

ATIVISMO DO PODER JUDICIÁRIO, DIREITO AMBIENTAL E O DIREITO DE ÁGUAS

Alcione Adame¹

RESUMO: a postura proativa adotada pelos tribunais enquanto instrumento, não de criação do direito, mas resultado da criatividade do intérprete na aplicação da norma jurídica é tema de constantes críticas, principalmente no Brasil atual, onde a adoção de métodos hermenêuticos abertos tem colocado os órgãos jurisdicionais como protagonistas do processo jurídico-político. E base de todas essas regras, necessárias para o convívio social, está pautada na Constituição de cada país. E o que acontece é que muitas vezes a legislação não consegue acompanhar as transformações vividas no dia a dia, principalmente quando nos deparamos com as questões sócio-ambientais, onde a ação humana, a cada dia, cria novas nuances que fazem com que a atividade jurisdicional tenha que se amoldar tendo em vista a impossibilidade de se legislar a cada nova mutação social.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Ativismo Jurídico. Meio Ambiente e Águas.

ABSTRACT: The proactive approach adopted by the courts as a tool, not create law, but the result of creativity of the interpreter in the application of the rule of law is the subject of constant criticism, especially in Brazil today, where the adoption of open hermeneutical methods have placed the courts as protagonists of the legal process-político. E basis of all these rules are necessary for social life, is based in the Constitution of each country. And what often happens is that the legislation fails to follow the transformations experienced in everyday life, especially when faced with socio-environmental issues, where human action, every day, creating new nuances that make the activity court has to in order to conform to the impossibility of legislating every new social change.

KEYWORDS: The Federal Constitution. Legal Activism. The environment and water.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Pré-compreensão sobre a teoria moderna do Direito Constitucional; 3 Ativismo Judicial, 3.1 Judicialização da Política e o Ativismo Judicial, 3.2 Ativismo Judicial e Separação de Poderes, 3.3 Os limites da Ação Ativista do Poder Judicial; 4 Ativismo Judicial e Meio Ambiente, 4.1 Ativismo Judicial e Águas; 5 Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

¹Bacharel em Turismo e em Direito pela PUC - MG, Especialista em Direito Processual pela PUC- MG, Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos, Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Advogada e Coordenadora do Curso de Direito da AJES.

1 INTRODUÇÃO

Os estudiosos do direito, em especial os de Direito Constitucional, consideram de crucial importância, o profundo entendimento da matéria referente à interpretação e regras hermenêuticas, uma vez que é grande a dificuldade em lidar com seus aportes e fundamentos e também pela necessidade do estudo, nomeadamente no que tange a sistematização de padrões interpretativos mais adequados.

A possibilidade de abertura interpretativa torna-se extensa e controversa, principalmente quando trata-se da interpretação constitucional clássica e tradicional. Porém, essa linha de pensamento vem ganhando adeptos. Peter Häberle, defende a ideia de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” onde os atores sociais participam ativamente do processo interpretativo da Constituição, promovendo a partir desse pluralismo de ideias, a “democratização da interpretação constitucional”².

Entretanto, o alcance da interpretação constitucional, varia conforme os métodos hermenêuticos adotados pelos intérpretes da norma, de modo que o enunciado linguístico da norma, embora único, pode gerar sentidos diversos a partir do alcance que se pretende conferir a ele.

Esse alcance pode fixar-se na literalidade da norma, se interpretado de forma restritiva, ou alargar-se a um conteúdo aberto que, por vezes, pode perder a própria referência com a norma originária, se interpretado sob a forma criativa – método utilizado pelos defensores do ativismo judiciário.

O ativismo judiciário, entendido como fenômeno de intensificação da ação do Poder Judiciário voltado para a concretização de direitos e demandas sociais através da interpretação principiológica, mostra-se como uma “evolução natural” das democracias modernas.

Uma das teorias surgidas para a explicação de tal fenômeno é que, o que está definido no texto constitucional, são finalidade e princípios que não garantem de todo sua efetividade, uma vez que essas normas são programáticas, e dependem de uma legislação infraconstitucional. As normas que possuem aplicabilidade direta como é o caso dos “direitos, liberdades e garantias”, são passíveis ainda, de uma maior atividade interpretativa e criativa do Poder Judiciário³.

A estas causas do ativismo judiciário pode ainda ser acrescida a descrença dos cidadãos nos poderes Legislativo e Executivo, que pleiteiam no Judiciário o controle dos atos emanados daquelas esferas de poder.

Diante disso, a atuação do Poder Judiciário para a proteção dos direitos

²Cf. Peter Häberle. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.

³Na Constituição dirigente, na visão de Canotilho, a programaticidade de seu texto vincularia a atividade do legislador, a quem competiria definir “o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais” (Cf. J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 11). Ocorre que a inércia legislativa na regulamentação das normas constitucionais programáticas, abriu margem para a atividade jurisdicional, passando ao Poder Judiciário a definição do alcance do programa trazido pela Constituição, tarefa que, a princípio, competiria ao órgão legiferante no caso de criação legislativa ou mesmo do executivo na definição das políticas públicas.

constitucionalmente garantidos mostra-se como uma forma de ajuste da democracia representativa com o Estado Constitucional de Direito, fazendo prevalecer a Constituição em sua essência⁴.

Para tanto, há autores que censuram a postura criativa do Poder Judiciário, seja por vê-la como um “apoderamento” de poder, ou ainda por entenderem que as decisões judiciais não possuem legitimação democrática para torná-las aptas a “substituírem as leis”.

No entanto, a maioria da doutrina reconhece a impossibilidade de ausência criativa no exercício interpretativo jurisdicional, pois este decorre de um esforço hermenêutico indispensável⁵.

Contudo, diante dessa premissa, algumas questões surgem, questões essas que demandam atenção e reflexão, tais como:

Existem limites interpretativos para a Constituição dentro dessa “nova” ordem jurídica? E se existem, quais são eles? O ativismo judicial fere a esfera de competência da separação dos três poderes? Uma interpretação contrária pode ferir a integridade do texto Constitucional, enquanto fonte primária? Sendo o direito de águas um direito fundamental, como esse deve ou vêm sendo interpretado?

2 PRÉ-COMPREENSÃO SOBRE A TEORIA MODERNA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Não se pretende aqui fazer uma retórica sobre as diversas fases passadas pelo direito ao longo da história, uma vez que para a presente análise faz-se necessário o entendimento acerca do “neo - constitucionalismo”, e, para tanto, situamo-nos a partir do final do século XX.

Com o fim de um milênio e início de outro, há sempre a ideia de coisas novas e mudanças, assim também o é no direito, uma nova fase, com um rótulo genérico que abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. É a era da velocidade. Vive-se a angústia do que não pode ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras⁶. Uma época aparentemente “pós-tudo”: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana, pós-positivista, pós-moderna⁷.

⁴Para Alexy, a participação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos se mostra essencial num Estado constitucional democrático, visto que, se “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional (representante do Poder Judiciário para as questões constitucionais) o representa argumentativamente”. Robert Alexy. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático*.

⁵J. J. Gomes Canotilho, ao tratar da aplicação das regras de hermenêutica aos sistemas constitucionais abertos, destaca que “a interpretação implica sempre um mais no processo de conhecimento’, que a ‘interpretação é sempre aplicação’ e que ‘aplicação do direito é sempre uma actividade produtiva criadora”’. Cf. J. J. Gomes Canotilho. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. 62.

⁶Cf. Luís Roberto Barroso, *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 2-3.

⁷A pós-modernidade é uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores

O Direito já não cabia mais no positivismo jurídico, no entanto, seus operadores não desejam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. O pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução positivista, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade.

Essa nova era demanda novos conhecimentos, a interdisciplinaridade com outras ciências, o tecnicismo do direito é contraposto, uma nova corrente de pensadores jurídicos, de base constitucionalista surge, dando ao Direito, nomeadamente ao Direito Constitucional uma abertura no âmbito de atuação⁸.

Peter Häberle parte da noção de que “a Constituição é um texto mutável” e, portanto, “sua interpretação deve ser alterada para atender às demandas do momento”. Para Häberle, os intérpretes diretos da Constituição devem reconhecer a Constituição como um ponto de partida, e não como um fim em si mesma. A Constituição não é estática, pois faz parte da dinâmica da sociedade e sua interpretação deve ser feita no seu tempo e assente à realidade que a cerca.

Essa abstração do Direito Constitucional serve como pressuposto de sua adaptabilidade, de sua evolução, criando uma “Constituição viva”, que acompanha o desenvolvimento da própria sociedade. Deste modo, não haveria mais como diferenciar a dogmática jurídica constitucional da sociologia, da filosofia, da antropologia, da ciência política.

Percebe-se, portanto, uma abertura das normas constitucionais que possibilita a evolução do Texto da Constituição, o acompanhamento do desenvolvimento da realidade, oxigenando assim o texto da Constituição, ao mesmo tempo em que possibilita não só a participação formal dos diversos atores sociais, enquanto intérprete da Constituição, mas também uma participação material nos julgamentos das causas que lhes interessem.

Vivencia-se, com isso, no plano constitucional, um momento sem precedentes, de vertiginosa ascensão científica e política. Os estudos que se desenvolveram ao longo dessa transição procuraram investigar os antecedentes teóricos e filosóficos desse novo direito constitucional, identificar seus principais adversários e acenar com algumas ideias para o presente e para o futuro.

O Direito Constitucional ganha status de “super ciência” abarcando quase todas as áreas da vida social, política e jurídica. Vivencia-se, num primeiro momento, uma onda de constitucionalização do direito. A Constituição passa a ser vista não mais como uma “ordenação fundamental dum Estado, que define os

européus denominaram este momento de rompimento (Umbruch), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado.” Cf. Cláudia Lima Marques, *A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa*, Revista Cidadania e Justiça, n° 6, 1999.

⁸Um dos maiores expoentes dessa corrente doutrinária é, sem sombra de dúvidas, o jurista alemão Peter Häberle, autor da célebre obra *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*, que propõe a seguinte tese: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da constituição. (...) A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta.” Peter Häberle, *ob. cit.*, p. 13.

titulares do poder público, enuncia os órgãos políticos e a sua competência, indica os fins supremos da comunidade e, normalmente, assegura um elenco de garantias dos particulares⁹, mas também como um conjunto de orientações programáticas ou uma ordem principiológica, sem força normativa, que visa construir um norte, uma meta a ser seguida pelos entes Estatais.

O neoconstitucionalismo¹⁰ surge da complexidade das relações sociais atuais, fundadas na proeminência do princípio da dignidade da pessoa humana, que tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que os instrumentos internacionais e, principalmente as constituições modernas passaram a ofertar solenemente aos indivíduos e às coletividades¹¹.

Como dogmática jurídica, o neoconstitucionalismo se propõe a descrever as transformações dos grandes sistemas jurídicos contemporâneos, consistentes na configuração de uma Constituição viva e mutável, fundada na onipresença de princípios e regras e na existência de peculiaridades na interpretação e aplicação das leis a partir da incidência da Constituição.

Utilizando-se do papel da interpretação da constituição como instrumento de busca da efetividade de suas normas, a teoria neoconstitucional reforça a ideia de que a interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica, por isso tal circunstância passa a ser vista com força normativa, onde é claro o reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras.

Um texto constitucional nasce com um propósito de continuidade. Não se pensa ao criar uma Constituição na sua mutabilidade material, ou mesmo no esgotamento ou na falta de aplicabilidade de suas normas. Daí a tendência principiológica das normas constitucionais de modo a permitir a sua oxigenação com uma mínima intervenção no seu texto¹². Mais uma vez o papel do intérprete é de fundamental importância, pois a ele compete não só manter viva e atualizada a Constituição face ao acompanhamento das relações contemporâneas, como evitar a

⁹Cf. conceituação de Rogério E. Soares, Constituição, in “*Dicionário Jurídico da Administração Pública*”, p. 671.

¹⁰Inicia-se aí o neoconstitucionalismo. O sentido do prefixo “neo” presume-se considerar algo que é novo ou que ainda não foi desvendado, que está em desenvolvimento, determinando certo avanço em relação ao estado anterior. É dentro dessa premissa que nasce o neoconstitucionalismo, ou seja, no sentido de visualizar o constitucionalismo contemporâneo, e sinalizar para um “constitucionalismo do por vir”

Cf. André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, (2002)

¹¹Cf. Carlos Roberto Siqueira Castro, *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*, p. 15.

¹²Um exemplo clássico desse pragmatismo constitucional é a Constituição Norte-Americana (1787) que lida com a ideia de uma Constituição da continuidade, visando a sua atualização, reafirmando a sua progressão e não o desfalecimento, tal como leciona o Professor José Luiz Quadro de Magalhães: “A história constitucional norte-americana reforça a ideia de uma Constituição dinâmica, viva, que se reconstrói diariamente diante da complexidade das sociedades contemporâneas. Uma Constituição presente em cada momento da vida. Uma Constituição que é interpretação, e não texto. A experiência norte-americana nos revela uma nova dimensão da jurisdição constitucional, presente em toda a manifestação do Direito. É tarefa do agente do Direito, nas suas mais diversas funções, dizer a Constituição no caso concreto e promover leituras constitucionalmente adequadas de todas as normas e fatos. A vida é interpretação, não há texto que não seja interpretado. A interpretação do mundo, dos fatos, das normas é inafastável”. Cf. José Luiz Quadros de Magalhães. *Constitucionalismo e interpretação: um certo olhar histórico*. In: “Revista Brasileira de Direito Constitucional”. Vol. 6, jul./dez. 2005, p. 208.

sua mutação material ou desnaturação.

Deve, por fim, ser a Constituição integracionista e universal. A Lei Fundamental deve refletir uma integração ética, moral, espiritual e institucional, tendo em vista o desenvolvimento de funções com fins comuns. Universalista no sentido de conferir uma maior proteção aos direitos fundamentais, cujo fim maior será propiciar a todos uma existência digna.

3 ATIVISMO JUDICIAL

A inoperância, muitas vezes, dos Poderes Legislativo e Executivo tem transferido para a Justiça institucionalizada pelo Estado a implementação dos anseios sociais veiculados em demandas individuais e coletivas, forçando os Tribunais a serem artífices na defesa da vida digna no difícil caminhar da sociedade¹³. Daí advém o ativismo Judicial¹⁴. Serve-se o magistrado, portanto, nas suas sentenças, dos Princípios do Estado de Direito despontando a criatividade judicial fundamentada não somente na regra expressa, mas também nos princípios, como forma de dar efetividade aos direitos constitucionalmente garantidos.

Luís Roberto Barroso acentua que a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes – Legislativo e Executivo – ressaltando que, a postura ativista, se manifesta por meio de diferentes condutas.

Em consequência disso, mostram-se inevitáveis os conflitos com as demais funções do Estado e o debate político de projeto de futuro retoma o seu curso, impulsionando o Poder Judicial às forças sociais, estas muitas vezes paralisadas por questões políticas. Esse aspecto pedagógico da decisão judicial permite, contudo, uma maior coordenação entre os Poderes do Estado no sentido da promoção do bem social, desígnio primeiro da Constituição de um Estado.

¹³Em discurso, na posse do Ministro Gilmar Ferreira Mendes à Presidência do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso Mello assim se manifestou contra as censuras feitas pelo “eventual ativismo judicial” exercido pelo STF, afirmando que: “Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.”

¹⁴O termo “Ativismo Judicial”, contudo, não se traduz num conceito unívoco. Se nos pautarmos para a sua conceituação no Direito no norte-americano, berço do seu surgimento, evidencia-se que, já de origem, o termo não encontra consenso. O Merriam-Websters’s Dictionary of Law define judicial activism como “(...) the practice in the judiciary of protecting or expanding individual rights through decisions that depart from established precedent or are independent of or in opposition to supposed constitutional or legislative intent (...)”. Já para o Black’s Law Dictionary constitui “(...) a philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions, usu. with the suggestion that adherents of this philosophy tend to find constitutional violations and are willing to ignore precedent”.

É certo que são vários os questionamentos acerca da sobrecarga imposta ao Poder Judiciário, todavia um consenso poderoso se impõe: não há progresso humano de uma sociedade, sem a presença de uma justiça forte e pronta para dar resposta imediata em defesa da dignidade do ser humano.

O problema surge quando, quando o modo de preservar a Constituição ou de interpretá-la, o juiz extrapola seus poderes e passa a formular políticas públicas (ou cancelá-las), ou mesmo legislar, às vezes impondo suas preferências pessoais¹⁵.

Nesse sentido, o “ativismo judicial” passa a ser visto como um ato de “ignorar o pleno significado da Constituição em favor da visão pessoal do juiz”¹⁶, ou mesmo como a substituição dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Judiciário na formulação e execução de políticas públicas. Nesse contexto, pode significar a alienação da soberania popular, expressa através dos mandatários eleitos pelo sufrágio universal, transferindo-a a um corpo técnico não eleito. Porém, não é essa a ideia de ativismo judicial aqui tratada.

Esse debate torna-se necessário para o próprio fortalecimento da legitimidade do Judiciário. Muitas das ações que lhe têm sido submetidas buscam pronunciamentos que, em verdade, são da responsabilidade dos outros Poderes. E, com isso, desvia-se o Judiciário das suas reais atribuições, em desserviço ao seu nobre papel de garantidor do Estado democrático de Direito.

Por outro lado, há situações em que a ineficácia ou inércia dos outros órgãos de Poder transferem ao Judiciário uma responsabilidade não pela regulamentação de uma determinada ação ou a definição ou cancelamento de uma política pública, mas uma responsabilidade pela preservação e efetividade das normas constitucionais.

O Poder Judiciário é a instância de poder responsável pela garantia da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos valores democráticos por ela consagrados, inclusive em face dos outros Poderes.

O ativismo judicial, dentro do sentido aqui adotado, tem sido parte da solução, e não do problema, no plano institucional. Mas ele é um remédio muito poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado¹⁷.

3.1 Judicialização da Política e o Ativismo Judicial

As relações entre o sistema judicial e o sistema político atravessam nos tempos atuais um momento de tensão sem precedentes cuja natureza se pode resumir numa frase: “a judicialização da política conduz à politização da justiça”¹⁸.

¹⁵Ressalta-se, todavia, que a ideia de ativismo judicial pode ser vista sob dois prismas: referir-se ao desenvolvimento legítimo da Constituição, feito pelos Tribunais, que possuem competência constitucional, na intenção de garantir-lhe efetividade – sentido esse utilizado na presente tese –, ou levar a uma conotação pejorativa de um ativismo judiciário para lá dos limites que se impõem a uma jurisdição, voltado para o a realização das satisfações e intenções pessoais do magistrado o que, de plano deve ser rechaçado.

¹⁶Kermit Roosevelt III, *The Myth of Judicial Activism* (2006).

¹⁷Luís Roberto Barroso, *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, p. 19.

¹⁸Cf. Boaventura de Sousa Santos, *A Judicialização da Política*, artigo eletrônico disponível em <http://www.>

A judicialização da política implica na transferência para os órgãos Poder Judiciário das decisões sobre questões de larga repercussão política ou social, que antes eram resolvidas única e exclusivamente pelas instâncias políticas tradicionais: os Poderes Legislativo e Executivo. Há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afetam de modo significativo as condições da ação política.

A politização da justiça, a seu turno, consiste num tipo de questionamento dos órgãos do Poder Judiciário que põe em causa, não só a sua funcionalidade, como também a sua credibilidade, ao atribuir-lhe desígnios que violam regras básicas da organização do Estado entre as quais a da separação dos poderes. É uma forma de empregar à justiça as vicissitudes da vida política, ou seja, dar visibilidade política a um órgão que tem competência jurídica. A politização da justiça coloca o sistema judicial numa situação de instabilidade institucional que, dependendo da forma como a gerir, tanto pode revelar dramaticamente a sua fraqueza como a sua força a depender da sua forma de agir diante das situações de conflitos colocadas sob sua apreciação.

Apesar de se reconhecer a existência de um caráter político no exercício da função jurisdicional ordinária, é no plano da Jurisdição Constitucional que este fenómeno assume maiores contornos. Dado que a Constituição se afigura como um vínculo entre a Política e o Direito, a Justiça Constitucional, ao ser responsável pela defesa da Lei Maior, está mais suscetível às demandas do sistema político.

A Justiça Constitucional torna-se, assim, uma nova “arena” para a discussão de temas que afetam diversos setores da sociedade. Assim, as escolhas políticas feitas pelo legislador ou mesmo pelo administrador, democraticamente eleitos, são rediscutidas no âmbito da Justiça constitucional. É essa, em síntese, uma das facetas que levaram à judicialização da política e que acabaram por conduzir à politização da Justiça, que, quando associadas à Justiça constitucional, assumem um relevo mais expressivo.

Assim, questiona-se até que ponto as políticas públicas destinadas a concretizar os comandos constitucionais podem ser controladas judicialmente¹⁹.

De uma auto-limitação a um ativismo judicial, a Justiça constitucional oscila no desempenho e na defesa da Constituição. Em países que ainda não atingiram graus satisfatórios de fruição de direitos sociais básicos, frente ao leque de garantias previstas

ces.uc.pt/opiniao/bss/078.php. De igual forma assevera Alberto Dalla Via que “En los últimos años comenzó ha hablarse de la ‘judicialización de la política’ y de ‘politización de la justicia’ como expresiones de un fenómeno de relaciones mutuas en los que los poderes políticos se inmiscuyen en el ámbito de lo judicial y, viceversa, la justicia exhibe un marcado activismo hacia en control de los problemas propios de la política. Expresiones de esos fenómenos han sido, por ejemplo, el llamado operativo ‘mani pulite’ (manos limpias) en Italia, donde una fuerte actuación de los jueces logró desbaratar importantes redes de corrupción; tema que también se verificó en otros países. Cf. Alberto Dalla Via, Los jueces frente a la política, p. 27.

¹⁹No constitucionalismo norte-americano vige o princípio da judicial self-restraint princípio segundo a qual as decisões judiciais que afastam as opções políticas do legislativo e do executivo, só se legitimam na medida em que se amarram firmemente na Constituição. Toda vez que o julgador sob o pretexto de dar cumprimento a Constituição, substituir o mérito administrativo do ato do legislador, pelo seu, ficará comprometida a própria legitimidade democrática do controle de constitucionalidade.

no texto da Constituição, como é o caso do Brasil, é comum exigir-se uma postura mais ativa da Justiça constitucional na tentativa de diminuir o fosso que separa a realidade (mundo do “ser”) da normatividade constitucional (mundo do “dever-ser”) e daí surge o panorama que envolve a judicialização da política.

A Justiça constitucional, dado que ela possui o poder de dar a última palavra em termos de interpretação da Constituição, passaria a demarcar as zonas de competência dos demais poderes, a partir dos limites que ela própria impuser a sua competência. Com isso, emerge a discussão acerca dos próprios limites de atuação da Justiça constitucional em razão de sua elevada discricionariedade proporcionada pela textura aberta das normas constitucionais nos Estados contemporâneos.

A judicialização da política e o ativismo judicial são traços marcantes da realidade jurídica de muitos países nos últimos tempos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização da política decorre, muitas das vezes, do modelo de Constituição adotado, cuja amplitude de garantias não concretizadas nas esferas legislativas e executivas permite que discussões de largo alcance político sejam trazidas sob a forma de ações judiciais²⁰.

O ativismo judicial expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas dando-lhe efetividade. Trata-se de um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, atenuam-se na medida em que juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular²¹.

²⁰Vale dizer que a judicialização da política não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do legislador constituinte, pois esse lhe abriu tal possibilidade ao conferir-lhe competência para a proteção jurídica da Constituição. Diferentemente do ativismo judicial, que decorre de um protagonismo imposto pelo próprio Judiciário na definição de ações não implementadas nas esferas políticas do poder.

²¹Para Robert Alexy o princípio fundamental de que “todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o Tribunal Constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo Tribunal Constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o Tribunal Constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e Tribunal Constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão

É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluida o poder criativo do intérprete judicial expande-se a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém a competência constitucional para legislar.

Os riscos da politização da justiça, sobretudo da Justiça constitucional, não podem ser totalmente eliminados. A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o Poder Constituinte em Poder Constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política.

Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos constitucionalmente garantidos, mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo próprio ordenamento jurídico, principalmente pela Constituição.

3.2 Ativismo Judicial e Separação de Poderes

Um dos principais pontos concernentes a uma concepção estatal pautada em base democrático-republicana é o da separação dos poderes. O princípio da separação dos poderes é tão importante na estrutura do estado democrático que os revolucionários de 1789 vieram a proclamá-lo característica essencial e decisiva do conceito de constituição²².

A ideia mais elementar contida nesse princípio consiste em distribuir as funções públicas por diferentes órgãos, independentes e autônomos entre si, de forma que “a suprema auctoritas não apareça total e exclusivamente hipostasiada em nenhum deles nem em qualquer das suas singulares manifestações”²³.

Para Montesquieu – idealizador final do princípio – a única maneira de liminar o poder da autoridade suprema é dividindo-o em diversos poderes que se condicionem, que se limitem reciprocamente no chamado “sistema de freios e contrapesos” – checks and balances. “Para que ninguém possa abusar do poder é preciso que, pelas disposições das coisas, o poder limite o poder” (il faut que le pouvoir arrête le pouvoir)²⁴.

reconciliados.” Cf. Robert Alexy, *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático*. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Grifei.

²²O artigo 16º da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789) estabelece que: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution”.

²³Cf. Barbosa de Melo, *Democracia e Utopia*, p. 42.

²⁴Ver nesse sentido Montesquieu, *De L'Esprit des Lois*, Livro XI, Cap. VI; Jorge Miranda, *Ciência Política. Formas de Governo*. p. 97-98; Nuno Piçarra, *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio*

A tripartição funcional do poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) seria então essa forma de limitá-lo. Assim, cada um exerceria uma determinada função dentro da estrutura do Estado, o que, além de dar mais eficiência à máquina estatal – na medida em que a divisão de atribuições e competências torna cada órgão especializado em determinada função – garantiria, ainda, uma maior liberdade aos indivíduos²⁵.

Nos moldes de uma concepção jurídico-formalista, os Poderes Executivo e Legislativo sobrepõem-se ao Poder Judiciário na formação de políticas públicas e na própria condução do Estado, não cabendo ao Judiciário a participação – legítima e democrática – em decisões públicas²⁶.

O próprio Montesquieu reconhecia no Judiciário um poder técnico, passivo, sem relevância política, distinguindo-o dos Poderes Legislativo e Executivo a quem conferia competências positivas e negativas no sentido de agir na execução das suas funções próprias e de servir como freio para o exercício das funções alheias.

Não obstante a concepção clássica do princípio, a realidade hoje vivida se mostra diferenciada em alguns Estados. Dada a complexidade do mundo contemporâneo, exige-se um Judiciário mais participativo, capaz de decidir conflitos dos mais diversos matizes que surgem na sociedade fazendo assim com que inúmeras questões de índole estritamente política sejam trazidas ao exame do Poder Judiciário.

Em face dessa realidade, alteram-se as funções clássicas dos juízes²⁷, que se tornam também responsáveis pelas políticas de outros poderes estatais, passando a orientar as suas atuações de forma a assegurar a integridade da Constituição e dos direitos dos cidadãos nas democracias contemporâneas.

Muito se questiona, porém, acerca da legitimidade da atuação do Judiciário em questões que envolvam matérias relacionadas às outras esferas de poder do Estado. Essa expansão dos poderes do Judiciário sobre as políticas legislativas ou executivas do Estado, só tem lugar porque o sistema democrático permite tal atuação sobre os atos dos outros poderes, e decorre, como já visto, do fenômeno da judicialização da política²⁸.

O fundamento da judicialização da política reside, assim, no primado da supremacia da Constituição. Destarte, o Judiciário, quando atua no âmbito político, não invade a esfera de competência dos outros poderes, mas apenas garante a

Constitucional, p. 90; Vital Moreira, *Sebenta de Ciência Política*, p. 26.

²⁵De destacar que a liberdade para Montesquieu estava diretamente ligada ao conceito de legalidade. (“Numa sociedade em que há leis, a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”). Cf. Montesquieu, *De L’Esprit des Lois*.

²⁶Cf. Mauro Cappelletti, *Juízes legisladores?*, p. 43.

²⁷A teoria de Montesquieu representou o marco de uma sólida divisão de poderes na formação do Estado, na qual a função dos juízes não ultrapassava aquela de mera pronúncia do texto legal, sem a possibilidade de qualquer interferência construtiva na aplicação da lei. Segundo ele, “não há liberdade política onde se misturam as funções próprias de cada órgão estatal”. Cf. Montesquieu, *De L’Esprit des Lois*.

²⁸No sentido constitucional, a judicialização refere-se a superação do modelo clássico de separação dos poderes do Estado, que levaria a ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política. Fábio Konder Comparato defende a tese de que o Judiciário possui competência, apesar do princípio da separação dos poderes, para julgar questões políticas. Sobre o assunto, ver: Fábio Konder Comparato, *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, p. 46 e ss.

respeitabilidade a Constituição²⁹.

Nesse sentido, o Judiciário não está fazendo nada mais que assumir o seu papel enquanto Poder do Estado, equiparando-se, em igualdade de condição, peso e representatividade, aos Poderes Legislativo e Executivo.

Relembrando aqui o ensinamento de Robert Alexy, mencionado alhures – no que tange a equiparação do Tribunal Constitucional ao Parlamento quanto à sua legitimidade no trato das questões de cunho político em função da sua representação popular – se o Parlamento representa o cidadão politicamente, o Tribunal Constitucional o representa argumentativamente.

A jurisdição constitucional tornou-se universal, nos dias atuais, tendo-se transformado num elemento tão bem-sucedido quanto o “Estado Constitucional Democrático”. Esse reforço cauteloso do poder jurídico-constitucional deve ser saudado. Mas é claro que quando um Tribunal Constitucional invade com ousadia exagerada a esfera política do Estado, ele pode pôr em risco a sua própria autoridade.

Atualmente os Poderes do Estado somente se definem sob o ponto de vista formal ou orgânico, pela estruturação e competência que lhes tenha dado determinada organização constitucional, não podendo se falar mais numa separação estanque de poderes conforme idealizada por Montesquieu³⁰.

Nessa perspectiva é fundamental que haja sensibilidade do julgador. Os Tribunais podem e devem atuar no âmbito da esfera política do Estado, mas essa atuação tem que se pautar no consenso básico de uma Ordem Constituição vigente. A Constituição é sempre o limite da ação do julgador, e de todas as esferas de poder do Estado. Agir pautado pela norma constitucional não é afastar-se de enfrentar questões políticas por respeito à separação dos poderes, mas sim fazer valer a Constituição em toda a sua essência, dando eficácia e efetividade às orientações políticas definidas pelo Legislador Constituinte originário, quando essas não forem efetivadas dentro de um período razoável pelos demais poderes e houver esgotadas as possibilidades e enfrentá-las por outro modo.

3.3 Os limites da Ação Ativista do Poder Judicial

A questão dos limites da interpretação não é um problema próprio

²⁹A título de exemplo, traz-se a previsão do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição brasileira que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça de direito.” Reforça-se, ainda pela previsão do artigo 102 da mesma Carta Constitucional que confere ao Supremo Tribunal Constitucional “a guarda da Constituição”. Grifei

³⁰A verdade é que a linha de separação entre os Poderes torna-se cada vez mais tênue, tanto que as atribuições muitas vezes se confundem. É questão apenas de bem ordenar essa combinação de forças, de modo a que não haja hipertrofia de nenhum dos Poderes. Se tomar como exemplo o sistema brasileiro, percebe-se que o Poder Legislativo instaura comissões parlamentares de inquérito, aprova tratados, embaixadores, ministros de tribunais superiores, elabora leis interpretativas, concede anistia e faz julgamentos políticos. O Poder Executivo tem atribuições legislativas: iniciativa de leis, sanção ou veto, poder regulamentar, medidas provisórias e também julga administrativamente e perdoa. O Poder Judiciário age na esfera legislativa no controle da constitucionalidade das leis e vai até a formulação da norma em hipótese, pelo mandado de injunção.

da hermenêutica jurídica, nem muito menos da interpretação especificamente constitucional, antes se colocando em todos os domínios da comunicação humana.

No âmbito jurídico, em geral, a ideia de se estabelecerem parâmetros objetivos para controlar e/ou racionalizar a interpretação deriva, imediatamente, dos princípios da certeza e da segurança jurídica, que estariam comprometidos se os aplicadores do direito, em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos, principalmente em matéria constitucional, pudessem atribuir-lhes qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos e do comum sentimento de justiça.

Embora se reconheça que os textos legais comportem, em princípio, mais de uma interpretação, é necessária a existência de critérios que permitam verificar a sensatez dessas interpretações excluindo-se aquelas que se mostrem inaceitáveis ou menos adequadas diante da ordem jurídica em que estiverem inseridas. Afinal, o intérprete não pode pretender um resultado que só a ele satisfaça, até porque a interpretação jurídica é essencialmente um fenômeno social e, assim, deve alcançar um nível de aceitabilidade geral.

A obra do intérprete é difícil e delicada; pressupõe tato, felicidade de intuição, critério e o “sabor de experiência feito”. Cumpre evitar, não só o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o de forçar a exegese e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais este se apaixonou, de sorte que vislumbram no texto idéias apenas existentes no próprio cérebro, ou no sentir individual, desvairando por aversões e pendoros, entusiasmos e preconceitos. “A interpretação deve ser objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa, mas sempre respeitadora da lei”, principalmente da lei maior que é a Constituição.³¹

As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz, de forma especial, potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos³².

³¹Cf. Francesco Ferrara, in.: *Trattato di Diritto Civile Italiano*, p. 206, citado em, Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 84-85.

³²Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade judicial*, (2005). Ver também: Neil Maccormick, *Legal reasoning and legal theory*, (1978) que sistematiza como requisitos justificadores de uma decisão: a) o requisito da universalidade; b) o requisito da coerência e da consistência; c) o requisito consequencialista, que diz respeito aos efeitos prejudiciais ou benéficos por ela produzidos no mundo. Sobre princípio da coerência, ver Marina Gaensly, *O princípio da coerência: Reflexões de teoria geral do direito contemporâneo*, (2005), dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito Público da UERJ.

Assim, embora admita-se e defenda-se a possibilidade dos juízes atuarem para além da literalidade da lei, construindo normas capazes de atenderem aos anseios e a vontade estabelecida pelo legislador constituinte é importante fixar limites mínimos para a criatividade dos intérpretes da Constituição.

Afinal, como lembra Mauro Cappelletti³³, uma coisa é a inevitável criação judicial do direito – no âmbito das causas e controvérsias em que se travam os conflitos de interpretação (e é nesse contexto que se insere o ativismo judicial aqui defendido) – e outra, bem diversa, é aceitar que os juízes atuem como autênticos legisladores, particularmente quando a atividade legislativa é bem representada pelo respectivo órgão de poder.

O novo constitucionalismo que se desenha atualmente, tem mudado o paradigma tradicional da interpretação jurídica, possibilitando uma maior participação do Poder Judiciário na esfera das questões política o que faz com que busquemos meios de se impedir maiores conflitos institucionais e maiores interferência entre os diversos órgãos de Poder.

Diante desse quadro, a atuação judicial no âmbito das políticas públicas, na regulamentação das omissões legislativas, no afastamento de decisões políticas contrárias à Constituição, entre outras ações judiciais de interferência nas esferas do Poder Político, deve limitar-se a um controle de procedimentos e de razoabilidade na definição de prioridades distributivas, na regulamentação legal de caráter precário e transitório (até que se crie a norma pelo órgão competente), bem como dos meios de garantir a efetividade dos direitos mínimos previstos pela Constituição. Dentro desse âmbito mais restrito, o Judiciário pode e deve exercer um papel mais efetivo.

4 ATIVISMO JUDICIAL E MEIO AMBIENTE

Na legislação ambiental brasileira, o conceito de meio ambiente é amplo, pois protege a vida em todas as suas formas, englobando, também, a proteção dos bens materiais e imateriais, sempre visando garantir uma boa qualidade de vida das gerações presentes e futuras³⁴.

Em observância a tais premissas, notadamente percebemos que o indivíduo não existe por si só, portanto, seria errôneo ter uma visão antropocêntrica do meio ambiente, e é nesse sentido que vem à tona princípios de extrema importância em matéria ambiental, como por exemplo: o princípio da precaução que detêm em seu núcleo o direcionamento fundamental consistente no comportamento efetuado com o intuito de afastar o risco ambiental. Antecipam-se medidas para impedir agressões ao meio ambiente³⁵. Também o princípio do desenvolvimento sustentável, que

³³Mauro Cappelletti, *Juízes Legisladores?*, p. 73-107.

³⁴É o que demonstram os artigos 23, incisos VI, VII, XI; 170, inciso VI; e 225, caput da nossa Carta Magna.

³⁵Sua importância está diretamente relacionada ao fato de que, se ocorrido o dano ambiental, a sua reconstrução é praticamente impossível. O mesmo ecossistema jamais pode ser revivido. Uma espécie extinta é um dano irreparável. Uma floresta desmatada causa uma lesão irreversível, pela impossibilidade

encontra-se previsto implicitamente, no artigo 225, caput, e § 4º da Constituição Federal brasileira³⁶. O princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje a nossa disposição.

Inferese, portanto, de tais princípios, que seu escopo é harmonizar, ou seja, encontrar um ponto de equilíbrio entre atividade econômica e uso adequado, racional e responsável dos recursos naturais, respeitando-os e preservando-os para as gerações atuais e futuras.

Em suma, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é fundamental para a sobrevivência de todas as formas de vidas, em especial da vida humana, portanto, quando se fala de bens fundamentais, não se pode ter uma visão limitada do direito constitucional, espelhada unicamente no desdobramento do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988.

Dentro dessa perspectiva, o ativismo judicial no que atine à questão ambiental se insere no contexto, quando o meio ambiente está sendo agredido, dentro de preceitos constitucionais, que reforçam como fundamental, o direito à vida, que não existe sem o substrato ambiental mínimo.

A relação entre a espécie humana e o meio ambiente, e o resultado do comportamento proativo dos órgãos jurisdicionais, tudo isso se fez possível graças à evolução dos direitos humanos de terceira dimensão que dá especial proteção às questões ambientais.

No sistema jurídico brasileiro, é a partir dele que o Direito Ambiental é definido e é indicada a rede de normas constitucionais e infraconstitucionais que dão o substrato legal à defesa do meio ambiente³⁷. São indicados os princípios para a interpretação e aplicação das normas ambientais³⁸. É examinada a função do Poder Judiciário, a relação com os demais Poderes e demonstrada a essencialidade da sua participação nas questões ambientais, sob o ponto de vista do ativismo judicial e suas possibilidades na prática.

A mudança de paradigma para o desenvolvimento de um comportamento ativo e criativo pelo juiz ante as novas e complexas questões, que envolvem a

de reconstituição da fauna e da flora e de todos os componentes ambientais em profundo e incessante processo de equilíbrio, como antes se apresentavam”. Nesse sentido: Marcelo Abelha Rodrigues. *Elementos de direito ambiental*, p. 203.

³⁶No entanto, a sua disposição expressa, decorre do Princípio nº. 04, da *Declaração RIO/92*, que contém o seguinte conteúdo: “Para se alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção do meio ambiente deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente em relação a ele”.

³⁷CF: Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

³⁸O Professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo defensor da visão constitucionalista do direito ambiental, explanou que seria essencial interpretar os dispositivos constitucionais em matéria ambiental, fixando-se o denominado piso vital mínimo. Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro*, p. 14.

dimensão coletiva do direito, cria desconforto nos demais Poderes, mas com potencial possibilidade de mutação dessa relação, que terá como resultado o enriquecimento da função jurisdicional.

Os limites do magistrado ao julgar uma lide em que o meio ambiente está sendo degradado, irão até a aplicação dos princípios constitucionais na condição de norma cogente no contexto do ativismo judicial e de acordo com a vontade do Poder Constituinte.

Isso visa possibilitar a manutenção do direito fundamental à vida em um substrato ambiental natural, onde a espécie humana e os demais seres possam viver de forma digna. A aplicação ideológica do direito pelo magistrado como guardião dos direitos e garantias constitucionais fundamentais dá prioridade aos princípios da efetividade, da dignidade humana e ao inquisitivo.

O papel ativo do magistrado nas questões ambientais indica que este deve romper de forma criativa e fundamentada todos os elos das correntes normativas que o escravizam à forma, com objetivo claro de defesa do meio ambiente.

Nesse contexto, não só é relevante o papel proativo dos órgãos jurisdicionais, mas também o papel desempenhado pelo Ministério Público na defesa do Meio Ambiente.

A ordem constitucional brasileira de 1988 confere ao Ministério Público competências e atribuições quase equiparáveis aos demais órgãos de soberania³⁹. No que atine ao meio ambiente, o Ministério Público é um dos órgãos protagonistas de sua defesa, decorrente, inclusive de um comando expresso na Constituição de 1988⁴⁰.

Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente das Defensorias Públicas, fortalecendo e expandindo a demanda por justiça na sociedade.

4.1 Ativismo Judicial e Águas

Ultimamente, vem se consolidando na doutrina a teoria da justiciabilidade das políticas públicas, ou seja, a possibilidade de se levar às vias jurisdicionais questões de natureza política. É o que também se chama de judicialização da política, já tratado alhures.

A judicialização das políticas públicas encontra seu fundamento na supremacia da Constituição, norma de caráter fundamental e superior a todos os poderes estatais. Ao efetuar o juízo de constitucionalidade de políticas públicas,

³⁹CF: Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁴⁰Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

o Judiciário acaba por desempenhar sua função precípua, qual seja: garantir a prevalência da Constituição.

O judiciário brasileiro tem se deparado constantemente com ações judiciais que envolvem questões de natureza política e, não raras vezes, no plano do direito ambiental. De forma mais precisa, irá se tratar aqui de decisões que envolvem, especificamente, questões hídricas, posto que a água é elemento básico de crescimento e sobrevivência para seres humanos, animais e vegetais, sendo, também, patrimônio de interesse comum dos povos e nações, e sua escassez um fator limitante do desenvolvimento econômico.

A gestão dos recursos hídricos é uma necessidade premente e que tem o objetivo de acomodar as demandas econômicas, sociais e ambientais por água em patamares sustentáveis, de modo a permitir a convivência dos usos atuais e futuros da água, sem conflitos.

Dentro desse contexto o papel do Poder Judiciário na proteção desse recurso se mostra necessário, imprescindível e eficaz, posto que tem sido em sede judicial que muitas questões atinentes à proteção da água têm encontrado solução.

A título de exemplo, podemos citar uma decisão da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de apelação cível em Ação Civil Pública, promovida pelo Ministério Público paulista, com o objetivo de obrigar determinado ente municipal à construção de sistema de saneamento básico. Segundo o Tribunal de Justiça paulista a “saúde coletiva é, por sua natureza, prioritária; a respeito, não há discricionariedade do Poder Público: sem água cujos padrões de pureza se encontrem dentro das classes legais de aproveitamento [...] a própria vida não é possível, como bem primeiro!”.

É vasto o número de decisões nesse sentido e a ação proativa do Poder Judiciário no sentido de preservar os recursos hídricos e garantir a efetividade dos direitos humanos e ambientais amparados pela Constituição.

Não se pode deixar de frisar aqui também o papel de fundamental importância desenvolvido pelo Ministério Público.

Sendo o Poder Judiciário inerte, as demandas só chegam ao Judiciário pela via de ação e, na grande maioria das vezes, se dá por meio da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Ambiental, instituição responsável pela proteção e defesa do meio ambiente.

Nesse sentido traz-se à colação os seguintes arestos:

Voto nº 10.206.

Apelação com Revisão nº 794.061.5/2-00 - Itapetininga.

Apelante: Prefeitura Municipal de Itapetininga.

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo.

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL - POLUIÇÃO AMBIENTAL
DESPEJOS DE EFLUENTES DOMÉSTICOS - RIBEIRÃO DO CHÁ**

É indiscutível a responsabilidade ambiental da Municipalidade, porquanto deveria ter fiscalizado adequadamente a implantação de residências na região do Ribeirão do Chá, exigindo instalação hidráulica, fossas sépticas e demais beneficiamentos tendentes a evitar o lançamento do esgoto “in natura” no solo, nos terrenos vizinhos ou nas águas do mencionado Ribeirão, mostrando-se

inadmissível que algumas moradias tenham obtido o habite-se mesmo tendo apresentado projetos falhos nestes quesitos.

Voto nº 14.755

Apelação Cível nº 772.747-5/2-00 – Barretos

Apelantes: Comitê da Bacia Hidrográfica do Baixo Pardo Grande e Fazenda do Estado

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPRESENTAÇÃO DA COMUNIDADE EM COMITÊ DE BACIA HIDROGRÁFICA. ALEGADA VULNERAÇÃO AO FEDERALISMO. DESCABIMENTO. BACIA DE RIO QUE ATRAVESSA MAIS DE UM ESTADO DA FEDERAÇÃO. INCIDÊNCIA INEQUÍVOCA DA LEI FEDERAL. PARIDADE NA REPRESENTAÇÃO PRIVILEGIA O ESTADO EM DETRIMENTO DA POPULAÇÃO. AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. APELOS DO COMITÊ E DA FAZENDA DO ESTADO DESPROVIDOS PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE EM COMITÊ GESTOR DE BACIA HIDROGRÁFICA. Constitui explícita opção do constituinte de 1988 converter a superada democracia representativa em democracia participativa. Isso se faz mediante efetiva implementação de maior parcela de responsabilidade a integrantes da população em colegiados previstos no ordenamento. Atender a fundamentos constitucionais é mais relevante do que preservar rígida aplicação de normas procedimentais, sempre instrumentais em relação ao verdadeiro direito. Apelos desprovidos.

Recurso: Embargos de Declaração em Agravo nº 873.650 5/8-01

Natureza: Ação Civil Pública Ambiental – nº 2338/2008

Comarca: Mairinque – 1º Ofício

Embte(s): SABESP Cia. de Saneamento Básico de São Paulo

Embo(s): Ministério Público do Estado de São Paulo

Ação civil pública visando à regularização da captação e tratamento de esgoto. Obrigação da SABESP decorrente de contrato de concessão. Antecipação da tutela. Inexistência de irregularidade processual. Intervenção legítima do Poder Judiciário. Presença dos requisitos legais. Adequação do prazo concedido. Redução do valor da multa. Agravo de instrumento provido em parte. Inexistência de omissão ou contradição no acórdão. Embargos de declaração rejeitados.

Recurso: Apelação com Revisão N 550 226 5/6-00

Natureza: Ação Civil Pública Ambiental- 1ª Inst nº 966/2000

Comarca: Pereira Barreto – 2º Ofício

Apte(S): CESP – Cia Energética de São Paulo e Outra

Apdo(S): Prefeitura Municipal de Pereira Barreto e Outra

Ação civil pública ambiental movida por Prefeitura. Obrigação de fazer implantação de unidade de conservação. Pedido decorrente da formação de reservatório de hidrelétrica. Sentença de procedência. Reconhecimento da obrigação pela requerida, embora não na extensão da sentença. Critério administrativo que não se subtrai ao controle de legalidade. Aplicação das normas constitucionais e legais pertinentes. Prova de insuficiência das medidas admitidas. Apelações não providas.

Os presentes julgados demonstram com clareza que o Poder Judiciário não tem se prestado a mero espectador das questões que envolvem as políticas de meio ambiente, em especial no que atine às questões hídricas, mas tem se mostrado como um componente essencial para a prevalência dos ditames da Constituição nessa seara.

É muitas vezes no âmbito do Poder Judiciário, por meio do seu acionamento

via Ministério Público que tais questões encontram solução jurídica adequada.

É fundamental, que as iniquidades sócio-ambientais sejam identificadas e aniquiladas em conformidade com espírito da Constituição, seja por intermédio da fiscalização e da aplicação das leis, seja pela atuação do membro do Ministério Público como parte nos processos de sua competência, ou com sua eficaz atuação no campo administrativo, e ainda, na ação proativa dos Órgãos Jurisdicionais, fazendo falar os ditames constitucionais.

Todavia, a ausência desse Estado devidamente organizado, forte e respeitado, capaz de suprir, ainda que minimamente, as demandas socioambientais que lhe compete, fazendo com que os conflitos sociais não se avolumam a cada dia e que o meio ambiente seja visto como um meio de sobrevivência das futuras gerações, exigindo do Ministério Público desenvoltura intensa, seja jurídica, administrativa ou mesmo de assistência social, de modo a tornar mínimo o caos que se instala.

Portanto, estamos hoje a caminho de superar com o apoio incondicional do Ministério Público, a democracia participativa, onde a existência de representantes eleitos não exclui a participação dos cidadãos em geral, isoladamente ou em grupos, para que tenhamos uma sociedade mais justa e igualitária.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A chamada interpretação criativa decorre da criatividade interpretativa; o intérprete utilizando de regras hermenêuticas válidas atribui, criativamente, significados ou sentidos às regras de direito emanadas pelo legislador, diferente daquela até então admitidas pelo senso jurídico comum.

Mas quando se fala em interpretação criativa, em buscar dentro do próprio ordenamento jurídico criado pelo legislador, entendimentos que sejam capazes de garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais, seja na omissão legislativa, seja no caso de conflitos de normas, isto é, em situações excepcionais, não estamos na esfera da criação jurisprudencial, posto que o comando que irá servir de fundamento para a decisão judicial encontra seu amparo dentro do próprio ordenamento jurídico do Estado aprovado pelo órgão legislativo.

O papel dos juízes, nessas situações, não é assumir a função de legislador ou mesmo substituir a sua vontade, e sim, garantir a efetividade do ordenamento jurídico e, principalmente, o cumprimento da Constituição⁴¹.

O ativismo judicial, nesse sentido, não é incompatível com o sistema jurídico do Estado, e nem contrário ao regime democrático, por muitos questionados no sentido em que quem não tem votos não tem legitimidade para emitir comandos que complementem ou modifiquem o sentido da lei.

⁴¹É de destacar, nesse sentido, a lição de J.J. Gomes Canotilho de que “o direito constitucional é um direito não dispositivo, pelo que não há âmbito ou liberdade de conformação do legislador contra as normas constitucionais, nem discricionariedade na não actuação da lei fundamental.” J. J. Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, p. 63.

A interpretação criativa é uma atividade legítima do órgão jurisdicional no curso do processo de aplicação e reconhecimento do direito e não deve ser visto como um procedimento espúrio, situado à margem da lei, nem aplicado segundo uma vontade subjetiva e individualizada do intérprete.

As sociedades vêm sofrendo mutações cada vez mais rápidas, a todo instante aparecem questões novas onde é necessária a intervenção jurídica para sua solução, uma vez que o direito é a ciência responsável pelas regras sociais.

E base de todas essas regras, necessárias para o convívio social, está pautada na Constituição de cada país. E o que acontece é que muitas vezes a legislação não consegue acompanhar as transformações vividas no dia a dia, principalmente quando nos deparamos com as questões sócio-ambientais, onde a ação humana, a cada dia, cria novos nuances que fazem com que a atividade jurisdicional tenha que se amoldar tendo em vista a impossibilidade de se legislar a cada nova mutação social.

Nesse diapasão, além do ativismo do Poder Judiciário, o papel proativo do Ministério Público é fundamental para a proteção do meio ambiente, posto que além de incitar o estado de inércia judicial, a ele foi conferida pela Constituição o papel de defesa do meio ambiente, devendo utilizar de todos os meios juridicamente possíveis no exercício desse seu múnus.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*. In “Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho”, n.º 1 (oct./1994), p. 37-49. Trad. Pablo Larrañaga.

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In: “Revista de Direito Administrativo”, n.º 217, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 55-66.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In “A nova interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas”. 2ª ed. Rio de Janeiro/BR: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Artigo eletrônico acessado em 22/04/2009, às 17:35 horas. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*, in. “Boletim da FDUC”, Vol. LXXXI, 2005, p. 233-289.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das Normas Constitucionais*. 2ª ed. Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2001.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra/PT: Editora Almedina, 2003.
- CAPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*. Porto Alegre/BR: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro/BR: Forense, 2005.
- CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia*. Alceu, vol. 05, n.º 09, jul-dez 2004, p.105/113.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Brasília/BR: Revista de Informação Legislativa. Ano 35, n.º 138, abr/jun 1998, p. 39-48.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Sobre a legitimidade das Constituições*. Boletim da FDUC – LXXX, 2004, p. 185-230.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. 4ª ed. Coimbra/PT: Armênio Amado Editor, 1987 (Coleção Studium: Temas Filosóficos, Jurídicos e Sociais)
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e DIAFÉRIA, Adriana. *Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Max Limonad. 1999.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. Título no original: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Constitucionalismo e interpretação: um certo olhar histórico*. In: “Revista Brasileira de Direito Constitucional”. Vol. 6, jul./dez. 2005.
- MARQUES, Cláudia Lima. *A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa*. Revista Cidadania e Justiça, n.º 6, 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Ciência Política: Formas de Governo*. Lisboa/PT: Editora Lisboa, 1992.
- MONTESQUIEU, Charles. *De l’Esprit des Lois*. Livro XI, Cap. VI. Paris/FR: Gallimard, 1995.
- MOREIRA, Vital. *Sebentas de Ciência Política*. Coimbra/PT: FLUC, 2005/2006.
- PIÇARRA, Nuno. *Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra/PT: Coimbra Editora, 1989.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental*. Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Judicialização da Política*. Artigo eletrônico acessado em 20/04/2009, às 16:24 horas. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078.php>.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica da Razão Indolente*. Contra o desperdício da experiência. 2ª ed. São Paulo/BR: Cortez, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social*. São Paulo/BR: Boitempo Editorial, 2007.
- SOARES, Rogério Ehrhardt. *Constituição*. In: Dicionário Jurídico de Administração

Pública. Volume II. Lisboa/PT, 1972.

TAVARES. André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo/BR: Saraiva, 2007.

VIA, Alberto Dalla. *Los jueces frente a la política*. In "Isonomia: Revista de Teoria y Filosofia del Derecho", n.º 22 – abr/2005, p. 19-38.