

A TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

Nidal Khalil Ahmad*

Resumo: O desenvolvimento tecnológico e industrial repercutiu profundamente nas relações humanas, tornando-as mais complexas, inclusive na relação com o meio ambiente. A partir do desenvolvimento industrial, da urbanização desenfreada, da explosão demográfica, do consumo excessivo, a problemática ambiental ganhou contornos dramáticos, diante do risco de tornar o planeta “insustentável” por força da escassez dos recursos naturais. O modelo de produção capitalista, proveniente essencialmente da Revolução Industrial, baseado no uso nocivo dos recursos naturais, despertou o debate acerca da sustentabilidade do desenvolvimento econômico à custa da degradação ambiental. Nesse contexto, abre-se espaço para o debate acerca dos direitos fundamentais e os seus aspectos constitucionais, em face da necessidade contemporânea de o Estado gerir os riscos e os impactos ambientais, centrando a reflexão na real necessidade de uma postura ativa do Poder Judiciário na tutela de bens jurídicos fundamentais constitucionalizados e na proteção do meio ambiente.

Palavras-chave: Meio ambiente. Direito. Fundamental. Ativismo. Judicial.

Abstract: El desarrollo tecnológico e industrial resonó profundamente en las relaciones humanas, haciéndolas más complejas, incluso en relación con el medio ambiente. Desde el desarrollo industrial, la urbanización rápida, la explosión demográfica, el consumo excesivo, el tema ambiental ha cobrado más dramática, con el riesgo de que el mundo sea “insostenible” en virtud de la escasez de los recursos naturales. El modelo de producción capitalista, sobre todo de la revolución industrial, basada en el uso nocivo de los recursos naturales, provocó un debate sobre la sostenibilidad del desarrollo económico a expensas de la degradación del medio ambiente. En este contexto, hay espacio para el debate sobre los derechos fundamentales y sus aspectos constitucionales, dada la necesidad actual para el estado para gestionar los riesgos e impactos ambientales, centrándose el debate sobre la necesidad real de una actitud activa del poder judicial en protección de bienes jurídicos fundamentales constitucionalizados y la protección del medio ambiente.

Palavras-chave: Medio ambiente. Derecho. Fundamentales. Activismo. Jurídica.

* Assessor Jurídico do Ministério Público. Professor de Direito Penal e Processo Penal. Mestrando em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – área de concentração em Constitucionalismo Contemporâneo. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. nidal.k@bol.com.br

1 Introdução

Com o avanço tecnológico e industrial, o contexto social sofreu profundas modificações, transformando as relações humanas mais complexas, repercutindo diretamente na degradação ambiental.

A violação do meio ambiente tornou-se prática corrente, mediante a contaminação dos recursos hídricos por agrotóxicos e esgotos sem o devido tratamento, a escassez de água potável, esgotamento dos lençóis freáticos, das chuvas ácidas, da terra nua pelos desmatamentos, das queimadas e erosões, dos desertos verdes com os plantios de grandes extensões de culturas homogêneas, da destruição da protetora camada de ozônio, da disposição de lixo no céu aberto, da modificação no regime climático, das grandes enchentes, do desaparecimento e da extinção de plantas e animais, entre inúmeras outras alterações.

A complexidade das novas relações jurídicas e a necessidade de proteção de bens jurídicos fundamentais, notadamente os de índole transindividual, exigem uma análise mais crítica das normas jurídicas e um Poder Judiciário atuante e eficiente, garantidor dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, abre-se espaço para o debate acerca dos direitos fundamentais e os seus aspectos constitucionais, em face da necessidade contemporânea de o Estado gerir os riscos e os impactos ambientais, centrando a reflexão na real necessidade de uma postura ativa do Poder Judiciário na tutela de bens jurídicos fundamentais constitucionalizados e na proteção do meio ambiente.

Dessarte, a postura hermenêutica do Estado Democrático de Direito implica necessariamente uma releitura do papel do Poder Judiciário na materialização dos direitos fundamentais. Pretende-se, assim, num primeiro momento, discorrer acerca da vigência e validade das normas constitucionais, passando pela análise do ativismo judicial num contexto de omissão dos poderes públicos em relação à efetivação dos direitos fundamentais, para, ao final, tecer considerações sobre a intervenção do Poder Judiciário na tutela de bens jurídicos fundamentais de índole coletiva, notadamente o meio ambiente.

2 A vigência e validade das normas constitucionais

Atualmente, travam-se acirrados debates jurídicos envolvendo questões constitucionais e, apesar de ainda carecer de uma maior efetividade, não se pode olvidar que a Constituição Federal de 1988 ampliou consideravelmente o rol de direitos e garantias fundamentais.



No entanto, apesar da força normativa da Constituição Federal, alguns direitos fundamentais ainda necessitam de maior concretização, notadamente os direitos de caráter transindividuais, dos quais se destaca o bem jurídico meio ambiente. A materialização desses direitos constitui um dos maiores desafios da atualidade, afastando-se da visão positivista em relação à vigência e validade da norma constitucional.

Com efeito, a partir do século XIX, com o triunfo da visão positivista sobre o Direito, em detrimento do pensamento jusnaturalista, sedimenta-se a concepção formal da validade da norma, tendo em Hans Kelsen a maior referência doutrinária.

Na obra *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen buscou dissociar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos, concentrando o objeto do seu estudo apenas em seu aspecto formal, sem aprofundar o aspecto valorativo. Na concepção positivista de Kelsen, para que o Direito fosse considerado como ciência sua análise deveria ser baseada apenas na forma de elaboração, e não em aspectos axiológicos.

Para Kelsen, o Direito é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo “norma” se quer significar que algo “deve” ser ou acontecer, especialmente que um homem se “deve” conduzir de determinada maneira. A norma é um dever ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser.¹

Tecendo considerações sobre o normativismo Kelseniano, Barzotto assevera que:

O “dever ser” (sollen) é o sentido subjetivo de qualquer ato de vontade dirigido à conduta de outrem. Mas nem todo ato de vontade tem como sentido uma norma. Somente quando o sentido subjetivo coincide com o objetivo, estamos diante de uma norma. Dizendo norma se quer dizer que uma alguma coisa deve ser ou acontecer, em particular que um homem deve comportar-se de um certo modo.²

Assim, no modelo proposto por Kelsen, os fenômenos conhecidos como jurídicos pressupõem que o direito prescreva, proíba ou autorize a prática de determinada conduta, manifestação que exige a existência de normas. O direito, segundo seus ensinamentos, passa a ser formado por um sistema de normas organizado e integrante de um ordenamento jurídico, sede de normas produzidas segundo o procedimento previsto em outras normas.

¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996, p. 05.

² BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**. São Leopoldo: Editora Unisinos. 2004, p. 35.



Portanto, para Kelsen, a validade da norma está condicionada à validade formal, dissociando-se de qualquer conteúdo valorativo, ou seja, a validade formal prepondera sobre o conteúdo jurídico substancial. Neste particular, o doutrinador assevera que:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental.³

Sintetizando o pensamento de Kelsen, Barzotto afirma que:

A validade de uma norma não está ligada, portanto, a uma conformidade com elementos da natureza ética ou metafísica, mas vincula-se a um procedimento específico de produção de normas: As normas do direito positivo são “válidas”, isto é, elas devem ser obedecidas, não porque elas são, como as leis do direito natural, derivadas da natureza, Deus ou a razão, de um princípio do absolutamente bom, certo ou justo, de um valor absolutamente supremo ou norma fundamental que se revista da pretensão de uma validade absoluta, mas meramente porque ela foi criada de uma certa maneira por uma certa pessoa.⁴

Nesse contexto, Kelsen traz à tona a ideia da existência de norma fundamental como norma pensada, pressuposta, com ênfase à necessidade de obediência ao que foi determinado pelo primeiro constituinte histórico, base de validade do ordenamento jurídico. Como as normas se distribuem em camadas hierárquicas (visão piramidal), Kelsen prega o respeito de todas as normas a um conceito maior, também definido como “norma suprema”.

Em síntese, Kelsen entende que a existência de uma norma superior autoriza a existência e validade jurídica das normas inferiores, não distinguindo os conceitos de vigência e validade.

Todavia, conforme assevera André Copetti:

Essa concepção formal da validade da norma jurídica esta, ainda hoje, apesar de totalmente ultrapassada, incrustada no imaginário de nossos operadores jurídicos, dela decorrendo sérios problemas em relação à aplicação da lei, especialmente a lei penal, em função de esta proporcionar uma enorme gama de violações dos direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente por permitir a incidência de leis totalmente contraditórias aos princípios constitucionais garantidores de tais direitos.⁵

³ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 221.

⁴ BARZOTTO, Luiz Fernando. op. cit, p. 39.

⁵ COPETTI, André. **Direito Penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria de Advogado. 2000, p. 141.



Tecendo críticas à teoria positivista, Ferrajoli afirma que o conceito de validade, preconizado por Kelsen, confunde-se, inequivocadamente, com o de vigência da norma. Com efeito, segundo Ferrajoli:

Para que uma norma exista ou esteja em vigor, é suficiente que satisfaça as condições de validade formal, as quais resguardam a forma e os procedimentos do ato normativo, bem como a competência do órgão que a emana. Para que seja válida, é necessário que satisfaça ainda as condições de validade substancial, as quais resguardam o seu conteúdo, ou seja, o seu significado.⁶

Adotando esta linha de raciocínio, ao tratar da validade normativa segundo Kelsen, André Copetti afirma que:

Há um claro embaralhamento entre as categorias conceituais da existência e da vigência, com a categoria da validade. A categoria conceitual da teoria da validade normativa que dispõe sobre a relação espacial e temporal da norma não é a da validade, mas sim, a da vigência. Uma norma, pela teoria garantista, vige em determinado território por determinado tempo, sendo, por outro lado, válida em relação a um conteúdo de uma norma superior que por ela não pode ser violado.⁷

Com efeito, enquanto os juízos sobre a vigência ou não de normas apresentam um caráter fortemente descritivo, eis que dizem respeito a fatos concretos, tais como a promulgação daquelas por autoridades competentes e a observância do devido procedimento de edição, os juízos sobre a validade – pelo fato de pretendem verificar processos de adequação valorativa – trazem uma acentuada carga axiológica⁸

A qualificação material dos direitos fundamentais, como norma material dos direitos fundamentais, como normas objetivas, faz com que esses tenham efeito em todo o domínio do Direito, razão pela qual a Constituição se transforma em ordem jurídica fundamental. Dito de outro modo, toda ordem jurídica passa a ser abarcada pela Constituição em suas bases principiológicas.⁹

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 701.

⁷ COPETTI, André. op. cit, p. 140.

⁸ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 83.

⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional Aberta: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana.** Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007, p. 53.



Portanto, entende-se a necessidade de uma interpretação integrada do texto constitucional, com o reconhecimento da eficácia plena dos princípios, ao contrário dos denominados positivistas, que defendem que normas são somente as regras em sentido estrito.¹⁰

Nesse contexto, suplantando o juspositivismo, surge no atual período, pós-moderno, uma corrente de pensamento jusfilosófico caracterizado pela reverência à Constituição e aos direitos fundamentais, assim como pela incorporação dos valores às normas, designada de pós-positivismo.

Na lição de Luís Roberto Barroso:

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos e metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.¹¹

Assim, o advento do pós-positivismo, em permanente processo de evolução, favorece a materialização dos direitos fundamentais, situação que reclama do Estado, por meio do Poder Judiciário, uma postura ativa para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, ressaltando-se, neste ponto, o fenômeno do ativismo judicial.

3 Direito fundamental ao meio ambiente

O intenso processo de industrialização e o desenvolvimento em grande escala experimentado pela humanidade geram reflexos negativos a determinadas categorias sociais e conglomerados de países, atravessando fronteiras e repercutindo das mais diversas formas no plano econômico, ecológico e mercadológico.

De fato, o surgimento da sociedade de risco designa um estágio da modernidade no qual começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então pelo modelo econômico da sociedade industrial.

¹⁰ REIS, Jorge Renato dos. et. al. Direito fundamental ao meio ambiente equilibrado em um constitucionalismo contemporâneo. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEWSKI, Clóvis (Org), **Constitucionalismo Contemporâneo: Debates Acadêmicos**. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010, p. 72.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 325-326.



Conforme José Rubens Morato Leite:

A sociedade de risco é aquela que, em função de seu contínuo crescimento econômico, pode sofrer a qualquer tempo as consequências de uma catástrofe ambiental. Nota-se, portanto, a evolução e o agravamento dos problemas, seguidos de uma evolução da sociedade (da sociedade industrial para a sociedade de risco), sem, contudo, uma adequação dos mecanismos jurídicos de solução dos problemas dessa nova sociedade. Há consciência da existência dos riscos, desacompanhada, contudo, de políticas de gestão, fenômeno denominada irresponsabilidade desorganizada.¹²

O que se discute, nesse novo contexto, é a maneira pela qual podem ser distribuídos os malefícios que acompanham a produção de bens, ou seja, verifica-se a autolimitação desse tipo de desenvolvimento e a necessidade de determinar os padrões (estabelecer novos padrões) de responsabilidade, segurança, controle, limitação e consequências do dano.¹³

Nesse contexto, com a concepção do modelo da sociedade de risco, não só bens e interesses jurídicos de índole individual são afetados, mas também aqueles que se apresentam sob a ótica supra-individual, transindividuais ou coletivos.

E o que se observa é que a sociedade de risco criou um modelo de desenvolvimento tão complexo e avançado que faltam meios capazes de controlar e disciplinar esse avanço, notadamente quando se trata do bem jurídico meio ambiente.

Pode-se afirmar, portanto, que o Direito Ambiental acaba por exercer uma função meramente figurativa na sociedade de risco, operando de forma simbólica diante da necessidade de uma efetiva proteção do meio ambiente.¹⁴

Reconhecendo que as atuais normas não são capazes de controlar os riscos a que o meio ambiente está submetido, Morato Leite e Ayala asseveram que a sociedade de risco

Trata-se de um mecanismo que se reflete diretamente na produção e na difusão do Direito Ambiental, cujas normas existentes já não são capazes de controlar os riscos da atualidade e, paralelamente, as que são elaboradas dão sequência ao modelo de regulação ambiental típico da sociedade industrial.¹⁵

¹² LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.), **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 153.

¹³ LEITE, José Rubens Morato. Op. cit, p. 153.

¹⁴ Ibidem, p. 155.

¹⁵ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002. p. 13.



A preocupação com a preservação ambiental é corrente. Diariamente, os cientistas vêm alertando para a ocupação desordenada do solo, o esgotamento dos recursos naturais e a necessidade de atrelar o desenvolvimento a uma política de sustentabilidade.

A racionalidade humana deve se voltar à proteção jurídica do meio ambiente, justamente pela sua relevância na manutenção da vida. A elevação do meio ambiente ecologicamente equilibrado a direito fundamental representa a possibilidade de tutela jurídica deste bem, diante dos interesses, sejam sociais ou econômicos, da preservação da natureza e, por conseguinte, da própria vida humana.

A tendência da proteção ao bem jurídico meio ambiente está direcionada em se adotar o antropocentrismo alargado no que concerne ao ambiente, não se restringindo o ambiente a mera concepção econômica ou de subalternidade direta a interesses humanos.¹⁶

De fato, segundo Morato Leite:

A Carta de 1988 adotou o “antropocentrismo alargado” porque considerou o ambiente como bem de uso comum do povo, atribuindo-lhe inegável caráter de macrobem. O art. 225 estabelece uma visão ampla de ambiente, não restringindo a realidade ambiental a mero conjunto de bens materiais (florestas, lagos, rios) sujeitos ao regime jurídico privado, ou mesmo público *stricto sensu*; pelo contrário, confere-lhe caráter de unicidade e de titularidade difusa. Nessa perspectiva difusa de *macrobem*, o ambiente passa a possuir um valor intrínseco. Se todos são titulares e necessitam do bem ambiental para sua dignidade, o ambiente deixa de ser visto como entidades singulares concretas (árvores, animais, lagos) que dependam, para a sua preservação, de sujeitos determinados, passando a ser concebido como um bem abstrato de valor intrínseco – pois seu valor está diretamente ligado a ninguém isoladamente –, sendo necessário, contudo, para que se possa atingir a própria qualidade de vida.¹⁷

Nesse contexto, insere-se o direito fundamental do ser humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado num sistema especial de proteção, recebendo, nesta condição, destaque na ordem mundial em razão do uso desenfreado de recursos naturais e da intensificação da degradação ambiental.

Ressaltando a importância da proteção jurídica do meio ambiente, Antônio Augusto Cançado Trindade defende que:

Impõe-se seja dado em particular à questão da relação entre a proteção dos direitos humanos e a proteção ambiental um tratamento sistematizado, dada a sua transcendental importância em nossos dias. [...] é necessário buscar maior aproximação

¹⁶ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.), **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 161.

¹⁷ *Ibidem*, p. 161.



A tutela jurisdicional do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado

entre eles, porquanto correspondem aos principais desafios de nosso tempo, a afetarem em última análise os rumos e destinos do gênero humano.¹⁸

Dessarte, como muito bem assevera Edis Milaré, a ordem jurídica “ao proclamar o meio ambiente como bem de uso comum do povo, reconheceu-lhe a natureza de direito público subjetivo, vale dizer, exigível e exercitável em face do próprio Estado, que tem, também, a missão de protegê-lo.”¹⁹

Afastando qualquer dúvida acerca da natureza jurídica do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, Gavião Filho afirma que:

[...] a disposição do art. 225 da Constituição é um enunciado de direito fundamental que expressa a norma do direito fundamental ao meio ambiente. Trata-se de uma norma de direito fundamental, porque, expressamente, dispõe que todos têm direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, considerado como um bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, não devendo haver dúvida de que se trata de um direito fundamental. Além disso, deve acrescentar, conforme já analisado, que a norma do art. 225 vincula juridicamente a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. A possibilidade de controle jurisdicional da realização do direito ao ambiente deixa claro que se trata de um direito fundamental.²⁰

Nesse sentido, a partir da configuração do meio ambiente como direito fundamental, surgem não somente obrigações para o Estado de abster-se de praticar condutas lesivas, como também o dever de adotar postura ativa no sentido de assegurar a efetividade desse direito.

Assim, diante do desafio moderno de proteger os bens jurídicos coletivos, indispensável se afigura a caracterização do meio ambiente como bem jurídico difuso e de caráter fundamental.

Com efeito, não se pode ignorar que a Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente o rol de bens cuja tutela interessa a toda coletividade, promovendo, assim, o deslocamento da intervenção penal individualista para também assegurar a proteção dos chamados direitos coletivos ou difusos.

Ao adotar uma postura comprometida e dirigente, com edição de normas superiores voltadas à redução das desigualdades sociais, não parece razoável admitir tenha a Constituição Federal elegido bens de índole individual como merecedores de tutela penal privilegiada, rebaixando axiologicamente os bens jurídicos que traduzem interesses da coletividade a segundo plano. Tal

¹⁸ CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. **Direitos humanos ao meio ambiente: paralelos dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993. p. 23.

¹⁹ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente. Doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 213.

²⁰ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Direito fundamental ao meio ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 37.



concepção, a toda evidência, afigura-se incompatível com os preceitos do texto constitucional.

Nesse contexto, faz-se necessário um redimensionamento das prioridades dos bens jurídicos tutelados, elegendo normas jurídicas que traduzem interesses da coletividade, conferindo dignidade constitucional compatível com a relevância dos bens supra-individuais.

Vê-se, pois, que, com o advento do Estado Democrático de Direito, a luta por garantia e efetividade de direitos fundamentais leva ao Poder Judiciário novas demandas, de interesses difusos e coletivos, distanciando-se dos modelos tradicionais de litígio, de cunho privatista e individual.

4 A tutela jurisdicional do bem jurídico meio ambiente

O Brasil, após a Constituição da República, vem gradativamente se desenvolvendo dentro dos princípios de um Estado Democrático de Direito, os quais devem ser explicitamente assegurados pelos integrantes do Poder Judiciário.

Em razão de tantas modificações sociais e políticas, as demandas tenderam a ser cada vez mais complexas e em um maior quantitativo, em especial as lides que envolvem os interesses metaindividuais, as quais exigem um Poder Judiciário célere, eficiente e justo em suas decisões, enquanto garantidor dos direitos constitucionais fundamentais dos jurisdicionados.

No texto constitucional, o Poder Judiciário, antes inacessível ao cidadão comum, recebeu destaque no sentido de atender às exigências de um Estado Democrático de Direito, ao proteger os direitos do cidadão, momento em que deve ser observado pelo julgador se realmente há o adequado alinhamento entre a norma infraconstitucional e o texto constitucional.

Nesse contexto, o Poder Judiciário assume papel inquestionável na concretização dos direitos fundamentais constitucionalizados, havendo sensível deslocamento do centro de decisões do Poder Legislativo e do Executivo para o plano da Jurisdição Constitucional.

Tratando do tema, Lênio Streck assim leciona:

No Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não



realizados. Por isso a inexorabilidade desse sensível deslocamento antes especificado. Com todos os cuidados que isso implica.²¹

Nessa linha de pensamento, Robert Alexy ressalta que “[...] a todos são conferidas posições no âmbito dos direitos a prestações, na forma de direitos fundamentais sociais, que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”.²²

Ao tratar dos direitos fundamentais no contexto do Estado Democrático de Direito, a Professora Mônia Clarissa Hennig Leal:

Dentro deste novo contexto, ao reear deixar a Constituição à mercê da discricionariedade do legislador, a teoria da Constituição Dirigente acaba entregando a decisão sobre as questões constitucionais ao Judiciário, especialmente porque o ponto central e nuclear desta nova ordem jurídica reside na concretização desses direitos, fazendo com que o papel dos órgãos judiciais de controle de constitucionalidade passe a ser fundamental, ou seja, a Constituição passa a depender, essencialmente, de mecanismos que assegurem as condições de possibilidade para a implementação de seu texto.²³

Esta nova postura do Poder Judiciário no sentido de assumir o papel de concretizar as normas de direitos fundamentais, não raras vezes em razão da conduta omissiva dos outros Poderes, reclama, como corolário, uma participação ativa dos magistrados, ensejando o fenômeno denominado pela doutrina de ativismo judicial.

Na definição do Professor Luís Roberto Barroso:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.²⁴

²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 54-55.

²² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 511-512.

²³ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. op. cit, p. 40.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. RETROSPECTIVA 2008 – JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 02 de novembro de 2010.



O ativismo judicial é um movimento que teve expressiva adesão nos Estados Unidos e tem por escopo precípuo a atuação do magistrado na prestação jurisdicional voltada para a efetivação dos direitos fundamentais, sejam estes dispostos na Ordem Constitucional ou contidos em programas sociais do Estado.

Convém ressaltar, neste aspecto, a lição de Mauro Cappelletti:

[...] nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.²⁵

Não obstante isso, a intervenção do Poder Judiciário em questões afetas à concretização dos direitos fundamentais não restou imune a críticas. Com efeito, segundo o Professor Luis Roberto Barroso, três objeções podem ser opostas à judicialização e, sobretudo, ao ativismo judicial no Brasil: riscos para a legitimidade democrática, politização indevida da Justiça e os limites da capacidade institucional do Judiciário.²⁶

De outro lado, após refutar os argumentos lançados contra o ativismo judicial, Luis Roberto Barroso, conclui que:

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 diferentes 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 justiça.²⁷

Nesse contexto, em meio à omissão do Poder Executivo e à postura letárgica do Poder Legislativo nas questões atinentes aos direitos fundamentais de índole coletiva, apresenta-se o Poder Judiciário como instrumento para efetivação destes direitos.

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. 39.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. RETROSPECTIVA 2008 – JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. acesso em 02 de novembro de 2010.

²⁷ Ibidem.



Nessa senda, Spengler, ao tecer considerações sobre a crise do Poder Judiciário e de sua função jurisdicional frente à conflituosidade social, assevera que “num sistema provedor, o Estado é visto como o todo poderoso e pode tudo suprir. Todavia, diante das falhas estatais, a esperança se volta para a justiça, na qual se passa a buscar a consagração política”.²⁸

O Promotor de Justiça Pedro Rui da Fontoura Porto, traçando um paralelo sobre a implementação dos direitos fundamentais e juridicização da Política, afirma que:

É chegado o momento histórico em que fatores variados e concorrentes, como o incremento populacional, a concentração de renda mesmo em países ricos em recursos naturais, as migrações populacionais, a crise filosófica, administrativa e orçamentária do Estado Social começam a revelar um déficit de concretização das promessas constitucionais da modernidade, impondo uma separação entre Estado e sociedade e traçando um caminho inverso, em que o povo ativo e destinatário, não satisfeito apenas com as garantias de absenteísmo estatal, passa a querer regular o Estado, fazendo-lhe exigências de prestações civilizatórias.²⁹

Na pertinente lição de Rogério Gesta Leal:

A Constituição deve ser entendida como uma ordem concreta de valores, pois, enquanto normas positivadas, ostentam caráter deontológico, devendo ser cumpridas por seus destinatários em todos os casos em que foram aplicáveis (sem exceção), enquanto os valores possuem caráter teleológico, correspondendo às preferências compartilhadas pela comunidade, afigurando-se como condutas apenas desejáveis e não obrigatórias. Nesta direção, os Direitos fundamentais se afigurariam como obrigações jurídicas incondicionais, não ostentando a flexibilidade que é inerente aos valores (que podem ser ponderados e coordenados de forma gradual). Em face disto, quando os tribunais atribuem sentido de valor à norma constitucional, imprimindo a ela raciocínios de sopesamento, estariam se inserindo em seara que deveria estar reservada ao jogo democrático das relações sociais cotidianas e representativas.³⁰

Sintetizando a importância da jurisdição constitucional e do ativismo judicial, Gisele Cittadino assevera que “não seria exagero afirmar que o constitucionalismo democrático brasileiro defende uma jurisdição constitucional que atue como regente republicano das liberdades positivas”³¹

²⁸ SPENGLER, Fabiana Marion. **A crise da jurisdição e os novos contornos da função jurisdicional: (in)eficiência face à conflituosidade social**. Santa Cruz do Sul: Edunis, 2008, p. 272.

²⁹ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais sociais. Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 228-229.

³⁰ LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 107.

³¹ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 34.



O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado se enquadra dentro da terceira geração de direitos, já que trata de interesses não mais coletivos e identificáveis, porém transindividuais, que transcendem um grupo determinado de indivíduos.

Diante dessa realidade, é necessário que haja o comprometimento do operador de direito, em especial por parte do julgador com as causas ambientais, as quais se vertem diretamente para o aspecto ideológico, onde o ato judicial é a expressão de sua relação coerente e ética com seu trabalho, sem perder o aspecto da imparcialidade.

Nesse sentido, Wander Marotta, discorrendo sobre a possibilidade de realização concreta dos princípios no sentido de tutelar o meio ambiente, em especial pelo próprio Poder Judiciário, assevera que:

A tutela do meio ambiente pressupõe, com efeito, que se dê à Constituição uma interpretação que resulte em eficácia efetiva dos princípios que informam a ação estatal e da própria sociedade na preservação, para as gerações futuras, de um meio ambiente que contribua para o alcance da dignidade humana e para a preservação da saúde e qualidade de vida da população.

O comando constitucional vincula o próprio legislador que deve agir em obediência às diretrizes que dele promanam, perseguindo a realização concreta dos princípios que o constituinte elegeu, isto é, torna efetivamente possível a ação individual ou coletiva que se quer dirigida para a tutela do bem social representado pelo meio ambiente. Diria mesmo que a abrangência da expressão "Poder Público" inclui todos os órgãos estatais, em sentido amplo, compreendendo inclusive o Ministério Público e o próprio Poder Judiciário. Para além da norma do Direito Positivo, porém, existe um amplo espectro de atuação dos poderes públicos para a realização concreta dos princípios gerais e das normas legais da tutela ao meio ambiente.³²

Discorrendo sobre a postura ativa do Poder Judiciário nas questões ambientais, Paulo de Bessa Antunes assevera que:

Não raras vezes, as decisões judiciais antecipam-se às regras jurídicas legisladas e asseguram proteção legal ao meio ambiente. Este é um processo que se tem revelado semelhante em diversos países do mundo. De fato a complexidade da matéria ambiental faz com que a legislação seja uma resposta ineficiente e, quase sempre, tardia e distante das situações de fato. Por tais razões é que se tem visto ampliada a importância do Poder Judiciário nesta área específica do Direito. É necessário que se observe, entretanto, que a construção judicial do Direito Ambiental não se faz sem contradições e dificuldades. O papel desempenhado pelo Poder Judiciário na elaboração do Direito Ambiental é, como nos demais setores do Direito, contraditório.³³

³² MAROTTA, Wander. Medidas cautelares e tutela antecipada para a proteção do meio ambiente. In: SOARES JÚNIOR, Jarbas; GALVÃO, Fernando. **Direito ambiental na visão da magistratura e do ministério público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 226.

³³ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Lumen Juris, 2004. p. 22.



Dessarte, este novo paradigma decorrente da complexidade do mundo moderno, inerente às características da sociedade de risco, abre espaço para a defesa dos bens jurídicos fundamentais de índole coletiva. Em outras palavras, além dos valores clássicos de bens jurídicos individuais protegidos, a postura do Poder Judiciário também deve estar voltada inexoravelmente ao dever de proteção dos bens jurídicos de status transindividuais, assegurando, notadamente, o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

6 Considerações finais

A nova postura do constitucionalismo contemporâneo traz consigo um redimensionamento do princípio da legalidade, a partir do qual, para além da definição inicial de submissão da norma ao aspecto formal – essência do positivismo jurídico de Hans Kelsen –, tem-se a submissão à materialidade da Constituição Federal.

Isso porque a constitucionalidade constitui um dos pilares sobre os quais se sedimenta o Estado Democrático de Direito. A Constituição é o ordenamento básico de um Estado, conjunto de normas e instituições jurídicas fundamentais que regulam e organizam o exercício do Poder e a produção de normas jurídicas, garantindo os direitos e liberdades das pessoas e dos grupos.

A partir do momento em que é responsável por ditar todas as regras de um Estado de Direito, cumpre à Constituição Federal adotar, de forma efetiva, uma postura dirigente e programática, assumindo, assim, um papel não apenas de proteção do indivíduo contra o próprio Estado, mas, também, o de assegurar a tutela dos bens e direitos fundamentais constitucionalizados.

Nesse contexto, considerando o uso desenfreado dos recursos naturais e da intensificação da degradação ambiental, decorrentes do atual estágio da sociedade de risco, impõe-se a reflexão acerca da atuação do Poder Judiciário como instrumento legítimo para assegurar o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Dessarte, o ativismo judicial constitui mudança de paradigma para o desenvolvimento de um comportamento ativo e criativo pelo juiz diante das novas e complexas questões que envolvem a dimensão coletiva do direito, especialmente no que tange as questões ambientais.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Lumen Juris, 2004.



BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. RETROSPECTIVA 2008 – JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 02 de novembro de 2010.

BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**. São Leopoldo: Editora Unisinos. 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos humanos ao meio ambiente: paralelos dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

COPETTI, André. **Direito Penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria de Advogado. 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Direito fundamental ao meio ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

GORCZEVSKI, Clóvis. **Direitos Humanos. Dos Primórdios da Humanidade ao Brasil de Hoje**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional **Aberta: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.), **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002.



A tutela jurisdicional do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado

MAROTTA, Wander. Medidas cautelares e tutela antecipada para a proteção do meio ambiente. In: SOARES JÚNIOR, Jarbas; GALVÃO, Fernando. **Direito ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente. Doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PORTO. Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais sociais. Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

REIS, Jorge Renato dos. et. al. Direito fundamental ao meio ambiente equilibrado em um constitucionalismo contemporâneo. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEWSKI, Clóvis (Org), **Constitucionalismo Contemporâneo: Debates Acadêmicos**. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion. **A crise da jurisdição e os novos contornos da função jurisdicional: (in)eficiência face à conflituosidade social**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.



