

**OS DESAFIOS DA JUDICIALIZAÇÃO NO
NEOCONSTITUCIONALISMO E O PRINCÍPIO DO
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

**THE CHALLENGES OF JUDICIALIZATION IN
NEOCONSTITUTIONALISM AND THE PRINCIPLE OF SUSTAINABLE
DEVELOPMENT**

Jacson Roberto Cervi¹

RESUMO

A pesquisa investiga a contribuição do Poder Judiciário no Brasil, sob o viés do neoconstitucionalismo, na busca de efetivação do princípio do desenvolvimento sustentável. A partir de uma análise do protagonismo do judiciário frente aos demais poderes da República, seus possíveis benefícios na concretização da Constituição e eventuais riscos advindos de possíveis excessos do ativismo judicial, busca-se avaliar a atuação judicial no mote do desenvolvimento sustentável. Como possíveis conclusões aponta-se uma maior abertura do Poder Judiciário à participação cidadão e a substituição de entendimentos mecanicistas, individualistas e extrativistas, prevalentes nas ciências jurídicas, por um direito mais sistêmico, holístico e humanista. Método dialético e pesquisa bibliográfica.

Palavras chaves: judicialização. Neoconstitucionalismo. desenvolvimento sustentável.

ABSTRACT

The research investigates the contribution of the Judiciary in Brazil, under the bias of neoconstitutionalism, in the search for implementation of the principle of sustainable development. From an analysis of the protagonism of the judiciary in relation to the other powers of the Republic, its possible benefits in the implementation of the Constitution and possible risks arising from possible excesses of judicial activism, we seek to evaluate judicial action in the motive of sustainable development. Possible conclusions point to a greater

¹ Pós doutorando pela Universidade de Passo Fundo com bolsa CAPES. Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, com estágio doutoral na Universidade de Sevilha-ES. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Possui Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul e especialização em Direito Público pela mesma Instituição. Professor titular da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus de Santo Ângelo. Advogado. Membro do grupo de pesquisa "Novos Direitos em Sociedades Complexas". Email: jrcervi@san.uri.br

openness of the Judiciary Power to citizen participation and the replacement of mechanistic, individualistic and extractivist understandings, prevalent in the legal sciences, by a more systemic, holistic and humanistic right. Dialectical method and bibliographic research.

Keywords: judicialization. Neoconstitutionalism. sustainable development.

1. INTRODUÇÃO

No mundo da Indústria 4.0, onde tecnológico e biológico se fundem, muitas são as inquietações a respeito do que realmente é evolução e quais os riscos à vida advindos de tais mudanças. Nesse habitat líquido, veloz, virtual e global, ideias de estado, corporações e o próprio significado de ser humano são resignificados, demandando respostas complexas que somente poderão ser alcançadas por meio de uma governança compartilhada.

Nesse contexto, um dos principais problemas a demandar solução reside na crise ecológica. Contudo, a dicotomia preservação-desenvolvimento, ainda muito presente nas discussões ambientais, parece estar contribuindo pouco para se alcançar um mínimo de consenso, necessário para o avanço e implementação de mudanças sustentáveis. Tal paradoxo pode ser evidenciada nos discursos dos mais diversos setores da sociedade em defesa do meio ambiente e, por outro lado, na pouca efetividade da norma ambiental.

A Revolução econjurídica exige que o direito se desprenda do paradigma mecanicista tradicional. Sem desprezar as inúmeras contribuições das ciências jurídicas para a evolução da sociedade, os desafios contemporâneos exigem uma teoria do direito mais sistêmica, alicerçada em uma filosofia verde realmente comprometida com a busca de alternativas que valorizem a vida.

No Brasil, a Constituição de 1988 representou uma significativa alteração do cenário jurídico brasileiro. Partindo de um viés neoconstitucionalista, iniciado no período posterior à Segunda Guerra Mundial, a Carta Magna brasileira trouxe consigo um rol elevado de princípios, valores e direitos fundamentais responsáveis por guiar os ideais do Estado e conferindo ao texto normativo um vasto grau axiológico.

Ao longo do tempo, observa-se que os princípios e direitos fundamentais ganham cada vez mais relevância na aplicação e interpretação do direito, ocupando um espaço que até pouco tempo era exclusivo do positivismo puro. Exemplo, temos o direito ambiental, que adquire

status de direito fundamental e, sob o viés da sustentabilidade, visa garantir a preservação ambiental para as presentes e futuras gerações.

Contudo, o principal problema que surge está na grande dificuldade de sua efetivação. Enquanto para alguns, o artigo 225 da CF/88 consiste em norma cogente, de aplicação imediata, para outros tantos, é apenas uma norma programática que serve para direcionar o caminho a ser seguido pelo Estado, o qual a executa na medida do possível.

Nesse cenário o Poder Judiciário ganha cada vez mais proeminência. Por um lado, o maior grau de liberdade em suas decisões, lastreadas em normas abertas e princípios gerais, possibilita atuar frente às demandas da sociedade, exercendo, assim, um papel mais ativo na efetivação das políticas públicas. Todavia, por outro, acaba revelando um certo desequilíbrio material entre os poderes republicanos substituindo, não raras vezes, os Poderes Legislativo e Executivo nas suas funções legislativas e de execução das políticas públicas, respectivamente.

Assim o Judiciário acaba aparecendo como o principal responsável pela proteção e efetivação de direitos sociais e difusos, à exemplo do ambiental, desencadeando um elevado número de judicialização de demandas. Logo, imperioso compreender o contexto desenvolvido pelo modelo neoconstitucionalista, focado nas consequências de um maior protagonismo judicial, estabelecendo os limites de uma atuação dentro de padrões constitucionais, visando uma maior efetividade das normas ambientais.

O trabalho busca exatamente auxiliar na compreensão de tais limites. Apoia-se no método dialético, opção que se justifica à medida que a situação atual é entendida como um quadro contraditório, em que constituição dirigente, com normas programáticas, abre o leque de atuação do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, exige uma certa separação e autonomia entre os Poderes.

2. O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E O MOVIMENTO NEOCONSTITUCIONALISTA

Princípios e valores sempre tiveram um papel fundamental como norteadores ‘do meio jurídico e exerceram influência direta no desenvolvimento e na consolidação dos direitos sociais.

A Constituição de 1988, por si só, foi responsável pela previsão de um extensivo rol de direitos e garantias fundamentais que, por estarem previstos no ordenamento supremo, ganharam tratamento prioritário. O grande entrave nessa situação aparece quando nos

deparamos, de um lado, com uma sociedade extremamente carente de políticas sociais, assolada por crises econômicas frequentes e um elevado índice de pobreza e, de outro, um Estado ineficaz, que mal consegue se sustentar, dispondo de poucos recursos para investir em programas sociais, bem como para satisfazer um mínimo necessário para uma existência digna.

O ordenamento constitucional atual dispôs e reafirmou a divisão de poderes e o modelo de freios e contrapesos (*checks and balances*) desenvolvidos por Montesquieu (MONTESQUIEU, 2001, p. XXXVIII). Tal modelo assegura que Executivo, Legislativo e Judiciário atuem de forma independente e harmônica entre si. Ocorre que, quando um ou mais dos três poderes está debilitado, ou sem credibilidade, outro acaba assumindo o protagonismo de ação, como no caso do Poder Judiciário, decorrendo desse fator um conjunto de consequências que se apresentam ora como positivas e ora como negativas.

A esse protagonismo do Poder Judiciário, que algumas vezes se sobrepõe à previsão taxativa do texto legal, tem sido denominado de ativismo judicial, que está cada vez mais presente no meio jurídico e se consolidou com o fortalecimento de institutos contemporâneos como o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo (PAULO; ROQUE, 2017 p. 271).

Ademais, uma compulsão com a interpretação judicial da Constituição acaba por minimizar o papel dos outros poderes, como o Legislativo e o Executivo. Além disso:

“[...] transmite-se uma imagem muito parcial do fenômeno constitucional, que não é captado com todas as suas nuances e riquezas, já que o foco se concentra apenas sobre a ação de um dentre os vários agentes importantes que povoam a seara da hermenêutica constitucional (SARMENTO, 2009, p. 126).

De fato, uma interferência demasiada do Poder Judiciário, que extrapole um limite razoável de atuação, tanto no campo da administração quanto no controle legislativo, afeta diretamente a teoria da separação de poderes.

A teoria clássica da separação de poderes desenvolvida por Montesquieu foi elaborada com o objetivo de atribuir limites aos órgãos estatais, visando se contrapor ao contexto monárquico absolutista da época. O ponto central dessa teoria se funda na separação das funções políticas e do direito, o que acarretou de certa forma um controle do exercício político dentro da atividade jurisdicional (POLI, 2013, p. 215). As decisões durante o período monárquico refletiam o alto grau de subjetivismo dos julgamentos, que frequentemente geravam abusos e mudavam radicalmente de sentido com a sucessão de magistrados.

À medida que os julgamentos dos tribunais se multiplicam nas monarquias, a jurisprudência toma decisões que às vezes são contraditórias, porque os juízes que se sucedem pensam de maneira diferente, ou porque as mesmas causas são bem ou mal defendidas; ou enfim por uma infinidade de abusos que se infiltram em tudo o que passa pelas mãos dos homens. É um mal necessário que o legislador corrige de vez em quando, como contrário até mesmo ao espírito dos governos moderados. Pois, quando somos obrigados a recorrer aos tribunais, isto deve vir da natureza da constituição e não das contradições e da incerteza das leis (MONTESQUIEU, 2001, p. 36).

Com o declínio da monarquia e a instalação da república buscou-se encontrar uma forma estrutural que diminuísse a insegurança e gerasse um equilíbrio das forças estatais. Indiscutivelmente a função do juiz é fundamental para o equilíbrio do Estado e a garantia da segurança da sociedade. Assim, em um cenário ideal, o judiciário deveria buscar atuar em consonância com o legislativo, aplicando e interpretando as leis que, neste mesmo contexto, seriam produzidas de forma racional e voltadas à proteção de valores indispensáveis, assegurando direitos e estabelecendo deveres à população e ao próprio Estado que, por meio do Executivo, decidirá a melhor forma de destinação dos recursos e fomento de políticas públicas.

O problema é que esse modelo utópico dificilmente se concretiza. Um desequilíbrio da relação de poderes ocorre quando se evidencia algum tipo de crise funcional de forma que dois poderes deste tripé perdem força ou mesmo credibilidade. No Legislativo, por exemplo, pode se instaurar quando este já não acompanha as transformações sociais, legisla simbolicamente a fim de aliviar as pressões contra si próprio, se corrompe, ou mesmo com a elaboração de normas com alto grau de abstração e generalidade, abrindo amplo espaço para interpretação. Já a debilidade no executivo pode ocorrer quando este não dispõe de recursos suficientes, para atender uma população cada vez mais necessitada, possui má vontade, ausência de conhecimento técnico necessário, se corrompe ou atua com desvio de finalidade.

Neste contexto, abre-se espaço para o fortalecimento da atuação do Poder Judiciário, visando equilibrar ou preencher as lacunas ou erros deixados pelos outros Poderes. A esse fenômeno tem-se denominado de processo de judicialização. A judicialização não é o mesmo que ativismo. A judicialização consiste na avocação para o âmbito do Poder Judiciário de algumas questões de repercussão política ou social que tradicionalmente eram resolvidas no âmbito do Congresso Nacional e do Poder Executivo (BARROSO, 2012, p. 24), mas que agora se utilizam do Poder Judiciário como porto seguro para solucionar toda e qualquer questão. A judicialização tem representado uma ampliação significativa da atuação do Judiciário respaldada pelo constituinte.

Enquanto isso, o ativismo judicial está relacionado com o tipo de resposta que o judiciário dará ao tema que foi objeto de judicialização, de forma que: “no caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político” (STRECK, 2016), abrindo ampla margem para a discricionariedade.

Inegavelmente, o Poder Judiciário tem se destacado como sendo a salvaguarda da democracia e dos valores morais da sociedade, enquanto os outros dois poderes não têm logrado da mesma finalidade, encontrando-se em um degrau abaixo, apesar de a idealização de Montesquieu não ter sido essa (PAULO, ROQUE, 2017, p. 271). Esse fenômeno cria a impressão de que, mesmo com todas dificuldades e problemas internos, o judiciário é o último dos pilares que sustenta os poderes republicanos.

Se em um passado pouco distante, o Poder Judiciário orientava suas ações baseadas no princípio da estrita legalidade, simplificando a aplicação do direito em subsunção racional dos fatos às normas pré-existentes, dissociadas de referências políticas e valorativas (POLI, 2013, p. 216), com o advento da Constituição de 1988 esse cenário se modificou. O primeiro grande marco da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto fundamental a promulgação da Constituição de 1988. A partir de então, e no decorrer das últimas décadas, com o restabelecimento das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de se configurar como uma instituição estritamente técnica-especializada e se transformou em um verdadeiro poder político, fazendo valer normas e, inclusive, confrontando os outros poderes (BARROSO, 2012, p. 24). Ademais, a separação entre o campo político e o jurídico, tem se apresentado, em alguns casos, como um território extremamente nebuloso.

Assim pode-se dizer que até 1988, no Brasil, as leis e atos institucionais, portarias, decretos detinham, na praxe, um peso igual ou maior que o ordenamento constitucional, de forma que apesar das Constituições previrem diversos direitos à população, estes dependiam em grande parte do compromisso e disposição do governante em aplicá-los (PAULO, ROQUE, 2017 p. 278-279).

Portanto, além do inegável avanço trazido pelo novo ordenamento constitucional, a Carta Magna de 1988 também foi responsável por trazer em seu corpo um número significativo de princípios vagos, com alto teor axiológico, capaz de se irradiar por todo sistema jurídico, proporcionando um processo de constitucionalização do direito, de forma que todos os campos das ciências jurídicas passam a ser interpretados de acordo com a Constituição e seus princípios (PAULO, ROQUE, 2017 p. 279-280).

Uma maior carga valorativa do direito, decorrente de um forte viés principiológico, possibilita uma maior abstração em seu uso, dando margem a uma maior subjetivação das decisões jurídicas. Em virtude disso, abriu-se espaço para a consolidação no direito brasileiro de dois movimentos surgidos após a segunda guerra, o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, que representam novos modelos de interpretação e de aplicação do direito, cada vez mais voltados para um critério valorativo.

As ideias neoconstitucionalistas buscam desenvolver novas linhas teóricas que se compatibilizem com um pluralismo axiológico, visando se adequar a uma nova realidade contemporânea, à luz de valores e direitos fundamentais superiores consagrados nos ordenamentos constitucionais (SARMENTO, 2009, p. 116), por meio da utilização de um racionalismo pragmático para enfrentar os conflitos principiológicos.

Por sua vez, o pós-positivismo ou positivismo crítico, defendido por Ferrajoli, acabou substituindo o modelo positivista formalista de Kelsen e Hart, tentando restabelecer uma relação entre direito e ética. Um novo paradigma constitucional ganha relevância, no qual o direito não se identifica exclusivamente com as leis, mas também com a Constituição. Isto, na visão de Ferrajoli, não significa um abandono do positivismo, mas sim sua complementação (ATIENZA, 2009, p. 142).

Com uma menor rigidez hermenêutica, pode-se dizer que o pós-positivismo proporciona um modelo de superação de normas formalmente válidas, mas substancialmente inválidas, visando assim eliminar contradições e suprir lacunas eventualmente encontradas:

El neopositivismo o positivismo crítico que defiende Ferrajoli supone, con respecto al anterior paradigma positivista, cambios fundamentales en relación con la manera de entender la estructura —el concepto— del derecho, la dogmática jurídica y la jurisdicción: en efecto, el derecho no consiste ya en un sistema unitario de fuentes, dada la posibilidad de existencia de normas formalmente válidas, pero substancialmente inválidas; la ciencia jurídica no puede entenderse en términos puramente descriptivos, sino también críticos y prospectivos (su función esencial es la de mostrar y tratar de corregir las lagunas y contradicciones generadas por la violación de los derechos); y la jurisdicción, en la medida en que ha de verse como aplicación e interpretación de las leyes en conformidad con la Constitución, incorpora también un aspecto pragmático y de responsabilidad cívica. (ATIENZA, 2009, p. 143)

Nessa linha, ambos movimentos, neoconstitucionalista e pós-positivista, evidenciaram que somente o texto abstrato da norma não é mais suficiente para trazer as soluções adequadas. Além disso, o aplicador do direito não se limita a um conhecimento técnico, mas passa a ser um real participante no processo de criação do direito, o qual deve valorar os elementos abertos

da norma e fazer escolhas dentre as soluções cabíveis dentro do seu grau de discricionariedade. (PAULO, ROQUE, 2017, p. 275-276). Isso, em certo grau, se justifica dado o significativo número de normas constitucionais abertas e com alto grau de indeterminação.

Indiscutivelmente, o direito e a moral, buscaram uma aproximação. Neste contexto, considerações de natureza moral, antes estranhas no positivismo clássico, tornam-se mais frequentes (SARMENTO, 2009, p. 116). De modo que: *“La noción de “moralidad interna” del derecho de Fuller apunta a la idea de un derecho natural que no está situado más allá del derecho positivo sino que, en cierto modo, forma parte del mismo”* (ATIENZA, 2009, p. 145).

Assim, a associação da moral com o direito moderno permite identificá-lo como um produto das escolhas ético políticas tanto do legislador, ou ordinário ou constituinte, quanto do aplicador e operadores jurídicos (FERRAJOLI, 2009, p. 173).

Ademais, com uma necessidade cada vez mais premente de resolver tensões entre princípios colidentes, em um ambiente social de pluralismo axiológico, o uso de técnicas de ponderação e da aplicação da proporcionalidade ganham cada vez mais espaço. Em vista disso, aos poucos, uma conotação política vai ganhando importância no âmbito do Poder Judiciário, que passa a atuar, cada vez mais, em questões polêmicas e relevantes (SARMENTO, 2009, p. 116). Com isso o papel da figura do magistrado acaba ganhando uma atuação ainda maior e mais abrangente.

Todavia, como ressalta o Ministro Barroso: “Direito não é política. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder” (BARROSO, 2012, p. 29). A grande questão é que o modelo pós-positivista mantém estreitos laços com a moral, o que legitima interpretações extensivas ou restritivas com o intuito de realização da justiça e garantia da dignidade da pessoa humana abrindo margem para uma maior liberdade do julgador. Sobretudo, tendo em vista que a linha divisória entre direito e política, muitas vezes, é tênue e pode proporcionar invasões dentro de suas competências.

Através deste prisma, uma leitura tradicional do princípio da separação de poderes, com limites bem definidos da atuação do Poder Judiciário, cede espaço para um modelo interpretativo mais favorável a um ativismo judicial, servindo como instrumento de proteção dos valores constitucionais (SARMENTO, 2009, p. 117). “E, assim, o neoconstitucionalismo acaba revelando traços que dão condições ao desenvolvimento do ativismo judicial” (STRECK, 2011, p. 22).

O ativismo judicial consiste em uma atitude, através da escolha de uma forma específica e proativa de interpretar a Constituição, que estenderá seu sentido e alcance. Principalmente, ocorre quando há uma retração do Poder Legislativo, evidenciado por um afastamento da classe política com a sociedade civil (BARROSO, 2012, p. 25).

Cabe ressaltar que o ativismo possui um lado oposto, a autocontenção judicial, que consiste em uma redução da interferência do Judiciário nas ações dos outros Poderes. Enquanto o ativismo busca extrair o máximo das disposições constitucionais, sem invadir na criação livre do direito, a autocontenção, por sua vez, delimita o campo de incidência da Constituição em benefício das instâncias tipicamente políticas. Assim, por meio desta, evita-se aplicar de forma direta a Constituição em situações que não estejam claramente em seu âmbito de incidência, bem como evitando-se de intervir na definição de políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 26). De certa forma, a autocontenção tem como fundamento despolitizar a atuação do Judiciário, incidindo alternativamente com o ativismo, de modo que ambas figuras, ativismo e autocontenção, atuam de acordo com a força momentânea dos outros dois Poderes.

O ativismo judicial é justificado através de um posicionamento crítico a respeito da falta de confiança no processo político. Contudo, acaba-se ignorando os diversos problemas que também se encontram no Judiciário e criam uma visão idealizada e romantizada do juiz (SARMENTO, 2009, p. 126), como uma figura imune e isenta de equívocos. Em suma: “O que ocorre é que não queremos admitir que ideologizamos — para usar uma palavra suave — a aplicação da lei no país” (STRECK, 2016).

Em vista do exposto pode-se perceber que a figura do ativismo judicial se apresenta com uma face positiva e outra negativa, dividindo opiniões entre diversos autores e operadores jurídicos, que nos servem de alerta sobre os benefícios e os perigos desse protagonismo do Poder Judiciário. De um lado, uma postura mais atuante do Judiciário pode atender as demandas da sociedade que não conseguiram ser satisfeitas pelo Congresso Nacional (BARROSO, 2012, p. 27), de modo que serve como salvaguarda de direitos e valores fundamentais assegurados implícita e explicitamente em nossa Constituição. Isso reafirma o compromisso democrático institucional do Estado, inclusive no tocante a políticas públicas.

Contudo, de outra banda, ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Legislativo de produzir diretrizes normativas que resolvam os anseios sociais, revelando o abismo existente entre a sociedade civil e a classe política (BARROSO 2012, p. 27). Como também, o ativismo expõe o comportamento e visões pessoais de juízes e tribunais (STRECK, 2016), de certa forma

acarreta uma maior insegurança jurídica e cria verdadeiras loterias de sentença onde o jurisdicionado fica a mercê da linha valorativa e argumentativa do juiz que lhe for destinado.

De qualquer sorte, independente do posicionamento atribuído na sentença em cada caso, o fato é que a solução não poderá contrariar o sistema vigente. A linha de argumentação a ser seguida deverá ser cautelosa, responsável e estar sob a perspectiva dos direitos fundamentais (POLI, 2013, p. 217). Inclusive quando a questão envolver um conflito de valores, um choque entre princípios, ou chamados “casos difíceis”, que darão uma maior e mais abrangente margem interpretativa e argumentativa do magistrado, abrindo-lhe espaço pra um maior uso da discricionariedade, embora dentro de limites já pré-definidos pelo próprio conjunto normativo.

A discricionariedade acaba aparecendo como um elemento de sustentação do pós-positivismo jurídico nos casos difíceis e nas vagezas da linguagem dos textos jurídicos. Da mesma forma, a ponderação afasta o direito do positivismo primitivo e o lança a um pós-positivismo-axiologista (STRECK, 2011, p. 24).

Somando-se a isso, diante da grande vagueza e abstração de boa parte das normas constitucionais, o responsável por sua interpretação também acaba participando de seu processo de criação. Este ponto reflete a crítica de que mediante a atuação judicialista subjacente ao neoconstitucionalismo permite-se uma espécie de poder constituinte permanente aos magistrados (SARMENTO, 2009, p. 125).

Pode-se até entender que o positivismo nunca conseguiu trazer respostas suficientes a essa problemática por considerar a discricionariedade judicial uma fatalidade inerente à ciência do direito. Então, o caminho aparente seria deixar de lado a razão prática- a discricionariedade- e se guiar apenas pela epistemologia, na medida em que essa conseguir suficientemente trazer soluções, caso contrário, deixe-se ao alvedrio do juiz (STRECK, 2011, p. 20).

Contudo, ficar à mercê de juízos de ponderação proporciona uma grande preocupação para com o futuro da aplicação da justiça, e a questão ganha maior contundência quando há interesses escusos por detrás das decisões, onde quase tudo pode ser decidido desde que seguido de fundamentação.

Para o jurista e professor Lênio Streck, essa postura seria inconcebível:

O que quero dizer é que o neoconstitucionalismo não pode(ria) e não deve(ria) depender de juízos de ponderação, mormente se percebermos que “ponderação” e “discricionariedade” são faces de uma mesma moeda. Afinal, no modo como a ponderação vem sendo convocada (e “aplicada”) em terrae brasilis, tudo está a indicar que não passa daquilo que Philipp Heck chamava, na Jurisprudência dos Interesses, de *Abwägung*, que quer dizer “sopesamento”, “balanceamento” ou “ponderação” (2011 p. 22).

Diante desta problemática, trazida pelo viés judicialista na concepção neoconstitucional, tentar escapar dos inconvenientes do ativismo e da indeterminação das sentenças, tidas por valorativas, acaba configurando-se como um dos mais importantes desafios do direito contemporâneo. O decisionismo de casos difíceis, onde há dois princípios de peso colidentes, pode gerar uma diversidade significativa de juízos de valor em casos idênticos, a depender do olhar que se tem sobre o tema. Assim, não parece que exista outra alternativa senão a de reaproximar cada vez mais o direito de um senso moral mais sólido.

É importante ressaltar que, se de certa forma o núcleo dos direitos fundamentais seja claro, não deixa de haver uma zona de indeterminação em muitas situações, que deve ser suprida com uma justificação do direito e, portanto, com um discurso moral. A combinação de relativismo axiológico, intuicionismo moral e historicismo, pode não ser a melhor solução em matéria de teoria ética (ATIENZA, 2009, p. 161)

[..] parece difícil negar que la discusión acerca de los casos difíciles en materia de derechos fundamentales es un aspecto relevante de nuestras prácticas jurídicas y que la falta de instrumentos teóricos para abordar ese problema en el planteamiento de Ferrajoli está ligada a la defensa del positivismo jurídico, ala tesis de la separación estricta entre el derecho y la moral y a la concepción del derecho en términos exclusivamente autoritativos (Atienza 2009, p.163)

Através disso repisa-se que a separação estrita de direito e moral pode constituir em um grave equívoco no contexto jurídico atual. Principalmente quando se passa a reconhecer a moral como um instrumento direcionador e representativo do pensamento social que servirá como norte para a atuação do Judiciário, especialmente, no que se refere as questões que permitem uma maior discricionariedade. De resto, cabe às próprias normas jurídicas vigentes limitar quaisquer excessos de uma moral majoritária, exercendo o papel garantidor dos direitos fundamentais e das minorias.

Ademais, convém acentuar que é salutar reconhecer a legitimidade da constitucionalização do Direito, inclusive irradiada na esfera privada das relações, mas numa medida que não invada a esfera das opções existenciais da pessoa, nem sacrifique em excesso a liberdade do legislador para efetuar opções políticas em nome do povo (SARMENTO, 2009, p.30). Dessa forma estar-se-á viabilizando um efetivo equilíbrio entre os poderes e seguindo fielmente com os anseios democráticos.

Portanto, torna-se indispensável reconhecer que o protagonismo judicial não é de toda forma reprovável, mas pelo contrário, se prudente e racionalmente utilizado, pode-se tornar

uma eficiente ferramenta de efetivação de direitos fundamentais e valores essenciais que devem ser protegidos pelo ordenamento pátrio. Mas para isso, deve ser possibilitado que uma diretriz moral base se fortaleça e se irradie por todo sistema judiciário.

Logo, reconhecendo a possibilidade de um ativismo judicial prudente e limitado, incidente dentro de um limite moral que corresponda com os anseios sociais básicos, convém trazer à baila outros desafios que intrigam o cenário neoconstitucionalista, entre eles:

[...] como fazer com que o direito não fique indiferente às injustiças sociais? Como fazer com que a perspectiva moral de uma sociedade que aposte no direito como o lugar da institucionalização do ideal da vida boa não venha pretender, em um segundo, “corrigir” a sua própria condição de possibilidade, que é o direito que sustenta o Estado Democrático? (STRECK 2011, p. 17).

Vale lembrar que, após o período liberal, o constitucionalismo transpassou por um movimento social, que foi responsável por estabelecer uma série de normas programáticas, direitos sociais e difusos que encorparam aos já consolidados direitos civis e políticos (BRITO, 2012). Nesse contexto foi se formando um Estado robusto, inchado e com poucos recursos, sendo o responsável por atender e garantir o cumprimento de um elevado rol de direitos sociais e difusos, para com uma população extremamente carente e desvalida.

Portanto, proporcionar um compromisso do direito com a efetivação dos direitos sociais tem se demonstrado um difícil desafio, tanto sob o aspecto cultural, social, econômico e jurídico.

Nesse sentido, cabe ressaltar que os direitos têm um custo. Em vista disso, o direito pode ser considerado como mais uma engrenagem de um dinâmico e complexo mecanismo de disponibilização de recursos na sociedade. Assim, tanto as normas jurídicas quanto as decisões judiciais devem buscar sempre atingir a máxima eficiência (GALDINO, 2005, p. 243).

Nessa linha, o papel do magistrado torna-se fundamental para que se confira efetividade a inúmeros princípios assegurados pelo Estado democrático, compatibilizando, no caso concreto, o desenvolvimento sustentável de quaisquer políticas públicas (POLI, 2013, p. 216). Contudo, não se deve negar que diante das inúmeras promessas constitucionais existentes e a realidade presente, há um considerável abismo (BRITO, 2012).

Nesse contexto, através da perspectiva judicialista neoconstitucional ligada a uma base moral consolidada, mas não necessariamente imutável, é que princípios poderão ser aplicados sem medo de gerar insegurança ou injustiça, bem como direitos sociais ou difusos terão espaço de serem efetivados dentro das possibilidades existentes. Entre tais direitos, um que cabe

considerável destaque é a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que mesmo com *status* de direito fundamental assegurado, ainda encontra grandes dificuldades de efetivação.

3. A ATUAÇÃO JUDICIAL NO MOTE DO DEVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Como visto, com o advento da pós-modernidade e a consolidação do neoconstitucionalismo, os princípios ganharam uma maior conotação no ordenamento jurídico, orientando os processos de argumentação. A superação do modelo positivista alterou o papel do magistrado, de mero executor da lei para uma postura de corresponsável pela construção da sociedade. Assim, não obstante os riscos, o Judiciário passa a ser uma ferramenta importante para extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional (POLI, 2013, 211).

Contudo, as teses neoconstitucionalistas não estão isentas de críticas. Embora a expressão neoconstitucionalismo seja utilizada para representar os processos de redemocratização de diversas nações, dentre elas o Brasil, bem como uma alternativa ao positivismo clássico, no âmbito da ciência jurídica, representa um movimento com características que são questionadas por alguns teóricos, especialmente pelo problema da discricionariedade contida em suas teses. Por tais razões, questiona-se se o neoconstitucionalismo representa realmente a ruptura que seus defensores professam, razão pela qual há quem prefira falar em “*Constitucionalismo Contemporâneo*” (STRECK, 2016, p. 120)

De qualquer forma, não se pode negar o fato de que, com o novo constitucionalismo, o magistrado assume grande relevância na garantia da efetivação de direitos sociais e difusos, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, pra as presentes e futuras gerações. O direito ambiental pode ser caracterizado como um poderoso instrumento de garantia de uma melhor qualidade de vida para toda a humanidade (COUTINHO, 2009, p. 171). É tradicionalmente caracterizado como um direito difuso de terceira geração, pois considera o meio ambiente como um bem transindividual.

Principalmente nos dias de hoje em que o acesso a informações e a percepção dos impactos no meio ambiente estão mais facilitados, a relevância das questões ambientais aparece de tal ordem que não poderia ficar indiferente nem ao Estado nem ao Direito. Como resultado, a sustentabilidade, uma questão que transcende a visão ambiental e afeta toda atividade humana, surge como uma das principais metas a serem atingidas pelos Estados (POLI, 2013, p. 218).

Desde a Revolução Industrial a humanidade não testemunha mudanças tão profundas e impactantes no modo de vida. Após a instituição da produção agrícola, com a domesticação de alguns animais que passaram a representar um aporte na capacidade de manipulação da terra, sobrevieram uma série de revoluções industriais, a partir da segunda metade do século XVIII, com o surgimento da máquina a vapor, a eletricidade e, mais recentemente o computador e a internet. Atualmente, nos deparamos com a Revolução 4.0, também conhecida como era digital, e com a sensação de que tudo está mudando, até mesmo a própria concepção de ser humano. (SCHWAB, 2016, p. 15-16).

As novas descobertas acontecem de forma simultânea e abrangem as mais diversas áreas, implicando em uma fusão dos meios físicos, digital e biológicos. Edição genética, nanotecnologia, inteligência artificial e energias renováveis, consistem em alguns exemplos dessa onda de novas descobertas que estão a inundar nosso mundo contemporâneo. A questão não está em procurar saber se a tecnologia e a digitalização irão revolucionar a vida no planeta, mas sim em como direcionar essas mudanças para o bem estar da humanidade. (SCHWAB, 2016, p.16)

A realidade da ruptura e da inevitabilidade do impacto que ela terá sobre nós não significa que somos impotentes perante ela. Faz parte de nossa responsabilidade garantir que estabeleçamos um conjunto de valores comuns e norteiem escolhas políticas, bem como realizar as alterações que vão fazer que a quarta revolução industrial seja uma oportunidade para todos. ((SCHWAB, 2016, p. 22)

Nesse contexto, o direito precisa estar preparado para novas e mais complexas questões. Uma das principais características do modelo jurídico contemporâneo, desde o final do século XIX, é a ampliação do rol de interesses do Estado passíveis de intervenção. De forma que o principal mecanismo de intervenção utilizado sempre foi a produção legislativa e controle de políticas públicas (BENJAMIN, 2004). Assim, a promulgação de leis, decretos, portarias e uma série de outros atos normativos foi a resposta encontrada pelo Poder Público para redimir sua omissão ambiental centenária (BENJAMIN, 2004). Contudo, aos poucos começou a se perceber que tal medida, isoladamente, não era suficiente para a regulação e efetivação dos valores ambientais tidos por relevantes.

Ao mesmo tempo é possível destacar a necessidade de garantir a efetividade dos programas sociais e políticas públicas destinados a proteção do meio ambiente. Indubitavelmente uma implementação efetiva das normas vigentes assegurará que os valores fundamentais da sociedade moderna sejam defendidos (BENJAMIN, 2004). Para isso, a quarta

revolução industrial precisa ser acompanhada de uma revolução ecojurídica e sistêmico, que esteja em sintonia com a natureza e a comunidade.

O direito ocidental, de certa forma, contribui significativamente para a reprodução da visão mecanicista, materialista e extrativista de mundo. Sem desconsiderar os significativos avanços trazidos pelo racionalismo cartesiano, pensamento ainda dominante na teoria jurídica contemporânea, não podemos desconsiderar que tal concepção guarda profunda relação com o modo de produção capitalista, Estado soberano e propriedade privada, assentados numa concepção de dominação da natureza e das comunidades (CAPRA E MATTEI, 2018, p. 153).

Nesse contexto, indubitável a carência por uma direito mais sistêmico e participativo, assentado em uma filosofia verde realmente comprometida com o Planeta. No entanto, algumas mudanças já podem ser sentidas, a exemplo da retirada dos animais domésticos do rol de objetos apropriáveis do código civil alemão e francês. Na América Latina, o direito ecológico vem ganhando espaço no Direito Constitucional, aos moldes das recentes reformas das Constituições do Equador, Bolívia e Venezuela, embora ainda com caráter mais simbólico do que propriamente operativo. (CAPRA E MATTEI, 2018, p. 255-256)

No Brasil, o direito ambiental já possui um núcleo valorativo forte e consolidado no ordenamento constitucional, mais especificamente no artigo 225, regulado pela Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) e demais políticas ambientais. Nem por isso, significa dizer que tais dispositivos são sempre implementados e respeitados, o que traz a sensação de esvaziamento do direito posto.

O núcleo do artigo 225 contém um teor axiológico amplo e genérico, impondo ao poder público o dever de defender e preservar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. Ademais, uma das linhas mais importantes dentro do Direito Ambiental, que é a sustentabilidade, também é compreendida como um princípio geral e sistêmico, reflexo do princípio da dignidade humana que se irradia em diversos outros princípios, tornando inegável seu reconhecimento (POLI, 2013, p. 122).

Contudo, a inefetividade das políticas públicas e o grau de degradação têm atingindo níveis cada vez mais elevados, o que demanda uma gestão administrativa do meio ambiente pautada em um complexo e preventivo planejamento (BRITO, 2012), extremamente difícil de ser implementado.

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 primordiais (BENJAMIN, 2004).

Esse cenário só vem a reforçar o importante papel da ação do Poder Judiciário para corroborar e afirmar a proteção ambiental como um bem, um valor moral já disciplinado constitucionalmente, e tido como de extrema essencialidade para a preservação do futuro da sociedade. As demandas ambientais não podem mais esperar uma postura desidiosa e passiva do juiz, que deve comprometer-se em trazer concretude aos mandamentos legais, respaldados pelos princípios constitucionais, adstrito as repercussões sociais, políticas, econômicas, ambientais e outras que vierem a surgir (POLI, 2013, 224).

Além do mais, as questões ambientais detêm um elevado custo, não somente social, mas econômico, com fiscalização, prevenção, educação, realização de obras e etc., que não pode ser desconsiderado (BRITO, 2012), devendo ser pautadas sempre sobre a ótica do equilíbrio e ponderação. Nessa perspectiva, o Poder Judiciário acaba se tornando fundamental para a correta manutenção do bom senso e da exteriorização dos valores sociais que orientam a construção do Estado Democrático de Direito.

A atuação judiciária ganha relevo e começa a ser compreendida como fundamental ao processo de implementação das políticas públicas e princípios ambientais. De certa forma, o próprio Poder Legislativo tem impulsionado o movimento ativista com cláusulas gerais e abstratas, que permitem ao interprete uma maior flexibilização (POLI, 2013, p. 212- 213). Embora os perigos inerentes a essa prática não devam ser relevados nem minimizados, para se evitar abusos, discricionariedades, ilegalidades, loterias de sentença, dentre outros, é inegável que o protagonismo judicial no âmbito ambiental tem se configurado como uma importante ferramenta para sua efetivação.

De fato, o viés neoconstitucionalista modificou significativamente o modelo jurídico, trazendo uma maior complexidade e grandes desafios para o futuro. Neste contexto, a atuação do juiz passou a ser fundamental na sedimentação de uma pauta de princípios e valores consagrados no texto constitucional, mas ao mesmo tempo demonstrou as fragilidades e incompletudes do modelo de separação de poderes.

Talvez, uma das possíveis soluções para prevenir a sociedade de decisionismos e discricionariedades advindo desse maior protagonismo do Poder Judiciário, resida nas ferramentas de democratização, em especial nas audiências Públicas e no “amicus curiae”. Ao abrir-se à participação da sociedade, o Poder Judiciário não está apenas legitimando suas decisões, mas também e principalmente, estabelece uma linha direta de diálogo com as

comunidades e instituições, indispensáveis para enfrentar as novas e complexas questões de nosso tempo.

Contudo, tais instrumentos da forma como vem sendo utilizados, não tem proporcionado a devida abertura com intercâmbio de ideias, informações e argumentos. A forma como o Supremo Tribunal Federal tem se valido desses instrumentos de participação cidadão, calcado em um modelo decisório, de superioridade da Corte e restringindo o debate, não proporciona um efetivo diálogo interinstitucional e popular. Desde uma perspectiva de uma democracia forte, de um constitucionalismo deliberativo e dialógico, é necessário aprimorar o sistema de tomada de decisões. (GODOY, 2016, p. 160-161)

Além da maior participação nas decisões judiciais, a fim de garantir a efetividade da norma constitucional, especificamente em matéria de sustentabilidade, o Poder Judiciário necessita superar a cultura extrativista, enraizada nas suas decisões. Afinal, na perspectiva de um direito ecológico, as vantagens de uma empresa, por exemplo, são limitadas pelo respeito ao meio ambiente e pelas comunidades, e não avaliadas tão somente pelo resultado financeiro dos mercados. Isso nada mais é do que elevar princípios constitucionais tidos como simbólicos ou programáticos, como o da função social da propriedade, a um maior grau de operacionalidade. (CAPRA E MATTEI, 2018, p. 258-261)

Dessa forma, uma maior liberdade interpretativa do Poder Judiciário poderá garantir com maior facilidade a efetivação de princípios constitucionais tidos por fundamentais para a sociedade, como é o caso da sustentabilidade ambiental. Ao seguir estritamente as diretrizes axiológicas do texto constitucional, somadas a uma construção moral feita pela própria sociedade, o Poder Judiciário poderá assegurar o cumprimento dos valores constitucionais, bem como restaurar o equilíbrio necessário como garantia do pleno funcionamento dos poderes republicanos e permitir que o princípio do desenvolvimento sustentável não seja apenas uma letra normativa sem vida no ordenamento jurídico.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário desempenha um papel importante na efetivação de direitos fundamentais no Brasil. Contudo, o ativismo judicial traz consigo alguns problemas adversos, tais como invasão de competências de outros poderes, decisionismos e arbitrariedades. Ademais, uma alta carga axiológica pode permitir uma loteria de sentenças em que fundamentações de qualquer linha sejam usadas para defender interesses escusos.

Nesse sentido, para se concretizar como uma ferramenta capaz de auxiliar significativamente na efetivação de direitos fundamentais e alcançar o desiderato constitucional da promoção da sustentabilidade, o judiciário deve se pautar em seguir diretrizes valorativas de referência, a exemplo da democratização e abandono da tradição mecanicista.

Para isso, ferramentas legais existem, a exemplo das audiências públicas e do *amicus curiae*. No entanto, a utilização desses instrumentos carece de maior profusão e aprimoramento, no sentido de viabilizar uma maior abertura e participação cidadã no processo de tomada de decisões. Para isso, indispensável que o Judiciário reveja sua posição de superioridade em relação à sociedade e demais instituições, aferindo maior relevância as matérias trazidas pelas comunidades na fundamentação dos seus julgados.

Assim, certamente uma visão equilibrada do Judiciário poderá contribuir para a irradiação dos valores constitucionais e inibir concepções mais radicais do neoconstitucionalismo, possibilitando uma melhor construção de justiça e de um senso de moralidade crítica. Contudo, indispensável também a substituição de velhas práticas e conceitos mecanicistas, que reproduzem a cultura de dominação, extrativista e individualista, que ainda dominam as ciências jurídicas, por uma verdadeira filosofia verde, mais humanista, sistêmica, comunitária e sustentável, para nos colocar no rumo de uma sociedade ecologicamente equilibrada, para as presentes e futuras gerações.

REFERENCIAIS BIBLIOGRÁFICOS

ATIENZA, Manuel. Sobre Ferrajoli y la Superación del Positivismo Jurídico. In: FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan; ATIENZA, Manuel. **La teoría del derecho en el paradigma constitucional**. 2ª edición. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 133 a 165.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, nº 1, vol. 5, p.23-32, dez. 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman. O Estado teatral e a implementação do direito ambiental. In: **Congresso Internacional de Direito Ambiental**. São Paulo. Anais. São Paulo: IMESP, 2004.

BRITO, Felipe Pires Muniz de. Custos dos direitos, reserva do possível e meio ambiente. **Revista Jus Navigandi**. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3209, 14 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21470>>. Acesso em: 16 nov. 2018

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica: o Direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. São Paulo: Cultix, 2018.

COUTINHO, Gilson de Azeredo. A ética Ambiental na Sociedade Contemporânea. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**. Itajaí, v.4, n.1, 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 01 dez. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo y Teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso. In: FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan; ATIENZA, Manuel. **La teoría del derecho en el paradigma constitucional**. 2ª edición. Madrid: fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, p. 167- 216.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GODOY, Miguel Gualano de. As audiências públicas e os *Amici Curiae* influenciam as decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar? IN: MIRANDA, Jorge (Org.). **Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2016.

MARTINS, Humberto. **O Desafio Contínuo do Direito Ambiental ao Poder Judiciário Brasileiro: uma perspectiva do Superior Tribunal de Justiça**. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Dout25anos/article/view/1107/1041>. Acesso em: 01 Dez. 2018.

MONTESQUIEU, Charles Louis. **Do Espírito das leis**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, Ed. S-A. 2011.

PAULO, Bruno Giovannini de; ROQUE, Ana Cristina Lemos. Precisamos Falar sobre o Ativismo Judicial. **Revista Jurídica Luso-brasileira**. n.º 3, ano 3, p. 269-294. 2017.

Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/3/2017_03_0269_0294.pdf. Acesso 16 nov 2018.

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

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Daniel Sarmento coordenador. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 113-146.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? **Revista Consultor Jurídico**. Jan. de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em: 16 nov. 2018

_____. Contra o neoconstitucionalismo. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan-jun. 2011.

_____. Hermenêutica e jurisdição constitucional: o problema da discricionariedade nas teses neoconstitucionais. IN: MIRANDA, Jorge (Org.). **Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2016.

Submetido em 18.10.2019

Aceito em 12.08.2020