
**O ATIVISMO JUDICIAL EM DEMANDAS AMBIENTAIS E O
PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES SOB A ÓTICA DA
TEORIA DE PRINCÍPIOS E REGRAS DE ROBERT ALEXY**

***JUDICIAL ACTIVISM IN ENVIRONMENTAL DEMANDS AND THE
PRINCIPLE OF THE SEPARATION OF POWERS UNDER THE
OPTICS OF THE THEORY OF PRINCIPLES AND RULES BY ROBERT
ALEXY***

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

Pós-doutor pela Università degli Studi di Messina/IT. Possui Doutorado (2008), Mestrado (2005) e graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1996), Atualmente é professor de Direito Penal do curso de Graduação e de Direito Penal Ambiental do curso de Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara.

LEANDRO JOSÉ FERREIRA

Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC. Pós-Graduado em Direito Processual pelo IEC – Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: leandrojadv@gmail.com



RESUMO

Objetivo: O presente estudo tem como objetivo trabalhar o fenômeno do ativismo judicial no Brasil, seus aspectos e desdobramentos no que tange à busca pela proteção do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida. Na mesma linha, uma incursão sobre o princípio da separação de poderes será realizada e abordada como limitador ao citado ativismo judicial. Diante da colisão entre os direitos fundamentais apontados, uma incursão pela teoria de princípios e regras desenvolvida por Robert Alexy se fará necessária.

Metodologia: Para tanto, foram utilizados, na realização desta pesquisa, o método vertente jurídico-teórico e raciocínio dedutivo com técnica de pesquisa bibliográfica.

Resultados: Ao final da pesquisa, pode-se evidenciar que o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida se apresenta como princípio de maior peso frente ao princípio da separação de poderes no que tange a aplicação da teoria de princípios e regras elaborada por Robert Alexy, pois a proteção ambiental deve ser devidamente desenvolvida e efetivada no Estado Democrático de Direito, de modo a objetivar e consubstanciar a efetivação dos direitos fundamentais.

Contribuições: O presente estudo traz como contribuição uma análise aprofundada sobre o princípio da separação dos poderes, decorrente do direito constitucional que fundamenta o Estado Democrático de Direito, responsável por determinar a tripartição de poderes, que se desdobra em executivo, legislativo e judiciário, cada qual com suas atribuições constitucionais.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial; Direitos Fundamentais; Meio ambiente; Separação de poderes; Princípios e regras.

ABSTRACT

Objective: The present study aims to work on the phenomenon of judicial activism in Brazil, its aspects and consequences in relation to the search for protection of the fundamental right to the environment balanced to the healthy quality of life. In the same vein, an incursion into the principle of separation of powers will be carried out and approached as limiting the aforementioned judicial activism. Faced with the collision between the fundamental rights pointed out, an incursion for the theory of principles and rules developed by Robert Alexy will become necessary.

Methodology: For this purpose, the juridical-theoretical approach and deductive reasoning with a bibliographic research technique were used in this research.

Results: At the end of the research, it can be evidenced that the fundamental right to the balanced environment to the healthy quality of life presents itself as a principle of



greater weight in front of the principle of separation of powers in what concerns the application of the theory of principles and rules elaborated by Robert Alexy, because environmental protection must be properly developed and enforced in the Democratic State of Law, in order to objectify and substantiate the realization of fundamental rights.

Contributions: *This study presents as a contribution an in-depth analysis on the principle of separation of powers, arising from the constitutional law that underlies the Democratic State of Law, responsible for determining the tripartition of powers, which unfolds in executive, legislative and judiciary, each with its constitutional attributions.*

Keywords: *Judicial Activism; Fundamental rights; Environment; Separation of powers; Principles and rules.*

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo trabalhar o princípio da separação de poderes e o fenômeno do ativismo judicial no Brasil. O propósito é averiguar se o ativismo judicial poderá ter prevalência sob o princípio da separação de poderes quando no enfrentamento de demandas que versem sobre o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado mediante a utilização da teoria de regras e princípios de Robert Alexy.

Num primeiro momento serão apresentados os conceitos de ativismo judicial e de separação de poderes, bem como suas nuances e seus desenvolvimentos no Estado Democrático de Direito.

Após, desenvolver-se-á o que se tem entendido por direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado no Estado Democrático de Direito. Será realizada uma incursão histórica do conceito de formação do direito fundamental ao meio equilibrado à sadia qualidade de vida na esfera internacional e nacional, até desaguar no conceito de meio ambiente como direito fundamental à vida.

No terceiro capítulo será apresentada a teoria dos princípios e regras desenvolvida por Robert Alexy. Serão abordados o conceito de normas, de princípios, e de regras segundo essa teoria e explicado o fenômeno da colisão entre



princípios através da dimensão de peso e o conflito entre regras pela validade da norma.

No quarto capítulo serão condensados todos os temas expressos nos capítulos anteriores de modo a tentar encontrar uma possível solução para a seguinte indagação: por meio da teoria de regras e princípios de Robert Alexy, é possível autorizar um maior ativismo judicial, mediante o afastamento do princípio da separação de poderes, para promover a proteção e a concretude do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida?

Para tanto, foram utilizados na realização deste artigo o método vertente jurídico-teórico e raciocínio dedutivo com a técnica de pesquisa bibliográfica teórica documental. A pesquisa se justifica na medida em que o fenômeno do ativismo judicial vem permeando debates na esfera acadêmica, doutrinária e jurisprudencial. A discussão vai além, pois o enfrentamento da questão se faz necessário na medida em que a sociedade anseia por uma adequada promoção da proteção do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida, mediante a implementação de políticas públicas adequadas à concretização dessa proteção.

Ao final, será reconhecido que, pelo fato de o meio ambiente equilibrado, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana serem direitos fundamentais conexos e indissociáveis, em determinados casos concretos, mediante a aplicação da teoria de princípios e regras de Robert Alexy, mais precisamente no que tange à colisão entre os princípios, será permitida uma maior atividade judicial com o objetivo de promover a efetiva e concreta execução do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida, mediante o afastamento ponderado do princípio da tripartição de poderes.



2 O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

O debate proposto se estende pela doutrina e pela academia na busca por uma resolução que venha a ser mais adequada segundo os postulados constitucionais. O tema é árduo e requer uma maior análise crítica em desapego às paixões que o debate sobre os temas propõem em favor das distintas posições.

Inegavelmente, nas últimas décadas, o Poder Judiciário tem abandonado a esfera de coadjuvante para, em alguns casos, se tornar o ator principal na resolução de temas complexos, árdios e legitimados pelo ordenamento constitucional vigente.

Quando se fala em Poder Judiciário como protagonista, o princípio que deve ser analisado é aquele da tripartição de poderes, que está insculpido na Constituição Federal de 1988 (CRFB de 1988) em seu art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

O princípio da separação dos poderes é princípio de direito constitucional que fundamenta o Estado Democrático de Direito, responsável por determinar a tripartição de poderes, que se desdobra em executivo, legislativo e judiciário, cada qual com suas atribuições constitucionais. Conforme doutrina abalizada sobre o tema, é possível apontar as funções de cada poder da seguinte forma:

Ao Poder Legislativo cabe a função legislativa, que abrange a edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, portanto, as leis. Ao Judiciário cumpre a função jurisdicional. Sua finalidade é aplicar o direito ao caso concreto, dirimindo conflitos de interesse. Por fim, a função executiva, a cargo do Poder Executivo, resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis. Ao Poder Executivo não cabe somente a execução das leis. Ele abrange prerrogativas, envolvendo todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral ou imparcial (CAMARGO; MEYER-PFLUG, 2016, p. 155-156).

Sem o objetivo de esgotar o tema, mas fazendo uma rasa leitura da história que nos permitirá introduzir ao tema central do trabalho proposto, é importante



evidenciar que foi Maquiavel quem desenvolveu de forma embrionária a teoria da tripartição de poderes, conforme evidencia a doutrina:

Foi nessa época que Maquiavel escreveu sua mais importante obra, “O Príncipe”. Apesar de ser um manual para a manutenção e o crescimento do poder de um monarca, o título também estabeleceu uma espécie de sistematização do poder: o texto defende um parlamento (como um Poder Legislativo), dividindo poderes com o rei (o Poder Executivo) e um Judiciário independente (CAMARGO; MEYER-PFLUG, 2016, p. 156-157).

No entanto, foi Montesquieu o grande divulgador dessa teoria conforme concebida no modelo atual, portanto, não é possível tratar o princípio da separação de poderes disposto no texto constitucional sem cotejar os ensinamentos de seu divulgador mais assíduo e mais preocupado em assegurar a liberdade dos indivíduos. “Foi Charles de Montesquieu que, em 1748, estabeleceu a separação dos poderes tal como se conhece até hoje. Impossível, pois, tratar do tema sem fazer alusão a esse pensador” (CAMARGO; MEYER-PFLUG, 2016, p. 157).

Nesse mesmo sentido, importante os ensinamentos delineados por Isabella Saldanha de Sousa e Magno Federici Gomes (2015):

Por ser um representante do liberalismo político, Montesquieu preocupava-se com a garantia da liberdade a partir da desconcentração do poder político, já que as funções estatais não deveriam estar concentradas nas mãos de uma única pessoa. Deveriam, sim, estar separadas em instituições e pessoas distintas, sob pena de gerar, como consequência, a desordem social e o despotismo no poder político (SOUSA; GOMES, 2015, p. 30).

Aos desenvolvimentos que se sucederam à teoria da separação de poderes, o sistema de freios e contrapesos se tornou grande instrumento na assertiva de que os poderes deveriam ser harmônicos entre si, “além do critério dúplice de separação horizontal e vertical dos poderes, Montesquieu foi o responsável pela sistematização da teoria de freios e contrapesos...” (SOUSA; GOMES, 2015, p. 33).

Inegável, portanto, considerar a importância do princípio da separação de poderes como princípio de sustentação do Estado Democrático de Direito, que deve



ser devidamente respeitado e consubstanciado em prol dos direitos fundamentais, afinal, “na existência plena do Estado Democrático de Direito, o funcionamento do Estado depende da existência de poderes independentes e harmônicos entre si” (FREIRE, 2015, p. 284).

Contudo, após anos de debates e discussões, doutrina e jurisprudência vêm constantemente avançando e sofrendo modificações interpretativas no sentido de se permitir uma maior flexibilização entre as atividades atribuídas a cada Poder, com fito de objetivar mais propagação e respeito aos direitos fundamentais, no objetivo de garantir a supremacia da Constituição. Desse modo, evidenciou-se nas últimas décadas a obrigação central do Estado com o desenvolvimento dos direitos fundamentais, não importando quais dos poderes venham efetivamente concretizar tal desenvolvimento.

Portanto, verifica-se um enfraquecimento da separação rígida das funções dos poderes: “A doutrina da separação rígida tornou-se, nessa perspectiva, um dos “pontos mortos do pensamento político, incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo”.” (ZANETI JR, 2013, p. 48).

Até porque, no Estado Democrático de Direito todo poder emana do povo, “[...] sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário” (ZANETI JR, 2013, p. 48).

No Brasil, a partir da redemocratização ocorrida com a promulgação da CRFB de 1988, e principalmente a partir da Emenda Constitucional 45/04, evidencia-se um enfraquecimento da separação clássica dos poderes por meio de uma maior atividade judicial.

Conforme leciona a doutrina:

[...] o ativismo judicial foi conceituado a partir de um comportamento próprio dos juízes de se imiscuírem na esfera de atuação política, especialmente após a concepção de efetividade de fruição dos direitos e garantias fundamentais capitaneada pela Emenda Constitucional 45/04, que incentivou o processo de judicialização da política (VIEIRA apud SOUSA; GOMES, 2015, p. 47-48).



A redemocratização estendeu o rol de direitos fundamentais imediatamente judicializáveis e permitiu uma maior interpretação do texto constitucional e uma maior extensão do rol de seus intérpretes. Isabella Saldanha de Sousa e Magno Federici Gomes evidenciam que:

[...] o acesso à justiça e o alargamento do número de intérpretes da Constituição fizeram com que o Poder Judiciário passasse a se posicionar em relação às inúmeras questões de natureza política sobre as quais vinham se omitindo os Poderes Legislativo e Executivo (SOUSA; GOMES, 2015, p. 50).

No afã de uma maior proteção e implementação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, onde o centro das atenções deve estar voltado para o texto constitucional e para os princípios que dele emanam, surge então o que a doutrina denomina de Ativismo Judicial.

O ativismo judicial aponta uma maior interferência do Poder Judiciário nas funções do legislativo e do executivo, de modo a propalar uma verdadeira e concreta implementação dos direitos fundamentais não efetivados em sua inteireza pelo executivo e legislativo, ampliando o sentido e o alcance das normas e princípios do texto constitucional. Conforme leciona Luís Roberto Barroso (2009):

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 22).



Segundo delimita Barroso (2009), a maior interferência do Poder Judiciário em temas como implementação de políticas públicas, se dá em razão do afastamento existente entre o Poder Legislativo e a sociedade civil, e também na ineficiência do Poder Executivo na execução de suas atividades e na distribuição de recursos. Não raramente o Poder Judiciário é chamado para suprir omissões do legislativo e executar políticas públicas não devidamente implantadas pelo executivo.

Na visão de Sadek (2013, p. 19), “[...] essas balizas levam a concluir que a relação entre o poder judiciário e as políticas públicas é indissociável e previsível”.

O que vem sendo demasiadamente discutido na contemporaneidade é exatamente saber se essa interferência do judiciário nas funções dos demais poderes, legislativo e executivo, seria aceitável no Estado Democrático de Direito de maneira benéfica ou simplesmente tolerável pela atual conjuntura da realidade social do Brasil.

Ocorre que a própria evolução dos direitos fundamentais e dos modos e modelos interpretativos do texto constitucional, somados ao fato da crise de representatividade que está instalada no país, propagam e possibilitam uma maior interferência do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas na busca incessante por uma real aplicação dos direitos fundamentais. Nesse ponto, destaca a doutrina que:

Na verdade, a crise que assola a democracia representativa – tanto pela retração do espaço de tomada de decisões políticas, em razão da dificuldade de obtenção de consenso para a formação de uma maioria parlamentar em temas complexos quanto pela falta de interesse da maioria dos parlamentares em deliberar sobre eles – representou um incentivo para o protagonismo assumido pela jurisdição constitucional brasileira (SOUSA; GOMES, 2015, p. 52).

A doutrina refere-se justamente ao ponto mais sensível da democracia representativa existente no Brasil, pois a sociedade não consegue ver seus anseios devidamente representados no âmbito do Poder Legislativo. Uma vez terminado o



processo eleitoral cada representante eleito passa a legislar mediante seus próprios interesses, esquivando-se de legislar em favor da população que anseia pelo acesso adequado à saúde, à educação, à segurança e à proteção ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida.

O ponto central da discussão proposta no presente estudo está diametralmente direcionado a analisar se no Estado Democrático de Direito o ativismo judicial pode ser aceito para implantar a concreta proteção ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida quando da inércia dos demais poderes. Para tanto, uma discussão sobre o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida se faz necessária, o que passaremos a tratar no tópico a seguir.

3 DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO À SADIA QUALIDADE DE VIDA (MEIO AMBIENTE COMO DIREITO À VIDA)

Antes do século XX não se evidenciava maiores discussões em torno de um meio ambiente equilibrado que pudesse abrigar a vida. Naquele momento, a discussão não era demasiadamente de grande importância, particularmente pelo fato de que a humanidade não havia encontrando o caminho do pleno desenvolvimento tecnológico, industrial e econômico. Jaques (2014) complementa que, “naquela época, em virtude dos baixos níveis de poluição, acreditava-se que a natureza possuía elevado grau de regeneração e que por isso o ser humano poderia explorá-la como melhor lhe conviesse” (JAQUES, 2014, p. 301).

Esse contexto começa a se modificar a partir da Revolução Industrial, onde a humanidade passa a experimentar um desenvolvimento pautado na utilização dos recursos ambientais primários. Com o advento da Revolução Industrial há um evidente avanço no que tange à ciência, tecnologia e à economia, em razão do surgimento do capitalismo que começa a ganhar corpo e espaço para se difundir no



cenário mundial. A doutrina relata que, “o capitalismo, pautado pela busca incessante de produção para o acúmulo de riqueza e a utilização da tecnologia para propiciar conforto, luxo e prazeres aos homens, até os dias de hoje carece de atenção aos efeitos dos meios empregados” (JAQUES, 2014, p. 301).

Com a modificação do cenário e o advento do sistema capitalista que se alastrou pelo globo, o meio ambiente começa a ser depredado ao máximo, diante da necessidade da produção em massa para satisfazer os anseios do sistema que trabalha apenas em função do lucro incondicional.

Desastres ambientais que se sucederam foram cruciais para o despertar de uma consciência de proteção e preservação ambiental. Os relatos de Rachel Carson, em seu livro *Silent Spring* (Primavera silenciosa) de 1962, foram uma demonstração clara de que alguma coisa deveria ser feita para modificar o cenário da degradação ambiental que trazia sérias consequências para a vida na terra (COSTA, 2013).

Outro evento danoso no curso da história que deu ensejo à preocupação ambiental foi a tragédia ocorrida em Minamata no Japão, onde centenas de pessoas foram envenenadas em decorrência do consumo de peixes da baía de Minamata que estavam contaminados por metais como o mercúrio, que eram despejados no mar pela Chisso Minamata, uma indústria fabricante de plástico (COSTA, 2013).

Esses desastres deram ensejo à primeira Conferência Internacional das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, que ocorreu no ano de 1972, em Estocolmo, na Suécia. Sem dúvida, essa conferência representa um marco da tônica da proteção ambiental no mundo. Beatriz Souza Costa destaca, sobre o tema, que “[...] a Conferência de Estocolmo não aconteceu por acaso. Foi consequência de debates sobre os riscos de degradação do meio ambiente, que, de forma esparsa, iniciou na década de 1960 e que ganhou na década de 1970 certa densidade (COSTA, 2013, p. 33).

Vinte anos após a Conferência de Estocolmo, e dada a necessidade de continuar permeando o avanço das discussões ambientais, foi realizada, no ano de



1992, na cidade do Rio de Janeiro, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento:

Assim, 20 anos após Estocolmo, era realizada a Rio 92 com a denominação oficial de Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – também conhecida por Eco 92 ou Cúpula da Terra -, contando com a participação de 178 governos e a presença de aproximadamente 100 Chefes de Estado ou de Governos (JAQUES, 2014, p. 309).

A Conferência Rio 92 representou grande avanço sobre as discussões ambientais, principalmente em razão da adoção da Convenção das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, a Convenção sobre Diversidade Biológica e a formação da Agenda 21.

No ano de 2002 houve novamente uma grande conferência mundial para tratar de assuntos relacionados ao meio ambiente e à sua proteção. Ocorreu a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, Rio + 10, na cidade de Johannesburgo, África do Sul. Essa Convenção foi importante por fomentar maiores discussões no que tange à Agenda 21, principalmente pela atenção ao desenvolvimento sustentável. “A finalidade maior da “Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável” era discutir novos acordos sobre vários artigos da “Agenda 21”, objetivando sua implementação” (COSTA, 2009, p. 36).

Em 2009, ocorreu nova conferência mundial organizada pela ONU, Organização das Nações Unidas, desta vez para tratar de assuntos sobre as Mudanças Climáticas. “Em dezembro de 2009, em Copenhague, Dinamarca, houve mais uma reunião organizada pela ONU, Organização das Nações Unidas, para discutir sobre as emissões de gases estufa” (COSTA, 2013, p. 40).

No último capítulo sobre as grandes Conferências Mundiais sobre o meio ambiente, traz-se à baila a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável – Rio + 20 ocorrida em 2012. Essa Conferência teve como objetivo central a implementação do desenvolvimento sustentável, tornar a economia mais verde, trabalhar mundialmente a sustentabilidade e fortalecer o Programa das



Nações Unidas para o maio Ambiente, principalmente para a promoção dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS). “A Rio + 20 foi outra grande Conferência onde vários países foram representados por 53 Chefes de Estado, 8 Vice-Presidentes, 31 Chefes de Governo e 9 Primeiros-Ministros, além de 30 mil participantes de 13 a 22 de junho” (COSTA, 2013, p. 42).

Ante a toda essa preocupação ambiental internacional o Brasil não permaneceu inerte, e já em 1981 foi editada, no âmbito infraconstitucional, a Lei nº 6.938/81, que implementou a Política Nacional do Meio Ambiente no cenário nacional. No entanto, o grande avanço epistemológico brasileiro no que tange à preocupação ambiental veio com a promulgação da Constituição Federal de 1988, vista por alguns como a Constituição ambientalista: “Esse pioneirismo fez dela um documento essencialmente ambientalista” (BULOS, 2017, p. 1639).

A preocupação ambiental expressada na Constituição Federal representa grande avanço no que tange a proteção ambiental, haja vista que o bem ambiental é elevado ao *status* de norma constitucional de direito fundamental. O fato de o tema sobre meio ambiente não encontrar-se expressamente elencado no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, do texto constitucional, não retira seu caráter de direito fundamental, conforme ensina Beatriz Souza Costa: “O fato de o tema meio ambiente, no corpo da Constituição, encontrar-se no Título VIII, “Da ordem social”, e não no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, não retira deste o status de um direito fundamental...” (COSTA, 2013, p. 60).

A temática da proteção ambiental encontra-se expressamente delineado no art. 225 da Constituição Federal da seguinte forma: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

Extraí-se da norma constitucional que o direito ao meio ambiente equilibrado é responsável por gerir a vida em todas as suas formas, e que tal equilíbrio deve ser consubstanciado no Estado Democrático de Direito com fito de abarcar e agasalhar



a vida. Portanto, pode-se afirmar que o direito ao meio ambiente equilibrado e o direito à vida são princípios constitucionais indissociáveis, pois não existe vida sem que antes possa existir um meio ambiente adequado para que ela se desenvolva.

Nesse sentido, observa-se que o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado é condição basilar para a confirmação e a efetivação do direito à vida, que é princípio base estruturante da Constituição Federal.

Não há vida sem respeito à dignidade da pessoa humana, sem meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida não há dignidade da pessoa humana. Portanto, “[...] do ponto de vista material cabe ressaltar, inicialmente, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é, sem sombra de dúvida, um direito fundamental” (MIRRA, 2011, p.103).

O meio ambiente equilibrado é direito fundamental porque rege e abriga a vida. Direito ao meio ambiente e direito a vida são temas conexos, pois o segundo não existe sem o primeiro. A pessoa humana precisa de um ambiente adequado para viver e para se desenvolver, precisa de água, precisa de ar, precisa de terra. Não de qualquer água, ou de qualquer ar, ou de qualquer terra. Precisa de água limpa adequada ao consumo humano, precisa de ar limpo sem poeira mineral e sem gases tóxicos, e precisa da terra com os minerais adequados para plantio de alimentos. Ou seja, é fundamental a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado capaz de abrigar a vida com dignidade.

Certa de que o meio ambiente equilibrado, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana são direitos fundamentais conexos e indissociáveis em todas as suas formas, a doutrina assim discorre:

De fato, o Direito ao Ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é há muito considerado pela doutrina e pela jurisprudência como uma extensão do direito à vida. Assim, quando se fala em tutela do meio ambiente, têm-se em jogo formas de garantir a qualidade de vida humana, pois lhe é essencial. O equilíbrio ecológico nessa relação tão direta com o ser humano faz do direito ao ambiente um direito fundamental da pessoa humana, em função dos elementos e valores que congrega, como saúde, segurança, cultura, identidade. Preservar o patrimônio ambiental é garantir vida sadia e



com qualidade. Garantir vida com qualidade é promover a dignidade da pessoa humana (REIS, 2013, p. 304).

A doutrina congrega que o direito ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida é um direito fundamental de terceira geração, ou de terceira dimensão, pois condensa o desenvolvimento dos direitos de solidariedade e de fraternidade. “Em conformidade com a doutrina autorizada, o direito ao meio ambiente é um direito fundamental de terceira geração ou dimensão, incluído entre os chamados ‘direitos de solidariedade’ ou ‘direitos dos povos’”. (MIRRA, 2011, p. 104).

Não há, portanto, como negar a natureza de direito fundamental à qual foi elevada a disciplina da proteção ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida. Nesses termos, Costa (2013) promove importante assertiva: “Já se pode, com toda certeza, ir além deste, e conceituar o meio ambiente essencial à sadia qualidade de vida como direito à própria vida, mas vida com dignidade, como dispõe a Constituição da República” (COSTA, 2013, p. 78).

Resta demonstrado, portanto, que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida constitui-se em direito fundamental de terceira geração, que se solidifica como o próprio direito à vida.

Dito isso, uma incursão sobre a teoria de princípios e regras de Robert Alexy se fará necessária, na medida em que o objetivo central do estudo é evidenciar o ativismo judicial em demandas ambientais frente ao princípio da separação dos poderes, conforme se verá adiante.

4 A TEORIA DE REGRAS E PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

O que se demonstrou até o momento é que em algumas circunstâncias o Poder Judiciário tem se imiscuído nas funções do Poder Executivo e do Poder Legislativo, principalmente no que tange a aplicação e consecução de políticas



públicas. A essa discussão, foram acrescentados dois princípios de direito fundamental que regem e moldam o Estado Democrático de Direito, cada qual com seu elevado grau de importância no ordenamento jurídico: o princípio da separação de poderes e o princípio de direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida.

Revela-se, portanto, uma possível tensão entre dois princípios de direito fundamental, que, em determinado caso concreto, poderão entrar em colisão. Como afirma Luís Roberto Barroso (2015), “A existência de colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, passou a ser percebida como um fenômeno natural – até porque inevitável – no constitucionalismo contemporâneo” (BARROSO, 2015, p. 545).

Para tanto, uma das possíveis soluções a ser aplicada encontra-se calcada na teoria de regras e princípios de Robert Alexy (2008), a quem agora serão dedicadas as linhas seguintes.

André Rufino do Vale (2006) demonstra que Robert Alexy desenvolveu sua teoria a partir de Dworkin, apontando a diferenciação entre regras e princípios e elaborando uma teoria dos princípios composta por três teses fundamentais: a tese da otimização, a tese da colisão e a lei da ponderação:

Robert Alexy introduziu suas teses no artigo “Sobre o conceito de princípios jurídicos”, no qual, apontando os defeitos da teoria de Dworkin, tomou-a como base para uma reformulação da distinção entre princípios e regras. Segundo Alexy, a tese de Dworkin de que os conflitos entre regras – tendo em vista sua aplicação disjuntiva ou de tudo-ou-nada – possuem uma estrutura inteiramente distinta das colisões entre princípios – pois estas normas possuem uma dimensão de peso, ausente nas regras – oferece um ponto de apoio para a obtenção de critérios de distinção adequados. Observa Alexy, no entanto, que os critérios utilizados por Dworkin, apesar de importantes, não atingem o núcleo da diferenciação entre regras e princípios. Com efeito, Dworkin não explica porque os princípios entram em colisão da maneira por ele descrita, isto é, numa dimensão de peso. O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios, olvidado pela teoria de Dworkin, está em esclarecer as razões que justificam o fato de os princípios e as regras entrarem em colisão de forma diferenciada. Para tanto, Alexy elabora uma *teoria dos princípios* composta por três teses fundamentais: a) a *tese da otimização*; b) a *lei da colisão* e c) a *lei da ponderação*. (VALE, 2006, p. 81-82).



Para Alexy (2008) a distinção entre regras e princípios constitui-se em uma premissa inarredável no contexto dos direitos fundamentais: “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 85). Nesse sentido, a primeira questão que deve desde já ser uniformizada é a de que ambos, regras e princípios, são espécies de normas, porque dizem o que deve ser: “a distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas” (ALEXY, 2008, p. 87).

Na concepção de Alexy as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa.

O primeiro ponto que diferencia os princípios das regras é que os princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível dentre as possibilidades jurídicas e fáticas colocadas à disposição (ALEXY, 2008). Por isso, os princípios exprimem mandamentos de otimização. Mandamentos são ordens ou comandos que devem ser seguidos em todas as ordens éticas. Já otimização é o conjunto de técnicas para a seleção das melhores alternativas com o propósito de alcançar fins determinados. Essa é a tese da otimização de Alexy.

Além disso, os princípios podem ser satisfeitos em graus variados e essa satisfação depende das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. O princípio não possui um mandamento definitivo e só o caso concreto vai dizer o que o princípio significa mediante a colisão com outros princípios.

Ao contrário, as regras são normas que podem ou não ser satisfeitas. “Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2008, p. 91). Uma regra é válida ou não. Não existe no âmbito das regras a possibilidade de uma gradação da norma, ou a regra é válida e deve ser respeitada, ou a regra é declarada inválida e deve ser extirpada do ordenamento.

No conflito entre regras, o embate pode ser resolvido de dois modos: ou se introduz uma cláusula de exceção em algumas das regras que elimine o conflito, ou



pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida. De modo que a resolução se dá em torno do plano da validade da norma.

No que tange à colisão entre princípios, a resolução se dá de maneira diversa daquela das regras, pois a colisão não se resolve no plano da validade, pois quando dois princípios colidem um deles deverá ceder. Em determinado caso concreto, em razão de questões fáticas e jurídicas, um dos princípios poderá ter precedência em face de outro princípio sob determinadas condições. Portanto, a resolução se dá na dimensão do peso entre os princípios, sendo que aquele de maior peso terá precedência sobre aquele de menor peso, mediante determinadas condições concretas. Gonçalves (2015), nesse sentido, confirma que “nunca é demais lembrar que, na teoria neoconstitucionalista, o choque entre regras se resolve com base na validade e a colisão de princípios na base da ponderação do peso do princípio para o caso concreto” (GONÇALVES, 2015, p. 679).

Não haverá a declaração de validade ou de invalidade de determinado princípio, nem ao menos a introdução de uma cláusula de exceção, pois isso só ocorre na dimensão da validade das regras. Portanto, é possível emitir a seguinte afirmação: o conflito entre regras resolve-se no plano da validade e a colisão entre princípios resolve-se pela dimensão do peso mediante a técnica da ponderação e sopesamento. Em rasa explanação está devidamente apresentada lei da colisão em Alexy.

Observa-se que a tória dos princípios está estritamente ligada ao exame da proporcionalidade, desaguando na formulação da lei da ponderação, conforme sustenta Alexy (2015):

A ideia fundamental da otimização em relação às possibilidades jurídicas, ou seja, o exame da proporcionalidade, pode ser formulada em uma regra que pode ser denominada “lei da ponderação”. Ela reza: Quanto maior o grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento de outro princípio (ALEXY, 2015, p. 154).



Nessa mesma ótica é plausível afirmar que diante a da análise do caso concreto o intérprete ao valer-se da teoria dos princípios terá o caminho aberto para a realização e aplicação da lei da ponderação, pois terá de realizar a interpretação mediante o sopesamento das normas postas em discussão. Nas palavras de André Rufino do Vale (2006):

Alexy estabelece uma conexão entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade, que pode ser descrita da seguinte forma: “a teoria dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e este implica aquela”. Isso significa que o princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação propriamente dita), decorrem logicamente da teoria dos princípios. Esse relacionamento com o princípio da proporcionalidade baseia-se na própria definição dos princípios. Como mandatos de otimização, os princípios devem ser cumpridos na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Os subprincípios da adequação e necessidade implicam que os princípios são mandatos de otimização com relação às possibilidades fáticas. Por outro lado, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito indica que os princípios são mandatos de otimização com relação às possibilidades jurídicas, é dizer, a medida de seu cumprimento depende dos princípios que jogam em sentido contrário. Trata-se, neste caso, de ponderação de princípios em conflito. A ponderação será indispensável quando o cumprimento de um princípio significar o descumprimento do outro, ou seja, quando um princípio somente puder ser realizado à custa de outro princípio (VALE, 2006, p. 86).

Outra questão que não pode passar despercebido na teoria dos princípios de Alexy é o caráter *prima facie* das regras e dos princípios, os princípios não contêm mandamentos definitivos, apenas *prima facie*. “Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*” (ALEXY, 2008, p. 103-104). Os princípios representam razões que podem ser afastadas por razões contrárias e opostas. Um determinado princípio pode, *prima facie*, apresentar maior dimensão de peso em detrimento de outro princípio, no entanto, esse destaque só se confirmará mediante análise das razões e contrarrazões, ou seja, diante do caso concreto.

No que tange às regras ocorre o oposto, pois como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da



extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve. (ALEXY, 2008).

Portanto, os princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, não havendo o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas. Assim, regras e princípios continuam a ter um caráter *prima facie* distinto. (ALEXY, 2015).

Nesse sentido, alguns destaques podem ser apontados: I - A divisão estabelecida por Alexy entre mandamentos definitivos e mandamentos de otimização revela uma distinção qualitativa entre regras e princípios; II - Os princípios podem ser satisfeitos em graus variados; III - A medida de sua satisfação depende de possibilidades fáticas e jurídicas; IV - O grau de satisfação não é determinado pelo próprio princípio; V - Só o caso concreto, mediante análise das razões e contrarrazões, poderá determinar o grau de satisfação do princípio.

Destaca-se do debate proposto até o momento que Alexy propõem que no caso de colisão entre princípios fundamentais a solução estaria na aplicação do critério de ponderação, a qual deveria ser aplicada a partir do princípio da proporcionalidade mediante a realização do sopesamento entre os princípios colidentes.

Na apresentação dessas premissas, o próximo tópico irá permear e condensar os efeitos desta teoria para analisar a colisão existente entre o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida, patrocinado por uma maior atividade judicial, e o princípio fundamental da separação de poderes.



5 O ATIVISMO JUDICIAL PARA A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

O chamado ativismo judicial, conforme demonstrado anteriormente, amolda-se a uma maior atividade judicial nas esferas do Poder Executivo e do Poder Legislativo na busca pela efetivação e execução de políticas públicas adequadas ao cumprimento e desenvolvimento dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição de 1988. Na visão de Rodrigo Monteiro da Silva (2017), o ativismo judicial pode ser visto como:

[...] uma atitude, uma forma escolhida pelo Juiz de interpretar as normas constitucionais que acontecem quando há uma não atuação do Poder Legislativo, ou seja, quando há um impedimento em que as demandas sociais não são atendidas de modo efetivo. O ativismo judicial está associado à ideia de uma participação intensa do magistrado para concretizar direitos e garantias fundamentais (SILVA, 2017, p. 7).

Portanto, o ativismo judicial consubstancia-se numa maior vocação judicial para a interpretação dos direitos fundamentais que permeiam o contexto constitucional.

Todavia, parcela da doutrina não coaduna com a postura da pró-atividade judicial por entender que esta estaria em constante embate com o princípio da separação de poderes (art. 2º da CF/88), principalmente porque o Poder Judiciário não estaria democraticamente legitimado a tratar de políticas públicas, pois os julgadores não foram eleitos democraticamente pelo povo como os membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Sousa e Gomes (2015) destacam que:

[...] este processo pode representar uma perda democrática, na medida em que exige o rompimento do equilíbrio entre os poderes, quando o Poder Judiciário é convocado pela sociedade civil para suprir as funções típicas que deveriam ser exercidas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Isso pode gerar um completo esvaziamento funcional desses poderes e a retirada da soberania nacional que lhes é atribuída constitucionalmente na representação do poder estatal (SOUSA; GOMES, 2015, p. 57).



Ocorre que, noutra vértice, parcela da doutrina e da jurisprudência nacional permitem uma maior atividade judicial naqueles temas em que restem caracterizadas a omissão e falta de concretude no que tange a aplicação dos direitos fundamentais previstos na CF/88 pelo Poder Público. Camilo Zufelato (2013) ao adotar posição favorável à maior atividade judicial critica a opinião dos opositores da seguinte forma:

Nenhuma das críticas, contudo, se coaduna com o perfil contemporâneo de Estado Democrático de Direito e com a noção atual de Jurisdição que dele decorre, de forma que esses argumentos revelam-se incompatíveis com os fins do Estado brasileiro e com a necessidade premente de judicialização dos conflitos envolvendo violações de direitos fundamentais decorrentes da não implementação de políticas públicas por parte do próprio Estado (ZUFELATO, 2013, p. 310).

Nesse sentido, percebe-se a envergadura do posicionamento em prol de prestigiar o acesso à jurisdição para solucionar aqueles conflitos que envolvam violações aos direitos fundamentais. Com exatidão é possível perceber que não se fala em “governo dos juízes” ou se autoriza tal situação. O que se depreende é exatamente o contrário, pois o que se permite com o ativismo judicial é uma jurisdição decorrente da força normativa da Constituição Federal e dos princípios que dela emanam. Sendo patente que esse ativismo só se dará em determinadas circunstâncias, particularmente, onde os direitos fundamentais não estiverem devidamente contemplados pelo Poder Público.

A concepção doutrinária é a de que “[...] não são os direitos fundamentais que devem andar no quadro determinado pela lei e pelo administrador, mas a lei e o administrador público que devem ser conformados pelos direitos fundamentais” (ZANETI JR, 2013, p. 34).

Evidencia-se ainda que o Poder Judiciário ao ser acionado pelo jurisdicionado deve ofertar uma resposta capaz de solucionar a demanda em questão, cumprindo, inclusive o princípio da inafastabilidade da jurisdição contido no art. 5º, XXXV, da CF/88. Princípio consagrador do livre acesso à jurisdição, pois “[...]”



se o Judiciário deixar de agir ele mesmo estará incorrendo na proibição de proteção insuficiente, vez que deve assegurar a efetivação dos direitos fundamentais” (ZANETI JR, 2013, p. 66).

Essa é uma das premissas inarredáveis que devem ser consagradas no presente estudo, pois o Poder Judiciário não exercita a jurisdição sozinho, ao contrário, ele deve ser acionado e provocado a ingressar na matéria de fato e de direito para posteriormente prolatar a decisão. Se o Poder Judiciário está interferindo e está praticando atividade judicial é porque ele está sendo provocado a fazê-la.

Naquilo que merece destaque, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida, previsto no art. 225 da CF/88, deve ser concretizado pela via de políticas públicas adequadas capazes de promover a sua inteira proteção em favor das presentes e das futuras gerações.

Quando isso não ocorrer, aqueles legitimados podem provocar a jurisdição para resguardar e promover a proteção deste direito fundamental que é inerente à dignidade da pessoa humana, pois se consubstancia como o próprio direito à vida.

O Poder Judiciário também é um Poder do Estado, e como tal tem o dever de promover a proteção ambiental. E aqui não há que se alegar a falta de legitimidade do judiciário para atuar em temas de políticas públicas ambientais sob o argumento de que seus representantes não são democraticamente eleitos; afinal, o Poder Judiciário também se mostra como um espaço de participação popular, “[...] do mais inovador espaço institucional de participação popular na proteção do meio ambiente, cuja importância não pode deixar de ser salientada no modelo do Estado Democrático-Participativo adotado pela Constituição de 1988” (MIRRA, 2011, p. 167).

O que se evidencia é que o Poder Judiciário também se apresenta como um ator democrático responsável pela promoção da proteção ambiental, portanto, sua atividade em políticas públicas na esfera do Poder Executivo e do Legislativo é legítima, conforme preceitua de forma singular Mirra (2011):



À evidência, se a função jurisdicional é uma das funções essenciais no Estado constitucional, ao lado das funções legislativa e administrativa, não há dúvida de que os reclamos e as reivindicações de democracia participativa devem, igualmente, estender-se a ela, tanto quanto já se encontram admitidos no tocante às demais. Ressalta-se que tal participação política, exercida no contexto da atividade judicial, tem plena justificativa atualmente, como forma de assegurar vigilância e controle mais amplos sobre a legitimidade da ação ou omissão do Estado e de outras entidades, estatais ou não, no tocante a valores extremamente sensíveis, como os abarcados pelos interesses e direitos metaindividuais, entre os quais se inclui o direito ao meio ambiente, cuja proteção ou sacrifício repercute inevitavelmente sobre toda a sociedade (MIRRA, 2011, p. 167).

Importante contribuição é apresentada por Ada Pellegrini Grinover (2013), a qual autoriza a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas desde que respeitados alguns limites de atuação, sendo eles: “a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha da lei ou do agente público; a reserva do possível, entendida tanto em sentido orçamentário-financeiro como em tempo necessário para o planejamento da nova política pública” (GRINOVER, 2013, p. 149).

No entanto, Grinover (2013) defende que a garantia do mínimo existencial autoriza a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas para corrigi-las e implementá-las. Por mínimo existencial a jurista aponta: “Costuma-se incluir no mínimo existencial, entre outros, o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do ambiente, o acesso à justiça” (GRINOVER, 2013, p. 132).

Veja-se que a tutela ao meio ambiente equilibrado é vista pela autora como condição de mínimo existencial, o que não poderia ser diferente, haja vista tratar-se de direito fundamental que se confunde com o próprio direito à vida, pois o meio ambiente ecologicamente equilibrado é condição essencial para o abrigo e desenvolvimento da vida. Trata-se, como dito anteriormente, de considerar o abrigo e o desenvolvimento da vida com dignidade. O princípio da dignidade humana permeia o direito à vida e ao meio ambiente equilibrado. Hermes Zaneti Jr (2015) discorre que:



Nesse sentido, em síntese, podemos resumir o direito fundamental ao meio ambiente como um direito de múltiplas funções, justamente caracterizado por uma multifuncionalidade pervasiva na sua interpretação e aplicação, que autoriza deduzir sua natureza jurídica e possibilidade de ampla judicialização como forma de garantia dos patamares constitucionalmente e legalmente assegurados de tutela (ZANETI JR, 2015, p. 1376).

Importante demonstrar, no mesmo contexto de ideias, posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.150.392/SC, onde se objetivou o ativismo judicial para a resguardar o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado:

AMBIENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA CONTRA A MUNICIPALIDADE. CONJUNTO HABITACIONAL IMPLANTADO ÀS MARGENS DE CURSO D'ÁGUA. DEGRADAÇÃO DE BACIA FLUVIAL E DE AUSÊNCIA DE SISTEMA DE REDE COLETORA DE ESGOTO SANITÁRIO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRETENSÃO AUTORAL QUE VISA CONFORMAR POLÍTICA PÚBLICA COM A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRECEDENTES DO STF. ART. 267, VI, DO CPC. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO.1. A promoção da ação civil pública, com o objetivo de conformar a implantação de políticas públicas com a proteção do meio ambiente, encontra previsão no próprio texto constitucional (art. 129, II e III, da CF), por isso se revelando, na espécie, inadequada a aplicação do art. 267, VI, do CPC, sob o argumento da ausência de possibilidade jurídica do pedido. 2. Como explica HUGO NIGRO MAZZILLI, "A ação civil pública ainda se presta para que o Ministério Público possa questionar políticas públicas, quando do exercício de suas funções no zelo para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição" (A defesa dos interesses difusos em juízo. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 141).3. Em caso semelhante ao presente, a Primeira Turma do STJ decidiu que "O Ministério Público detém legitimidade ativa para o ajuizamento de ação civil pública que objetiva a implementação de políticas públicas ou de repercussão social, como o saneamento básico ou a prestação de serviços públicos" (AgRg no AREsp 50.151/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 16/10/2013), ao passo que sua Segunda Turma, também em tema análogo, assentou que "A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário" (REsp 1.041.197/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 16/09/2009). Nesse mesmo rumo, a Excelsa Corte assentou que "Mostra-se consentâneo com a ordem jurídica vir o Ministério Público a ajuizar ação civil pública visando ao tratamento de esgoto a ser jogado em rio. Nesse caso, não cabe cogitar da impossibilidade jurídica do pedido e da extinção do processo sem julgamento do mérito."(RE 254.764/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO,



Primeira Turma, DJe de 18/2/2011).4. Da mesma sorte, em se cuidando de ação civil pública direcionada contra a Administração Pública, objetivando a implementação de políticas públicas, o STF tem entendimento consolidado no sentido de ser lícito ao Poder Judiciário "determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes" (AI 739.151 AgR, Rel.^a Ministra ROSA WEBER, DJe 11/06/2014 e AI 708.667 AgR, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe 10/04/2012), cuja compreensão, não há negar, afasta, no presente caso, o argumento relativo à impossibilidade jurídica dos pedidos formulados pelo Parquet autor. 4. Recurso especial do Ministério Público catarinense provido. (BRASIL, 2016).

Verifica-se que uma parcela significativa da doutrina e da jurisprudência avançou no sentido de permitir e validar uma maior atividade judicial com fito de promover e implantar concretamente os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

Contudo, as discussões sobre os limites dessa intervenção judicial ainda são notórios no cenário nacional. Como dito, a doutrina contrária a essa intervenção judicial evoca na maioria das vezes o princípio da separação dos poderes que se encontra delineado no art. 2º da CF/88. Tratando-se de um direito fundamental consagrado constitucionalmente, o princípio da separação de poderes requer sua aplicação imediata assim como os demais contidos no texto constitucional.

Evidencia-se, por isso, no caso da matéria ambiental aqui tratada, uma colisão de princípios, especialmente entre o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida, e sua concretização pela via do ativismo judicial, e o princípio da separação de poderes.

Com o objetivo de solucionar a colisão o julgador poderá se valer da teoria dos princípios de Robert Alexy para aplicar o critério da ponderação pela via do princípio da proporcionalidade e realizar o devido sopesamento entre os princípios colidentes, o que conduz à própria ponderação (BARROSO, 2015).

Destaca-se, pois no conjunto de ideias realizado nessa pesquisa, que, em determinado caso concreto, diante de circunstâncias concretas, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de



vida deverá ter precedência frente ao princípio da separação de poderes, ainda que o primeiro esteja sob o manto do ativismo judicial.

Afinal, como explicitado algures, o direito ao meio ambiente equilibrado imbrica-se com o próprio direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o meio ambiente equilibrado e o direito à vida se enquadram e se fundam no eixo da dignidade da pessoa. Essa assertiva poderá possibilitar ao intérprete que, por meio do critério da ponderação e do sopesamento, estabeleça uma relação de precedência do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado em detrimento do princípio da separação de poderes. Afinal:

No direito, em sede de ponderação, há de se fazer uso de uma balança jurídico-axiológica denominada princípio da dignidade humana. Na balança da dignidade humana, devem ser pesadas todas as normas: elaboradas, interpretadas e aplicadas. Dentre aquelas que se encontrem em situação de colisão, deve prevalecer a norma que pese mais na concreção do princípio da dignidade (SAES, 2015, p. 721).

Destaca-se que o critério da aplicação da ponderação entre os princípios fundamentais relacionados ao direito ao meio ambiente equilibrado pode ter uma relação de precedência frente ao princípio da separação de poderes, pois o meio ambiente sadio é condição irrefutável para a existência da vida com dignidade. O eixo central em estabelecer a precedência do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio está fixado no próprio direito à vida e na dignidade da pessoa humana.

Não se fala em invalidar o princípio da separação de poderes para que o ativismo judicial possa se tornar uma regra irrefutável, pois, afinal, como destacado por Zufelato (2013), “a intervenção do Judiciário nessa seara, assim sendo, embora indispensável em casos de omissão ou de desvirtuamento dos poderes políticos, deve ser sempre a *ultima ratio*” (ZUFELATO, 2013, p. 314).

O que se considera é que, em determinado caso concreto, mediante análise das razões e contrarrazões, com a aplicação da regra de colisão entre princípios pela via ponderação e do sopesamento, o princípio da separação de poderes poderá



ser ponderadamente afastado para possibilitar uma maior atividade judicial na concreta e efetiva implementação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida.

Não será promovida a invalidação do princípio da tripartição de poderes. Será promovido apenas o seu afastamento moderado segundo análise das razões e contrarrazões do caso concreto. A relação de precedência que se admite é apenas aquela tendente a realizar a completa e concreta proteção do meio ambiente equilibrado, por meio do ativismo judicial, quando o executivo e o legislativo não o fizerem conforme os preceitos constitucionais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou evidenciado que o ativismo judicial vem se tornando cada vez mais uma prática usual no cenário nacional, devido a omissão e à ineficiência do Poder Legislativo e do Poder Executivo no que tange a efetivação e a materialidade de políticas públicas capazes de implementar os direitos fundamentais expressos no texto constitucional e os princípios que dela emanam.

No cenário nacional encontramos posições favoráveis e desfavoráveis ao ativismo judicial. Os desfavoráveis argumentam uma quebra do princípio da tripartição de poderes contido no art. 2º da CF/88. Afirmam que o Poder Judiciário não estaria legitimado a realizar políticas públicas em razão de não ser um poder legitimamente democrático, pois os juízes não são eleitos pelo sistema do sufrágio universal. Anotam que ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo cabem a análise da aplicação das políticas públicas por propiciarem escolhas democráticas.

As posições favoráveis ao ativismo judicial admitem que no Estado Democrático de Direito os direitos fundamentais expressos no texto constitucional e os princípios que dele emanam são normas que demandam sua aplicação imediata e por isso o Poder Judiciário estaria autorizado a intervir quando da omissão ou da



inércia dos Poderes Legislativo e Executivo. A doutrina sustenta que os direitos fundamentais estão no centro do Estado Democrático de Direito e que por isso a lei e o administrador público devem ser conformados pelos mesmos e não o contrário.

A vocação do ativismo judicial está consubstanciada numa interpretação expansiva do texto constitucional, numa busca progressiva por uma jurisdição decorrente da Constituição Federal e dos princípios que dela irradiam, sendo indubitável que o ativismo só se dará em determinadas circunstâncias em que os direitos fundamentais não estiverem devidamente contemplados e implantados pelo Poder Público.

Defendeu-se no texto que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida insculpido no art. 225 da CF/88 constitui direito fundamental de terceira geração, que se confunde com o próprio direito à vida e com a dignidade da pessoa humana e como tal merece aplicação imediata no Estado Democrático de Direito.

Por isso, vislumbrada a colisão entre princípios fundamentais que cerceiam a importância da vitalidade ambiental, apresentou-se como possível solução para dirimir o embate a aplicação dos conceitos adotados na teoria de princípios e regras de Robert Alexy. Foram apresentados os conceitos da teoria proposta, pautando-se principalmente na tese da otimização, na lei da colisão e na lei da ponderação.

Pela aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy é possível considerar que, em determinado caso concreto, sobre certas circunstâncias, mediante análise das razões e contrarrazões, pela utilização da lei da ponderação e através da via da proporcionalidade, valendo-se das técnicas do sopesamento, seria possível permitir o ativismo judicial para, dada a precedência do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, afastar a limitação imposta pelo princípio da tripartição de poderes.

Certo de que essa premissa e o seu resultado não são vinculantes, haja vista que a relação de precedência entre os princípios fundamentais pode variar



mediante as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, o ativismo judicial deve ser visto e tratado com responsabilidade jurídica concreta.

O ativismo judicial não deve ser utilizado a todo o tempo para a aplicação ou correção de políticas públicas ambientais, pois isso cabe diretamente aos Poderes democráticos, executivo e legislativo, em que a atuação do Poder Judiciário deve ser vista como a última alternativa, ou seja, a *última ratio*.

No entanto, em momentos tais em que o Poder Executivo e o Poder Legislativo não estejam cumprindo seus respectivos papéis, o Poder Judiciário estará legitimado a atuar para promover a aplicação dos direitos fundamentais consubstanciados no texto constitucional e em seus princípios, pois o princípio da inafastabilidade da jurisdição é princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações é um bem único e singular que precisa ser protegido pelo Estado e por toda a sociedade, porque empresta subsídios ao princípio da dignidade da pessoa humana e se confunde como o próprio direito à vida. Portanto, o Poder Executivo, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário e toda a sociedade estão autorizados, sujeitos e obrigados a promover sua completa proteção e preservação, mediante atitudes positivas e concretas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.

ALEXY, Roberto. **Teoria discursiva do direito**. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. 384 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Anuario Iberoamericano de Justiça Constitucional, Madrid, nº 13, p. 17-32, jan./dez. 2009. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/Revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=681&IDA=27551>. Acesso em: 30 nov. 2017.



BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In*: CLÉVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional: novo direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 533-584.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 02 set. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 30 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.150.392/SC. Rel. Min. Sérgio Kukina. **Diário de Justiça**, Brasília, 20 set. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1150392&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 24 nov. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1727 p.

CAMARGO, Maria Lucia Miranda de Souza; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **O ativismo judicial e a tripartição de poderes**. E-civitas, Belo Horizonte, v. IX, nº 2, p. 153-174, dez./2016. Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/2034/6>. Acesso em: 24 nov. 2017.

COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida: Brasil, Portugal e Espanha**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. 148 p.

COSTA, Beatriz Souza. **O gerenciamento econômico do minério de ferro como bem ambiental no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Fiuza, 2009. 205 p.

FREIRE, Roberta Lima. O ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes. *In*: CASTRO, João Antônio Lima (Coord.). **Direito processual e a era digital**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2015. p. 282-291.

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. Os princípios gerais da administração pública e o neoconstitucionalismo: até onde a adesão à doutrina alienígena é válida? *In*: CLÉVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional: novo direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 663-683.



GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-150.

JAQUES, Marcelo Dias. A tutela internacional do meio ambiente: um contexto histórico. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 11, nº 22, p. 299-315, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/372/434> . Acesso em: 24 nov. 2017.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Participação, processo civil e defesa do meio ambiente**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. 654 p.

REIS, João Emílio de Assis. O direito ao meio ambiente e o direito à moradia: colisão e ponderação de direitos fundamentais. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 10, nº 20, p. 289-314, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/416/378> . Acesso em: 24 nov. 2017.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1-32.

SAES, Wandimara Pereira dos Santos. Colisão de direitos fundamentais: princípio da dignidade humana como critério material de ponderação. *In*: CLÉVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional: novo direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 707-729.

SILVA, Rodrigo Monteiro da. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 13-27, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4251/pdf> . Acesso em: 24 nov. 2017.

SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. 255 p.

VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas de direitos fundamentais: Repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. Brasília, 2006. 286f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Disponível em: http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/3616/1/2006_Andr%C3%A9%20Rufino%20do%20Vale.pdf . Acesso em: 30 nov. 2017



ZANETI JR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 33-72.

ZANETI JR, Hermes. Constitucionalismo garantista e precedentes vinculantes em matéria ambiental. Limites e vínculos ao ativismo judicial contrário ao meio ambiente. *In*: CLÉVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional: novo direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1367-1400.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 309-331.

