo e o Poder Executivo, a cumprir com o seu dever constitucional. O Judiciário, caso venha a avocar tais deveres, apenas estará substituindo uma inconstitucionalidade por outra, ou seja, estará substituindo a inconstitucionalidade por omissão realizada pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo pela inconstitucionalidade de ação, quando passar a invadir as competências alheias. Ou seja, deve o Judiciário incentivar a realização de políticas públicas, mas não deve realizá-las

²⁴⁶LUNELLI, Carlos Alberto. **Jurisdição italiana, ideologia e tutela ambiental**. *Op cit.* p.08

por si só. Servir de incentivador para a ação do Legislativo e Executivo é uma forma de efetivar a Constituição e respeitar as delimitações realizadas por ela.²⁴⁷

Em caso de omissão na enunciação das políticas públicas, e sendo este um dever constitucional, caberá ao Poder Judiciário induzir sua enunciação, mas não substituir com uma decisão estática e pontual, a formulação da política pública, se assim o fosse, a inconstitucionalidade por omissão do Estado-Administração seria substituída pela inconstitucionalidade por ação do Estado-Juiz. O Poder Judiciário ao promover a enunciação da política pública através dum processo dialógico acarreta maior nível de efetividade da Constituição. Primeiro, porque assegura a Separação dos Poderes ao não se imiscuir na seara atribuída ao outro Poder; segundo por materializar a exigência constitucional de enunciação de políticas públicas pelo Estado Administração e, terceiro, com a produção dos feitos da política pública será efetivado o Direito Fundamental.²⁴⁸

O prestígio do Poder Judiciário está relacionado com a presença de deficiências nas demais funções do Estado. Esse deslocamento de prestígio e foco concedeu aos interpretadores do direito a ideia de que eram os únicos intérpretes da Constituição, sob o argumento da “supremacia judicial”. Tal postura recebe críticas, porque representa o encerramento do debate público, na busca da melhor decisão possível para o povo.²⁴⁹

Para evitar que o Judiciário passasse a adotar uma postura de substituto do legislador e do administrador, mecanismos e parâmetros deveriam ser criados para que o esse Poder atuasse como fiscal das ações produzidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.²⁵⁰ Arruda (2017, p. 104) entende que é preciso superar as práticas judiciais corrompidas, cabendo ao pesquisador do Direito

“refletir sobre a atuação do Poder Judiciário que vise substituir os Poderes Legislativo e Executivo na implementação e execução de políticas públicas, sob o argumento de efetivação de direitos fundamentais e que só causa a desorganização estatal”

Tal reflexão, contrária ao fenômeno da Judicialização, justificar-se-ia para que o Judiciário não viesse a causar a retirada de recursos de uma política pública de importância e gerasse desorganização nas políticas públicas existentes ou planejadas, em razão da sua ânsia em efetivar os direitos fundamentais, pois, uma política pública de

²⁴⁷MOREIRA, José A. R.; SANTOS, Márcio G. T. **Função e Controle das Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito**. *Op cit.* p. 76-92.

²⁴⁸*Idem.* p. 94-95.

²⁴⁹PAIM, Maria Júlia Pinheiro. **Do protagonismo judicial à abertura dialógica: a provisoriedade da “última palavra”**. *Op cit.* p. 191-192.

²⁵⁰ARRUDA, Érica Maia Campelo. **O Juiz de Paz da roça de Martins Pena: uma reflexão sobre o juiz de Direito – de elite intelectual nacional a garantidor dos direitos fundamentais constitucionais no Brasil**. *Op cit.* p. 100.

governo poderia ter sido escolhida em razão da necessidade em atender prioridades e essa postura do Judiciário – atender àqueles que tiveram acesso ao Judiciário - poderia retirar o foco das políticas públicas tidas como prioritárias, uma vez que não há recursos financeiros para atender à todos os direitos à disposição do cidadão.²⁵¹

Houve uma mudança do eixo das atividades do estado, movimentando-se do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, tendo por objetivo a imposição das normas como de caráter obrigatório e a organização do sistema jurídico para o alcance efetivo da proteção ambiental.²⁵²

O Estado deve coordenar as políticas públicas através das leis, porém é a “falta de leis inteligentes” que dificulta a entrega para o povo daquilo que necessita e deseja.²⁵³

O Poder Público não pode, inclusive, alegar contingências de ordem financeira e orçamentária ou questões de conveniência ou oportunidade para afastar o dever de proteção e prevenção em matéria ambiental. Ao permitir que as ações judiciais determinem aos governos que adotem determinadas medidas, não se está conferindo ao Judiciário o poder de criar novas políticas públicas, mas impondo que seja criado e executado pelo Poder Público aquilo determinado pela Constituição ou pela legislação infraconstitucional.²⁵⁴

O que precisa ser esclarecido é que o papel a ser desempenhado pelo Judiciário não é o de criador de políticas públicas, mas o de controlador.²⁵⁵ O juiz não deve ser reduzido à boca da lei, mas deve manter vivas as normas constitucionais e os direitos fundamentais, sem cair em minimalismos.²⁵⁶

Imaginar hoje que o juiz seja apenas “boca da lei”, como no século XVIII pretendia Montesquieu, depois de tudo o que se escreveu e de todas as vicissitudes que marcaram o trágico século XX, afigura-se, para a grande maioria de nossos juristas, uma grosseira heresia, fruto de ingenuidade, quando não de uma indesculpável ignorância.²⁵⁷

²⁵¹ *Idem.* p. 104.

²⁵² MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente.** *Op cit.* p. 21.

²⁵³ RECH, Adir Ubaldo. **Instrumento para um urbanismo socioambiental.** *Op cit.* p. 63

²⁵⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente.** *Op cit.* p. 17-22.

²⁵⁵ ZAGURSKI, Adriana Timóteo dos Santos; KRUBNIKI, João Pedro Ruppert. **Breves apontamentos sobre estado social e intervenção mediante políticas públicas.** *Revista Direito em debate. Revista do departamento de ciências jurídicas e sociais da unijuí.* Ano XXVI nº 47, jan.-jun. 2017 – ISSN 2176-6622, p. 126.

²⁵⁶ NETO, José Leite da Silva. LEITE; Valéria Aurelina da Silva. **Constitucionalização e Ativismo Judicial.** *Op cit.* p. 06.

²⁵⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista.** *Op cit.* p. 89.

Tendo em vista que a Constituição é muito abrangente, ao Judiciário foi dado o papel de ser seu guardião final, podendo atuar e ter a palavra final em diversos casos, tanto aqueles que envolvem os direitos fundamentais, quanto aqueles que envolvem as políticas públicas.²⁵⁸

O juiz deve efetivar os princípios constitucionais, considerando-se que a Constituição busca a proteção da vida. Conflitos de interesses poderão ocorrer, mas os interesses envolvidos devem ser avaliados para que seja feita opção por aquele que melhor atenda aos anseios da coletividade.²⁵⁹

Outro ponto que merece destaque diz respeito à repercussão das imposições determinadas pelo Judiciário no orçamento público. Porém, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à saúde e o direito à qualidade de vida são prioridades que devem ser observadas pelo administrador. Ademais, estando estes direitos previstos na Constituição e sendo ela o fruto dos anseios nacionais, há obrigatoriedade e vinculação do administrador em atuar em tais áreas. O Judiciário, quando age, inclusive determinando ações que impactam no orçamento público, nada mais faz do que cumprir com a legislação em vigor.

Verdadeira violação ao princípio da tripartição dos poderes seria o Judiciário determinar ao executivo atos de sua função institucional, todavia apontar a omissão do município em face de dano ambiental por omissão do poder de polícia, por exemplo, não se trata de imposição de ato institucional, podendo ser reconhecida a responsabilidade do município e determinado que sejam realizadas ações de recuperação ambiental. O próprio art. 225 da CF/88 constitui direitos e obrigações que podem ser levadas ao Judiciário para obtenção de seu provimento.

Ao Ministério Público por ordem constitucional presente no art. 129, inciso III, CF/88 possui a função de promover a ação civil pública para a proteção do meio ambiente. Dessa forma, o Ministério Público possui interesse de agir em face dos interesses sociais, ambientais e todos os demais relacionados à dignidade da pessoa humana através da propositura de Ação Civil Pública.

²⁵⁸PONTES, Juliana de Brito; NETO, José Mário Wanderley Gomes; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. **Autocontenção no Judiciário Brasileiro: uma Análise das Relações Estratégicas entre os Poderes Constituídos do Estado.** *Op cit.* p. 141.

²⁵⁹LUNELLI, Carlos Alberto. MARIN, Jeferson Dytz. **Patrimônio cultural e ações coletivas.** *Op cit.* p. 16.

Não há de ser permitido que a “burocracia paralisante”²⁶⁰ e a demora para a tomada de providências impeça a implantação de medidas necessárias para a proteção e recuperação do bem ambiental, inclusive porque a adoção de tal postura burocratizaria e paralisaria o direito à vida digna.

A lei não possui todo o direito que a sociedade demanda para normatizar a vida. Em razão disso, quem tem o dever de aplicar a lei acabara realizando uma “função verdadeiramente criadora”. O Direito parte das normas legisladas, mas prossegue evoluindo através da atividade criadora. Dessa forma, a lei possui um alcance limitado frente à interpretação judicial. E, em razão disso, a segurança jurídica e a estabilidade do direito são confrontados com a sua contínua evolução e adaptação às novas realidades. Seria necessário que na vida não ocorressem fatos novos, para que o direito se mantivesse regulado para sempre, sendo imutável e ideal. À vista disso, não existe um Direito ideal, há apenas aquele que objetiva atender às circunstâncias sociais. Há uma falsa ideia de que a lei possui forma definitiva e isso ocorre em decorrência de que a lei atende em um determinado momento atende às necessidades de determinado espaço por certo período de tempo, porém, como a vida é transformada ao longo do tempo e novos anseios e necessidades surgem na sociedade a lei acaba por se tornar desatualizada.²⁶¹

A lei não se torna desatualizada por inércia do legislador, mas porque os fatos evoluem em uma velocidade superior àquela que pode ser dada ao direito codificado, da mesma forma que a postura dos julgadores é alterada pelo momento em que vivem. “(...) o reconhecimento de que o direito não pode permanecer imutável pela razão muito simples, embora quase sempre esquecida, de que os fatos não subsistem invariáveis, nem se repetem identicamente”.²⁶²

Somado à isso, a atividade assídua dos juízes permite a evolução jurídica em passos mais largos do que a atividade legislativa. Ademais, para que o direito seja legislado, primeiro é necessário que a necessidade de regulação seja percebida no cotidiano. É através da interpretação que os juristas conseguem aplicar a norma geral no caso particular, até que ocorra a criação de norma específica. Por essa razão, o juiz é livre para julgar desde que se mantenha dentro dos limites presentes na norma, e a percepção destes limites se dá através de uma análise de sua natureza, grau de abstração e generalidade. Assim, pode-se dizer que o juiz possui uma “liberdade condicionada” ao

²⁶⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. *Op cit.* p. 56.

²⁶¹ BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre, Ajuris, 1977, p. 08-20.

²⁶² *Idem.* p. 98.

proferir a sua decisão. A liberdade do juiz ao julgar é percebida quando se observa que o direito não se modifica somente com a edição de uma nova lei, mas que é alterado através da prática, pelo fato de que a lei geral não se ajusta perfeitamente a todos os casos particulares, caso tal ajuste fosse possível, caberia ao juiz a mera aplicação mecânica da lei. Portanto, “o centro de gravidade da criação jurídica situa-se na decisão concreta e não na regulamentação genérica”.²⁶³

Ou seja: a realidade de que o Direito oficialmente proclamado não coincide com o Direito efetivo que opera na vida social e que brota, renovando-se continuamente, de órgãos aos quais não assina oficialmente nenhuma função legislativa.²⁶⁴

Se o direito pudesse conferir precisão e detalhamento aos casos práticos, através das regras, a criação do direito seria, indiscutivelmente, atribuída unicamente ao legislador e afetada da função judicial. Quando é percebido que o direito, na prática, não depende apenas das regras escritas, retira-se o monopólio da criação do direito do legislador e percebe-se que a interpretação pode dar lugar à formação de novas regras. A tarefa de aplicação do direito deve encontrar o equilíbrio entre a aplicação das regras codificadas e a solução dos conflitos de forma justa, mesmo que as soluções não se deem através das aplicação rígida das regras previstas. Dessa forma, “os que têm por ocupação profissional prevenir ou resolver os conflitos de interesses são, esses, os que promovem de uma maneira decisiva a evolução do Direito”.²⁶⁵

O direito codificado gerou a falsa noção de que a criação do direito cabe apenas ao legislador. Salienta-se, que os Códigos estão repletos de lacunas, mas o sistema jurídico possui condições de supri-las. Pode-se dizer, que a superação das previsões legislativas é manifestação da evolução do direito. Porém, “é curioso observar que, em muitas ocasiões, os legisladores têm considerado a obra dos intérpretes como um trabalho destinado a desvirtuar o caráter dos feitos legislativos”, da mesma forma que Montesquieu afiançava que para alcançar um governo livre, era preciso limitar a atuação dos juízes à mera aplicação da lei. A lei não é a única criadora do direito, a lei, muitas vezes, apenas reflete os anseios que já foram demonstrados e criados pela prática jurídica. O direito evolui através da sua aplicação prática para superar as necessidades da sociedade e não pela aplicação automática de regras pré-estabelecidas. O legislador

²⁶³ *Idem.* p. 21-52.

²⁶⁴ *Idem.* p. 77.

²⁶⁵ *Idem.* p. 82-131.

ao organizar as normas não tem possibilidade de prever todas as aplicações práticas, nem de conhecer a evolução que poderá ocorrer no futuro com relação ao tema objeto da nova legislação. Por conseguinte, a adequação da norma aos fatos reais nem sempre ocorrerá com precisão e, na medida em que a norma envelhece, essa adequação se torna cada vez mais difícil. O juiz é o legislador do caso concreto e, é por isso, que mesmo nos casos em que não houve previsão legislativa, uma solução é encontrada. A integralidade do ordenamento jurídico é obra das escolhas adotadas no meio judicial.²⁶⁶

Bauman apresentou uma correlação dos conceitos de modernidade e pós-modernidade com os conceitos de legislador e intérprete. Para o autor, o legislador, em razão de seus conhecimentos, estava ligado à era moderna. Com o surgimento da era pós-moderna, o intérprete tomou papel de destaque, tendo em vista a necessidade de ouvir a sociedade cada vez mais diversificada. A era pós-moderna trouxe desafios ao discurso filosófico, no que tange à verdade, certeza, relativismo e organização social. Logo, ao intelectual, cabe aceitar e respeitar o mundo plural para que cumpra de uma nova forma aquilo que cabia ao legislador produzir. Ao intelectual, em razão de seu amplo conhecimento, foi dado um novo papel, o papel de intérprete. Assim, o juiz é um intelectual que precisa abandonar o autoritarismo e adotar uma nova postura ligada à hermenêutica, para que toda a coletividade seja ouvida e atendida, nas suas mais diversas formas. Essa nova postura dos juízes nada mais é do que o reflexo da transição da era moderna para a pós-moderna. Ademais, os intelectuais, além de interpretar, devem legislar, na medida em que houver necessidade de julgar casos controversos.²⁶⁷

Falar com as pessoas em vez de brigar com elas; entendê-las em vez de repudiá-las ou aniquilá-las como mutantes; incrementar sua própria tradição bebendo com liberdade na experiência de outros grupos, em vez de excluí-los do comércio de ideias. É isso que a tradição própria dos intelectuais, constituída pelas discussões em curso, prepara as pessoas para fazerem bem. A arte da conversação civilizada é algo de que o mundo pluralista necessita com premência. Ele só pode negligenciar essa arte às suas expensas. Conversar ou sucumbir.²⁶⁸

²⁶⁶ BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. *Op cit.* p. 136-193.

²⁶⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais**, p. 192-198.

²⁶⁸ *Idem.* p. 196.

Essa nova filosofia e a nova ciência social, é exemplificada por Bauman como sendo uma casa de família, porque são “despretensiosas, aconchegantes e confortáveis” para o alcance do bem comum.²⁶⁹

Não apenas a lei pode ser superada pela aplicação do direito pelo juiz, mas as próprias decisões judiciais podem ser superadas quando deixarem de responder às necessidades da sociedade.²⁷⁰

A jurisdição constitucional, na contemporaneidade, tem atuado de forma privilegiada e inédita. Essa posição, foi assumida, através da ideia de supremacia da Constituição e pela exigência de executar seu texto e os mecanismos os mecanismos de implementação de seus conteúdos, em razão da necessidade de atender os direitos e garantias assegurados aos cidadãos. A indeterminação e imprecisão contidas em tais textos e mecanismos abrem possibilidades para a interpretação jurisdicional.²⁷¹

4.3 A HERMENÊUTICA JURÍDICA: UMA SAÍDA PARA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS AMBIENTAIS

A problemática interpretativa está presente na contemplação de valores e princípios pela Constituição e nos direitos fundamentais, que possuem conceitos abertos, que ao exigirem efetivação, alteram e dilatam a possibilidade de interpretação constitucional.²⁷²

A dimensão interpretativa da jurisdição constitucional, que também pode ser chamada de criativa ou produtiva, tem sido alvo de críticas. As críticas ocorrem em razão da repercussão das decisões judiciais no âmbito político, o que abalaria a ideia de neutralidade do Poder Judiciário e do Direito, somado à isso, existe o entendimento de que o âmbito político cabe apenas ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. Foi a teoria da separação dos poderes e o princípio democrático que criaram obstrução à interpretação constitucional. É fundamental que se perceba, que “a tarefa do legislador se esgota na produção do texto, no entanto, quem produz a norma é o intérprete, por

²⁶⁹ *Idem.* p. 198.

²⁷⁰ BRUTAU, José Puig. *A jurisprudência como fonte do direito.* *Op cit.* p. 235.

²⁷¹ GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal.** *Op cit.* p. 34.

²⁷² *Idem.* p. 35.

meio da interação de seu texto com a realidade. A norma é, portanto, o resultado, o produto da interpretação.”²⁷³

A interpretação nada mais é do que perceber a intenção do legislador e permitir que ela possa variar conforme o ponto de vista do intérprete. Caso contrário, o Judiciário se baseará em reproduzir a própria lei, em uma função exclusivamente declaratória, na busca do “verdadeiro sentido da lei”, o que não é interpretação.²⁷⁴

A produção do Direito é inseparável do componente ideológico, pois ao aplicar a legislação no caso concreto, o julgador e os demais operadores do Direito estão imbuídos do caráter ideológico. A ideologia não está presente apenas na aplicação do Direito pelos Tribunais, mas também está presente no momento da criação das normas. Essa afirmação ocorre pelo reconhecimento de que os Legisladores também são carregados por um conjunto de ideais. Por isso, pode-se dizer que a lei está revestida de características do local e do momento em que foi criada e, em razão disso, pode ter seu significado alterado para que não seja perdida. Foram os diversos ideais de proteção da natureza presentes ao longo do mundo que incentivaram a produção legislativa na área. O aumento dos desastres naturais e a escassez dos recursos naturais é proporcional à criação legislativa. A princípio, foram os tratados internacionais que moveram esforços nessa área, após os ordenamentos jurídicos começaram a incorporar esses ideais, de formas e intensidades distintas. A produção legislativa teve um aspecto positivo, no sentido em que permitiu a evolução da proteção do meio ambiente.²⁷⁵

Todavia, a previsão constitucional protetiva do ambiente e a legislação infraconstitucional não têm sido suficientes para frear a degradação e garantir a proteção. O direito legislado tem sido um elemento que visa criar a falsa ideia de proteção ambiental e não sua efetiva proteção.

O juiz, ao aplicar a lei ao caso exerce sua atividade criativa através da compreensão hermenêutica. Logo, “a atividade jurisdicional não dispensa a compreensão hermenêutica”. A atividade exercida pelo legislador depende a aplicação que lhe será dada. A atividade do juiz não é isolada da compreensão hermenêutica, e a produção hermenêutica, por sua vez, é produzida levando em conta aspectos ideológicos. O juiz possui atividade criativa no momento em que aplica a lei ao caso concreto, a partir de sua compreensão. Dessa forma, o Direito Ambiental, assim como os

²⁷³ *Idem.* p. 45-54.

²⁷⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista.** *Op cit.* p. 283-283.

²⁷⁵ LUNELLI, Carlos Alberto. **Direito Ambiental e novos direitos.** *Op cit.* p. 21-23.

demais ramos do Direito, está ligado à compreensão e à interpretação que juiz dá ao texto. A atividade do Poder Legislativo está sempre ligada à aplicação que será dada à norma.²⁷⁶

O juiz não pode ser um refém do texto, é necessário que adote uma postura ativa frente à proteção ambiental e que se disponha a atender o pedido daquele que buscou auxílio na proteção ou reparação do meio ambiente. “O procedimento destinado à proteção ambiental reclama tratamento diferenciado no Judiciário, afirmando-se a necessária simplificação procedimental, capaz de garantir a tutela do interesse específico (...)”. É forçoso que o jurista opere com o propósito ideológico de proteção do ambiente, da mesma forma que em outros ramos do direito o juiz trabalha com uma determinada ideologia protetiva, é o que ocorre com o direito do consumidor e o direito do trabalho. Na falta de aplicação de uma ideologia voltada para a proteção do ambiente, o texto legal continuará sem causar efeitos práticos. A atualidade impõe que se abandone a prática legislativa que objetive apenas dar uma resposta à sociedade, para a adoção de novas ações capazes de garantir a efetividade do texto normativo presente no ordenamento jurídico brasileiro.²⁷⁷

Assim, a formulação e o desenvolvimento de uma ideologia protetiva do bem ambiental representam a forma de se garantir a efetividade. Não basta a inserção de dispositivos legais de proteção. É preciso que o aplicador dessa legislação, na atividade jurisdicional, esteja orientado ao propósito de conferir proteção ao ambiente.²⁷⁸

O juiz deve valer-se do princípio da precaução, muito mais do que do princípio da prevenção, porque o Direito Ambiental trabalha com as incertezas que a vida moderna e as novas tecnologias podem causar ao ambiente.²⁷⁹

Na concepção tradicional o juiz era imaginado como mero aplicador das leis, essa visão foi alterada com a promulgação da Constituição de 1988, pois houve uma transformação da figura do juiz para um garantidor dos direitos individuais e coletivos. O pluralismo crescente e o a crise do Legislativo, deixaram para o juiz a tarefa de “identificar, sistematizar, reconstruir a lei”, de forma a atribuir e moldar a cada caso o

²⁷⁶ *Idem.* p. 23-24.

²⁷⁷ LUNELLI, Carlos Alberto. **Direito Ambiental e novos direitos.** *Op cit.* p. 25-35.

²⁷⁸ *Idem.* p. 35.

²⁷⁹ LUNELLI, Carlos Alberto. **Direito Ambiental e novos direitos.** In: RECH, AdirUbaldo; MARIN, JefersonDytz; AUGUSTIN, Sérgio (Org.). **Direito Ambiental e sociedade.** Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2015, p. 29.

seu significado.²⁸⁰ O art. 225 da Constituição superou o modelo que permitia que a interpretação da Constituição fosse realizada apenas por especialistas, no momento em que cabe à todos o dever de preservar o ambiente, a interpretação judícia não pode ser a única.²⁸¹

No Direito Ambiental, não pode ser diferente. As regras de proteção ambientais, sejam elas constitucionais ou não, dependem da aplicação e do entendimento que lhe será dado no caso concreto. Como os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, o ente federativo que se omitir na implementação de direitos fundamentais poderá ser condenado à obrigação de fazer. O Poder Judiciário, com a finalidade de proteger o ambiente, deve apoiar-se nos princípios do Direito Ambiental, nas soluções previstas constitucionalmente e, principalmente, na “interpretação integrativa e atual”.²⁸²

Para o sistema, a norma jurídica deveria ter apenas um sentido, ao intérprete não caberia a sua compreensão, mas a descoberta da sua vontade, como um matemático descobre um problema algébrico. Os autores dos códigos, no século XIX, buscavam impedir que a sua obra fosse interpretada, da mesma forma que Justiniano buscou impedir a compreensão hermenêutica das leis. “A produção do direito deveria ser obra exclusiva do legislador, que se supunha um super-homem iluminado, capaz de produzir um texto de lei tão claro e transparente que dispensasse o labor interpretativo”. Para os filósofos do Racionalismo, o Direito deveria ser como uma equação algébrica, deveria impossibilitar a interpretação. A judicialização é um fenômeno que apoia a democracia, pois dá ao povo mais um espaço de debate de problemas políticos, sociais e ambientais. Porém, esse poder também tem barreiras que devem ser superadas, como o isolamento do magistrado até mesmo dos advogados, o corporativismo da instituição, a burocracia, o sufocante sistema recursal.²⁸³

A razão conservadora está na ideologia da reprodução da separação entre o discurso e o fato. Por mais que o discurso vise afirmar que o racionalismo está acabado, o fato é que as antigas instituições são preservadas. É esse discurso invertido que impede que o sistema evolua. O pensamento arcaico mantém-se ao longo dos anos, e esse pensamento que é uma verdadeira ideologia. São esses pressupostos antiquados, que têm se mantido atuantes, que precisam mudar. Enquanto houver a ilusão de progresso e a

²⁸⁰TESSLER, Marga Inge Barth. **O Juiz e a Tutela Jurisdicional do Meio Ambiente**. *Op cit.* p. 357-358.

²⁸¹*Idem.* p. 357.

²⁸²CARMO, Valter Moura do; MESSIAS, Ewerton Ricardo. **Pós-modernidade e principiologia jurídica: O ativismo judicial e sua validade no âmbito do Estado Democrático de Direito**. *Op cit.* p. 404.

²⁸³SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. *Op cit.* p. 17-45.

ilusão da superação do conceito de juiz na figura de aplicador da “vontade do legislador”, de que o Judiciário é um “poder nulo” e de que a sentença não é meramente declaratória, não haverá o estabelecimento da hermenêutica jurídica a fim de reconhecer que a sentença tem a influência da vontade e que o Judiciário pode, definitivamente, criar o Direito. Eliminar a hermenêutica é retirar a possibilidade de argumentação, que é aspecto nato do Direito.²⁸⁴

O liberalismo europeu tentou transformar o Direito em uma ciência abstrata, formal, invariável e imune à história. Foi o racionalismo que criou a imagem de que o Direito deve se limitar aplicar a “vontade da lei”. Possuindo, o Direito, apenas aspectos lógicos, todos os fatos que ocorrem na realidade, não exercerão influência sobre ele.²⁸⁵

No Direito Ambiental percebe-se a dificuldade imposta pelo racionalismo na aplicação do Direito no mundo dos fatos e a dificuldade criada para a aplicação da tutela preventiva. Como o Judiciário buscava, somente, tratar em consertar o passado, os administradores tratavam do presente e, exclusivamente, os legisladores tratavam do futuro, criou-se uma barreira na aplicação das tutelas preventivas, tão importantes do Direito Ambiental.

Outro aspecto importante da tutela cautelar ligada ao Racionalismo é o receio de dar autonomia à uma tutela sem coisa julgada, ou seja, sem que o julgador tenha aplicado a “vontade da lei”. Desta forma, a tutela cautelar estaria entregando ao juiz um poder discricionário, que ainda é negado pelo sistema. Ademais, seria uma afronta a possibilidade do próprio Judiciário, reconhecer que tal direito não era disposto à quem havia sido concedido. Então, a tutela cautelar seria a possibilidade de entrega ao juiz da possibilidade de fazer justiça. O motivo dessa ocorrência é a dificuldade dos magistrados em aplicar normas uniformes (vontade da lei) em situações que apresentam uma enormidade de possibilidades, já que se tratam de fatos ainda não ocorridos. Ademais, o legislador não é capaz “de prever legislativamente o perigo concreto do dano iminente”.²⁸⁶

O magistrado, preso à vontade da lei, não tem condições de escolha entre mais de uma possibilidade legítima, logo, sua atuação fica restrita e, por isso, limitam-se a julgar, sem o poder de decidir. Sem a aplicação da hermenêutica, não há discricionariedade. Sem discricionariedade, não há a superação do paradigma

²⁸⁴ *Idem.* p. 55-89.

²⁸⁵ *Idem.* p. 90-144.

²⁸⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista.** *Op cit.* p. 119-223.

racionalista. Em sua atuação, os juízes quando decidem – e não apenas julgam – são compelidos a buscar formas de demonstrar que a sua decisão seguiu um modelo matemático, já que um modelo de decisão que considere o aspecto volitivo na decisão não é aceito pelo sistema. Enquanto a atividade legislativa tratar-se de uma multiplicação de normas dentro do sistema nada de relevância ocorrerá, a não ser que passe a ocorrer um diálogo entre o poder e seus súditos ou entre a lei e o discurso. Há um risco em afirmar que o juiz é portador da vontade, porque esta afirmação também possui uma carga ideológica. É preciso deixar de perceber o Direito como binário, ou o juiz aplica a vontade da lei ou o juiz é arbitrário. Logo, busca-se o “termo médio”, em que o juiz não é arbitrário, mas também se utiliza do poder discricionário.²⁸⁷

Esta lógica [matemática] não admite a existência do que seria um termo médio, uma sentença que, não sendo escrava do texto, não fosse, mesmo assim, arbitrária, que pudesse conter discricionariedade sem arbitrariedade. Mesmo porque a submissão formal ao texto (de resto impossível, porém pressuposta pelo sistema), torna-se instrumento muitas vezes de hipocrisia, sob a qual se ocultam as verdadeiras razões e fundamentos que o magistrado vê-se obrigado a não confessar, quando não lhes serve de abrigo contra o temor de assumir responsabilidades.²⁸⁸

É o dogmatismo que impede a percepção de que a lei ao ser interpretada, deixa para o magistrado a possibilidade de adaptação do Direito às novas realidades, fazendo com que ele progrida e com que seja revelada a “outra vontade da lei”. É o pensamento da lei por meio de conceitos que impede a compreensão de sua ligação com a história, com a realidade que foi produzida, da mesma forma que a compreensão dos conceitos matemáticos são imutáveis e desligados da mutabilidade. O conceito de um triângulo jamais irá se alterar, porém não é o que acontece com o Direito, porque este não é um núcleo duro, muito pelo contrário, é adaptável às novas realidades, de acordo com o tempo e o espaço. Por mais que o normativismo tenha muita força no Brasil, é crescente a aceitação de que a jurisprudência é fonte criadora do Direito e de que a lei é um norte de deverá orientar para a emissão da sentença. O entendimento de que o legislador tem o poder de prever o futuro e capaz de regular as infinitas possibilidades da vida e de que o juiz é um ser que possui a função de aplicador da lei é uma crença.²⁸⁹

²⁸⁷ *Idem.* p. 114-243.

²⁸⁸ *Idem.* p. 292.

²⁸⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista.** *Op cit.* p. 244-251.

A teoria da divisão dos poderes, que atribui ao legislativo a função criadora do direito e concede ao Judiciário o espaço de inferior de mero declarador, esquece que alguns legisladores não legislam ou raramente o fazem. É a eliminação do dogmatismo da formação universitária que dará a possibilidade de progresso no âmbito judicial. Tal progresso, ocorrerá através de uma ótica voltada para a crítica do Direito, que auxiliará na eliminação do “sonho Iluminista de transformar o Direito numa ciência abstrata e formal” e voltada para a eternidade. Quando o positivismo for superado e o Direito for baseado na hermenêutica, o processo será o reflexo dos fatores históricos a que estiver ligado. O entendimento de que o Direito possui lacunas que podem ser preenchidas por analogias é um avanço da doutrina que anteriormente exclusivamente acreditava que o ordenamento jurídico era pleno.²⁹⁰

A doutrina de Montesquieu e o positivismo que afirmam que o “juiz é um poder neutro” não descreve o que acontece ou o que acontecia, mas o que desejavam que acontecesse. A exigência de que o juiz seja um mero aplicador é uma forma de evitar o arbítrio, portanto, essas não são teorias jurídicas, mas políticas.²⁹¹

O juiz neutro não era o juiz que ele conhecia, mas o juiz com quem sonhava; o juiz que o sistema político, concebido por ele, haveria de criar. Aqui, mas do que nunca, é importante ter presente a distinção entre descrever e prescrever, para assegurar-nos da utopia, construída pelo Iluminismo, de transformar o Direito em ciência matemática, separando-o do mundo da vida.²⁹²

A “separação dos poderes” é impraticável contemporaneamente, porém, a doutrina e o sistema como um todo lhe dão cobertura. É necessário que seja repensado o sistema e superado o ideal do iluminismo para que uma mudança efetiva aconteça. Os magistrados procuram criar o Direito, mas acabam por fazê-lo de forma dissimulada, para não receber críticas, o que esconde os reais motivos que fizeram com que tomassem as decisões. Para que o Judiciário receba e exerça a sua verdadeira missão que é a de garantidor do regime democrático, é indispensável a redução de recursos e da burocracia e a devolução à jurisdição de primeiro grau sua legitimidade política.²⁹³

²⁹⁰ *Idem.* p. 254-272.

²⁹¹ *Idem.* p. 272.

²⁹² *Idem.* p. 272.

²⁹³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista.** *Op cit.* p. 318-320.

O Estado Democrático de Direito requer uma postura ativa do Judiciário, a atuação do juiz é fundamental na orientação para a construção de um Estado sustentável.²⁹⁴

(...) o Estado Democrático de Direito não mais permite uma postura desidiosa e passiva do judiciário, sendo que o juiz deve concretizar o significado dos princípios e, por conseguinte, do conteúdo da sustentabilidade, buscando dar-lhe densidade real e concreta. O juiz, atento às demandas no mundo contemporâneo, não deve, ao julgar o caso, apenas aplicar o comando da lei, mas, sim, avaliar e sopesar os impactos de sua decisão na sociedade.

(...) a sustentabilidade não pode ser concebida como mera opção. Ao contrário, deve ser adotada como orientação necessária e irrefutável para a conservação de mais capital natural para as futuras gerações e, portanto, todos os mecanismos para sua implementação devem ser utilizados.²⁹⁵

A postura desidiosa do Judiciário não é mais aceita, o juiz deve passar a desenvolver uma função ativa e manter-se atento às demandas e às repercussões “sociais, políticas, econômicas, ambientais e outras que a decisão irá surtir”. O juiz não pode manter-se distante, já que sua participação é fundamental para efetivar as metas da sustentabilidade, suas decisões podem servir de incentivo para a aplicação de práticas sustentáveis, já que a sustentabilidade não pode ser vista como mera opção.²⁹⁶

O ideal almejado é a manutenção, pelos três poderes, de uma postura ativa frente às questões ambientais. Porém, enquanto a inércia ou a prestação insuficiente pairam sobre o Legislativo e o Executivo, cabe ao Judiciário garantir a proteção ambiental. Alegar que as ações do Judiciário voltadas à proteção do meio ambiente são violações da teoria da tripartição dos poderes é o mesmo que retirar do Judiciário a possibilidade de determinar que medidas protetivas ao ambiente sejam adotadas. A postura adotada pelo Judiciário nada mais é do que confirmar o sistema de freios e contrapesos, na medida em que tem realizado o controle dos atos dos demais poderes.

²⁹⁴POLI, Luciana; HAZAN, Bruno. **A atuação do Poder Judiciário Brasileiro e sua contribuição para a construção do Estado Ambiental através da aplicação do Princípio da Sustentabilidade.** *Op cit.* p. 28.

²⁹⁵*Idem.* p. 22.

²⁹⁶POLI, Luciana; HAZAN, Bruno. **A atuação do Poder Judiciário Brasileiro e sua contribuição para a construção do Estado Ambiental através da aplicação do Princípio da Sustentabilidade.** *Op cit.* p. 39-41.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inclusão do amplo rol de direitos e garantias na Carta Constitucional foi uma resposta às grandes violações dos direitos ocorridos anteriormente no Brasil, além de ser um reflexo dos movimentos que apoiavam a defesa dos direitos humanos, na década de 1970.

A fim de evitar que os excessos voltassem a se repetir, o Estado Democrático de Direito foi alicerçado na tripartição dos poderes, para que cada um dos Poderes do Estado fosse um fiscalizador dos demais, através do sistema de freios e contrapesos. O Poder Legislativo e o Poder Executivo possuíam papel de destaque e ao Judiciário era atribuída a função secundária de aplicador das normas legisladas.

Aqueles que se sentiam lesados pela ineficácia dos serviços prestados pelo Legislativo e Executivo, por sua vez, começaram a buscar no Poder Judiciário apoio para a efetivação dos direitos garantidos constitucionalmente, uma vez que esse Poder é um fiscalizador dos demais, o que refletiu no crescimento dos litígios. Os que possuem um posicionamento contrário ao fenômeno, alegam que a adoção de uma postura ativa pelo Judiciário é uma afronta à tripartição dos poderes, pois fere a independência dos três poderes. Ocorre que a independência não pode ser utilizada para justificar a omissão ou a prestação insuficiente dos serviços pelo Estado. Na área ambiental, a prestação insuficiente dos serviços pelo Poder Executivo e os embaraços na implementação das normas pelo Poder Legislativo podem possibilitar a efetivação do dano ou o seu agravamento.

A Constituição Federal determina que é dever de todos a defesa e preservação do meio ambiente. Logo, quando um integrante do povo ingressa com ação judicial visando a proteção do bem ambiental, o Poder Judiciário não pode abster-se de responder sob o argumento de que está impossibilitado de interferir nos atos dos demais poderes.

Para frear a degradação ambiental, revela-se necessária a adoção de ações conjuntas entre os três poderes e a coletividade, porém, enquanto não ocorre essa mudança de paradigma, o aparato jurisdicional deve adotar uma postura ativa. A ideia de que o juiz é um mero aplicador da norma deve ser abandonada e substituída pela ideia que o direito é mutável e adaptável ao tempo e ao espaço à que está relacionado, e isso é possível com a ampla utilização da hermenêutica jurídica.

A modernidade trouxe inúmeros desafios e a necessidade de entendimento que a divisão dos poderes não é fixa, mas é uma divisão de funções, para melhor organização do aparato jurisdicional. Outro desafio é a superação do entendimento de que o juiz é um mero aplicador da lei para a aceitação de que o juiz, através de suas decisões e da jurisprudência, é um criador do direito.

A mudança deve iniciar desde o ensino do direito nas universidades, para que os novos operadores do Direito sejam imbuídos desse pensamento de que o judiciário não é um observador da realidade, mas um agente da mudança. Uma nova política ambiental deve ser colocada em prática, porque enquanto o tempo passa, novos danos, que poderiam ter sido evitados, ocorrem.

O acesso à justiça é uma poderosa ferramenta que foi colocada nas mãos do povo para o alcance do meio ambiente equilibrado, resta o reconhecimento disso e o apoio às interpretações ousadas e avançadas adotadas pelos juízes e tribunais, que nada mais fazem do que cumprir com a ordem constitucional através de sua função criadora do direito. O termo judicialização tem sido rotulado como um aspecto negativo, porém, ele tem sido a resposta mais justa aos problemas que envolvem o Direito Ambiental. Aos operadores do Direito, resta a possibilidade de dar continuidade a esta pesquisa para quiçá, no futuro, serem encontradas as formas de harmonizar a relação entre os três poderes, principalmente no que tange às questões ambientais, para que os danos sejam, definitivamente, evitados.

Enquanto isso não ocorre, não se pode retirar das mãos dos juízes o poder de incentivar ações protetivas ambientais, pois essa é uma garantia presente no Estado brasileiro, que visa a proteção da vida digna para as presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Forense, 2009.

AGUIAR, Wagner José de; MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. Entre o conservadorismo e o direito das comunidades tradicionais: o judiciário diante da crítica do movimento por justiça ambiental. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 4, n. 1, 2014.

ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. **Tutela de Urgência no Direito Ambiental: Instrumento de Efetivação do Princípio da Precaução**. São Paulo: Atlas, 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 11.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ARAUJO, Gisele Silva. **Participação através do direito: a Judicialização da política**. VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais. Coimbra, 2004. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/lab2004/pdfs/GiseleSilvaAraujo.pdf>> Acesso em: 07 de março de 2017.

ARRUDA, Érica Maia Campelo. O Juiz de Paz da roça de Martins Pena: uma reflexão sobre o juiz de Direito – de elite intelectual nacional a garantidor dos direitos fundamentais constitucionais no Brasil. **Anais do V CIDIL. RDL – Rede Brasileira de Direito e Literatura**. V. 5, n 1, p. 80-108, Jul. 2017

ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 15401: Meios de hospedagem — Sistema de gestão da sustentabilidade — Requisitos**. Rio de Janeiro, 2006.

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de Direito Ambiental**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. ISSN 1138-4824, n. 13, Madrid, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BELINI, Patrícia Maleski; Reikdal, Cleverton. Como o Poder Judiciário Brasileiro resolve Hard Cases de conflito entre Direito Ambiental e Direito Cultural. **Anais do I Congresso Acadêmico de Direito Constitucional**. Porto Velho – RO, 2017.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. O Estado Teatral e a implementação do Direito Ambiental. In: _____. **Direito, água e vida: law, water and the web of life**. v. 1,

[s.d.], p. 335-366. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30604>> Acesso em: 16/07/2017.

BERNARDO, Vinícius Lameira. Mudanças Climáticas: estratégias de litigância e o papel do judiciário no combate as causas e efeitos do aquecimento global no context brasileiro. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre. nº 80, 2016.

BIELSCHWSKY, Raoni Macedo. **Democracia Constitucional**, 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra Ltda, 1987.

BÖLTER, Serli Genz. Judicialização dos conflitos sociais: das demandas individuais para a produção da ordem jurídica. In: **XIV Congresso Brasileiro de Sociologia**. Rio de Janeiro – RJ, 2009. Disponível em:

http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.sbsociologia.com.br%2Fportal%2Findex.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_download%26gid%3D3131%26Itemid%3D171&ei=ktR4UqjvNa-_sQTZpoGICA&usg=AFQjCNHbknuJXv7s8rq-95hSHPSKW3xZIA&bvm=bv.55980276,d.dmg. Acesso em: 14 jul 2016.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm> Acesso em: 14 jul 2016.

BRASIL. **Lei 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/113105.htm> Acesso em: 17 agos 2016.

BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

BÜHRING, Marcia Andrea. Alguns aspectos da hermenêutica Filosófica e Jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, 2001.

BUTZKE, Alindo; ZIENBOWICZ, Giuliano; CERVI, Jacson Roberto. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 4ª São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares**. Porto Alegre: Ed Sérgio Antônio Fabris, 1998.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. 21.ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2000.

CARMO, Valter Moura do; MESSIAS, Ewerton Ricardo. Pós-modernidade e principiologia jurídica: O ativismo judicial e sua validade no âmbito do Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 189-205, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2163>>. Acesso em: 26 dez 2017.

CARVALHO, Carlos Gomes de. **O que é Direito Ambiental: dos descaminhos da casa à harmonia da nave**. Florianópolis: Habitus, 2003.

CARVALHO, Ernani. **Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização**. Sociologias. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222010000100007> Acesso em: 14 jul 2016.

CASTORIADIS, Cornelius. Uma “democracia” sem a participação dos cidadãos/A força revolucionária da ecologia. In: _____. **Uma sociedade à deriva: entrevistas e debates**, 1974-1997. Tradução Miguel Serras Pereira. Lisboa: 90 Graus, abril de 2007.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

CITTADINO, Gisele. A Constituição de 1988 e a construção da cidadania. In: LEAL, Rogério Gesta; GAVIÃO FILHO, Anízio Pires (orgs) **Coletânea do I Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis** [recurso eletrônico]. Porto Alegre: FMP, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. Rumo à justiça. 2ª edição. Saraiva, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O estado federal**. São Paulo: Ática, 1986.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental econômico**. 2.ed.rev. São Paulo: M. Limonad, 2001.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental econômico**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald William. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: M. Fontes, 2002.

ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. SILVA, Jaqueline Mielke da. A insuficiência das concepções clássicas de jurisdição para a compreensão da jurisdição coletiva. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 5, n. 1, 2015.

FACCENDA, Guilherme Augusto. Ativismo na via extrajudicial. In: **Coletânea do I Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**. Disponível em:

<http://www.fmp.com.br/imgs_upload/3%20EBOOK%20seminario%20internacional.pdf> Acesso em: 20 jul 2017.

FILHO, Fernando Fortes Said. **A Crise do Poder Judiciário: Os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à Justiça.** Revista Da Ajuris – Porto Alegre, v. 44, N. 142, 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro.** 12.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Ambiental em Evolução.** Curitiba: Juruá, 2007.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal.** Curitiba: Multideia, 2013.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental.** 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. **Curso de Direito Ambiental.** 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

HORN, Luiz Fernando Del Rio; VERGANI, Vanessa. O consumismo como o lado perverso do consumo: principais malefícios à sociedade contemporânea, p. 141-160. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio. **Relações de consumo: consumismo.** Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2010.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional.** 4.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LANGE, Maria Bernadete Ribas. A conservação da natureza, conceitos e breve histórico, p. 13-30 In: RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. **O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de Direito Ambiental.** São Paulo: Peirópolis, 2005.

LEITE, José Morato. AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco.** 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LEITE, José Morato. **Manual de Direito Ambiental,** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, José Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na sociedade de risco.** 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LEITE, José Rubens Morato. BELCHIOR, Germana Parente Neiva. O Estado de Direito Ambiental e a particularidade de uma hermenêutica jurídica. **Sequência,** v 31, n 60, jul. 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUNELLI, Carlos Alberto. Direito Ambiental e novos direitos. In: RECH, Adir Ubaldio; MARIN, Jeferson Dytz; AUGUSTIN, Sérgio (Org.). **Direito Ambiental e sociedade**. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2015.

LUNELLI, Carlos Alberto. **Jurisdição italiana, ideologia e tutela ambiental**. Caxias do Sul, RS: EducS, 2017.

LUNELLI, Carlos Alberto. MARIN, Jeferson Dytz. Patrimônio cultural e ações coletivas. In: LUNELLI, Carlos Alberto. MARIN, Jeferson Dytz. **Ambiente, políticas públicas e jurisdição**. Caxias do Sul, RS: EducS, 2012.

MARIN, Jeferson Dytz. **Crise da jurisdição e decisionismo em Alexy**: prisioneiros da liberdade. Curitiba: Juruá, 2015.

MARIN, Jeferson Dytz. SILVA, Mateus Lopes da. Os contributos da jurisdição à tutela administrativo-ambiental local: o processo administrativo-ambiental. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, v. 7, n. 1, 2017.

MARTIN MATEO, Ramón. **Tratado de derecho ambiental**. Madrid: Trivium, 1991.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDA, Nadja Nara Cobra. Como tornar mais efetivo o Direito Ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de. (Org.). **Direito Ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá, 2000.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 9. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente**. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26632-26634-1-PB.pdf>>

Acesso em: 07/09/2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Afinal: quem é o estado? Por uma Teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda;

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECH, Lenio Luiz (Orgs). **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA, José A. R.; SANTOS, Márcio G. T. Função e Controle das Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito. **Revista Serviam Juris**, v. 1, n.1, setembro 2017.

MOURA, Vanessa dos Santos; LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Justiça ambiental e a tutela do meio ambiente: uma análise da utilização do termo de ajustamento de conduta no caso da poluição atmosférica em Rio Grande/RS. In: LEAL, Rogério Gesta; GAVIÃO FILHO, Anízio Pires (orgs) **Coletânea do I Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis** [recurso eletrônico]. Porto Alegre: FMP, 2017.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NETO MATTOS, Antonio de; LAMARÃO NETO, Homero; SANTANA, Raimundo Rodrigues. **Direitos humanos e democracia inclusiva**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NETO, José Leite Da Silva; Leite; Valéria Aurelina Da Silva. Constitucionalização e Ativismo Judicial. **Revista Saber Acadêmico**. n. 19. 2015.

NISTLER, Regiane. A Judicialização da política e a efetividade dos direitos sociais. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.1, 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica Acesso em: 04 de maio de 2017.

ODUM, Eugene P; BARRET, Gary W. **Fundamentos da Ecologia**. Tradução Pégasus Sistemas e Soluções. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A Constituição entre o direito e a política: uma reflexão sobre o sentido performativo do projeto constituinte do estado democrático de direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, v. 41, n. 47, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35927>. Acesso em: 16 jul 2017.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Instituto Piaget, Lisboa (Portugal), 1997.

PAIM, Maria Júlia Pinheiro. Do protagonismo judicial à abertura dialógica: a provisoriedade da “última palavra”. **Revista Virtuajus**. Belo Horizonte, v.13 - n.1, p.190-211. 2017.

PIVA, Rui Carvalho. **Bem ambiental**. São Paulo: M. Limonad, 2000.

POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 210-230, julho/dezembro de 2013.

POLI, Luciana; HAZAN, Bruno. A atuação do Poder Judiciário Brasileiro e sua contribuição para a construção do Estado Ambiental através da aplicação do Princípio da Sustentabilidade. **Revista Gestão Sustentável Ambiental, Florianópolis**, v.2, n. 1, p. 20-46, 2013.

PONTES, Juliana de Brito; NETO, José Mário Wanderley Gomes; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. Autocontenção no Judiciário Brasileiro: uma Análise das Relações Estratégicas entre os Poderes Constituídos do Estado. **Revista Opinião Jurídica, Fortaleza**, v 15, n. 20, p.138-159, jan./jun. 2017.

RAMPAZZO, Sônia Elisete. A questão ambiental no contexto do desenvolvimento econômico, p. 157-188. In: BECKER, Dinizar Fermiano. **Desenvolvimento sustentável**. 3.ed. Santa Cruz do Sul, RS: EDUNISC, 2001.

RECH, Adir Ubaldo. Cidades socioambientalmente sustentáveis. In: RECH, Adir Ubaldo; BUTZKE, Alindo; GULLO, Maria Carolina Rosa (Org.). **Direito, economia e meio ambiente: olhares de diversos pesquisadores**. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2012.

RECH, Adir Ubaldo. Direito ambiental, políticas públicas e desenvolvimento socioeconômico: instrumentos jurídicos de tutela do meio ambiente. In: RECH, Adir Ubaldo; MARIN, Jeferson Dytz; AUGUSTIN, Sérgio (Org.). **Direito Ambiental e sociedade**. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2015.

RECH, Adir Ubaldo. Instrumento para um urbanismo socioambiental. In: RECH, Adir Ubaldo (Org.). **Instrumentos de desenvolvimento e sustentabilidade urbana**. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2014.

RIBEIRO, Renato Janine. **A Democracia**. São Paulo: Publifolha, 2001.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo, RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 1998.

SADEK, Maria Tereza. **Poder Judiciário: Perspectivas de reforma**, Opinião Pública, 2004. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32910102>> Acesso em: 14 de julho de 2016.

SALES, Alexandre Wilckson Cabral. **A construção de consensos em conflitos socioambientais como instrumento de gestão ambiental integrada da região do cocó em Fortaleza/CE**. 2017. Tese (Doutorado em Desenvolvimento e Meio Ambiente). Programa de pós-graduação em desenvolvimento e meio ambiente. Universidade Federal do Ceará, Ceará, 2017.

SALGADO, Karine. História e Estado de Direito. **Revista do tribunal de contas do Estado de Minas**, v. 71, n. 2, 2009.

SALLES, Carlos Alberto de. Ações Coletivas: premissas para comparação com o sistema jurídico norte-americano. In: SALLES, Carlos Alberto de. SILVA, Solange Teles da. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). **Processos Coletivos e Tutela Ambiental**. 2006. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Carlos_Salles2/publication/299421120_Premissas>

_de_comparacao_class_action_-_ACP/links/56f558e508ae7c1fda2ee4f9/Premissas-de-comparacao-class-action-ACP.pdf> Acesso em: 14 de maio de 2017.

SARTI, Lia. Considerações acerca do ativismo judicial Tutela à efetivação de direitos transindividuais. In: LEAL, Rogério Gesta; GAVIÃO FILHO, Anízio Pires (orgs). Coletânea do I Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis [recurso eletrônico]. Porto Alegre: FMP, 2017.

SÉGUIN, Elida; CARRERA, Francisco. **Planeta terra: uma abordagem de Direito Ambiental**. 2.ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela constitucional do meio ambiente: interpretação e aplicação das normas constitucionais ambientais no âmbito dos direitos e garantias fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOUZA, Leonardo da Rocha de. Formação do orçamento público e realização dos Direitos Humanos: aspectos sociojurídicos. In: BÜHRING, Marcia Andrea. SOUZA, Leonardo da Rocha de, SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. **Direito Ambiental: um transitar pelos direitos humanos e o processo**. Anais do XII Congresso Interdisciplinar do CCJU da Universidade de Caxias do Sul, 2015. Caxias do Sul, RS: Educs, 2016.

STEINMETZ, Wilson Antônio; AUGUSTIN, Sérgio (Org.). **Direito constitucional do ambiente: teoria e aplicação**. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2011.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1367549/MG**. Segunda Turma. Julgado em 02/09/2014. Relator Ministro Humberto Martins.

TESSLER, Marga Inge Barth. O Juiz e a Tutela Jurisdicional do Meio Ambiente. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 8, n. 2, p.355-369, 2003.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** 2.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996.

TJ. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº **70074249426**. 2º Câmara Cível. Julgado em 30/08/2017. Relatora Laura Louzada Jaccottet.

TRF. Tribunal Regional Federal da 4ª região. **Apelação Cível nº 5049424-26.2014.4.04.7100**. Terceira Turma. Julgado em 07/08/2017. Relatora Marga Inge Barth Tessler.

VEYL, Raul Salvador Blasi; BARROS, Tarcísio Augusto Sousa. Constitucionalismo e Judicialização na política: porde, controle e excesso. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 33, 2017.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de Judicialização da política. Tempo Social - **Revista de Sociologia da USP**, v. 19, n. 2, 2007.

VIDAL DE SOUZA, José Fernando; SANOMIYA, Bárbara Ryukiti. Mínimo existencial ecológico e a Judicialização das políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 381-407, dez. 2017. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1742>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994.

ZAGURSKI, Adriana Timóteo dos Santos; KRUBNIKI, João Pedro Ruppert. Breves apontamentos sobre estado social e intervenção mediante políticas públicas. Direito em debate - **Revista do departamento de ciências jurídicas e sociais da Unijuí**. Ano XXVI nº 47, jan.-jun. 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014.