

A atuação do poder judiciário na implementação das políticas públicas ambientais*

Paulo Márcio Cruz¹
Zenildo Bodnar²

Resumo

O objetivo central do presente artigo é analisar a atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas ambientais. O Poder Judiciário é também um dos destinatários de dever fundamental de proteção do meio ambiente. A partir dessa premissa e, com a utilização do método indutivo, investiga-se a legitimidade da intervenção jurisdicional na implementação dos deveres fundamentais ecológicos atribuídos constitucionalmente às Administrações Públicas. Esta pesquisa se justifica em razão da insuficiência de estudos específicos, relacionando controle judicial de políticas públicas com a questão ambiental, da crescente judicialização destes litígios e, além disso, pela intensa controvérsia que o tema ainda suscita. Ao final, conclui-se que o Poder Judiciário deve ser um parceiro institucional na tarefa de implementação das políticas públicas ambientais, sendo legítima a sua intervenção ativa no caso de omissões da Administração Pública.

Palavras-chave: Poder judiciário. Políticas públicas. Meio ambiente.

* Artigo recebido em: 11/04/2011.

Artigo aceito em: 25/04/2011.

¹ Pós-Doutor em Direito do Estado Pela Universidade de Alicante, na Espanha, Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas também pela Universidade Federal de Santa Catarina — UFSC. Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI em seus programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica. Foi Secretário de Estado em Santa Catarina e Vice Reitor da UNIVALI. É professor visitante nas universidades de Alicante, na Espanha e de Perugia, na Itália.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Realizou estágio pós-doutoral pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Juiz Federal da Vara Ambiental de Florianópolis/SC. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI em seus programas de doutorado e mestrado em Ciência Jurídica. Pesquisador do CNPQ.

1 Introdução

Os autores do presente artigo, desde 2006, produzem textos com reflexões críticas em relação ao meio ambiente, políticas públicas e os instrumentos de atuação do Poder Judiciário. Ambos, na condição de professores de pós-graduação stricto sensu, possuem seus focos de pesquisa exatamente correlatos à temática desta edição da revista.

O que infelizmente se constata, e que já foi tratado em, pelo menos, dois artigos anteriores,³ é que, na atual sociedade de risco o equilíbrio ecológico, jamais será o mesmo no planeta, pois o mundo já atingiu os limites mais críticos e ameaçadores da sua trajetória. Essas ameaças decorrem do esgotamento dos recursos naturais não renováveis,⁴ da falta de distribuição equitativa dos bens ambientais, da configuração do crescimento exponencial da população, da pobreza em grande escala e do surgimento de novos processos tecnológicos excludentes alimentados pelo modelo capitalista. Todos esses fatores, portanto, resultam da consolidação de uma ética individualista e desinteressada no outro, no distante, nas futuras gerações, num desenvolvimento justo e duradouro.

Vive-se em tempos de mudanças profundas e em diversas perspectivas humanas: no ser, no pensar e no viver. O projeto de modernidade, baseado na razão kantiana, na liberdade, na igualdade formal e na infalibilidade da ciência, não só fracassou como também deixou para a atual geração um passivo importante de desigualdade material, insegurança e incerteza quanto ao futuro. É possível

³ Os dois artigos referidos de autoria dos Professores Doutores Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar são os seguintes: a) Pensar Globalmente y actuar localmente: el Estado transnacional Ambiental en Ulrich Beck. CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. Pensar Globalmente y actuar localmente: el Estado transnacional Ambiental en Ulrich Beck. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Barcelona, v. 1, p. 51-59, 2008; b) O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós-Copenhague 2009. CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós-Copenhague 2009. *Sequência*, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 319-339, jul. 2010.

⁴ Há vários estudos científicos e sítios de internet especializados no tema. Dados importantes para análise global da dívida ecológica (capacidade produtiva do ecossistema relacionada com o consumo de bens pelos cidadãos de determinada comunidade) podem ser observados na página <http://www.footprintnetwork.org/en/index.php/GFN/>.

concluir, sem exageros fatalistas, que hoje se vive no mundo da exclusão social e na sociedade da explosão do risco.⁵

A sociedade de risco é a consequência ou o resultado do modelo de produção e consumo industrial baseado na maximização do lucro e no desenvolvimento a qualquer preço. Trata-se da consolidação de uma sociedade em situação periculante de risco pluridimensional, na qual a insegurança e a imprevisibilidade consubstanciam o componente básico e a única certeza decorrente das condutas humanas na atualidade.

O risco deve ser entendido como uma decorrência do processo de escolhas e decisões adotadas no presente e que podem gerar consequências imprevisíveis e incalculáveis para a qualidade de vida futura em todas as suas dimensões. Difere, portanto, de perigo, que apresenta uma noção estática, relacionada com ocorrências previsíveis e delimitadas no tempo e no espaço.⁶

O significado sociológico de risco não é uniforme entre os cientistas sociais⁷; o que é certo é que, no atual modelo de organização social, especialmente considerando as bases da produção e de consumo, diminuem-se ainda mais a previsibilidade do futuro e que este é necessariamente influenciado pelas decisões antrópicas do presente. Conforme destaca Ulrich Beck, o risco é consequência do avanço da modernidade, “a produção da riqueza vai acompanhada sistematicamente da produção de riscos”⁸.

É neste contexto que estão situados os conflitos socioambientais que demandam novas formas e estratégias para o seu adequado tratamento. As estratégias de implementação e decisões do presente devem estar baseadas em uma nova racionalidade emancipada da lógica de capitalização da natureza e dos princípios

⁵ GOLDBALTT, David. *Teoria social do ambiente*. Lisboa: Piaget, 1996. p. 12.

⁶ Nesse sentido também é a reflexão de LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Cidade del Mexico: Triana, 1998. p. 43 et seq.

⁷ Posições defendidas como significantes: a) consequência ou produto da revolução científica e tecnológica; b) postura discursiva; c) forma de estabelecer vínculos com o futuro.

⁸ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998. p. 25.

do mercado, dotadas de uma nova força promocional que valorize os princípios da equidade transgeracional, da justiça socioambiental e da participação democrática. Tudo com o compromisso da melhora contínua da qualidade de vida no planeta com a construção de um futuro mais sustentável e seguro.

A função transformadora da jurisdição ambiental, baseada na necessidade de imputação de deveres fundamentais e na solidariedade, deve nortear a implementação das normas ambientais, servindo, em especial, como critério matriz para a imputação de deveres e responsabilidades ao Poder Público.

A garantia plena do acesso a uma ordem jurídica justa em matéria ambiental, e principalmente a sua efetividade social dependem fundamentalmente da aplicação e criação do Direito Ambiental por intermédio de um Poder Estatal independente e imparcial. Esse Poder deve atuar como o guardião dos direitos fundamentais e dos interesses mais nobres da sociedade, inclusive contra, por intermédio ou mediante a cooperação do Estado.

Incumbe ao Poder Judiciário a importante missão constitucional de promover o tratamento dos conflitos, sempre objetivando assegurar e harmonizar dialeticamente a fruição dos direitos fundamentais e imputar o respeito e o cumprimento dos deveres fundamentais, em especial ao Poder Público.

A doutrina mais atual recomenda que os juízes atuem como agentes de mudanças sociais, na qualidade de corresponsáveis pela atividade providencial do Estado, impondo-se ao Poder Judiciário o controle das omissões administrativas e da execução das políticas públicas. Quanto maior o grau de vinculação da atividade administrativa, mais intenso revela-se o controle judicial, como ocorre nas hipóteses de restrições de direitos fundamentais, dentre eles, o direito ao meio ambiente.⁹

⁹ MORAES, Guilherme Peña. Controle judicial das omissões da Administração Pública sob a perspectiva do neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Org.). *20 anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 332-333.

Com a evolução da civilização, redefine-se a sua relação entre a sociedade e o Estado, sendo que este passa à condição de servidor e garantidor dos interesses legítimos daquela. Acontece que, apesar dessa imprescindível redefinição, muitas atividades estatais ainda continuam sendo prestadas como se a sociedade estivesse a serviço do Estado e não o contrário. Constata-se também uma defasagem importante na concepção de muitos institutos jurídicos construídos no modelo de Estado Liberal Clássico. Observa-se ainda um descompasso significativo entre os avanços exigidos pelas novas demandas da sociedade e a forma e o resultado das prestações estatais, inclusive no âmbito jurisdicional.

Nessa quadra da história, o modelo de Estado Liberal revelou-se incapaz de atender às novas demandas da nova ordem social massificada e hipercomplexa. Se no Estado Liberal a estratégia de ação era não interferir para resguardar os direitos liberais (liberdade, propriedade, dentre outros), no Estado Social requer-se uma atitude positiva para que a garantia plena dos direitos aconteça também por intermédio do Estado que passa a ser responsável por uma grande quantidade de prestações sociais. Uma demanda, ainda mais qualificada e própria da sociedade de risco, diz respeito à garantia plena do acesso à justiça ambiental e da articulação e distribuição adequada dos deveres fundamentais correlatos para construção de um Estado Ambiental Transnacional.

No Estado liberal, baseado paradigmaticamente na liberdade e na igualdade formal, o modelo de jurisdição estava estruturado e concebido com as seguintes características: a) inércia ou conduta omissiva; b) juiz equidistante, neutro e imparcial; c) plena autonomia da vontade; d) verdade meramente formal. O juiz não deveria interferir indevidamente na liberdade individual e na propriedade, sendo sua obrigação respeitar a autonomia da vontade para garantir a igualdade formal. A ação apresentava conotação privatista, pois estava estritamente vinculada à ideia de titularidade de uma relação jurídica relacionada ao patrimônio ou ao interesse do indivíduo¹⁰.

¹⁰ Marcio Flavio Mafra Leal explica que nesta ideologia individualista do processo, a faculdade de ingressar em juízo era uma escolha pessoal e intangível de quem exerce o direito subjetivo sobre um bem. “O direito de agir e de ser parte é visto, portanto, como propriedade privada”. In: LEAL, Márcio Flavio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998. p. 37.

Nesse modelo estatal o direito constitucional de ação, enquanto poder de participar ativamente na construção da ordem jurídica justa, ocupava apenas um papel secundário enquanto caminho para o verdadeiro acesso à justiça. Nos dias atuais, porém, o significado de ação deve ser complementado pelo conteúdo da jurisdição, entendida esta enquanto dever fundamental do Estado de assegurar os direitos fundamentais tanto na perspectiva individual como também, principalmente, na difusa¹¹.

Se para Liebmann, o processo era instrumento de justiça e garantia da liberdade, na perspectiva coletiva deve-se entender o processo como instrumento de concretização da solidariedade e da justiça social, principalmente quando controla as omissões estatais. O direito fundamental de ação deve ser compreendido como prerrogativa cívica imprescindível para o exercício ativo da cidadania e direito inderrogável de exigir a tutela jurisdicional efetiva.

A ação deve consistir em direito de participação democrática, pois se caracteriza como forma de exercício substancial de democracia à medida que possibilita inclusive o controle jurisdicional do exercício do poder e principalmente das suas omissões contrárias à ordem público-jurídica.

A jurisdição clássica sempre foi, por excelência, a forma pela qual se pronunciavam direitos e não o mecanismo pelo qual se impõe a satisfação de deveres fundamentais em prol de toda a sociedade, única forma de se consolidar uma cultura mais solidária e promissora para as gerações vindouras numa perspectiva transformadora e emancipatória.

¹¹ Marcelo Abelha também defende que nessa mudança de paradigma a lacuna central deixada pelo estudo da ação passa a existir por parte do Estado a necessidade de prestar direitos à sociedade massificada, tais como a saúde, a qualidade de vida, o lazer, a segurança e na seara jurídico-processual, o próprio dever de dar a tutela jurisdicional. In: ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 273.

Essa função transformadora da jurisdição ambiental, baseada na necessidade de imputação de deveres fundamentais e na solidariedade, deve nortear a implementação das normas ambientais e constitui fundamento basilar para o controle jurisdicional das políticas públicas ambientais.

Nesse contexto, o objetivo deste artigo é investigar a plausibilidade da intervenção jurisdicional na implementação dos deveres fundamentais ecológicos atribuídos constitucionalmente às Administrações Públicas. A pesquisa é justificada pela insuficiência de estudos específicos relacionados com a questão ambiental, a crescente judicialização desses litígios e, ainda, pela intensa controvérsia que o tema suscita. Inicialmente, analisam-se os novos desafios da jurisdição ambiental na sociedade de risco e, depois, a legitimidade constitucional do controle substancial de políticas públicas ambientais.

2 Novos desafios para o poder judiciário na sociedade de risco

A Constituição da República de 1988, no seu artigo 225, impõe ao Estado e à sociedade o dever de preservar e proteger o meio ambiente em todas as suas dimensões espaciais e temporais. O Poder Judiciário, como um dos Poderes do Estado, possuiu a função proeminente de fazer valer esse comando constitucional e também o dever fundamental de fomentar a defesa e a proteção do meio ambiente. Só assim estará dando vida e sentido autêntico à exemplar política ambiental idealizada pelo legislador constituinte.

Essa função promocional do direito criado para o caso concreto decorre do conteúdo pedagógico contido nas decisões do Poder Judiciário, que deve promover uma nova cultura ecológica conservacionista, estimulando comportamentos e ações concretas em prol de um meio ambiente saudável.

A sociedade de risco apresenta importantes desafios para a jurisdição, principalmente por demandar uma nova racionalidade¹² jurídica, já que também denuncia as limitações da dogmática tradicional e do saber isolado ou pertencente a um único campo do conhecimento humano. Essa nova realidade exige também novas estratégias de governança transnacional e de produção do Direito que devem articular eficazmente as esferas pública e privada, bem como os contextos econômicos e sociais necessariamente integrantes das novas demandas e dos conflitos hipercomplexos da modernidade.

Esse quadro desafiante gera um clamor generalizado por justiça na temática ambiental, pois a distribuição dos bens e principalmente dos riscos e malefícios do desenvolvimento insustentável não acontece de maneira equitativa.

Dentro desse contexto, o papel do Poder Judiciário é ainda mais importante na concretização do direito fundamental ao meio ambiente saudável e na imputação do dever fundamental em protegê-lo para a construção deste verdadeiro Estado Ambiental.

Nos termos em que o meio ambiente foi positivado na Constituição da República de 1988, o atendimento pleno desse dever fundamental é incumbido principalmente ao Poder Público e deve ser materializado por intermédio de um conjunto de políticas públicas, previstas principalmente no artigo 225, § 1º. Dentre as principais políticas públicas ambientais merecem especial destaque: a educação ambiental; a prevenção a danos, inclusive futuro; e a criação e gestão de espaços territoriais especialmente protegidos, dentre outras.

¹² Muitos teóricos apresentaram contribuições históricas significativas em relação à teoria do conhecimento. Além das ponderações importantes de Emanuel Kant, na sua crítica à razão prática, merece destaque a racionalidade: a) “objetivo-científica” (Husserl); b) “conforme resultado” (Weber); c) “técnico-estratégica” (Habermas), dentre outras contribuições. Todavia, a intensa evolução da sociedade, o aumento da sua complexidade e a multiplicação dos conflitos requerem novas formas de cognição e de gerenciamento científico dos problemas típicos da sociedade de risco. Em síntese: a sociedade de risco demanda o desenvolvimento de novos paradigmas de racionalidade que, sem excluir uma base axiológica consistente, possibilitem um conhecimento holístico e sistêmico das novas realidades e a construção de caminhos mais sólidos e seguros para o futuro.

Esse conjunto de deveres fundamentais, muitas vezes não tem sido respeitado pelo administrador ou sua execução ocorre de forma inadequada, fato que exige uma contundente e qualificada intervenção e legítimo controle pelo Poder Judiciário, além, é claro, de especial sensibilidade na atitude dos seus integrantes.

O juiz cidadão, comprometido com os novos reclamos da sociedade contemporânea, deve buscar no cotidiano de sua atuação ampliar os mecanismos de acesso ao pleno desenvolvimento humano, conferindo especial proteção aos direitos fundamentais (sociais e individuais) previstos explícita ou implicitamente na Constituição: meio ambiente, alimento/salário, moradia, educação, saúde, emprego e outros.

Piero Pajardi, magistrado italiano, defende que devemos criar um novo operador do direito, menos técnico e que saiba superar, integrar e completar a técnica com sensibilidade social e abundância de humanidade.¹³ A importância da sensibilidade social do julgador também é destacada por Faria¹⁴, o qual é enfático ao afirmar que, na resolução de conflitos sociais, o juiz deve atuar como um ‘arquiteto social, modificando as concepções discriminatórias da ordem jurídica vigente, valendo-se de suas sentenças como instrumentos que auxiliem os grupos e as classes subalternas a se constituírem efetivamente como ‘sujeitos coletivos de direito’.

É concretizando os direitos fundamentais, e em especial o direito de todos ao meio ambiente adequado, que o magistrado estará legitimando a sua atuação diante da sociedade. Ibañez, juiz da Suprema Corte Espanhola, é enfático ao concluir que a legitimidade original do juiz deve completar-se necessariamente “mediante o exercício do poder judicial em uma autêntica qualidade constitucional, pela sua funcionalidade efetiva de garantia dos direitos fundamentais”¹⁵.

¹³ BERI, Mário et al. *La magistratura nello Stato Democratico*. Padova: Giuffrè, 1989. p. 165. (Quaderni di Iustitia, n. 18).

¹⁴ FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 112.

¹⁵ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Poder Judicial e democracia política: lições de um século. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 85, p. 381, mar. 2002.

Conforme Barroso, o ativismo judicial¹⁶ diz respeito à postura do intérprete, a um modo pró-ativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, tratando-se de um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando for inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.

Um dos maiores desafios do sistema jurídico na atualidade é o de melhorar o tratamento jurídico dispensado ao risco enquanto variável necessariamente presente na maioria dos processos decisórios. É tarefa fundamental da Administração Pública atuar de maneira eficaz na prevenção e gestão consequente do risco, inevitavelmente presente nos processos produtivos e nas atividades tecnológicas da modernidade.

Esteve Pardo¹⁷ destaca a posição central do risco no âmbito das decisões políticas com repercussões intensas no Direito Público e no próprio papel do Estado e caracteriza como sociedade de risco o modelo pós-industrial da sociedade marcada pelo risco gerado pelo desenvolvimento tecnológico.

O novo cenário é movediço, inspira cautela, requer atuação estratégica e antecipada. Porém, não é compatível com o imobilismo, ou seja, com a omissão. A convivência com situações de risco será uma constante no futuro da humanidade, gera um ambiente notabilizado pela insegurança e pela imprevisibilidade e requer um esforço também sinérgico e cumulativo de todos na sua gestão e controle a níveis de tolerabilidade. Deve ser entendido como alavanca propulsora ou chave que aciona a inteligência coletiva para atuar cooperativamente na definição dos destinos da humanidade.

¹⁶ Segundo Barroso, “[...] a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem, dentre outras a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas”. In: BARROSO, Luís Roberto. *Retrospectiva 2008: judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/72894,1>>. Acesso em: 13 jan. 2011.

¹⁷ ESTEVE PARDO, José. *Técnica, riesgo e derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental*. Barcelona: Ariel, 1999. p. 30 et seq.

A sociedade de risco constituiu um cenário desafiante e que pode ser caracterizado pela ameaça de colapso ambiental devido ao esgotamento dos bens ambientais como decorrência de um modelo produtivo e de consumo insustentável, baseado na maximização dos lucros e na falta de prudência ambiental¹⁸.

Não se nega a importância do consumo para o funcionamento adequado do sistema econômico e social; porém, o que precisa mudar é a cultura do excesso, do esbanjamento, do luxo desnecessário e parasitário que desequilibra gravemente a capacidade de produção de bens e serviços ambientais em relação às demandas reais e necessárias e não as criadas artificialmente pela ganância humana. As políticas públicas estatais voltadas a esse fim devem ser adequadamente implementadas e controladas.

No contexto da sociedade de risco é também oportuna a qualificação dela como sociedade de consumo. Ao caracterizar o perfil homem-consumidor na sociedade do consumo, Bauman o compara com os *homens-produtores* e *homens-soldados* da sociedade moderna e que o dilema agora não está mais entre sobreviver ou não e sim em “consumir para poder viver ou se o homem vive para poder consumir”¹⁹.

Gómes-Heras²⁰, Catedrático em Filosofia da Universidade de Salamanca, explica que a nossa civilização contemporânea, denominada de sociedade do consumo ou de bem estar, está configurada basicamente em torno de três elementos: ciência, técnica e economia industrial. Esta sociedade do consumo está fundamentada principalmente nos valores: racionalidade técnica utilitarista, eficácia da ação e domínio da natureza.

¹⁸ Sobre o tema sugere-se a leitura das obras de Ulrich Beck, em especial: BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de Espanha, 2002; e BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Unesp, 1997.

¹⁹ BAUMAN, Zigmund. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 88.

²⁰ GÓMES-HERAS, José Maria García. El problema de una ética del ‘medio ambiente’. In: _____. *Ética del medio ambiente: problema, perspectiva, história*. Madrid: Tecnos, 1997. p. 19.

Isso demonstra que a crise atual não é apenas ecológica, mas, principalmente, uma crise de valores e de vínculos, reflexo da desvinculação progressiva de uma racionalidade axiológica em direção à razão técnica que distancia e desvincula os seres humanos da natureza na busca obstinada do progresso a qualquer custo. Esse quadro de patologia social deve ser apreendido e compreendido na atividade construtiva e transformadora da jurisdição ambiental.

Uma das principais consequências dessa crise é também a falta de solidariedade, de preocupação com os bens da coletividade e, principalmente, de exercício de uma cidadania ativa. Tudo isso contribuiu para o aniquilamento dos espaços públicos que passam a ser ocupados pelos domínios do mercado.

Ao falar do esvaziamento do espaço público, enquanto consequência da atual sociedade, Bello Filho é enfático ao concluir que o Estado cede lugar às empresas transnacionais, e os conceitos de cidadania e inclusão a partir das ideias de república e nação cedem à compreensão do homem enquanto ser consumidor. As praças públicas são trocadas pelos Shoppings Centers, e a participação política é relegada à mera formalidade participativa em processos eleitorais esvaziados²¹.

Na sociedade de risco, é fundamental não apenas que as instituições sejam revitalizadas, mas também a intensa participação cidadã para um controle social efetivo nas instâncias decisórias que definem o futuro da humanidade.

Essas decisões fundamentais não podem ser tomadas apenas por instâncias técnicas, muito mais voltadas à lógica de funcionamento dos mercados e nem sempre sensibilizadas com os princípios ecológicos, já que delas dependerá a própria existência das futuras gerações. Gómez-Heras²² diz que, se em épocas passadas as consequências dos atos humanos estavam circunscritas a períodos históricos bre-

²¹ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do Direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado*. 2006. 476 f. Tese (Doutorado)–Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

²² GÓMES-HERAS, José María García. El problema de una ética del ‘medio ambiente’. In: _____. *Ética del medio ambiente: problema, perspectiva, história*. Madrid: Tecnos, 1997. p. 70.

ves, “as decisões do *homo technicus*” geram consequências cuja duração pode condicionar a existência das futuras gerações e até da humanidade”.

Também na esfera decisória jurisdicional, deve-se ter consciência de que são as opções do presente que irão definir a qualidade de todas as formas de vida futura. A decisão precisa estabelecer vínculos consistentes com o futuro e estar focada na construção constante e persistente da sustentabilidade.

Na construção da decisão ideal para o caso concreto, o desafio hermenêutico da jurisdição não é mais um singelo exercício de subsunção do fato à norma, mas sim uma intensa atividade de construção e ponderação, participativa e dialética, que considera os imprescindíveis aportes transdisciplinares e que projeta cautelosamente os efeitos e as consequências da decisão para o futuro²³.

Assim, destaca-se que, na atual sociedade de risco, a jurisdição poderá contribuir decisivamente com a consolidação de novos modelos de gestão, governança e regulação e na construção da sustentabilidade com mais inclusão social, prudência ambiental e respeito aos direitos fundamentais, inclusive das futuras gerações, atuando e controlando eventual imobilismo dos demais poderes públicos estatais.

3 Controle judicial de políticas públicas ambientais

Krell²⁴ questiona: estará o Poder Judiciário preparado para exercer um papel mais expressivo no controle das políticas públicas? Além desse importante questionamento, muitos outros podem ser adicionados considerando a comple-

²³ Marcelo Varela destaca que na decisão de risco as alternativas não estão “mais entre o seguro e o inseguro, mas entre opções, com vantagens e desvantagens entre si.” VARELLA, Marcelo Dias. A dinâmica e a percepção pública de riscos e a resposta do direito internacional econômico. In: _____. (Org.). *Governo dos riscos*. Brasília: UniCEUB, Brasília, 2005. p. 142.

²⁴ KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 26.

xidade do tema. A questão mais complexa, porém, diz respeito aos limites para que essa contundente intervenção aconteça com o respaldo legitimamente da Constituição da República de 1988.

O Poder Judiciário, enquanto guardião das promessas democráticas e da ordem constitucional, deve atuar na perspectiva intervencionista e transformadora para a emancipação do homem na sociedade, para o seu pleno desenvolvimento humano e para a consolidação da Justiça Social e Ambiental. Esse ideal somente será alcançado com uma hermenêutica comprometida com a Constituição. Todas as normas infraconstitucionais devem necessariamente passar por um “banho de imersão” ou por uma “filtração constitucional”.

A importante missão de completar e reconhecer novos direitos, ampliando os espaços de cidadania, caracteriza o fenômeno da judicialização da vida social. O Poder Judiciário, enquanto poder político, desempenha um papel proeminente na salvaguarda de direitos e garantias fundamentais e de socorro aos mais fragilizados.

Conforme explica Viana²⁵, o *Welfare State* facultou ao Poder Judiciário o acesso à administração do futuro e o constitucionalismo moderno lhe confiou à guarda da vontade geral, por intermédio dos princípios fundamentais positivados. Tais fatores acarretam um redimensionamento na clássica divisão entre os poderes, surgindo o Judiciário como uma alternativa para a resolução dos conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e adjudicação da cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à Justiça.

A incumbência constitucional atribuída aos Estados para a defesa e proteção do meio ambiente, já há mais de vinte anos, ainda não foi atendida sequer minimamente. São inúmeras as omissões do Poder Público que acontecem nas mais diversas políticas públicas; políticas estas que deveriam ser implementadas para a garantia da qualidade do meio ambiente. Ainda falta saneamento básico, educação

²⁵ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 22.

ambiental, estrutura para os órgãos de fiscalização e licenciamento, dentre outras carências. Esse quadro contribui decisivamente com a crise ecológica generalizada e exige uma intervenção mais enérgica e eficaz por parte do Poder Judiciário.

Quanto à aplicação do Direito na atualidade, não pode o intérprete deixar de considerar a multiplicidade de relações que envolvem o funcionamento do Estado Contemporâneo, as suas carências e limitações e também a sua função primordial, que é fomentar o pleno desenvolvimento humano com qualidade de vida em todas as suas formas. Julgar com responsabilidade não é criar falsas e ilusórias expectativas para o jurisdicionado, mas sim reparar injustiças e garantir direitos fundamentais legítimos e factíveis em determinado tempo e lugar.

Considerando a amplitude dos deveres ecológicos estatuídos na Constituição da República de 1988, os quais devem ser prestados em conjunto com uma imensa quantidade de outras prestações sociais, não é possível impor imediatamente ao Estado a execução ideal e simultânea de todas essas políticas públicas: saneamento básico, educação ambiental, criação e gestão de áreas protegidas, implementação dos tratados internacionais, exercício efetivo de poder de polícia ambiental, dentre outras; até mesmo pelas naturais limitações fáticas e econômicas.

A interpretação que é necessariamente histórica, contextual e criativa, não pode ser, e de fato não é, um 'labor descompromissado', no qual se resolve a vida das pessoas apenas com trocadilhos de palavras. Também não pode representar um ato de rebeldia contra o Estado como se este fosse o único responsável por todas as mazelas existentes na sociedade.

No controle jurisdicional das políticas ambientais, é fundamental uma visão holística e sistemática da ordem jurídica e do contexto fático da demanda. Essa cautela é relevante para que os objetivos preconizados pela Constituição não sejam entendidos apenas como direitos subjetivos contra o Estado, mas principalmente como uma estratégia coletiva para o alcance da justiça social e ambiental.

As limitações fáticas e orçamentárias não podem ser postas como justificativa geral para a inércia na implementação das políticas públicas ambientais previs-

tas de forma completa na Constituição. Por isso, é fundamental a análise criteriosa dos dados empíricos do caso concreto para a justificação das decisões implementadoras de direitos fundamentais prestacionais. A intervenção jurisdicional na condução política das opções do Estado em prol do ambiente alcançará legitimidade quando estiver lastreada na riqueza de dados concretos do caso analisado.

A imposição de medidas positivas pelo Poder Judiciário à Administração está plenamente legitimada até mesmo pelas razões que justificaram historicamente a separação entre os poderes. Merece destaque ainda a vinculação do administrador aos preceitos normativos constitucionais, que não apenas limitam as escolhas e opções do administrador como também o obrigam a agir.

No sistema jurídico americano, por exemplo, o §10 do *Administrative Procedure Act* de 1946, desde aquela época, já estabelece que a pessoa que sofrer um ato ilícito, segundo a lei, como consequência de uma atuação de um órgão administrativo (*Agency*), ou seja, diretamente afetada ou agravada por uma atuação da Administração, de acordo com o estabelecido em uma lei, está habilitada para instar o controle judicial da mesma.

Na Espanha, o Tribunal Supremo reconhece a possibilidade de formulação de pretensões prestacionais, ou seja, prestações materiais (obras ou serviços públicos) para a adequada tutela do meio ambiente. Essa possibilidade foi amplamente contemplada na Lei 29/98 (*Ley Jurisdiccional*) a qual admite expressamente a possibilidade de controle de qualquer tipo de ato (ação ou omissão) da administração.

No Brasil, considerando que as normas constitucionais e infraconstitucionais já estabelecem as diretrizes e os deveres que devem ser observados pelo administrador, não há justificativa para que sejam postergadas as ações sob o fundamento da oportunidade e conveniência ou até mesmo de restrições orçamentárias, especialmente nos casos em que essa atuação for indispensável para cessar ou impedir o agravamento de danos ao meio ambiente²⁶. O que autoriza esse tipo de

²⁶ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 374.

raciocínio é a evidente sobreposição dos paradigmas moderno e pós-moderno, conforme já tratado pelos autores deste artigo em outro trabalho.²⁷

A Constituição da República de 1988 também conferiu densidade normativa suficiente para concretização efetiva da tutela do ambiente, independentemente da superveniência de interposição legislativa. No artigo 225, §1º, há uma extensa lista de tarefas que devem ser cumpridas pelo Estado. Trata-se de norma de eficácia plena que estabelece um enorme catálogo caracterizador de políticas públicas que devem ser implementadas em prol da defesa e proteção do meio ambiente. Hoje o tema do ambiente já está constitucionalizado em muitos países e neles não há dúvida no sentido de que já há um mínimo exigível do administrador público em termos de implementação de políticas públicas ambientais.

A separação dos poderes do Estado e, por consequência, das suas funções, encontra como fundamento ético e jurídico exatamente a contenção do arbítrio ou abuso estatal em detrimento dos direitos humanos. Assim, quando o Poder Judiciário impõe condutas à Administração Pública, é exatamente para que a omissão não viole direitos fundamentais, como é o caso da proteção ao meio ambiente, não há qualquer ilegitimidade nessa intervenção. Ao contrário, o controle das omissões injurídicas está respaldada nas razões legitimantes da própria separação dos poderes estatais.

Peréz Conejo²⁸, levando em consideração o que acontece na Espanha, defende a necessidade de fiscalização judicial adequada sobre a atuação da Administração Pública; ao mesmo tempo, por um lado, deve-se evitar um controle excessivo que impeça o correto funcionamento da administração, por outro, há que se conceder a adequada tutela jurisdicional aos direitos dos cidadãos enquanto potenciais prejudicados.

²⁷ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. *Novo paradigma do direito*. [S.l.: S.n.], [2011?]. No prelo.

²⁸ PERÉZ CONEJO, Loreno. *La defensa judicial de los intereses ambientales: estudio específico de la legitimación 'difusa' em el proceso contencioso-administrativo*. Valladolid, Espanha: Lex Nova, 2002. p. 285.

Para a legitimidade da decisão em matéria de controle das políticas públicas ambientais, não é suficiente o esforço argumentativo e retórico no plano abstrato da norma, o que é, aliás, muito mais incumbência do legislador infraconstitucional. A justificação retórica, generalista e abstrata não demanda maiores esforços argumentativos. Ninguém questiona e nem duvida que seja dever do Estado promover a defesa e a proteção do meio ambiente e que esse bem supremo garante, em última análise, a própria vida e assegura, por consequência, a dignidade da pessoa humana.

O que é realmente imprescindível para a legitimidade do controle dos atos e das omissões do governo, em matéria ambiental, é a compreensão e a justificação adequada da norma contexto, ou seja, da norma fundamental a ser construída para o caso concreto. Essa construção deve considerar o contexto fático da demanda, a riqueza e a credibilidade dos dados do caso concreto, a realidade atualizada dos programas estatais e o *status* de desenvolvimento econômico e social dos entes federativos envolvidos diretamente na política pública analisada.

Assim, a atuação/intervenção do Poder Judiciário, na implementação das políticas públicas ambientais, é plenamente possível e legítima em função da forma de positivação constitucional desse direito/dever fundamental e da importância do mesmo em viabilizar e garantir a vida em toda a sua plenitude.

4 Considerações finais

A construção da sustentabilidade requer atitudes concretas e efetivas da sociedade, principalmente dos Poderes Públicos. A Constituição impõe um extenso rol de deveres fundamentais vinculados ao meio ambiente aos entes federados, os quais devem ser implementados por intermédio de um conjunto de políticas públicas ambientais.

Na atual sociedade de risco, como se pode perceber ao longo do presente artigo, ao Poder Judiciário, enquanto guardião dos interesses e direitos fundamentais, é reservado um papel de vital importância. À jurisdição ambiental, enquanto

mecanismo de afirmação dos valores e princípios constitucionais ecológicos e da ordem jurídica, incumbe a tarefa de fomentar a mudança positiva dos comportamentos dos poderes públicos.

Não se defende, entretanto, uma atuação substitutiva da Administração Pública, a quem compete originalmente a ampla tarefa constitucional em prol do ambiente, mas sim papel de indução e complementação para as atividades dos demais poderes.

A legitimidade constitucional para a determinação de implementação das políticas públicas ambientais, como visto, decorre da forma de positivação do meio ambiente e dos princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade. A legitimação deve ainda ser complementada com consistentes fundamentos fáticos obtidos a partir da análise do caso concreto, exigindo-se respaldo técnico suficiente, bem como consideração com os seus efeitos futuros.

O controle jurisdicional da implementação e fiscalização da execução das políticas públicas ambientais é um dever do Poder Judiciário. Dever este que deve ser exercido numa perspectiva intervencionista e transformadora, objetivando o pleno desenvolvimento humano e a consolidação da justiça social e ambiental.

The role of the judiciary in implementing the environmental policies

Abstract

The main objective of this paper is to analyze the performance of the Judiciary Power during the implementation of environmental public politics. The Judiciary Power is also a recipient of basic duty of protecting the environment. From this premise, and using the inductive method, it is investigated the legitimacy of judicial intervention in the implementation of the fundamental ecological duties constitutionally assigned to the Public Administration. This research justifies itself because of the lack of specific studies, relating judicial review of public politics with environmental issues, from the increasing legalization of these disputes and,

moreover, the intense controversy that still the issue still raises. At the end, it is concluded that the Judiciary Power should be an institutional partner in the task of implementing environmental public politics, being legitimate in their active intervention in case of omissions from the Public Administration.

Keywords: Judiciary power. Public politics. Environment.

Referências

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BAUMAN, Zigmund. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de Espanha, 2002.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Antony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Unesp, 1997.

BELLO FILHO, Ney de Barros. *Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do Direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado*. 2006. 476 f. Tese (Doutorado)–Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

BERI, Mário et al. *La magistratura nello Stato Democratico*. Padova: Giuffrè, 1989. (Quaderni di Iustitia, n. 18).

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. Pensar globalmente y actuar localmente: el Estado transnacional Ambiental en Ulrich Beck. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Barcelona, v. 1, p. 51-59, 2008.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós-Copenhague 2009. *Sequência*, Florianópolis, v. 31, p. 319-339, jul. 2010.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. *Novo paradigma do direito*. [S.l.: S.n.], [2011?]. No prelo.

ESTEVE PARDO, José. *Técnica, riesgo e derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*. Barcelona: Ariel, 1999.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2. ed. rev e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GOLDBALTT, David. *Teoria social do ambiente*. Lisboa: Piaget, 1996.

GÓMES-HERAS, José María García. El problema de uma ética del 'medio ambiente'. In: _____. *Ética del medio ambiente: problema, perspectiva, história*. Madrid: Tecnos, 1997.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Poder judicial e democracia política: lições de um século. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 85, mar. 2002.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEAL, Márcio Flavio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Ciudad del Mexico: Triana, 1998.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MORAES, Guilherme Peña. Controle judicial das omissões da Administração Pública sob a perspectiva do neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Org.). *20 anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PÉREZ CONEJO, Loreno. *La defensa judicial de los intereses ambientales: estudio específico de la legitimación 'difusa' em el proceso contencioso-administrativo*. Valladolid, Espanha: Lex Nova, 2002.

VARELLA, Marcelo Dias. A dinâmica e a percepção pública de riscos e a resposta do direito internacional econômico. In: _____. (Org.). *Governo dos riscos*. Brasília: UniCEUB, 2005.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.