

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS AMBIENTAIS: nova hermenêutica para a
efetivação da tutela do meio ambiente pelo judiciário brasileiro**

André Medeiros Toledo

Santos

2023

André Medeiros Toledo

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS AMBIENTAIS: nova hermenêutica para a maior efetivação da tutela do meio ambiente pelo judiciário brasileiro

Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santos como parte dos requisitos necessários para obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientador: Alcindo Fernandes Gonçalves.
Área de Concentração: Direito Ambiental.

Santos
2023

[Dados Internacionais de Catalogação]
Departamento de Bibliotecas da Universidade Católica de Santos
Viviane Santos da Silva - CRB 8/6746

T649c Toledo, André Medeiros

Controle judicial de políticas ambientais : nova hermenêutica para a efetivação da tutela do meio ambiente pelo judiciário brasileiro / André Medeiros Toledo ; orientador Alcindo Fernandes Gonçalves. -- 2023.

81 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) - Universidade Católica de Santos, Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito Ambiental, 2023

Inclui bibliografia

1. Controle judicial de políticas públicas. 2. Direito ambiental. 3. Estado de Direito Ambiental. 4. Proporcionalidade socioambiental. I. Gonçalves, Alcindo Fernandes, 1952. II. Título.

CDU: Ed. 1997 -- 34(043.3)

André Medeiros Toledo

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS AMBIENTAIS: nova hermenêutica para a maior efetivação da tutela do meio ambiente pelo judiciário brasileiro

Dissertação apresentada pelo mestrando André Medeiros Toledo e aprovada pela banca de defesa no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santos, como um dos critérios de obtenção de título de Mestre em Direito.

Santos, 04 de maio de 2023.

Membros da banca examinadora:

Professor Dr. Alcindo Fernandes Gonçalves (Orientador)
Universidade Católica de Santos

Professor Dr. Gilberto Passos de Freitas
Universidade Católica de Santos

Professora Dra. Verônica Scriptorre Freire e Almeida
Universidade Santa Cecília

RESUMO

A presente dissertação se ocupa do diagnóstico dos problemas enfrentados pelo controle judicial de políticas públicas quando aplicado a políticas ambientais no cenário jurídico brasileiro. À luz do diagnóstico encontrado, propõe-se uma nova hermenêutica constitucional ambiental para a maior efetivação da tutela do meio ambiente pelo judiciário brasileiro, com aporte no direito e doutrina alienígenas. A pesquisa aqui reportada valeu-se de metodologia qualitativa por meio de raciocínio indutivo-dedutivo, trabalhando com as bases normativas das matérias jurídicas ora em questão. A pesquisa afirma-se como teórica, de modo que o procedimento de comprovação das proposições formuladas se dará por meio da investigação de preceitos legais, textos doutrinários e científicos e entendimentos jurisprudenciais. No primeiro capítulo, há restituição dos principais referenciais teóricos a guiar o debate proposto, perpassando pela doutrina do controle judicial e dos limites do controle, desde sua aceção até incorporação no Brasil, e por considerações sobre as peculiaridades que a tutela do meio ambiente impõe à prestação do Estado, em face da natureza dos bens e direitos em disputa. No segundo capítulo, há o diagnóstico de como os tribunais brasileiros, tomando por campo amostral julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, aplicam o controle judicial quando demandados sobre questões ambientais, verificando quais os limites ao exercício do controle reconhecidos e como a ponderação de princípios constitucionais é feita em casos envolvendo bens jurídicos ambientais. No terceiro capítulo, defende-se a existência de um Estado de Direito Ambiental, através de aportes normativos e interpretativos internacionais e domésticos, como meio de dar efetividade à proteção ambiental e realização da tutela do meio ambiente. Para tanto, sob o viés dogmático, utiliza-se do estudo de normativas internacionais em matéria ambiental que tragam maior adequação protetiva e consequências de suas eventuais aplicações ao cenário jurídico brasileiro. No plano hermenêutico, faz-se a defesa de uma prática judiciária que privilegie o princípio da proporcionalidade socioambiental, como decorrência do reconhecimento de um Estado de Direito Ambiental, implicando na mudança do parâmetro de ponderação constitucional nos casos que envolvam a tutela do meio ambiente. Defende-se, enfim, que o reconhecimento e aplicação dessa nova hermenêutica constitucional é caminho hábil para viabilizar e concretizar a promoção e proteção do meio ambiente, sendo patente que haja a incorporação desses postulados pelos operadores do direito em geral, e, em especial, pelos magistrados responsáveis pelo controle de constitucionalidade de atos e omissões potencialmente lesivas a bens ambientais. Deste modo, a solução proposta busca nada mais que a efetivação daquilo

que já se encontra insculpido em nossa Constituição, preenchendo e interpretando os mandamentos constitucionais de forma a dar materialidade à proteção dos bens jurídicos tutelados.

Palavras-chave: controle judicial de políticas públicas; direito ambiental; Estado de Direito Ambiental; proporcionalidade socioambiental.

ABSTRACT

The present dissertation deals with the diagnosis of the problems faced by the judicial review of public policies when applied to environmental policies in the Brazilian legal scenario. In the light of the reported diagnosis, a new environmental constitutional hermeneutics is proposed for the greater effectiveness of the protection of the environment by the Brazilian judiciary, with support in alien law and doctrine. The research reported here used a qualitative methodology through inductive-deductive reasoning, working with the normative bases of the legal matters in question. The research asserts itself as theoretical, so that the procedure for proving the formulated propositions will take place through the investigation of legal precepts, doctrinal and scientific texts and jurisprudential understandings. In the first chapter, there is a restitution of the main theoretical references to guide the proposed debate, going through the doctrine of judicial review and its recognised limitations, from its origin to incorporation in Brazil, and by considerations about the peculiarities that the protection of the environment imposes on the provision by the State, given the nature of the assets and rights in dispute. In the second chapter, there is a diagnosis of how Brazilian courts, taking as a sampling field judgments handed down by the Federal Supreme Court, apply judicial review when demanded on environmental issues, verifying which limits to its exercise are recognized and how the consideration of constitutional principles is done in cases involving environmental legal interests. In the third chapter, the existence of an Environmental Rule of Law is asserted, through international and domestic normative and interpretative contributions, as a means of giving effect to environmental protection and carrying out environmental protection. To this end, under the dogmatic bias, it uses the study of international regulations on environmental matters that bring greater protective suitability and consequences of their possible applications to the Brazilian legal scenario. At the hermeneutical level, a judicial practice is defended that favors the principle of socio-environmental proportionality, as a result of the recognition of an Environmental Rule of Law, implying a change in the parameter of constitutional weighting in cases involving the protection of the environment. Finally, it is argued that the recognition and application of this new constitutional hermeneutics is a skillful way to enable and implement the promotion and protection of the environment, being clear that there is the incorporation of these postulates by legal operators in general, and, in particular, by the magistrates responsible for controlling the constitutionality of acts and omissions potentially harmful to environmental goods. In this way, the proposed solution seeks the realization of what is already inscribed in our Constitution, filling in and interpreting the constitutional commandments in order to give materiality to the protection of the protected legal interests.

Keywords: Environmental Law; Environmental rule of law; judicial review of public policies; socio-environmental proportionality.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. CONTROLE JURISDICIONAL E O MEIO AMBIENTE	11
2.1. O surgimento do controle de constitucionalidade no direito: caso Marbury v. Madison e construções normativas subsequentes	11
2.1.1. Doutrina acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade ...	15
2.1.2. Doutrina acerca dos limites ao exercício do controle judicial de constitucionalidade.....	19
2.2. Fundamentos do controle judicial de políticas públicas no Brasil	25
2.3. O Estado e a tutela jurídica do meio ambiente	31
3. CONTROLE DE POLÍTICAS AMBIENTAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	34
3.1. Limites jurisprudenciais do controle judiciário sobre políticas ambientais: separação de poderes e reserva do possível	35
3.2. A ponderação de princípios ambientais constitucionais pelo STF	45
4. A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO AMBIENTAL VIA CONTROLE JUDICIAL NO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL	53
4.1. Incorporação e aplicação de normativas ambientais internacionais.....	54
4.2. Aplicação do princípio da proporcionalidade socioambiental e mudança do parâmetro de ponderação constitucional.....	61
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

1. INTRODUÇÃO

O controle judicial de políticas públicas¹ é tema que encontra amplo debate no campo jurídico. Desde o seu surgimento nos Estados Unidos, há cerca de duzentos anos, a doutrina do controle judicial foi objeto de grande atenção por constitucionalistas e teóricos do Direito em toda parte. Isso, porque a interferência judicial em atos do poder executivo e legislativo realizados no exercício de suas competências típicas levanta a questão da legitimação dessas decisões judiciais, sob o ponto de vista da preservação do postulado democrático, base do Direito ocidental contemporâneo.

Assim, diante da aparente dificuldade contramajoritária da imposição da interpretação do julgador sobre aquilo que seria o sentido atribuível àqueles que exercem mandato popular, os estudos acerca do tema ocuparam-se, preponderantemente, de uma análise não apenas dogmática, ou da demonstração da possibilidade jurídica do controle judicial via permissivo legal ou constitucional, mas sim de sua justificação axiológica, ao que a análise de sua adequação incide sobre a fundamentação do modelo de Estado Constitucional de Direito escolhido pelo Constituinte e sua pertinência para fins de implantação e manutenção de uma democracia.

O problema da legitimidade, extensivamente examinado neste primeiro momento, foi tido por superado, muito em razão da justificação pautada no dever judicial de proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que essa função descambe em resultado contrário a vontade circunstancial majoritária. No entanto, a solução proposta leva-nos a verificar a existência de um problema outro, de ordem prática: que limites deve este controle conhecer quando direcionado à tutela de bens e direitos de realização progressiva, que dizem respeito à coletividade?

Esse questionamento adquire relevância maior ao considerarmos o papel crescente que (para o bem ou para o mal) o Direito vem adquirindo nas relações intersubjetivas atualmente. Esse fenômeno, chamado juridificação ou, ainda, judicialização, faz com que o saber jurídico seja confrontado com campos do conhecimento outros, que se tornam indispensáveis à devida prestação jurisdicional e ao apaziguamento de conflitos.

Nesse diapasão, a presente dissertação se ocupa da análise dos problemas enfrentados pelo controle judicial de políticas públicas quando aplicado a políticas ambientais

¹ O que, para alguns autores, é sinônimo de ativismo judicial, enquanto, para outros, o ativismo judicial seria um modo de externalizar a judicialização da política distinto do controle judicial.

no cenário jurídico brasileiro. À luz do diagnóstico encontrado, em sua parte propositiva, o trabalho expõe eventuais alternativas possíveis que visem a maior efetivação da tutela do meio ambiente pelo judiciário brasileiro, tais como encontradas no direito e doutrina alienígenas.

A pesquisa aqui reportada vale-se de metodologia qualitativa por meio de raciocínio indutivo-dedutivo, trabalhando com as bases normativas das matérias jurídicas ora em questão. A pesquisa afirma-se como teórica, de modo que o procedimento de comprovação das proposições formuladas se dá por meio da investigação de preceitos legais, textos doutrinários e científicos e entendimentos jurisprudenciais. Assim, através de pesquisa documental e bibliográfica com aportes do método de revisão de literatura, verifica-se, com as devidas remissões aos contrapontos teóricos encontrados na doutrina especializada, qual o estágio atual de interpretação e aplicação do controle judicial às políticas públicas ambientais em nosso ordenamento e quais as fragilidades encontradas nessa conformação atual, com as devidas implicações propositivas exploradas em seguida.

No primeiro capítulo, trabalham-se as noções essenciais ao debate aqui proposto. Portanto, há uma incursão aos postulados do controle judicial, desde a tese proposta no caso *Marbury v. Madison* até as construções jurisprudenciais subsequentemente postuladas e sedimentadas no Brasil. Paralelamente, tratam-se das peculiaridades que a tutela do meio ambiente impõe à prestação do Estado, em face da natureza dos bens e direitos em disputa.

No segundo capítulo, verifica-se, face às peculiaridades que a tutela do meio ambiente impõe à prestação do Estado, como os tribunais brasileiros, tomando por campo amostral julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, aplicam o controle judicial quando demandados sobre questões ambientais. Assim, tratam-se dos limites reconhecidos e do método de verificação do atendimento aos critérios estabelecidos tais como utilizados pela jurisprudência em sede de controle judicial de políticas ambientais.

No terceiro capítulo, à luz dos déficits protetivos identificados na atual interpretação e aplicação do controle judicial de políticas ambientais pelo judiciário brasileiro, conforme achados dos capítulos precedentes, colacionam-se aportes normativos e interpretativos para o aumento da efetividade da proteção ambiental e realização da tutela do meio ambiente. Para tanto, sob o viés dogmático, utiliza-se do estudo de normativas internacionais em matéria ambiental que tragam maior adequação protetiva e consequências de suas eventuais aplicações ao cenário jurídico brasileiro. No plano hermenêutico, faz-se a defesa de uma prática judiciária que privilegie o princípio da proporcionalidade socioambiental, como

decorrência do reconhecimento de um Estado de Direito Ambiental, implicando na mudança do parâmetro de ponderação constitucional nos casos que envolvam a tutela do meio ambiente.

Ao fim, seguem-se considerações finais sobre o conteúdo da dissertação, concluindo pela confirmação da hipótese de pesquisa aventada e pelo reconhecimento da aplicação da hermenêutica constitucional aqui proposta enquanto caminho hábil para viabilizar e concretizar a promoção e proteção do meio ambiente, especialmente em sede de controle de constitucionalidade de atos e omissões potencialmente lesivas a bens ambientais.

2. CONTROLE JURISDICIONAL E O MEIO AMBIENTE

O primeiro capítulo da dissertação destina-se à exposição geral da doutrina do controle judicial, desde sua gênese no direito americano até sua recepção no direito brasileiro. Neste sentido, abordar-se-ão as principais posições doutrinárias acerca da legitimidade democrática do controle judicial, bem como as abordagens de limitação ou autocontenção do controle desenvolvidas pela academia. Também serão restituídos os achados da pesquisa frente ao tema do Estado brasileiro e a tutela jurídica do meio ambiente, salientando as particularidades do arranjo de prestação jurisdicional que os bens e direitos implicados em questões ambientais ensejam, sobretudo na ótica do controle judicial.

2.1. O surgimento do controle de constitucionalidade no direito: caso *Marbury v. Madison* e construções normativas subsequentes

Impensável falar em controle judicial sem rememorar o emblemático caso *Marbury v. Madison*, objeto de sentença proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1803. Como pano de fundo da referida contenda, havia o cenário eleitoral presidencialista estadunidense, no qual Thomas Jefferson, membro do Partido Democrata-Republicano², recém-derrotara John Adams, então presidente e oponente político pertencente ao Partido Federalista. Com o fim eminente de seu mandato, John Adams editou uma série de atos com vistas a preservar a influência de seu partido nas esferas do poder. Dentre as medidas adotadas, ressalta-se o *Organic Act of the District of Columbia*, lei destinada a, entre outros

² Esta é a alcunha comumente utilizada pelos estudiosos contemporâneos. A nomenclatura originária do partido, qual seja, Partido Republicano, é preterida como forma de evitar associação errônea com o atual Partido Republicano, de fundação posterior.

pontos, criar quarenta e dois novos cargos de juiz de paz, com nomeação imediata pelo Presidente, garantindo, assim, seu preenchimento pelo governo Adams (BARROSO, 2012).

Em razão desta normativa, às vésperas da posse de Jefferson, seguiu-se a nomeação dos novos juízes federais, sendo que a entrega dos atos de investidura de diversos dos juízes de paz nomeados ocorrera nas últimas horas do governo Adams, o que “levou estes juízes a ficarem conhecidos como *midnight judges*” (STERN, 2016, p. 205). Dentre os juízes nomeados, figurava William Marbury, indicado para exercício da função junto ao Distrito de Columbia.

Os trâmites de posse de Marbury, assim como de um número de outros juízes, no entanto, não foram concluídos a tempo do encerramento do mandato de Adams, não tendo sido seu ato de investidura entregue pelo então Secretário de Estado, John Marshall. Em consequência, a concretização de sua investidura fica a cargo do Secretário de Estado do governo subsequente, James Madison. Por determinação de Jefferson, Madison não procede à entrega dos atos de investidura aos juízes de paz remanescentes, cujas transmissões não foram concluídas pelo governo anterior. Diante da recusa de Madison, Marbury vale-se de remédio constitucional, solicitando à Suprema Corte dos Estados Unidos *writ of mandamus*³ para que o Secretário de Estado proceda à investidura (BARROSO, 2012).

Ao analisar o caso, a Suprema Corte, sob presidência do recém-empossado *Chief Justice* John Marshall, debruçou-se, para além de questões materiais, sobre a competência e legitimidade que a ela assistia para fins de concessão do *writ of mandamus*. Em termos teóricos, a Corte argumentou ser dever do poder judiciário zelar pela lei, e, mais do que isso, “dizer o que é o Direito”.⁴ Essa atribuição de revisão jurisdicional aplicar-se-ia, inclusive, aos atos do Poder Executivo, à exceção daqueles de natureza política e daqueles de sua exclusiva discricionariedade, nos termos da lei. Ainda, esse poder deveria ter como norte, em última instância, a guarda da Constituição, necessariamente, sendo este o documento fundamental de qualquer nação. Assim, a Corte

enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a supremacia da Constituição: “Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a nulidade da lei que contrarie a Constituição: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de

³ O pedido, no Direito Brasileiro, seria próximo ao de uma concessão de mandado de segurança.

⁴ Original: “to say what the law is” (USA, 1803, p. 137).

determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam (BARROSO, 2012, p. 30).

É aqui em que o julgado produz a pedra angular do controle constitucional no Direito contemporâneo. A Corte afirma, portanto, a um só turno, a primazia da Constituição sobre qualquer outra norma produzida pelo Estado, e o papel primordial do judiciário em defender a Constituição contra qualquer pretensão subversão normativa infraconstitucional, sendo que esta última deverá ser considerada nula à luz do texto constitucional.

Aplicando a teoria acima fundada ao contexto do caso, a Corte asseverou que a competência originária para processar e julgar o pedido era dada à Suprema Corte pela Seção 13 do *Judiciary Act*, de 1789⁵. Ocorre que não havia, no texto constitucional estadunidense, dispositivo normativo que reproduzisse o teor do *Judiciary Act* neste ponto, de forma que o ato configurava uma expansão infraconstitucional do rol de competências originárias da Corte, para além do que dispunha Constituição. Em vistas disso, a Corte considerou que essa disposição do Ato violava as normas constitucionais de competência judiciária, e que, portanto, era inconstitucional, razão pela qual a Corte não poderia exercer jurisdição originária sobre o caso em tela.

Apesar das críticas doutrinárias à importância e interpretação que são majoritariamente aferidas ao caso,⁶ a decisão é comumente tida como marco na consolidação do papel e, consequencialmente, poder a ser exercido pelo judiciário não só estadunidense, como de outros países do globo, que importaram a doutrina para seus ordenamentos domésticos⁷. Qualquer que seja o posicionamento adotado, certo é que o exercício do controle constitucionalidade estabeleceu-se enquanto função precípua do poder judiciário nas democracias ocidentais (DEENER, 1952).

⁵ Seção 13: “And be it further enacted, That the Supreme Court shall have exclusive jurisdiction of all controversies of a civil nature, where a state is a party, except between a state and its citizens; and except also between a state and citizens of other states, or aliens, in which latter case it shall have original but not exclusive jurisdiction. And shall have exclusively all such jurisdiction of suits or proceedings against ambassadors, or other public ministers, or their domestics, or domestic servants, as a court of law can have or exercise consistently with the law of nations; and original, but not exclusive jurisdiction of all suits brought by ambassadors, or other public ministers, or in which a consul, or vice consul, shall be a party. And the trial of issues in fact in the Supreme Court, in all actions at law against citizens of the United States, shall be by jury. The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states, in the cases herein after specially provided for; and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, and writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States” (USA, 1789, p; 13-14).

⁶ Sobre o tema, ver GRABER, 2013; SANTOS, OLIVEIRA, 2016.

⁷ Cf. CRAWFORD, 2004; PUDER, 2004.

A formulação do controle não se deu de forma uniforme entre os diferentes países que o importaram.⁸ Neste sentido, ressalta-se a formulação dada ao controle pelo exímio doutrinador Hans Kelsen, incorporada na experiência austríaca através do texto constitucional promulgado em 1920, objeto de posterior aperfeiçoamento com a reforma constitucional de 1929. O controle pensado por Kelsen, diferentemente daquele idealizado na doutrina estadunidense, é abstrato e concentrado. Abstrato, pois o juízo sobre a constitucionalidade a ser feito pelo judiciário se dá em relação à norma jurídica abstrata, não diante de sua aplicação em uma disputa judicial em concreto entre partes litigantes. Concentrado, porque exercida mediante provocação direta do tribunal constitucional, sem que se faculte a juizes de instâncias ordinárias o exercício do controle.

Em relação à natureza do poder cujo exercício do controle faz referência, a teoria kelseniana também se departa da americana para afirmar que o controle de constitucionalidade, apesar de uma garantia jurisdicional da Constituição (KELSEN, 2003),⁹ não seria propriamente uma atividade típica judicial, e sim uma função legislativa negativa. Essa postulação é consequência da abstração presente no controle austríaco, por força da qual o juiz não atua como terceiro a mediar e decidir um conflito *interpartes*, e sim como filtrador legislativo da validade das normas em vigor, sob parâmetro constitucional.

A sentença, portanto, nesta configuração do controle, possui caráter constitutivo negativo, qual seja, a revogação de uma norma inconstitucional. Em sendo uma decisão revogatória, a consequência jurídica é a anulabilidade – e não a nulidade, como no controle americano – da norma julgada inconstitucional.¹⁰ Em ambos os sistemas analisados, tem-se em comum que a declaração de inconstitucionalidade (pela Suprema Corte ou pelo Tribunal Constitucional, em cada caso) possui efeitos *erga omnes*, paralisando a eficácia da norma a partir do marco temporal adotado por cada formulação.

Qualquer que seja a formulação do controle pelos ordenamentos jurídicos nacionais¹¹, certo é que a competência inerente do poder judiciário em realizá-lo foi amplamente

⁸ Para uma síntese das formas de exteriorização do controle verificáveis nos diferentes ordenamentos, ver DEENER, 1952, p. 1098-1099.

⁹ O fundamento, segundo o autor, é a inerente capacidade autorregulatória do Direito, junto de sua estrutura escalonada – comumente referida como a pirâmide normativa kelseniana (KELSEN, 1984, p. 309-310).

¹⁰ Assim, enquanto “não for revogada, [a norma em disputa] tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional” (KELSEN, 1984, p. 368).

¹¹ Segundo informa Barroso (2012, p. 41), o modelo kelseniano, naquilo pugna a anulabilidade da lei inconstitucional e o caráter constitutivo negativo da sentença que reconhece sua inconstitucionalidade, não logrou adesão expressiva junto à doutrina nem aos ordenamentos positivos domésticos. Lado outro, a tese do controle concentrado e abstrato foi incorporada por diversos ordenamentos posteriormente à experiência austríaca, a exemplo do sistema de controle brasileiro, que adota o controle híbrido quanto a estes pontos.

reconhecida nas nações contemporâneas. O reconhecimento e a positivação dessa atribuição por diferentes sistemas jurídicos, no entanto, não ocasionou sua aceitação incontroversa, ou a ausência da verificação de certas dificuldades teóricas impostas pela doutrina do controle judicial – em contrário, a popularização da teoria logo levou ao seu estudo apurado por iminentes juristas, que apontaram os desafios e repercussões jurídicas que sua adoção acarretava.

Neste sentido, são vários os deslindes doutrinários a se ocuparem de questões acerca dos fundamentos de legitimação do controle, em sua aparente tensão com a vontade popular, tal qual externada pelo exercício legislativo do poder competente; e dos limites que este controle deve conhecer.

Cada uma dessas abordagens ao objeto será abordada a seguir, em subtópico próprio.

2.1.1. Doutrina acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade

Quanto a este ponto, o argumento de disputa quanto à fundamentação e legitimação do controle judicial de maior expressão é conhecido como o problema da contramajoritariedade, termo cunhado por Alexander Bickel (1962). Em síntese, o que essa questão invoca é que o controle constitucional atua como força contramajoritária, na medida em que permitiria o monopólio interpretativo final da lei a membros do poder judiciário, exercido, portanto, por alguns poucos intérpretes sem qualquer mandato representativo; em detrimento dos poderes legislativos e executivos, esferas estas que reúnem os representantes legítimos do povo e que, argumentavelmente, possuem vocação à interpretação da lei lastreada nos anseios democraticamente estabelecidos.

Assim, segundo argumenta essa corrente doutrinária crítica ao controle, “a vontade da maioria, deste modo, quedar-se-ia obstada por agentes antidemocráticos e de grupos elitistas de magistrados, diante de cujas decisões autoritativas restaria somente o acatamento e a sujeição” (SGARBOSSA *et al.*, 2012, p. 136). O problema de fundo, portanto, diz respeito à delimitação da democracia que o exercício do controle implica.

Antevendo esta questão, os primeiros defensores do controle judicial já pugnavam que a justificação desse poder fundar-se-ia na primazia da Constituição, que seria a manifestação última da vontade popular. O argumento, que é precursor do originalismo, busca na vontade

do constituinte originário¹² o exercício soberano do poder, de tal modo que seria mister defender a materialização dessa vontade, dada pelo texto constitucional, contra empreitadas dos representantes de uma maioria momentânea – portanto, aquilo que é fundamental à constituição do Estado, a Constituição, deveria sempre prevalecer diante das vontades externadas pelos governos sucessivos.

Neste sentido, o governo tem autoridade para exercitar tão somente o poder a ele delegado pelo povo, cuja forma de exteriorização da vontade é pela Constituição escrita. É por isso que, fosse permitida a atuação do governo – em qualquer de seus poderes externados – contrária aos poderes delegados pela Constituição, haveria uma sobreposição do governo ao povo. É na garantia da não ocorrência dessa situação que o controle de constitucionalidade tem sua fundamentação (PRAKASH, YOO, 2003, p. 915).

Bickel, no entanto, observa que esse link seria uma forçosa abstração da ideia de povo, destinada a obscurecer que, no plano fático, o exercício do controle pelo judiciário, formado por agentes públicos não eletivos, “frustra a vontade dos representantes do povo real do aqui e agora; exerce o controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela” (BICKEL, 1962, p. 17).

Igualmente, Gargarella expõe três críticas a esse tipo de justificação do controle. A primeira, chamada por ele de argumento histórico, consiste numa retomada do contexto de outorga dos textos constitucionais modernos, imersão histórica essa que resulta na constatação que, em verdade, frequentemente os processos constituintes em questão se deram de forma bastante antidemocrática, contando, inclusive, com reduzida participação popular (GARGARELLA, 1996, p. 54).

Além disso, segundo o autor, outra forma de corroborar com a crítica ao pré-originalismo é pelo argumento intertemporal, também referido na doutrina como problema da mão morta do passado. Essa linha argumentativa, que se aproxima da objeção levantada por Bickel, acima tratada, informa que o controle leva ao enrijecimento normativo, permitindo que gerações passadas controlem indefinidamente, por meio de decisão inscrita na Constituição, o caminhar de todas as gerações subsequentes, independentemente das novas configurações e anseios que estas possuam (GARGARELLA, 1996, p. 55).

Por fim, a terceira crítica abordada pelo autor é chamada de argumento interpretativista. Segundo essa perspectiva, a tentativa de justificação pré-originalista para a aplicação de uma norma considera a apreensão do significado do texto normativo como um

¹² Ou os *founding fathers*, como comumente referidos no direito americano.

dado passível de extração neutra pelo aplicador, sem que haja qualquer influência deste nesta atividade. No entanto, em termos epistemológicos, verifica-se que, dada a riqueza própria da linguagem, um texto pode conter inúmeros vocábulos ambíguos, polivalentes ou mesmo de significação abstrata. Em razão disso, não seria possível ao aplicador do direito agir como mero receptáculo da norma, vez que o contato que a relação que estabelece com o texto normativo é necessariamente interpretativa. Tampouco seria possível remeter com pureza àquilo que proclamavam os constituintes, à luz dos trabalhos preparatórios da Constituição, visto que, ainda nessa tarefa, persistiria o papel integrativo e criativo do intérprete aplicador. Deste modo, a própria consubstanciação de uma leitura voltada ao entendimento original da Constituição restaria, em termos práticos, terminantemente comprometida (GARGARELLA, 1996, p. 56 e ss.).

Em resposta a essas objeções, teóricos do constitucionalismo moderno, ao recepcionar o controle de constitucionalidade, buscaram justificá-lo tanto na reafirmação de teorias originalistas, agora com robustez teórica capaz de conferir-lhe posição de movimento ou escola jurídica; quanto na formulação de teorias outras, que tocam na reformulação do próprio conceito de Constituição (BRUBAKER, 2005).

Sem pretensão de exaustão dos posicionamentos existentes, exporemos as principais expressões da doutrina majoritária neste tema correntemente.

Primeiramente, quanto ao originalismo, essa corrente teórica ganhou força e sofisticação na década de 70, como reação à doutrina interpretativista, de vocação mais ativista (MORALES, 2011, p. 35 e ss.). À moda da argumentação que embasou o precedente de *Marbury vs. Madison*, o ponto principal dos defensores da escola originalista é identificar a preservação da vontade dos *founding fathers* como fundamento da autoridade e supremacia da Constituição.

Ainda, acresce-se, em aprofundamento ao argumento de que o poder do constituinte originário deve ser percebido como a expressão mais alta da soberania popular, a ênfase ao fato de que esta forma de poder é voltada à fundação do sistema jurídico. Ainda que se debata o grau de liberdade que dispositivos fundantes de ordens jurídicas domésticas verdadeiramente possuam¹³, certo é que o processo constituinte é aquele que mais possui liberdade quanto a amarras e restrições normativas pré-existentes, sendo, pois, a soberania externada em sua maior amplitude criativa possível. Por isso, a Constituição tem o condão de

¹³ Se por exemplo, haveria obrigação de observância necessária às normas jurídicas internacionais e aos direitos fundamentais, tais quais expostos nas normas de direitos humanos consagradas.

subordinar inclusive o legislador, cujo mandato e representação são frutos da estrutura criada por esta norma fundamental, e, portanto, condicionados e restritos pelas regras procedimentais próprias do sistema jurídico fundado (BARROSO, 2012, p. 77).

Mais do que isso, em tendo a Constituição *status* de norma jurídica com primazia de observância, cabe naturalmente ao Judiciário interpretá-la e aplicá-la, sendo esta uma função judicial típica. A guarda da Constituição, no entanto, não é dever exclusivo do judiciário, e sim comum a todos os poderes, vez que “cada ramo do governo é coordenado e independente e responsável por interpretar e fazer cumprir a Constituição enquanto cumpre sua função constitucional única” (PRAKASH, YOO, 2003, p. 921, tradução nossa).¹⁴

Neste ponto, vale lembrar que, nas primeiras proposições originalistas, essa interpretação judicial restringir-se-ia à atividade exegética de subsunção de fato a norma, sem espaço para o subjetivismo judicial, de tal modo que não haveria qualquer risco democrático – o juiz nada cria, só aplica a lei nos moldes em que estabelecidas pela representação popular. Já em outras formas que a teoria originalista assume, deixa-se de circunscrever a apreensão do conteúdo da norma à captação da intenção original dos constituintes, para fins de privilegiar o que a doutrina chama de “entendimento original” (PRAKASH, YOO, 2003, p. 41).

Resulta desse posicionamento uma postura tipicamente mais conservadora quanto aos limites do controle judicial, uma vez que seu intuito final seria a preservação da Constituição, nos termos em que entendida originalmente, de forma que restaria conservado o princípio da separação dos poderes.

Outra categoria de argumentos volta-se à constatação empírica quanto aos efeitos experimentados pelo exercício do controle por tribunais na atualidade. Neste sentido, segundo adverte esta parcela doutrinária, a análise da aplicação do controle judicial pelos tribunais demonstra que, na maior parte das vezes, a decisão proferida pelo julgador equivale àquela externada pela opinião pública majoritária acerca da temática em questão.¹⁵

Por fim, há, ainda, uma série de posicionamentos situados no contexto de reformulação da teoria constitucional junto do pós-positivismo (BARROSO, 2012, p. 80). De forma geral, os argumentos situados neste espectro neoconstitucionalista enaltecem o propósito normativo da Constituição (BASSOK, DOTAN, 2013, p. 15 e ss.), bem como de seu posto de primazia na norma constitucional sobre as demais normas do ordenamento, de

¹⁴ Original: “each branch of government is coordinate and independent and responsible for interpreting and enforcing the Constitution while fulfilling its unique constitutional function”. Destaque para a inspiração kelseniana na formulação do controle enquanto função constitucional.

¹⁵ Essa defesa é conhecida na doutrina americana como abordagem Friedman, vez que o precursor dessa ideia foi Barry Friedman. Sobre o tema, ver DORF, 2010, p. 286 e ss; BASSOK, DOTAN, 2013, p. 16 e ss.

forma que é fundamental o papel judicial, em contrabalancear as falhas de representatividade dos outros poderes¹⁶, em prevenir a formulação de normas que ameacem direitos de minorias sociais sem condição de representação simétrica face à vontade da maioria e em concretizar os direitos fundamentais (BARCELLOS, 2005, p. 84 e ss.). Ainda, a justificação da atuação judicial para esse fim é amparada também pelo fato de todo e qualquer poder de um Estado democrático ser, em última instância, representativo, ainda que exercido por agentes públicos de cargos não eletivos, eis que exercido em nome do povo (BARROSO, 2012, p. 80 e ss.).

Apesar de reconhecer o caráter essencialmente volitivo da atividade judicial, cujo exercício do controle não pode escapar – e daí seu viés político inerente, conforme essa corrente de pensamento – a teoria neoconstitucionalista busca distinguir volição e discricionariedade através da vinculação da decisão judicial ao conteúdo normativo-principiológico da Constituição, que irradia sobre o restante do ordenamento. A essência própria dessa escola é, portanto, ao consolidar as premissas teóricas que regem a teoria constitucional, cuidar de operacionalizá-las dentro do campo da juridicidade, de forma que a prática jurídica vincule-se aos primados constitucionais pela racionalidade instrumental.¹⁷

2.1.2. Doutrina acerca dos limites ao exercício do controle judicial de constitucionalidade

Tendo sido a tese da legitimidade do controle amplamente vitoriosa (BARROSO, 2012),¹⁸ resta explorar a segunda categoria de estudos doutrinários direcionados a ele: aqueles quanto aos limites que o controle deve conhecer. Assim, a dificuldade posta pelo dilema da contramajoritariedade, embora incapaz de minar sua instituição nos ordenamentos jurídicos, tornou evidente que essa função não poderia ser exercida livre de quaisquer parâmetros limítrofes. Deste modo, os constitucionalistas passaram a formular teorias quanto aos limites que o controle deve conhecer, como forma de evitar sua subversão em ferramenta de usurpação das atribuições executivas e legislativas pelo judiciário.

Dita reformulação teórica da crítica ao controle origina-se como reação à postura ativista da Corte estadunidense no período do *New Deal*, cujo reflexo judicial foi

¹⁶ Na doutrina, o tema é comumente referido como crítica à regra da maioria, em que a noção de democracia enquanto equivalente ao governo da maioria é problematizada. Sobre o tema, ver HABERMAS, 1997.

¹⁷ Para uma síntese sobre o tema, ver BARCELLOS, 2005, p. 84 e ss; BARROSO, 2012, p. 80 e ss; PRAKASH, YOO, 2003.

¹⁸ Apesar disso, observa-se, de tempos em tempos, reações de rejeição ao controle na doutrina, infladas por decisões proferidas pelas cortes supremas (PRAKASH, YOO, 2003).

experimentado em maior grau durante a era Warren,¹⁹ em que a Corte teve papel decisivo na consolidação de políticas sociais e de direitos humanos (PRAKASH, YOO, 2003, p. 896). Nesta época, a atuação da Corte foi decisiva para declarar a nulidade de atos legislativos contrários ao Movimento de Direitos Civis – a exemplo do paradigmático caso *Brown vs. Board of Education* (USA, 1954). As teorias sobre os limites do controle judicial, portanto, neste período, tinham tipicamente cunhagem conservadora, destinadas que eram a frear a atuação judicial politizada diante das controvérsias que dividiam o país. Mas não se deve extrair, daí, que a formulação teórica referente aos limites dogmáticos do controle, ao longo do tempo, tenha sido empreendida tão somente por movimentos conservadores ou em contextos altamente políticos. Em verdade, as críticas mais recentes ao alcance do controle não estariam, na análise da doutrina, aparentemente vinculadas a qualquer grande frustração política ou popular com a Corte, como antes (PRAKASH, YOO, 2003, p. 896).

Adentrando agora nas formulações teóricas quanto aos limites do controle propriamente ditas, novamente sem pretensão de exaustão quanto ao tema, cabe rememorar que, nos termos do precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos invocado no início do tópico 1.1, apenas duas categorias de atos praticados pelo Poder Executivo não seriam passíveis de controle judicial: aqueles de natureza política e aqueles que a Constituição ou a lei houvessem atribuído à sua exclusiva discricionariedade. Isso, porque, no posicionamento da Corte, o controle estaria justificado pela primazia da Constituição e no princípio da separação dos poderes, sendo a atividade judicial restrita à aplicação mecânica e neutra da vontade popular tal qual externada no texto constitucional. Assim, não haveria espaço para apreciação judicial em demandas políticas ou discricionárias, sob pena de usurpação de competência (USA, 1803).

A premissa basilar de uma doutrina formalista conceitual como essa é a possibilidade de separar-se “jurídico de político, princípio de política pública e judiciabilidade de não judiciabilidade” (KING, 2008, p. 414, tradução nossa).²⁰ Deste modo, não poderiam os juízes intervir em questões políticas ou discricionárias, vez que sua atividade seria restrita a juízos objetivos, de subsunção da norma sob controle às normas da Constituição.

Com o neoconstitucionalismo, no entanto, a distinção entre político e jurídico erodiu, a partir da compreensão de que todo ato tem natureza inerentemente política, em maior ou

¹⁹ Período em que Earl Warren serviu como *Chief Justice* na Suprema Corte, compreendendo os anos de 1953 a 1969.

²⁰ Original: “the distinctions between law and politics, principle and policy, and justiciability and non-justiciability”.

menor grau. Em razão disso, o controle de constitucionalidade passou a suportar exercício inclusive em relação a atos de natureza política ou discricionária em geral, ao contrário do que sua formulação original pela Corte estadunidense propunha – surge, portanto, o controle judicial de políticas públicas como possibilidade de atuação do judiciário.

No entanto, o exercício irrestrito do controle levou a insurgências preocupadas quanto às fronteiras impostas pelo princípio da separação dos poderes. Neste sentido, segundo a crítica, reconhecer a natureza política da função judicial não significa suprimir a deliberação legislativa majoritária, tampouco permitir a completa juridicização do espaço próprio da política. Em outras palavras, reconhecer a legitimidade do controle constitucional pelo poder judiciário não é lhe permitir adentrar no mérito de toda e qualquer decisão havida nas outras esferas de poder. Deste modo, tornou-se uma necessidade adequar o exercício do controle judicial às exigências da democracia, dada a possibilidade de sobreposição do juízo proferido pelo poder judiciário quanto à constitucionalidade de uma dada norma frente ao mesmo juízo passível de ser feito pelos outros poderes do Estado.

Surgem, neste contexto, as teorias da autocontenção judicial (*judicial self-restraint*). O termo tem sido utilizado com significados diversos nas diferentes formulações teóricas que assume, sendo que, para Richard Posner, tem três sentidos com maior expressão na doutrina:

- (1) os juízes aplicam a lei, eles não a fazem (chame isso de "legalismo" - embora "formalismo" seja o nome mais comum - ou, melhor, "a lei me obrigou a fazê-lo");
- (2) os juízes se submetem em grande medida às decisões de outros funcionários – os juízes de apelação se submetem aos juízes de primeira instância e agências administrativas, e todos os juízes às decisões legislativas e executivas (chame isso de “modéstia” ou “competência institucional” ou “processo jurisprudência”);
- (3) os juízes são altamente relutantes em declarar a ação legislativa ou executiva inconstitucional - a deferência está no auge quando a ação é contestada como inconstitucional (chame isso de "restrição constitucional") (POSNER, 2012, p. 520-521, tradução nossa)²¹.

A primeira expressão acima trazida diz respeito à renovação da teoria formalista, tal qual trazida em *Marbury vs. Madison*. A segunda e a terceira são abordagens institucionais voltadas à deferência judicial, com a diferença que a motivação da auto-contenção, na segunda abordagem, pauta-se por considerações a competências institucionais comparativas,

²¹ Original: “(1) judges apply law, they don't make it (call this "legalism"-though "formalism" is the commoner name--or, better, "the law made me do it"); (2) judges defer to a very great extent to decisions by other officials--appellate judges defer to trial judges and administrative agencies, and all judges to legislative and executive decisions (call this "modesty," or "institutional competence," or "process jurisprudence"); (3) judges are highly reluctant to declare legislative or executive action unconstitutional--deference is at its zenith when action is challenged as unconstitutional (call this "constitutional restraint)””.

sendo que, na terceira, é fundada no favorecimento da escolha política dada pelos ramos do poder compostos de agentes eleitos, sempre que possível (POSNER, 2012, p. 521).

Já Jeff King analisa as proposições doutrinárias quanto às tentativas de operacionalizar a limitação ao exercício do controle em três: a abordagem formalista conceitual, a abordagem não-doutrinária e a abordagem institucional (KING, 2008).

A primeira delas consiste em propor divisões conceituais entre político e jurídico, restringindo a possibilidade de exercício do controle às matérias jurídicas. Deste modo, em relação às matérias não jurídicas, caberia aos outros poderes o arbítrio decisório. Assim, essa primeira abordagem parece equivaler àquela proposta por Posner.

A segunda abordagem, chamada não doutrinária de controle judicial, trata de limitações internas, relativas ao comprometimento jurídico-filosófico do juiz quando atuando em seu ofício²². Para essa corrente, reconhecer a natureza da função judiciária como política e seu exercício como necessariamente volitivo, já que envolve um ato de vontade do intérprete, não significa despir o magistrado de sua obrigação principal, que é o de decidir juridicamente, de forma imparcial. Assim, muito embora o exercício da função exija que o juiz se depare com problemas com implicação política, o seu método de atuação e argumentação deve sempre ser jurídico. São os deveres de pautar a decisão nos princípios que regem o sistema constitucional, nas circunstâncias do caso concreto, em fundamentação racional e no debate público que constituem os parâmetros de atuação judicial que não permitem ao juiz agir discricionariamente (BARROSO, 2012, p. 78 e *ss.*).

Para a corrente não doutrinária, então, não haveria, em princípio, objetos cujo controle não seria permitido ao juiz de pronto. Caberia, portanto, ao julgador, quando diante do caso em análise, decidir pela constitucionalidade ou não da norma, sendo que as considerações sobre a deferência judicial aos outros ramos do poder estariam implícitas em sua razão de decidir, vez que refletidas no raciocínio jurídico ordinário e pela aplicação de princípios jurídicos sensíveis (ALLAN, 2010, p. 241).

Neste sentido, a doutrina distingue deferência de autocontenção. A deferência seria o reconhecimento de que os tribunais eventualmente precisam se curvar à perícia superior, na qual os juízes podem se pautar para avaliar as consequências de medidas ou ações alternativas. A autocontenção, por sua vez, é o reconhecimento do exercício legítimo da

²² Essa teoria, pautada na racionalidade instrumental, tem como maior expoente doutrinário em sentido contrário o realismo jurídico.

discricionariiedade por autoridades públicas ao fazer suas escolhas políticas, prevenindo a reconsideração judicial dessa escolha (ALLAN, 2010, p. 241).

Assim, em termos práticos, quando a deferência se exterioriza como um parâmetro de análise, refletida nos princípios jurídicos utilizados pelo juiz ao analisar o mérito do caso, esta não se confunde com a autocontenção. Já quando a deferência se manifesta por uma pronta recusa à apreciação de certos tópicos pelo juiz, a deferência assume a forma de autocontenção. A deferência judicial assim compreendida só seria válida quando exteriorizada na primeira forma mencionada, pois não seria possível estabelecer critérios prévios de diferenciação entre atos passíveis e não passíveis de controle judicial, inviabilizando a exteriorização da deferência sob sua segunda forma.

A doutrina aponta que a impossibilidade de exclusão apriorística da apreensão judicial sobre certos atos está fundada, em última análise, na defesa de uma concepção substantiva de Constituição, em oposição à concepção procedimental de Constituição. Quanto a este ponto, na concepção procedimental de Constituição, o papel do judiciário seria tão somente o de viabilizar a concretização da democracia deliberativa através do exercício dos direitos de participação política. Assim, o enfoque seria a manutenção do bom andamento do processo democrático e, pois, que as decisões tomadas na arena política possam ser consideradas legítimas. Em consequência, ao judiciário caberia tão somente garantir a “legitimidade ética dos procedimentos discursivos de deliberação e decisão de questões públicas, o que justificaria a limitação da jurisdição constitucional sobre os assuntos deliberados” (BARBOZA, KOZICKI, 2012, p. 68).

Já em acepção substantiva, em face da inter-relação entre os direitos fundamentais e de sua primazia para a manutenção do Estado Democrático de Direito, estes devem ser objeto de guarda por todos os poderes do Estado, investidos que são da função de zelar pela supremacia da Constituição. Assim, longe de uma postura contida judicial, a concepção substantiva de Constituição requer o ativismo judicial²³ para a salvaguarda dos valores constitucionais (BARBOZA, KOZICKI, 2012, p. 68).

Adepto da visão substantiva de Constituição, uma das maiores vozes da abordagem não-doutrinária é TRS Allan. Para o autor, toda política pública tem o condão de ser limitada pela lei, sendo papel do juiz fiscalizar o atendimento aos postulados legais impostos sem, no entanto, assumir o papel de formulação da política pública propriamente dita. A determinação do liame entre esses resultados é precisamente o desafio imposto ao controle judicial, sendo

²³ Os autores utilizam o termo sem tomá-lo em sentido político.

que essa ponderação depende intimamente das circunstâncias do caso. Para fins de resolução da questão, deste modo, qualquer formulação doutrinária que pretenda estabelecer parâmetros de contenção judicial apriorísticas levaria a uma abdicação da responsabilidade do poder judiciário em proteger os direitos constitucionais. A análise da deferência judicial, portanto, só deve ocorrer dentro do contexto do caso e incorporada aos princípios de direito, quando discorrendo sobre os méritos e substância da ação (ALLAN, 2010).

Em suporte a esse argumento, a doutrina canadense formulou a teoria do diálogo institucional. De acordo com essa proposição, cortes e legislaturas são instituições em diálogo contínuo, com vistas a atingir o balanço entre legitimidade e controle judicial. A continuidade desse diálogo tem por consequência a impossibilidade final de um dos poderes se sobrepor ao outro, vez que ambos têm a prerrogativa de reverter, modificar ou mesmo anular as decisões um do outro (HOGG, BUSHELL, 1997). Desta forma, a limitação do controle não se daria propriamente sobre as matérias que o juiz poderia ou não conhecer, nem mesmo por uma necessária autocontenção judicial, e sim por uma limitação externa, garantida por uma espécie de contra controle exercido pelo poder legislativo.

Na abordagem não doutrinária, enfim, qualquer tentativa de formulação de um método de autocontenção judicial apriorístico e externo, em verdade, seria a subversão da função dada ao poder judiciário e, em última instância, o aniquilamento do próprio sentido do controle judicial, qual seja, o de garantia da Constituição contra ações disruptivas aos fundamentos constitucionais intentadas pelos órgãos do Estado (CANOTILHO, 2003, p. 888-889).

Por fim, a terceira abordagem formulações doutrinárias voltadas aos limites externos do controle – sobre que objetos poderiam, de fato, sofrer controle judicial. Essa terceira linha argumentativa surge como uma abordagem intermediária às duas anteriores, em razão das falhas que lhes foram apontadas pela doutrina. Neste sentido, por um lado, a abordagem formalista perdeu terreno face aos novos paradigmas da epistemologia; por outro, a ausência de constrictões formais ao controle judicial da abordagem não doutrinária levou à escalada do ativismo das cortes, tida por críticos como uma forma de despotismo judicial (KING, 2008, p. 422).

A abordagem intermediária tem por enfoque a competência institucional relativa às cortes e juízos. Diferentemente da abordagem formalista, cuja limitação recai sobre os tópicos objeto do controle, a abordagem institucional interessa-se sobre as potencialidades e déficits do judiciário enquanto instituição. Assim, ao invés de trabalhar barreiras conceituais fixas sobre o que é próprio do político ou não, os institucionalistas primam pela construção da ideia

de cultura da justificação, em que os juízes devem ter uma visão ampla do que é passível de revisão e judicializável. Dentro desse enquadramento interpretativo, os juízes devem atribuir peso significativo às opiniões dos outros tomadores de decisão. Por fim, para além de postular deveres de correção hermenêutica, a abordagem defende que a análise da deferência judicial deve ser estruturada, não pela estipulação de objetos passíveis de controle, mas por referência a princípios ou fatores próprios (KING, 2008, p. 422 e *ss.*).

Dentre os adeptos dessa abordagem, vários são os métodos propostos para viabilizar a autocontenção judicial. Ditos métodos variam entre uma postura mais contextual (e tendencialmente mais aberta) ou mais restritiva (e tendencialmente mais fechada) de controle. De forma geral, destaca-se a síntese de Cláudio Ari Mello, segundo a qual a concretização das barreiras ao controle, na perspectiva institucional, se daria por quatro vias, que intercalam as posturas acima: limites processuais, com a inserção de barreiras formais ao acesso à jurisdição constitucional; limites hermenêuticos, com a prevalência do princípio da presunção de constitucionalidade das leis emanadas pelos outros poderes, sempre que alinhadas ao sentido normativo da Constituição; limites funcionais, pelo reconhecimento da discricionariedade administrativa e legislativa enquanto modos de proceder legítimos desses poderes; e limites temáticos, pelo princípio da não judicialização de questões políticas (MELLO, 2004, p. 218 e *ss.*).

2.2. Fundamentos do controle judicial de políticas públicas no Brasil

Depreende-se, do tópico anterior, a existência de uma pluralidade de abordagens e justificações doutrinárias relativas ao controle judicial. Certo é que, em termos doutrinários, a discussão segue vívida, com importantes nomes a defender cada uma das escolas ou tradições abordadas. Apesar disso, é possível observar, à luz de cada ordenamento doméstico, a positivação e consequente vinculação a determinados postulados teóricos, fundando institutos de controle judicial singularizados. Neste sentido, o presente tópico cuida de analisar a conformação do controle judicial brasileiro, tal qual adotado em nosso sistema jurídico pátrio.

Diferentemente do controle judicial americano, inaugurado no ordenamento jurídico respectivo através de construção judicial sedimentada enquanto precedente, o controle brasileiro foi inserido no direito brasileiro por expressa previsão constitucional. Historicamente, é no século XIX, por importação do modelo estadunidense, que o controle constitucional surge no Brasil, inscrito na Constituição de 1891. Deste modo, o controle só

passa a existir no ordenamento brasileiro a partir da República, sendo silente a Constituição imperial de 1824 a este respeito (MELLO, 2004, p. 218 e *ss.*).

O modelo fiscalizatório incidental e difuso, no entanto, não funcionou bem no Brasil, dada a ausência de tradição e institutos semelhantes ao encontrado no sistema de *common law* americano e, ainda, a fragilidade do poder judiciário enquanto poder independente dos demais. Em razão disso, desde 1945, houve graduais esforços para incorporação do modelo kelseniano no sistema brasileiro (CALABRESI, 2021, p. 201 e *ss.*). O empreendimento culminou com a adoção, pela Emenda Constitucional 16/65, de formas de controle concentrado e abstrato, originando um sistema de controle híbrido em nosso Direito.

A Constituição atual, de 1988, manteve a conformação híbrida de controle, ao mesmo tempo em que trouxe inovações às figuras processuais de fiscalização pré-existentes. Notadamente, destacam-se a criação da Ação Direta por Omissão e do mandado de injunção, bem como a ampliação do rol de legitimados de outros mecanismos de controle concentrado já existentes (BARROSO, 2012, p. 87 e *ss.*).

Vale lembrar que o modelo brasileiro de controle da constitucionalidade das leis, em sua conformação atual, muito embora adote, como regra geral, o controle judicial, conta também com hipóteses de controle exercido pelo Legislativo e Executivo, tanto em caráter preventivo como repressivo, no plano concreto e no abstrato. O exemplo notável é o instituto do veto presidencial, com respectivo mecanismo de derrubada do veto pelo Congresso.

Por ter sido desde o primórdio constitucionalmente previsto, por muito tempo o tema da legitimidade democrática do controle judicial não foi alvo de grande atenção pela doutrina nacional. Assim,

no Brasil, o controle de constitucionalidade foi introduzido de forma expressa pela Constituição de 1891, em norma positiva que implicava inequivocamente a fiscalização incidental e difusa das normas infraconstitucionais. Não se sujeitou, assim, à polêmica doutrinária que marcou sua criação nos Estados Unidos. Nem tampouco se verificou aqui, por razões múltiplas, o debate ideológico que acompanhou sua implantação na Europa (BARROSO, 2012, p. 87).

No entanto, a partir do advento da Constituição Cidadã, houve uma gradativa consolidação da autoridade judiciária enquanto poder independente. Ao passo em que cresceu sua atuação enquanto fiscal da constitucionalidade, também houve aumento da procura do poder judiciário para a resolução dos mais diferentes conflitos que outrora não seriam reconhecidos como próprios do universo jurídico, em fenômeno conhecido, a nível global, como *boom* da litigação. Assim, com a consolidação de sua função política, o judiciário passa a ser importante palco de garantia dos novos arranjos democráticos, em decisões que

abrangem “questões políticas, morais, religiosas, centrais, tanto por parte da sociedade quanto por parte dos próprios atores políticos” (BARBOZA, KOZICKI, 2012).

O exercício do controle pelo judiciário brasileiro, no entanto, levou a Corte a uma postura tida por certos autores como excessiva, sem que houvesse alternativas de combate aos possíveis transgressões de competência dos outros poderes quando da interpretação constitucional dada pelo judiciário. O poder judiciário passa a ser, portanto, o preponderante detentor da palavra final acerca do controle de constitucionalidade, inclusive em matéria de política pública. É o que comumente se sintetiza pela afirmação, cuja origem é atribuída a Rui Barbosa, de que o STF tem o direito de errar por último (MATTIETTO, 2020).

Sobre este ponto, necessário ressaltar que o espaço de preponderância que o poder judiciário passa a ocupar na fiscalização constitucional é resultado de três fatores principais. Primeiro, o fortalecimento do judiciário enquanto projeto constitucional da Constituição atual. Neste sentido, importante rememorar que a Constituição é, em grande parte, composta de elementos reativos ao período ditatorial que precedeu a nova ordem jurídica por ela inaugurada (CALABRESI, 2021, p. 201 e *ss.*). Em busca de remediar o grande mal perpetuado pela ditadura, buscou-se fortalecer instituições outrora minadas pela atuação executiva. Ao judiciário, visto como fonte de aplicação do direito menos corruptível a políticas anti-humanistas, foram confiadas prerrogativas de interpretação legal e constitucional amplas, de modo que o judiciário alcançasse a posição de guardião da Constituição.

A segunda grande razão para o ganho de primazia judicial tem relação com a ausência conformação do sistema partidário e de governo brasileiro. A fragmentação de partidos e o sistema presidencialista levam a uma pulverização da representação popular em diversas siglas a exercer o poder de forma tensionada, de acordo com as divergências de interesses políticos que apresentam. A inexistência de um consenso pré-estabelecido entre os diversos partidos a compor o poder legislativo tem como resultado o seu enfraquecimento como instância de freio aos demais poderes. Aliado a isso, o modelo presidencialista não é favorável à harmonia entre legislativo e executivo em torno de pautas políticas comuns, como é o caso do parlamentarismo, por exemplo. Diante da inexistência de contra forças expressivas nos outros dois poderes, o poder judiciário tende a sofrer expansão pela atividade adjudicante (CALABRESI, 2021, p. 201 e *ss.*).

Enfim, como razão terceira, ressalta-se que a própria noção de constitucionalismo moderno, com a exteriorização em nossa Constituição a partir da construção de um rol de

direitos fundamentais protegidos inclusive contra maiorias parlamentares e políticas e a aceção, bem como a juridicização de questões políticas em seu texto, são elementos que autorizam e mesmo invocam a participação do judiciário, enfrentando questões políticas como sendo questões constitucionais (BARBOZA, KOZICKI, 2012).

Em razão desse ganho de protagonismo judicial, a doutrina brasileira, até então relativamente apática ao tema do controle judicial, passou a desenvolver estudos sobre a legitimidade democrática do controle e dos limites próprios do instituto à luz do ordenamento pátrio.

Neste sentido, Elival da Silva Ramos é um dos pioneiros nos estudos pós-constitucionalistas sobre controle judicial no Brasil. O mestre nos ensina que é elementar a qualquer discussão acerca do controle judicial brasileiro o tópico sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade. Aqui, mais do que a mera defesa dogmática da pertinência legal do controle pela demonstração da possibilidade jurídica do controle à luz de nosso ordenamento, a discussão deve necessariamente perpassar por uma justificação por via externa ao Direito, axiológica, incidindo sobre “se o modelo de Estado Constitucional de Direito escolhido pelo Constituinte seria o mais adequado para implantar uma democracia” (RAMOS, 2010, p. 25).

O grau de comprometimento interpretativo que esse posicionamento impõe pode ser vislumbrado através de Barroso (2012), no artigo “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. Nesse texto, o então advogado aborda o tema da legitimidade sobre o viés da dificuldade contra majoritária da imposição da interpretação do julgador sobre aquilo que seria o sentido atribuível àqueles que exercem mandato popular. A superação dessa questão, tal como em Elival da Silva Ramos, é trazida sob o viés duplo da normatividade e da filosofia.

O fundamento normativo é, naturalmente, a expressa atribuição da competência de realizar controle judicial ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal, prevista em nossa Constituição. Filosoficamente, dois aspectos importam. O primeiro é que, ao se utilizar dessa previsão constitucional, há a concretização da decisão atributiva que foi tomada pelo constituinte enquanto representante do povo, preservando-se a separação dos poderes. No entanto, mesmo nos casos em que o exercício dessa competência parece colidir com as decisões legislativas, em que as cortes assumem o papel de verdadeiras coparticipantes do processo de criação do Direito, a legitimidade resta assegurada à luz de um segundo fundamento, este de natureza filosófica, qual seja, o dever judicial de proteger

valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial majoritária – o judiciário, portanto, assume para si a função de “guardião da Constituição” (BARROSO, 2012).

Passando pelo estudo de como a doutrina brasileira lida com a primeira barreira à atuação do judiciário em políticas públicas, a da legitimidade, resta o questionamento sobre quais limites essa prerrogativa deve conhecer à luz do direito doméstico. Em outras palavras, questiona-se quão rígido ou flexível o nosso modelo de separação de poderes é, sobretudo, em se tratando de interpretação normativa que incide sobre políticas públicas.

A começar pela flexibilidade do alcance de nosso controle judicial, há aportes normativos interessantes que podem ser derivados de duas teorias constitucionais: a teoria das garantias institucionais e a dos *implied powers*, ambas aceitas no ordenamento brasileiro em razão do reconhecimento jurisprudencial de sua aplicabilidade.²⁴

Quanto à teoria das garantias institucionais, é necessário rememorar que seu fundamento encontra-se na relevância do papel de determinadas instituições de direito público na preservação da ordem jurídica, de forma que devem ter as suas características constitucionais elementares preservadas. Neste sentido, o professor Paulo Bonavides destaca que:

a garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal acontecesse, implicaria já o perecimento do ente protegido (BONAVIDES, 2008, p. 542).

Desta forma, essas garantias servem à estruturação e limitação de mudanças contrárias aos valores constitucionalmente estabelecidos. Assim, no caso brasileiro, a garantia institucional serve de freio aos intentos de mudanças que se distanciem do modelo constitucional atualmente vigente, ameaçando a preservação da separação dos poderes e a própria continuidade do órgão ou instituição sobre o qual recaia o ímpeto de transformação (DANTES, FERNANDES, 2020). No caso de aplicação dessas garantias ao Poder Judiciário, é possível, portanto, conectar as garantias institucionais com a função contra majoritária a ser exercida pelos tribunais.

²⁴ Ver, e.g. BRASIL, 2020 (b).

Passando à relação com a teoria dos poderes implícitos, ou *implied powers*,²⁵ como conhecida em solo americano, onde se consagrou, é mister que se faça menção a outro precedente firmado pela Suprema Corte dos Estados Unidos: o paradigmático caso *MacCulloch vs Maryland*. Na ocasião, tal qual no caso analisado anteriormente no tópico 1.1, a Corte seguia presidida por John Marshall,²⁶ responsável pela redação da sentença do caso, na qual constou a célebre afirmação de que “não há frase no instrumento [a Constituição] que, como é o caso nos artigos da Confederação, exclua poderes incidentais ou implícitos, ou que requeira que toda competência fosse expressamente minuciosamente descrita” (UNITED STATES, 1819, p. 17).

Desta forma, a teoria dos poderes implícitos informa que, ainda que não haja, expressamente, na Constituição, a atribuição de certa função a órgão ou instituição, essa competência deve ser reconhecida enquanto legítima se for meio necessário à consecução da função à qual o órgão ou instituição seja destinado. Esta doutrina autoriza, portanto, a previsão infraconstitucional de competências não constitucionalmente conferidas a órgãos e instituições, desde que sejam necessárias ao próprio exercício da função que lhes sejam constitucionalmente atribuídas.

É justamente essa doutrina, tal qual internalizada no ordenamento brasileiro, que permitiu, por exemplo, o reconhecimento, antes da devida positivação pelo Legislativo, da competência implícita do julgador para conhecer e julgar os crimes de moeda falsa, contrabando e peculato de funcionários federais, a ação rescisória de seus acórdãos e mesmo para admitir reclamação constitucional (MENDES, STRECK, 2018).

A despeito da flexibilização em termos de competência judiciária que as doutrinas acima permitem, na medida em que incorporadas ao nosso ordenamento, há importantes restrições verificáveis ao exercício do controle judicial consolidados em nosso sistema jurídico, que serão abordados somente sob a perspectiva do controle eminentemente normativo, em razão do recorte deste trabalho.

O primeiro exemplo de relevo é a negativa de controle dos pressupostos constitucionais da edição de medidas provisórias pelo executivo, limitando-se a análise judicial à verificação do atendimento aos critérios formais de edição da medida.²⁷ O segundo

²⁵ Apesar de tratados como sinônimos no julgado, alguns doutrinadores entendem que os *implied powers* não se confundem com os *inherent powers*, sendo esta uma forma alternativa de justificação do poder do Estado. Sobre o tema, ver ANCLIEN, 2008.

²⁶ Marshall presidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos por 34 anos, sendo que este período, comumente referido como “era Marshall”, é tido por marco no desenvolvimento e consolidação do poder do órgão.

²⁷ Ver em BRASIL, 2020 (a).

refere-se à postura até recentemente adotada pelo STF de negativa de criação de norma *in concreto* em casos de mandado de injunção e ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, restringindo-se o judiciário a apenas declarar a omissão e notificar o legislativo para proceder ao complemento normativo do direito em questão²⁸. Atualmente, a jurisprudência filia-se a uma posição intermediária, chamada na doutrina de corrente concretista intermediária.²⁹

A justificativa, em todos os casos, é a preservação da esfera de competência típica dos demais poderes. Assim, em uma democracia participativa ou deliberativa, muito embora não se utilize do dogma da representatividade para blindar a apreciação judicial dos atos emanados pelos demais poderes, os fundamentos da democracia representativa ainda subsistem, de forma que o judiciário não poderia legitimamente invadir a esfera de ação inerente dos poderes executivo e legislativo. Por isso, “a margem de discricionariedade política outorgada pelo próprio constituinte aos governos eleitos não pode ser suprimida por força de uma decisão judicial, sob pena de afronta ao sistema representativo e indevida invasão de atribuições políticas” (APPIO, 2004, p. 246).

2.3. O Estado e a tutela jurídica do meio ambiente

Feitas as devidas considerações acerca das expressões gerais da doutrina do controle de constitucionalidade, das principais abordagens de autocontenção judicial e da conformação jurídica atual do controle judicial no Brasil, passam-se a algumas notas sobre a dinâmica entre o Estado brasileiro e a tutela jurídica do meio ambiente, sob a ótica dos desafios da prestação jurisdicional, com enfoque no controle judicial, frente às particularidades próprias das questões ambientais.

A preocupação do Direito com a tutela do meio ambiente é fenômeno relativamente recente na história jurídica. Foi somente em meados do século XX, época em que houve o nascimento da discussão sobre os chamados direitos difusos, que o meio ambiente passou a ter maior primazia na agenda jurídico-política das nações, eis que linkado à concepção de direito metaindividual e intergeracional. Em solo Brasileiro, nas palavras de Antônio Herman Benjamin, foi somente em 1981, com a promulgação da Lei nº 6.938/81, que instituiu a

²⁸ Ver em BRASIL, 2007.

²⁹ Indica-se, por exemplo, aplicação subsidiária de norma análoga até a edição de ato normativo próprio pelo executivo, como ocorreu na ADO 26, ou reconhece-se a competência de órgão afeto para a edição de regulamentos sobre o tema, até que o legislativo o faça, como na ADO 25.

Política Nacional do Meio Ambiente, que “ensaiou-se o primeiro passo em direção a um paradigma jurídico-econômico que holisticamente tratasse e não maltratasse a terra, seus arvoredos e os processos ecológicos essenciais a ela associados” (BENJAMIN, 2007, p. 57-58).

A legislação supramencionada, indubitavelmente, inspirou-se na Declaração de Estocolmo de 1972, tida como o marco na mudança de paradigma sobre a relação do direito com o meio ambiente no plano internacional. Já no Brasil, é somente com a promulgação da Constituição de 1988, em que há a constitucionalização da proteção ao meio ambiente, que se origina a criação de um sistema doméstico compreensível de direitos e garantias voltadas aos direitos ambientais (SARLET, FENSTERSEIFER, 2014, p. 178 e *ss.*).

Deste modo, desde a Constituição de 1988, a temática ambiental tem se expandido e consolidado no campo jurídico, como fruto da irradiação das normas ambientais constitucionais. Com a complexificação do arcabouço normativo a regular essa temática, há o surgimento do Direito Ambiental enquanto ramo próprio do Direito apto a disciplinar atividades humanas efetiva ou potencialmente causadoras de impacto sobre o meio ambiente, com o intuito de defendê-lo, melhorá-lo e preservá-lo.

A afirmação dos valores ecológicos em nossa Constituição encontra-se de forma mais bem perceptível em seu Capítulo VI, destinado ao tópico do meio ambiente. Referido capítulo, embora composto por um único artigo, o art. 225, e seus parágrafos, é tido como bastante avançado, ao estabelecer o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual ratifica o direito do cidadão de ter uma vida naturalmente saudável. Assim é a redação do *caput* do art. 225:

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

Temos, portanto, que o direito ambiental liga-se ao pleno gozo da vida sadia pelo homem, de forma que a sua proteção justifica-se, em última análise, como elemento de realização da dignidade da pessoa humana, considerada, pela doutrina, supraprincípio e valor supremo de nossa ordem constitucional (MARTINS, 2010).

Tão importante, na acepção moderna da disciplina jurídica, quanto a afirmação de um direito, é a criação de meios de viabilizar seu gozo pelos destinatários da norma jurídica. Por isso, se a primeira parte do *caput* do art. 225 da Constituição destina-se à consagração do direito ao meio ambiente enquanto direito fundamental, a segunda parte do dispositivo é certa ao impor ao Poder Público e à coletividade o dever de defesa e preservação do meio

ambiente. Por isso, tem-se a imposição de obrigação positiva ao Estado e à sociedade que se traduz no dever de tutela do meio ambiente.

A tutela jurídica do meio ambiente, no entanto, não é de fácil realização. Isso, porque os direitos ambientais pertencem à terceira geração de direitos, representada pelos direitos coletivos e difusos. Essa geração de direitos impõe uma série de desafios às lógicas e construções jurídicas clássicas do Direito, dentre as quais podemos citar, exemplificativamente, as de causalidade, certeza jurídica, dano, responsabilidade, reparação, sujeitos da lide e destinatários da norma. A dificuldade reside em conciliar a proteção de normas jurídicas ambientais, cuja conceituação ou aplicação envolvem alto grau de indeterminabilidade³⁰, com as teorias e os meios de tutela jurídica tradicionais do Direito.

Neste diapasão, deve-se destacar que o próprio conceito jurídico de meio ambiente é apreendido, em nosso ordenamento, em concepção ampla, abrangendo tanto elementos ambientais naturais quanto ambientais humanos³¹. Essa perspectiva é comprovada pela definição de meio ambiente dada em nossa legislação, tal como trazida pelo art. 3º, I, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

A concepção ampla de meio ambiente demonstra-se a mais adequada ao paradigma de Estado constitucional ecológico, vez que este “pressupõe uma concepção integrada ou integrativa do meio ambiente e, conseqüentemente, um direito integrado e integrativo do ambiente” (CANOTILHO, 1998, p. 22). Neste sentido, para se pensar a tutela do meio ambiente a partir de sua compreensão holística³², deve-se ter em conta a proteção sistemática e global desse direito, o que necessariamente toca em outros direitos e bens jurídicos correlatos.

Por todo o exposto, ao desempenhar sua tarefa de tutela, verifica-se que o Estado deve considerar inúmeros elementos implicados na questão ambiental, o que inevitavelmente requer a ponderação de diversos interesses para alcançar a opção constitucionalmente mais adequada à realização dos direitos em tensão na tomada de decisões em matéria ambiental.

³⁰ Vejam-se, por exemplo, os princípios da solidariedade intergeracional, da precaução e do desenvolvimento sustentável.

³¹ É o que igualmente ocorre nos ordenamentos jurídicos de Portugal e dos Estados Unidos. SARLET, FENSTERSEIFER, 2014, p. 357 e ss.

³² O termo ganhou notoriedade através de sua proposição por Fritjof Capra, ao tratar sobre o paradigma sistêmico nos estudos científicos. Sobre o tema, ver CAPRA, 1996.

Por certo, ao conjugar tantos fatores, os poderes do Estado necessitam de um suporte técnico-científico considerável, pelo que a elaboração de políticas públicas ambientais requer das autoridades providências como a solicitação de estudos técnicos e consulta a diferentes fóruns de conhecimento e atores sociais, tudo com o fim de ter o melhor substrato de informações possível para sua tomada de decisão.

Ainda que os poderes executivo e legislativo sejam palcos privilegiados da captação e da interlocução com diferentes vozes, dados os canais de representação e deliberação que contêm, essas esferas de poder podem, eventualmente, não dar a devida consideração ou mesmo negligenciar as informações e os postulados constitucionais e infraconstitucionais incidentes sobre determinada matéria ambiental quando de suas tomadas de decisão respectivas. Neste caso, os atos originados de uma tal decisão devem ser objeto de revisão judicial, para salvaguarda dos direitos implicados.

Quando diante de uma disputa acerca da adequação jurídica de determinado ato ou política pública ambiental, o magistrado precisará exercer a atividade de controle de constitucionalidade sobre este ato ou política, ou seja, precisará determinar se ele está de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, em se considerando os postulados constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao tema.

Na delicada tarefa de reapreciação da norma emanada pelo legislador ou administrador no exercício da função legislativa, o juiz deve cuidar para que não exceda sua esfera de competência, usurpando atribuições próprias dos demais poderes, preocupação esta que pauta a atividade de controle judicial de modo geral, como já visto nos tópicos anteriores. No entanto, é de se esperar que os limites ao exercício do controle judicial, nestes casos, possuam especificidades próprias em relação à doutrina geral de autocontenção judicial, como reflexo das particularidades da disciplina ambiental e dos bens jurídicos por ela tutelados.

Em razão disso, a jurisprudência pátria tem atribuído critérios específicos de limitação e de interpretação normativo-principiológica quando diante de conflitos envolvendo políticas ambientais. A investigação do posicionamento judicial corrente acerca do controle judicial de políticas ambientais é digna de maior aprofundamento para os fins deste trabalho, pelo que será objeto de estudo detido em capítulo próprio, a seguir.

3. CONTROLE DE POLÍTICAS AMBIENTAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No capítulo anterior, verificaram-se os fundamentos teóricos do controle de constitucionalidade tal como se originou no Direito Comparado, bem como o desenvolvimento de doutrinas de limites ao seu exercício. Também foi trabalhada a recepção dessa teoria no Brasil, com a resultante incorporação constitucional do instituto e forma geral de interpretação dada pelos Tribunais Superiores Brasileiros. A terceira parte do capítulo cuidou de oferecer uma visão geral sobre a dinâmica entre o Estado brasileiro e a tutela jurídica do meio ambiente, sob a ótica dos desafios de exercer-se o controle judicial frente às particularidades próprias das questões ambientais.

Feita essa pintura geral dos temas que permeiam o objeto de discussão proposto por essa dissertação, passa-se ao diagnóstico das deficiências judiciais na tutela do bem jurídico ambiental via controle jurisdicional. Para tanto, serão abordados, na primeira parte do capítulo, as deficiências do controle judicial de políticas ambientais assentados na jurisprudência atual, tendo por base as manifestações oriundas do principal tribunal superior brasileiro: o Supremo Tribunal Federal. Dá-se especial destaque a duas construções jurídicas que recorrentemente são opostas aos interesses ambientais por este Tribunal: o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do possível. A segunda parte do capítulo cuida de analisar em profundidade como o Supremo Tribunal Federal vem aplicando a ponderação de princípios constitucionais quando enfrenta questões envolvendo princípios do direito ambiental.

3.1. Limites jurisprudenciais do controle judiciário sobre políticas ambientais: separação de poderes e reserva do possível

O direito ambiental tem caráter prestacional de aplicabilidade imediata e eficácia irradiante, o que o torna passível de exigência de cumprimento pelo Estado em juízo (SARMENTO, 2010, p. 179). Não obstante, a característica difusa típica dessa classe de direito torna o controle judicial desafiador, na medida em que envolve a incidência de diferentes fatores, além da decisão ter o potencial de respingar no quadro programático de realização de outras políticas públicas e funções do Estado, dadas as restrições orçamentárias e de recursos em geral verificadas no Estado. Isso, pois, para usar a definição de do Tribunal de Contas da União, “são consideradas políticas públicas o conjunto de intervenções e diretrizes emanadas de atores governamentais, que visam tratar, ou não, problemas públicos e que requerem, utilizam ou afetam recursos públicos” (TCU, 2020, p. 14).

Assim, a intervenção judicial na esfera da política ambiental, para além de envolver ponderações sobre o exercício do controle em relação à adequação da decisão tomada, considerando a discricionariedade em sentido amplo dada ao legislador e administrador, provoca o juízo de direito a refletir sobre os parâmetros normativos constitucionais ambientais a serem observados na exteriorização das políticas públicas sob revisão, no viés da concretização dos direitos fundamentais que o Estado tem o dever de tutelar.

Há, neste sentido, uma série de julgados que subsidiam o aprofundamento sobre o tema. Adiante, discorreremos sobre os acórdãos encontrados,³³ através de sentenças proferidas no âmbito do STF, no exercício do controle difuso e concentrado de constitucionalidade, eis que o órgão máximo de guarda da Constituição, nos termos do art. 102 do texto constitucional.³⁴

Inicia-se a incursão pelo STA-AGR-175, julgado em 2010 pelo STF (BRASIL, 2010). Dito julgado tinha por disputa de fundo o fornecimento de um medicamento de alto custo e não disponível à comercialização no Brasil para o tratamento de uma paciente portadora de doença neurodegenerativa rara via Sistema Único de Saúde. Muito embora o ponto central do caso seja o controle de constitucionalidade de política pública de saúde, esse caso é tido por emblemático na doutrina também para a discussão do controle de constitucionalidade de políticas ambientais, por conta da argumentação jurídica trazida na sentença, extensível aos direitos sociais no geral.³⁵

No caso em questão, o óbice apresentado pela administração pública para a não concessão da medicação era a ausência de previsão legal neste sentido, bem como restrições orçamentárias à concretização da compra, além de argumentação relativa à ilegitimidade passiva da parte. A decisão, favorável à concessão da medicação, pautou-se na compatibilização entre o mínimo existencial e a reserva do possível, de um lado, e entre o princípio da separação dos poderes e a configuração de direitos sociais enquanto normas prestacionais, de outro. Assim, o min. Relator Gilmar Mendes, reconhecendo o dever do Poder Judiciário em dar cumprimento a normas constitucionais sociais, bem como a

³³ Os acórdãos foram extraídos do sítio eletrônico do STF, através de pesquisa contendo a palavra-chave *políticas públicas ambientais*. Foram pré-excluídos julgados proferidos há mais de 20 anos, por ser a pesquisa voltada à identificação da jurisprudência atual brasileira sobre o tema. Houve filtragem manual dos resultados a partir do conteúdo das ementas, por análise de pertinência temática ao objeto deste trabalho. A definição de relevância para compor análise pormenorizada, além da análise do conteúdo dos acórdãos pré-selecionados, orientou-se pelas jurisprudências citadas na revisão da literatura sobre o tema.

³⁴ Assim, os casos sob análise importam em ofensas diretas à Constituição, sendo a competência para a revisão de sentenças sob alegação de ofensa reflexa à Constituição do Superior Tribunal de Justiça, nos termos da Súmula 636 do STF.

³⁵ Sobre o tema, ver FERREIRA, 2013; ROSSATTO, SANTOS, 2020.

essencialidade da medicação para cumprir com o mínimo existencial que deve ser disponibilizado pelo Estado, e, por fim, não verificando evidência de estrangulamento orçamentário da União mediante a concessão da liminar, denegou provimento ao agravo, mantendo a segurança em favor da paciente para que recebesse a medicação.

O caso é tido como paradigmático na doutrina por reconhecer a eficácia imediata dos direitos fundamentais sociais, bem como a existência de parâmetros mínimos a serem observados no agir dos demais poderes, fundados no direito à vida *digna*, sob os quais não se poderiam opor argumentos econômicos para o não cumprimento ou omissão estatal.³⁶ Assim, a dignidade da pessoa humana assume importante função demarcatória, servindo de parâmetro para avaliar qual o núcleo mínimo de fruição dos direitos sociais a ser viabilizado pelo estado, tal como predizia a doutrina.³⁷ Assume-se, então, posicionamento consoante ao defendido por Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer (2017), no sentido de que o princípio da reserva do possível poderia servir como instrumento garantidor de direitos fundamentais, pois modulado pelo princípio da dignidade da pessoa humana enquanto núcleo do conceito de mínimo existencial.

Ainda, a decisão assenta que a preocupação com a legislação orçamentária é um elemento a ser considerado na ponderação judicial, todavia, não deverá ser óbice intransponível para a efetivação dos dispositivos constitucionais, tal como defendido na melhor doutrina sobre o tema.³⁸ Essa tem sido a jurisprudência dominante em relação à cláusula da reserva do possível no Supremo, inclusive nas causas de direito ambiental.

Apesar de importante marco inicial na discussão, a decisão reconheceu que o caso em questão não se tratava de ingerência judicial nas outras esferas do poder porque se entendeu que já existia política pública assentada sobre o tema, tendo a determinação judicial apenas imposto o efetivo cumprimento da política pública já existente, e não constituído ou modificado a política pública em questão, que seria, no entender do relator, ingerência indevida do Judiciário nos outros poderes. Assim, muito embora a decisão ofereça aportes importantes à discussão sobre o mínimo existencial, o controle exercido na ocasião pode ser caracterizado como eminentemente administrativo, não normativo.³⁹ A jurisprudência

³⁶ O mínimo existencial já encontrava reconhecimento em jurisprudência anterior do Supremo, a exemplo da ADPF 45/DF, julgada em 2004. No entanto, os critérios para aferição do núcleo consistente do mínimo existencial encontrou desenvolvimento notório a partir do julgado colacionado.

³⁷ Ver, e.g., SARLET, 1999, p. 36-37; SARMENTO, 2010, p. 202.

³⁸ Ver, e.g., SARLET, 1999, p. 36-37; SARMENTO, 2010, p. 202.

³⁹ Nesse sentido, a doutrina reconhece que “a já existência de política pública, mas de forma ineficaz, poderá também ser levada ao crivo do Poder Judiciário, uma vez que se trataria de uma inconstitucionalidade parcial por omissão, que deverá ser sanada. Nessa hipótese, ainda, não se trataria de ingerência do Poder Judiciário na seara

dominante em relação ao controle normativo de políticas públicas ambientais, que é o objeto principal deste trabalho, será expressa através dos casos selecionados em seguida.

A começar pela ADPF 825, esta ação foi julgada em 2021 (BRASIL, 2021) e diz respeito à constitucionalidade do art. 6º, § 2º, da Resolução do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) n. 17/2017, que previa a dispensa da elaboração de estudos ambientais e da avaliação ambiental de área sedimentar para fins de licitação de blocos de exploração e produção de petróleo, gás natural e biocombustível, mediante manifestação conjunta do Ministério de Minas e Energia e do Ministério do Meio Ambiente, complementadas, no que se refere a bacias sedimentares terrestres, por pareceres emanados pelos Órgãos Estaduais do Meio Ambiente. A argumentação dos requerentes centrou-se na necessidade de se avaliar o risco ambiental antes da escolha de local compatível com a exploração fóssil, denunciando que a dispensa prevista em lei priorizaria interesses econômicos em detrimento da preservação da natureza. Assim, com base no direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à vedação do retrocesso, pugnou-se o dispositivo em comento.

Neste caso, o Supremo optou por privilegiar o dever de deferência, dispondo que, dada a complexidade da questão, em tendo sido a normativa sob análise editada pelo CNPE, um órgão técnico especializado, deveria o Poder Judiciário acautelar-se e prestar deferência ao que foi decidido, sob pena de usurpação de competência. Assim, segundo o relator, Min. Marco Aurélio,

Em questões envolvendo política pública, de alta complexidade, com elevada repercussão social – e estamos a discutir os destinos de um mercado bilionário e de milhares de empregos –, o Supremo deve adotar postura de deferência à solução jurídica encontrada pelos respectivos formuladores (BRASIL, 2021, p. 4).

Vê-se, portanto, o princípio da separação de poderes como grande motivador da decisão, que não chega a se debruçar sobre os argumentos de risco fundados em manifestações e estudos técnicos trazidos pela requerente, afastando de pronto a possibilidade de gerência do ato pelo Supremo, aproximando-se, portanto, de uma postura de autocontenção.

No extremo oposto está o arrazoado trazido pela ADPF 651, julgada em 2022 (BRASIL, 2022). Em referida contenda, discutiu-se a exclusão de membros e representantes da sociedade civil de fóruns de tomada de decisão sobre temas ambientais, oriunda dos

administrativa, mas em dar cumprimento àquilo que a própria Administração Pública criou” (FERREIRA, 2013, p. 19), tal como é o caso do julgado em questão.

Decretos Presidenciais nºs 10.224, 10.239 e 10.223, todos de 2020. O primeiro decreto mencionado acarretaria na exclusão da sociedade civil do Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente; o segundo, na exclusão dos governadores do Conselho Nacional da Amazônia; o terceiro, mais extremo, dispôs pela extinção completa do Comitê Orientador do Fundo Amazônia, compostos por representantes políticos e membros da sociedade civil. Segundo os requerentes, os decretos em questão, inseridos em um contexto maior de política governamental nacional de “esfacelamento socioambiental” (BRASIL, 2021, p. 4), afrontariam os princípios da participação popular direta, da proibição do retrocesso, o direito à igualdade e o direito à proteção do meio ambiente, todos protegidos constitucionalmente.

O julgado em questão é um interessante exemplo de reconhecimento da implicação entre políticas públicas de inclusão popular na tomada de decisão e a garantia dos direitos ambientais, reforçando a simbiose entre a concretização da tutela de direitos difusos e a democratização do acesso aos fóruns deliberativos sobre o tema. Assim, manifestando-se pela procedência do pedido, a relatora, Min. Cármen Lúcia, ponderou que não se pode opor à apreciação judicial sobre o tema o princípio da separação dos poderes, vez que as normas impugnadas trariam manifesto retrocesso em matéria ambiental, sendo vencida a argumentação da requerida em sentido diverso. Assim, as normas eram hábeis a serem submetidas ao escrutínio do Judiciário para sua revisão, via controle de constitucionalidade.

Entre estes dois extremos, o STF oscilou quanto à interpretação das cláusulas de separação dos poderes e, em menor medida, em relação à reserva do possível. Quanto à separação dos poderes, o órgão preponderantemente reconheceu que a intervenção judicial em outras esferas somente deve ocorrer em circunstâncias excepcionais, para garantir a concretização de direitos fundamentais constitucionais. Assim, a deferência restaria incorporada dentro das ponderações principiológicas na análise de mérito do caso. Já quanto à reserva do possível, o entendimento majoritário segue a linha dos julgados acima referidos, havendo, no entanto, aparente utilização da cláusula para modular a incidência do princípio da precaução, como se vê no RE nº 627.189, que será discutido adiante.

A iniciar pela análise da aplicação do princípio da separação dos poderes, tem-se o ARE 1.389.864 AgR, julgado em 2022, que trata essencialmente da irrisignação do recorrente quanto aos limites de interferência do Judiciário na atuação do Poder Executivo. Neste sentido, alegou o apelante que “a amplitude, a especificidade e a complexidade das medidas impostas no acórdão impugnado revelam uma intensa e inaceitável interferência do Poder Judiciário em tarefa constitucional atribuída ao Poder Executivo” (BRASIL, 2022, p. 3), levando a ofensa

ao princípio da separação dos poderes. Na ocasião, a min. Relatora Cármen Lúcia considerou que não há óbices à intervenção judicial em atos praticados por outros poderes quando destinadas à adoção de providências para garantir direitos constitucionais fundamentais, sendo essa intervenção excepcional. No mesmo sentido são os precedentes do ARE n. 1.378.111-AgR, ARE n. 1.329.243-AgR e ARE 903.241 AgR.

A ADI 4717, julgada em 2018, por sua vez, tratou da constitucionalidade da Medida Provisória n. 558/2012, convertida na Lei n. 12.678/2012, demandando manifestação da Corte sobre o controle de constitucionalidade formal e material do ato. Em relação ao controle material, alegou-se ofensa ao princípio da proibição do retrocesso em matéria ambiental, dado que a norma atacada implicou na alteração dos limites de parques nacionais na Amazônia, levando à diminuição da proteção dos ecossistemas abrangidos pelas áreas em que houve a desafetação de proteção. Sobre o tema, a min. Relatora, Cármen Lúcia, destacou que o princípio em questão “não pode engessar a ação legislativa e administrativa, sendo forçoso admitir certa margem de discricionariedade às autoridades públicas em matéria ambiental” (BRASIL, 2018, p. 31). No entanto, a ministra concluiu pela inconstitucionalidade da lei por sua “indevida alteração de reservas florestais à revelia do devido processo legislativo formal, por ato discricionário da Presidente da República, em prejuízo da proteção ambiental reservada a Parques Nacionais em área de Amazônia”. Assim, o juízo de proporcionalidade aplicado pautou-se no não atendimento a pressupostos formais da norma, ligados à sua exteriorização via medida provisória.

Não obstante, por ocasião do julgamento da ADC 42, em 2018, versando sobre a constitucionalidade do Código Florestal, o Supremo entendeu pela impossibilidade de revisão do conteúdo do Código quanto ao seu art. 4º, que previa alteração das áreas de preservação permanente no entorno dos reservatórios d’água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d’água, por violação do princípio democrático, ainda que implicasse em retrocesso ambiental. Neste sentido, a ementa do julgado fixou que “o princípio da vedação do retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo”, de forma que reconheceu “a possibilidade de o regulador distribuir os recursos escassos com vistas à satisfação de outros interesses legítimos, mesmo que não promova os interesses ambientais no máximo patamar possível” (BRASIL, 2018, p. 6-7).

No mesmo sentido posicionou-se a Corte quando do julgamento da ADI 6148, em 2022. Na ação em questão, que versava sobre a constitucionalidade da política de controle de

qualidade do ar instituída pelo CONAMA, a corte entendeu que, à luz das “múltiplas vicissitudes e peculiaridades do caso”, caberia, “prioritariamente, ao CONAMA, como órgão regulador e no exercício da sua capacidade institucional, aquilatar, com devida atenção e aprofundado rigor técnico, qual o melhor conjunto de medidas apto a orientar a política de controle da qualidade do ar” (BRASIL, 2022, p. 2). Assim, não seria dado ao Poder Judiciário adentrar no juízo técnico proferido pelo órgão, com base no princípio democrático.

Já na ADPF 749, julgada em 2021, versando sobre resoluções emitidas pelo CONAMA acerca de licenciamento ambiental, a Corte argumentou no sentido de que o controle constitucional a ser exercido deveria pautar-se tão somente na “adequada observância dos parâmetros objetivos impostos pela Constituição, bem como preservar a integridade do marco regulatório ambiental” (BRASIL, 2021, p. 27), limitando, portanto, a revisão judicial a aspectos formais, e dando deferência à escolha do regulamentador na análise material dos resultados e riscos da política pública por ele escolhida. Em consequência, a Corte votou pela procedência parcial da ação, julgando inconstitucional a Resolução nº 500, de 2020, do CONAMA que revogou as Resoluções nºs 284/2001, 302/2002 e 303/2002, sem substituir ou preencher a lacuna jurídica gerada por outra normativa, por serem as normas revogadas operacionais fixadoras de parâmetros mensuráveis necessários ao cumprimento da legislação ambiental. Já quanto à Resolução CONAMA nº 499/2020, que amplia o leque dos resíduos cujo coprocessamento em fornos rotativos de produção de clínquer pode ser licenciado pelas autoridades competentes, a Corte entendeu por sua constitucionalidade, pois, ainda que tenha havido expansão no leque de atividades permitidas que sejam possíveis causadoras de impacto ambiental, a resolução teria atendido parâmetros constitucionais objetivos para sua validade, mormente o estudo de impacto ambiental.

Em sentido similar, a Corte também entendeu que o controle de constitucionalidade de políticas públicas sobre a aplicação do princípio da precaução também só é possível quando a “decisão judicial não se afaste da análise formal dos limites desses parâmetros e que privilegie a opção democrática das escolhas discricionárias feitas pelo legislador e pela Administração Pública” (BRASIL, 2022, p. 1). Esse entendimento foi consolidado por ocasião do julgamento do RE nº 627.189, e reforçado recentemente por ocasião do RE 926944 AgR-AgR. No RE nº 627.189, discutia-se a

possibilidade de se impor a concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica [Eletropaulo, in casu], por observância do princípio da precaução, a obrigação de reduzir o campo eletromagnético de suas linhas de transmissão, de acordo com padrões internacionais de segurança, em face de eventuais efeitos nocivos à saúde da população (BRASIL, 2016, p. 1).

Na ocasião, a Corte consolidou sua compreensão sobre os contornos do princípio da precaução, entendendo-o como critério de gestão de risco, tendo, portando, dimensão instrumental. Ainda, o princípio encontra lugar de aplicação diante de incertezas científicas, transmutando-se no dever de que o Estado “analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais” (BRASIL, 2016, p. 2).

À luz dessas considerações, a Corte optou por uma análise meramente formal da aplicação do princípio, vez que, quanto ao juízo de adequação material, não se entendeu competente para apreciar a questão, diante do princípio da separação de poderes. Assim,

E o próprio legislador portanto, com sua intrínseca legitimidade democrática, que também ponderou os valores constitucionais envolvidos nessa controvérsia, e teve como bastante os limites a que as linhas de transmissão em foco se atém. Já se viu que, diante do grau de confiabilidade da premissa científica que fundamenta a pretensão das recorridas, essa era, de fato, uma deliberação que se franqueava à deferência legislativa (BRASIL, 2016, p. 34).

Quanto ao aspecto formal, o STF tratou da questão no que parece uma espécie de invocação da já mencionada cláusula da reserva do possível. Deste modo, os ministros entenderam que eventual controle pelo Poder Judiciário quanto à legalidade e à legitimidade na aplicação do princípio da precaução só poderia ocorrer em sentido mínimo, com extrema prudência, vez que aludido princípio encontra-se implicado em considerações eminentemente políticas, acerca das possibilidades econômicas de cada Estado.

Neste sentido, a reprodução de padrões protetivos estrangeiros foi vista como de grau excepcional, de forma que não serviria de parâmetro para a atuação no Brasil. Assim,

nas circunstâncias brasileiras de necessidade de desenvolvimento, aumento da matriz energética de uma maneira geral, esta posição de cautela excessiva sem comprovação de riscos pode impor ônus excessivos à democratização do acesso à energia e às demandas do desenvolvimento nacional (BRASIL, 2016, p. 52).

É difícil depreender, dos julgados acima trazidos, um critério sistemático de ponderação adotado pelo Supremo para que considere o controle judicial possível ou não no caso concreto, tendo sua postura oscilado entre a completa deferência à decisão havida pelo poder emanante da norma em disputa, sem apreciação aprofundada dos argumentos trazidos pelas partes quanto ao mérito e ao risco ou prejuízo efetivo aos direitos ambientais fundamentais implicados, como o caso da ADPF 825 parece ilustrar; e a inoponibilidade da separação dos poderes frente ao dever de guarda da Constituição pelo judiciário, via controle de constitucionalidade, como o caso da ADPF 651.

De todo modo, quando se optava pelo exercício do controle de constitucionalidade em detrimento de uma postura de deferência, não se estava diante de violação do princípio de

separação dos poderes, mas apenas o exercício de medida de concreção dos direitos constitucionalmente previstos, ponto esse exaustivamente trabalhado pelos ministros nos julgados colacionados. Assim, reforçou-se a existência de atribuição constitucional residual em matéria de políticas públicas dada ao Poder Judiciário, não podendo este Poder, no entanto, intervir indistintamente em tais políticas desenvolvidas pelos demais poderes, mas somente em casos excepcionais, de omissão ou contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação dos direitos sociais.

Já quanto à segunda barreira recorrentemente observada nos julgados, ligada às restrições orçamentárias do Estado, observa-se emergir em menor medida na fundamentação a ponderação referente à reserva do possível nos casos analisados. Ainda assim, o Supremo Tribunal Federal não ignora a necessidade de compatibilizar o controle de políticas públicas pelo Judiciário com o limite orçamentário estatal, tendo reconhecido, preponderantemente, que a reserva do possível não pode “servir de artifício perpétuo e arbitrário para frustrar o cumprimento de obrigações constitucionais fundadas no mínimo existencial” (COELHO, RIBEIRO, 2017, p. 49).

Aqui, afasta-se o discurso liberal de que os direitos sociais, ao contrário dos individuais, sofrem pela falta de recursos públicos, o que tornaria sua viabilização irremediavelmente condicionada à reserva do possível. Isso, pois mesmo a efetivação de direitos individuais também requisita dinheiro, como o exemplo dado por Cruz, sobre a manutenção das forças policiais na segurança das pessoas (CRUZ, 2007, p. 335-336). Dessa forma, não se pode utilizar da reserva do possível para justificar tutela aquém do que manda a Constituição no que tange aos direitos fundamentais liberais, sociais e ecológicos integrantes do mínimo existencial, que constitui núcleo irreduzível da dignidade humana (POLIPPO, 2008).

Sobre o tema, a doutrina fala mesmo na possibilidade de tutela preventiva incidente sobre o orçamento, como forma de viabilizar a decisão posta. Neste sentido, cita-se precedente relevante, consistente no REsp 493.811, julgado pela Segunda Turma do STJ em 2004. Referida contenda originou-se de ação civil pública objetivando compelir a Prefeitura Municipal a implantar serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos. Em resultado, o STJ, além de reconhecer a possibilidade do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, tanto sob a perspectiva da competência judicial quanto da impossibilidade de oposição da reserva do possível no caso, também reconheceu a possibilidade de tutela do orçamento correlato. Cuidou-se, também, de tutela preventiva (inclusão de verbas no próximo orçamento, evitando-se a continuação, no futuro, do ato ilícito) (COSTA, 2013).

Nesse sentido, a jurisprudência parece alinhada com a doutrina, ao afirmar que a preocupação com a legislação orçamentária é um elemento que deve comparecer na ponderação de interesses que envolve a adjudicação dos direitos sociais, todavia, não deverá ser óbice intransponível para a efetivação dos dispositivos constitucionais (SARMENTO, 2010, p. 202).

Assim, observa-se que o Judiciário vê-se autorizado (com um poder-dever) a proteger o bem jurídico ambiental através do rechaço ou correção para interpretação conforme a Constituição de normas inconstitucionais, nos casos de ação ou omissão normativa pelo Poder Legislativo e Executivo. Fato é que a implementação desse dever de concretização de normas constitucionais, por meio de políticas públicas, incumbe, normalmente, aos Poderes Legislativo e Executivo, os quais elaboram e executam as atividades tendentes à consecução dos fins do Estado, sendo certo que o protagonismo desses poderes não exclui a intervenção – quando necessária – do Poder Judiciário (THOMÉ, 2014, p. 211). Isso, pois a Constituição é importante elemento de referência e validade para o desenvolvimento de inúmeras políticas públicas nas diversos segmentos e atividades por ela regulados, de forma que tanto os direitos fundamentais a que se destinam a implementação das políticas públicas quanto os próprios elementos da política pública que devem ser desenvolvidos e concretizados podem estar contidos no texto constitucional e sujeitos a controle pelo judiciário (FIGUEIREDO, 2008, p. 16).

Por isso, o juízo de constitucionalidade deve incorporar as ponderações devidas quanto à concretização de direitos ambientais quando da análise do caso, o que guarda importância singular para a análise do princípio da proporcionalidade, que será analisado em apartado, no subcapítulo seguinte.

Para além dos julgados acima, que se prestam a demonstrar como o Supremo se posiciona na análise da aplicação de normas materiais de direito ambiental, também digna de atenção é a variação no entendimento da Corte sobre a divisão da competência entre os entes da federação em matéria ambiental. Neste sentido, vale rememorar que o modelo de repartição de competência legislativa em matéria ambiental adotado pela Constituição é complexo, levando a “difíceis problemas de concretização, associados, especialmente, às dificuldades de se determinar até que ponto os Estados federados podem, efetivamente, legislar no domínio da proteção do meio ambiente” (AYALA, 2020, p. 146). Neste sentido, verifica-se um movimento jurisprudencial no STF, partindo de uma jurisprudência muito centralizadora da competência na União, como o caso da ADI 2.396-9, sobre a constitucionalidade de legislação estadual do Mato Grosso do Sul sobre comercialização do

amianto, a uma gradual abertura ao reconhecimento da competência concorrente sobre o tema entre os entes.

Assim, por ocasião do Tema 145 de repercussão geral (BRASIL, 2015), o Supremo firmou entendimento no sentido de que o Município é ente competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e o Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados, por atribuição do art. 24, VI, c/c 30, I e II, da Constituição Federal. A competência municipal em matéria ambiental foi reforçada, ainda, pelo TEMA 970, julgado em 2022.

No entanto, a jurisprudência do STF ainda oscila entre o reconhecimento de competência comum ou centralizada em certos entes a depender da matéria ambiental em questão,⁴⁰ como pode ser depreendido da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6288 (BRASIL, 2020), em que reconheceu a inconstitucionalidade de lei estadual do Ceará dispondo sobre licenciamento ambiental, por entender que, não obstante existente a competência concorrente entre os entes, a lei atacada não resguardava a competência municipal sobre o tema no âmbito local. Mais recentemente, através do Tema 774 (BRASIL, 2020, p. 3), o Supremo também reconheceu mais uma exceção à competência legislativa concorrente, ao fixar a tese de que, em matéria de geração elétrica,

A norma estadual que impõe à concessionária de geração de energia elétrica a promoção de investimentos, com recursos identificados como parcela da receita que auferir, voltados à proteção e à preservação de mananciais hídricos é inconstitucional por configurar intervenção indevida do Estado no contrato de concessão da exploração do aproveitamento energético dos cursos de água, atividade de competência da União, conforme art. 21, XII, 'b', da Constituição Federal.

3.2. A ponderação de princípios ambientais constitucionais pelo STF

Viu-se que a postura do Supremo Tribunal Federal é vacilante no que tange à interpretação dos limites reconhecidos ao exercício do controle judicial de políticas ambientais, tendo preponderantemente afastado o óbice da reserva do possível, quando diante da tutela do núcleo composto do mínimo existencial, e reconhecido que não configura violação ao princípio da separação dos poderes o controle de constitucionalidade para garantir a concretização de direitos fundamentais constitucionais. Também se comprovou que, no mais das vezes, a decisão pela deferência ou não à decisão havida pelos outros Poderes pauta-se no exercício de ponderação dos princípios ambientais constitucionais implicados, sendo o dever

⁴⁰ Sobre o tema, ver: CARVALHAL, 2022.

de deferência modulador apriorístico do conteúdo jurídico de certos princípios para fins de controle jurisdicional, como o caso da precaução e da proibição do retrocesso em matéria ambiental. A ponderação dos princípios constitucionais pelo STF é ponto a ser aprofundado neste subcapítulo.

Em primeiro lugar, cabe rememorar que, nos termos da tipologia normativa de Robert Alexy, a norma jurídica é composta de regras e princípios, sendo que os princípios se distinguem das regras por serem estas trazem mandamentos exatos enquanto aqueles são mandados de otimização. Desta feita, quando há conflito aparente entre regras, aplica-se a ideia de “tudo ou nada” – apenas uma das regras será aplicada integralmente, enquanto a outra será declarada inválida ou será modificada para comportar a exceção trazida pela primeira regra. Lado outro, quando diante da colisão entre princípios, requer-se a ponderação entre ambos para atingir o melhor resultado possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas (ALEXY, 2014).

A ponderação é aplicada através do princípio da proporcionalidade, que, segundo Virgílio Afonso da Silva, é definida como

uma regra de interpretação e aplicação do direito, (...) empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da proporcionalidade (...) é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais (SILVA, 2003, p. 23).

Ainda para Alexy, a proporcionalidade pode ser entendida em três dimensões: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação diz respeito à capacidade do meio empregado de conduzir ao fim desejado. A necessidade é um juízo comparativo, pelo qual se pretende extrair se o meio escolhido para determinado fim é o menos gravoso dentre as demais opções possíveis. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito leva em conta a intensidade da restrição do direito atingido e a importância da realização do direito fundamental em contrapartida. Assim, verifica-se a importância de se satisfazer o direito preferido e se essa importância justifica a restrição ao direito preterido (ALEXY, 2014).

Deve-se lembrar que o princípio da proporcionalidade possui dupla dimensão, sendo a primeira, a proibição do excesso, e a segunda, a vedação de proteção insuficiente:

Posto de outra forma, se, por um lado, o ente estatal não pode atuar de modo excessivo, intervindo na esfera de proteção de direitos fundamentais a ponto de desatender aos critérios da proporcionalidade ou mesmo a ponto de violar o núcleo essencial do direito fundamental em questão, também é certo que o Estado, por força dos deveres de proteção aos quais está vinculado, também não pode omitir-se ou atuar de forma insuficiente na promoção e proteção de tal direito (por exemplo,

ausência ou insuficiência da legislação, conforme já se pronunciou o STF), sob pena incorrer em violação da ordem jurídico-constitucional em ambas as situações (SARLET, FENSTERSEIFER, 2014).

Dessa forma, em que pese o Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional de adjudicação e de controle constitucional, estar autorizado a um juízo pleno e exauriente da demanda, o juízo não poderá atuar oferecendo soluções iníquas, desproporcionais ou desarrazoadas no caso concreto, devendo-se utilizar os critérios de proporcionalidade e razoabilidade para os provimentos jurisdicionais (CANELA JUNIOR, 2011, p. 159).

No Direito Ambiental, em especial, o princípio da proporcionalidade tem grande interface com o princípio da precaução, na medida em que permite realizar a preocupação de se evitar a concretização de dano ou risco de dano ao meio ambiente pela escolha dos meios mais adequados, necessários e proporcionais disponíveis (CUIABANO, 2001).

Passando agora para a análise da ponderação de princípios ambientais constitucionais pelo STF, inicia-se pela retomada de quatro julgados já citados no tópico anterior: RE nº 627.189, ADC 42, ADI 6148 e ADPF 749.

O RE nº 627.189, como dito, versava sobre a aplicabilidade do princípio da precaução para alteração do limite de campo eletromagnético das linhas de transmissão de concessionária de energia, para resguardar os moradores localizados nas proximidades das linhas de risco de desenvolvimento de doenças. Discorrendo sobre a questão, a Corte tomou nota das diferentes dimensões assumidas pelo princípio da precaução, mas preferiu restringir sua aplicação, para fins de controle de constitucionalidade da normativa em questão, a uma definição formalista-instrumental do princípio. Resta claro, portanto, que, em havendo risco científico, não se pode pedir pelo afastamento do princípio. Isso não significa dizer que, em havendo a aplicação do princípio, sucederá necessariamente a aplicação do critério mais protetivo frente ao risco. Neste sentido, o STF, ao definir dito princípio enquanto critério de gestão de riscos, apenas está a impor a obrigação de que o juízo de prevenção incida na tomada de decisão do legislador e poder público, não que a tutela do bem jurídico sob qual paira o risco prevaleça, em absoluto, frente a outros bens e objetivos em conflito.⁴¹

A despeito dessa definição, concebendo o princípio da precaução como critério de gestão de risco, e, portanto, uma obrigação instrumental de sopesamento – à moda de uma ponderação principiológica qualificada; ao analisar sua aplicabilidade fática, o julgado tratou

⁴¹ Neste sentido, a Corte entendeu que, diante de uma sociedade de riscos, a existência dos referidos riscos decorrentes de incertezas científicas não deve produzir uma paralisia estatal ou da sociedade, nem gerar como resultados temores infundados, sob pena de desencadear danos juridicamente injustos e, portanto, indenizáveis.

dito princípio como um imperativo de resultado, ou seja, princípio cuja aplicação levaria necessariamente à constrição de atuação pelo Estado.

Evidência disso é que, ao justificar a constrição ao controle sobre a norma infraconstitucional que estabelece a limitação dos campos eletromagnéticos em nosso ordenamento, utiliza-se, como fundamento, o fato de o princípio da precaução também não ser absoluto:

Ocorre que a precaução não é o único elemento a ser considerado no presente caso, havendo necessidade de se identificar os demais princípios relevantes e **eventualmente colidentes**, para que, após, seja realizado um juízo de ponderação, de modo a encontrar uma solução que restrinja apenas na medida indispensável o campo de abrangência de cada um dos princípios em conflito (BRASIL, 2016, p. 3).

Na ADC 42, versando sobre diversos pontos do Código Florestal, destaca-se a ponderação entre o princípio da vedação do retrocesso ambiental e o princípio democrático, de forma que reconheceu “a possibilidade de o regulador distribuir os recursos escassos com vistas à satisfação de outros interesses legítimos, mesmo que não promova os interesses ambientais no máximo patamar possível” (BRASIL, 2018, p. 6-7). No caso em questão, o julgador optou pela recusa do exame dos dados e argumentos trazidos pelas partes e intervenientes no processo acerca dos riscos científicos ou constatações de fato de decréscimos protetivos trazidos pelo Código, por entender estar a revisão judicial das premissas empíricas que embasam determinada medida regulatória, quanto mais quando editada pelo legislador democrático, vedada pelo princípio da separação dos poderes.

Neste sentido, a vedação do retrocesso ambiental só poderia ser argumentada como causa de inconstitucionalidade quando “existente um estado de inconstitucionalidade quando eliminada determinada norma infraconstitucional ou estrutura material essencial para a concretização mínima de um comando explícito da Carta Magna” (BRASIL, 2018, p. 17). A conclusão parece mitigar a extensão do princípio, cuja natureza própria pugna por amplitude de aplicação enquanto mandado de otimização.

No mesmo sentido o posicionamento da Corte quando do julgamento da ADI 6148, em 2022. Na ação em questão, que versava sobre a constitucionalidade da política de controle de qualidade do ar instituída pelo CONAMA, verificaram-se em tensão os princípios constitucionais do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da proteção à saúde humana, do desenvolvimento sustentável e da equidade intergeracional, de um lado, e o princípio democrático.

Apesar do acerto da Min. Relatora, Cármen Lúcia, em reconhecer, da pura análise material da resolução, que “proteção deficiente ao direito ao meio ambiente ecologicamente

equilibrado e inobservância do princípio constitucional da eficiência, até mesmo pela carência de prazos para que se complementem as medidas definidas” (BRASIL, 2022, p. 25), a corte entendeu que, à luz das “múltiplas vicissitudes e peculiaridades do caso”, caberia, “prioritariamente, ao CONAMA, como órgão regulador e no exercício da sua capacidade institucional, aquilatar, com devida atenção e aprofundado rigor técnico, qual o melhor conjunto de medidas apto a orientar a política de controle da qualidade do ar” (BRASIL, 2022, p. 2). Assim, o princípio democrático estrangulou todos os demais princípios ambientais oponíveis ao caso, e mesmo flexibilização dos padrões internacionais reconhecidos pela Organização Mundial da Saúde sobre o tema, prestando a Corte deferência ao juízo técnico proferido pelo órgão, com base na separação de poderes e reconhecimento da qualidade técnica do órgão.

Finalmente, na ADPF 749, julgada em 2021, igualmente tratando de resoluções emitidas pelo CONAMA, dessa vez acerca de licenciamento ambiental, a Corte entendeu pela constitucionalidade da Resolução CONAMA nº 499/2020, que amplia o leque dos resíduos cujo coprocessamento em fornos rotativos de produção de clínquer pode ser licenciado pelas autoridades competentes, pois, ainda que tenha havido expansão no leque de atividades permitidas que sejam possíveis causadoras de impacto ambiental, a resolução teria atendido parâmetros constitucionais objetivos para sua validade, mormente o estudo de impacto ambiental. Neste sentido, novamente confrontada com os princípios da vedação do retrocesso em matéria ambiental e a precaução, a Corte reforçou a compreensão do princípio da precaução enquanto critério de gestão de risco e limitou a aplicação do princípio da vedação do retrocesso ambiental a normativas que inequivocamente atinjam o núcleo do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado.

No entanto, ainda que o resultado tenha sido pela denegação do pedido quanto à Resolução nº 499/2020, para a apreciação do princípio jurídico a prevalecer no caso, o voto da relatora, min. Rosa Weber, demonstra adequada consideração da incerteza científica circulando o caso, observando os padrões internacionais sobre o tema e vantagens e desvantagens de cada alternativa proposta, além das disposições contidas na regulamentação para mitigação dos eventuais danos decorrentes da ampliação do leque dos resíduos cujo coprocessamento em fornos rotativos de produção de clínquer. Desta forma, o controle constitucional exercido pautou-se somente na “adequada observância dos parâmetros objetivos impostos pela Constituição, bem como preservar a integridade do marco regulatório ambiental” (BRASIL, 2021, p. 27), limitando, portanto, a revisão judicial a aspectos formais,

e dando deferência à escolha do regulamentador na análise material dos resultados e riscos da política pública por ele escolhida.

Afora esses julgados, colacionam-se a seguir uma série de decisões notórias proferidas pelo Supremo Tribunal Federal,⁴² que demonstram como tem feito a ponderação de princípios ligados a desenvolvimento econômico, cultura e meio ambiente: a ADPF 101, ADI 3.540, RE 586.224/SP e ADI 4.983.⁴³

A iniciar pela ADPF 101, julgada em 2009 (BRASIL, 2009), a ação impugnava normativas estaduais proibitivas de importação de pneus usados, com base em princípios econômicos constitucionais, como a livre iniciativa e o livre comércio. Ao discorrer sobre o tema, sopesando as pretensões da arguente com os princípios constitucionais do desenvolvimento sustentável, da equidade e responsabilidade intergeracional, do meio ambiente ecologicamente equilibrado e da precaução, e à luz dos dados trazidos ao caso, a min. Relatora, Cármen Lúcia, concluiu que restava comprovado o risco ao meio ambiente da importação, sendo legítimas as restrições impostas à importação pelas normativas estaduais impugnadas, sendo o raciocínio vencedor e inserido na ementa do julgado:

Assim, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais demonstra que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225, da Constituição do Brasil (BRASIL, 2008, p. 5 e 108).

Indo adiante, na ADI 3.540, de Relatoria pelo Min. Celso de Mello, julgada em 2005, que impugnava a constitucionalidade da Medida Provisória n. 2.166-67, de 24/08/2001, que alterava a redação do Código Florestal vigente à época para alterar a dinâmica de atividades permitidas causadoras de supressão de vegetação dentro de áreas de preservação permanente. No caso em questão, além de considerações formais, sobre a adequação da via normativa utilizada para a finalidade desejada, dadas as limitações de matérias passíveis de serem endereçadas por medida provisória, alegou-se, ofensa ao princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado. A corte, guiada pelo voto do min Relator, Celso de Mello, entendeu pela constitucionalidade da Medida Provisória, ponderando que, analisando o

⁴² Os acórdãos foram extraídos do sítio eletrônico do STF, a partir de casos citados na doutrina como paradigmáticos sobre o tema. Ver, e.g., WEDY, 2017; BARBOZA, CALGARO, 2019; SARLET, FENSTERSEIFER, 2017. Foram pré-excluídos julgados proferidos há mais de 20 anos, por ser a pesquisa voltada à identificação da jurisprudência atual brasileira sobre o tema.

⁴³ Ressalta-se que foram colacionados apenas casos de conflitos entre direitos coletivos, visto que, em casos de conflito entre direitos individuais e coletivos, “o comportamento decisório do Supremo diante da necessidade de ponderar o direito ao meio ambiente com os direitos individuais de naturezas diversas tem sido o de dar preferência ao interesse coletivo” (BRASIL, 2016, p. 3).

conjunto fático apresentado, a prática subsequente à adoção da Medida Provisória não resultou em lesão ao meio ambiente, conforme temido pelo requerente, afastando-se por isso a inconstitucionalidade da norma. A decisão pautou-se, portanto, na verificação de dano, sendo silente quanto ao risco ambiental trazido pela normativa – ignorando, pois, a aplicação do princípio da precaução (BRASIL, 2005).

O RE 586.224/SP, por sua vez, tratou-se de recurso extraordinário em ação direta de inconstitucionalidade estadual. No caso em tela, disputava-se a competência municipal em legislar sobre queima de palha de cana-de-açúcar, quando em conflito com lei Estadual sobre o mesmo tema. Assim, apesar de reconhecida a competência do ente municipal a legislar sobre o tema, em caráter concorrente com os demais entes federativos, a lei sob revisão, ao dispor pela proibição total e não progressiva da utilização do fogo como método despalhador no cultivo de cana-de-açúcar, a despeito da política de abandono progressivo da prática desenhada na legislação estadual sobre o tema, levou a corte a declarar a legislação municipal em comento inconstitucional.

Isso, pois, no entender da maioria formada, guiada pelo min. Relator Luiz Fux, a legislação não considerou o prejuízo econômico e de viabilidade à continuidade do trabalho local, uma vez que, considerando as características do terreno de plantio e a ausência de tecnologia acessível para substituição da queima para fins de colheita levaria a inviabilização da prática de cultivo: “sem uma tecnologia que possa atender às necessidades inerentes à atividade e com a proibição imediata da queima da cana, chega-se a uma situação em que o agricultor deve forjar um novo meio de sustento” (BRASIL, 2015, p. 6). Além disso, ponderou-se que a “inserção das colheitadeiras no plantio da cana exige mão-de-obra qualificada para operá-las. Todavia, se os trabalhadores não têm conhecimento técnico para tanto, é certo concluir que a proibição imediata dispensará os serviços de muitas pessoas” (BRASIL, 2015, p. 7). Aqui, apesar de extensa argumentação ponderando quais os malefícios aos princípios do desenvolvimento econômico e do trabalho trazidos pela legislação atacada, não houve, em sentido similar, ponderação inversa, quanto aos malefícios trazidos ao bem jurídico ambiental pela queima da cana, no caso de supressão da lei municipal, limitando-se o relator a ponderar que:

Se de uma parte a queima traz prejuízos, de outro, a utilização de máquinas também geram impacto negativo ao meio ambiente. Conforme esclarecido na audiência pública e mencionado no relatório, a decomposição da cana gera gás metano, o que contribui para o efeito estufa, além do surgimento de ervas daninhas e o consequente uso de pesticidas e fungicidas (BRASIL, 2015, p. 15-16).

Por fim, passando à ADI 4.983, de 2016, este julgado ficou famoso por declarar a inconstitucionalidade da vaquejada, prática cultural “na qual dupla de vaqueiros, montados em cavalos distintos, busca derrubar um touro, puxando-o pelo rabo dentro de uma área demarcada” (BRASIL, 2016, p. 2), regulamentada em lei no Estado do Ceará. No exercício de jurisdição sobre o caso, a Corte procedeu à ponderação entre direitos de natureza ambiental, como a vedação a práticas cruéis aos animais em decorrência da proteção da fauna e da flora, e culturais, considerando a origem cultural e histórica da vaquejada. O conflito, portanto, é similar ao conteúdo discutido nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, relator ministro Celso de Mello, julgada em 26 de maio de 2011, e nº 2.514/SC, relator ministro Eros Grau, apreciada em 29 de junho de 2005, referentes à constitucionalidade da “briga de galos”.

Na análise de mérito, a partir dos dados e argumentos trazidos pelas partes, constatou-se inequívoca prática cruel contra bovinos, de forma a afastar, em absoluto, os interesses contrapostos. Dessa forma, a vedação de tratamento cruel aos animais, segundo consta do voto do Relator, min. Marco Aurélio, seria inderrogável, sendo que “a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988” (BRASIL, 2016, p. 6). Assim, no proceder do relator, não haveria nem ponderação a se proceder, haja vista a impermissibilidade de proteção a práticas do gênero pela Constituição – ou, conforme colocou a min. Rosa Weber, “o constituinte não oferece a opção de ponderar a dor ou o sofrimento do animal” (BRASIL, 2016, p. 71).⁴⁴

Verifica-se, pela análise dos julgados trazidos, a ausência de aplicação sistemática do princípio da proporcionalidade, levando a situações de completa exclusão dos princípios ambientais ou seu esvaziamento em favor de juízos de deferência judicial na ponderação levada a cabo pelo juízo, como nos casos do RE nº 627.189, ADC 42, ADI 6148, ADI 3.540 e RE 586.224/SP. Em outros casos, e excepcionalmente, apesar de não ser expressa a metodologia de aplicação da ponderação constitucional, resta claro o cuidado da Corte em considerar os dados e argumentos incidentes sobre a controvérsia, resultando ora no favorecimento de princípios ambientais, ora na prevalência justificada dos princípios a eles oponíveis, mormente ligados à separação dos poderes e desenvolvimento econômico.

Assim, parece clara a necessidade de se propor uma mudança no parâmetro de ponderação constitucional, esclarecendo os critérios diretivos a guiar o juiz ao mesmo tempo

⁴⁴ O que parece indicar tratar-se da consubstanciação de um super princípio constitucional, tal como a doutrina tem concebido o princípio da dignidade da pessoa humana.

em que se garante a devida consideração dos princípios ambientais implicados, tendencialmente preteridos na ponderação correntemente empregada pelos magistrados. A defesa de novos aportes normativos e hermenêuticos para a efetivação da tutela ao bem jurídico ambiental no exercício do controle judicial de políticas públicas é o tema do último capítulo desta dissertação, a seguir.

4. A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO AMBIENTAL VIA CONTROLE JUDICIAL NO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

Nos capítulos anteriores, discorreu-se sobre o surgimento da doutrina do controle de constitucionalidade, sua legitimação teórica e constitucional no ordenamento pátrio e as discussões sobre os limites ao seu exercício diante de preocupações com a preservação do princípio democrático. Verificaram-se, igualmente, os desafios ao exercício do controle judicial particularmente postos por políticas públicas de natureza ambiental, na medida em que os bens jurídicos tutelados assistem a maior grau de difusão material, espacial, temporal e quanto aos sujeitos implicados, destinatários finais da proteção.

Por fim, foi analisado como a jurisprudência pátria lida com a tensão entre a tutela de direitos ambientais, para a realização de direitos fundamentais constitucionais, e a autocontenção judicial, para a preservação da esfera de competência dos demais poderes, a partir de julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, buscou-se apreender os limites ao exercício do controle judicial de políticas ambientais construídos pela jurisprudência e como esses limites influenciam na ponderação de princípios constitucionais colidentes feita pelo magistrado na apreciação do mérito dos casos submetidos ao controle jurisdicional.

À luz do suporte teórico e diagnóstico da prática jurídica observada na jurisdição pátria, o presente capítulo destina-se à defesa do reconhecimento de uma nova hermenêutica jurídica hábil a garantir efetivamente a tutela ao bem jurídico ambiental no exercício do controle judicial de políticas públicas. Assim, a primeira parte do capítulo dará conta das possibilidades de maior concretização do Estado de Direito Ambiental através da incorporação e aplicação de normativas internacionais sobre o tema, passíveis de melhorar a interpretação e sistematização jurídica das regras e princípios ambientais. A segunda parte do capítulo propõe a mudança do parâmetro de ponderação de princípios constitucionais através

da utilização do princípio da proporcionalidade socioambiental como novo parâmetro decisivo.

4.1. Incorporação e aplicação de normativas ambientais internacionais

Como já discutido anteriormente, os direitos ambientais pertencem a uma dimensão de direitos marcada por patente difusibilidade, tornando difícil a apreensão clara e singularizada de seus contornos (sujeitos afetados, extensão temporal e territorial da lesão, fonte causadora) nos casos em que se discute a existência de lesão a direitos ambientais. Soma-se a isso o alto nível de abstração próprio dos princípios de direito, eis que comandos diretivos especialmente destinados à supressão de lacunas jurídicas, em sua gênese, passando por uma reformulação no neoconstitucionalismo a fim de prestar-se a orientar a interpretação do ordenamento jurídico como um todo, por meio da irradiação dos princípios constitucionais a todos os ramos do direito.

Em razão disso, a análise de normativas internacionais sobre direito ambiental tem o condão de auxiliar o operador do direito na compreensão do conteúdo dos princípios ambientais constitucionais, oferecendo balizas e parâmetros de aplicação relevantes para sua devida concretização. Outrossim, a aplicação de normativas ambientais, além de aumentar o grau da necessária integração internacional em torno da agenda do meio ambiente, a fim de concretizar sua promoção e proteção enquanto direito havido pela humanidade como um todo, pode ser compreendida como obrigação positiva interna decorrente da vinculação e incorporação dessas normativas pelo Estado Brasileiro, enquanto sujeito de direito internacional.

Neste sentido, serão colacionados tratados internacionais ratificados pela República Federativa Brasileira, que vinculam o Estado no plano externo, em decorrência dos princípios da soberania e *pacta sunt servanda*, e interno, em que pode assumir status supralegal ou constitucional, conforme o trâmite de incorporação. Entende-se que os tratados ambientais integrem a categoria de tratados de direitos humanos, aplicando-se, portanto, o que dispõe o art. 5º, §3º da Constituição (incluído no texto constitucional via Emenda Constitucional nº 45/2004) e o precedente havido pelo RE 466.343/SP, que versou sobre a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. Esse posicionamento é defendido pela doutrina especializada, a exemplo de Sarlet e Fensterseifer (2017) e Silva (2007), e reconhecida pelo STF por ocasião do julgamento da ADPF 708, em que o rel. Min. Roberto Barroso, dispôs

expressamente que “tratados sobre direito ambiental constituem espécie do gênero tratados de direitos humanos e desfrutam, por essa razão, de status supranacional” (BRASIL, 2022, p. 23), entendimento esse acompanhado pela maioria dos ministros e trazido à ementa do acórdão.

Igualmente, outras espécies de documentos internacionais serão discutidas, na medida em que, embora não vinculantes *per se*, sirvam a compreender a *opinio iuris* em torno de práticas internacionais, constituindo, portanto, costumes internacionais, que são fontes reconhecidas do direito e vinculantes ao Estado, nos termos do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, anexo à Carta da ONU.⁴⁵

Dessa forma, além de aportes interpretativos ao operador do direito, essas normativas constituem verdadeiras fontes de direitos, integrando o ordenamento jurídico e condicionando a prática jurídica à sua observância, sob pena de revisão pelo Judiciário via controle jurisdicional.⁴⁶

Inicia-se a incursão pela emblemática Declaração de Estocolmo, de 1972.⁴⁷ Dita Declaração é resultado da Conferência Mundial de Estocolmo, organizada pelas Nações Unidas para discussão de temas ambientais. O produto das discussões havidas foi, então, externado pela Declaração, que reuniu 26 princípios e ações voltadas para a redução de impactos ambientais. A Declaração é referência como pioneira na proposição de princípios como o princípio da prudência ou cautela, princípio da responsabilidade, princípio do poluidor-pagador e o princípio da cooperação entre os Estados. Dentre seus enunciados, destaca-se que:

Princípio 4 O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio da flora e da fauna silvestres e seu habitat, que se encontram atualmente, em grave perigo, devido a uma combinação de fatores adversos. Consequentemente, ao planificar o desenvolvimento econômico deve-se atribuir importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres.

(...)

Princípio 17 Deve-se confiar às instituições nacionais competentes a tarefa de planejar, administrar ou controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente (ONU, 1972).

⁴⁵ Incorporada ao ordenamento doméstico pelo Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945.

⁴⁶ Discute-se, na doutrina, a possibilidade de normais do gênero, ainda que não sigam o rito de aprovação dado no art. 5º, §3º, da Constituição para adquirir *status* constitucional, integrem o rol de direitos fundamentais pelo bloco de constitucionalidade, pelo que teriam hierarquia constitucional. Além disso, os tratados assinados pelo Estado Brasileiro permitiriam, também, a aplicação de controle de convencionalidade sobre normativas internas com eles conflitantes. Sobre o tema, ver RAMOS, 2009.

⁴⁷ A Declaração possui status jurídico de *soft law*, mas diversos princípios já foram reconhecidos como reflexos de costume internacional pelos órgãos jurisdicionais internacionais. Sobre o tema, ver: KISS, SHELTON, 2007.

Com esses princípios, tem-se o reconhecimento da necessidade de atuação ativa por parte do Estado do patrimônio ambiental, devendo empregar os meios necessários para que a utilização de recursos naturais pelo homem esteja condicionada à conservação da natureza. Assim, tem-se insculpido, enquanto conteúdo do dever de proporcionalidade, a vedação de proteção insuficiente, extensível a todas as esferas do Estado, e que deve orientar a criação, implementação e fiscalização de conformidade das políticas públicas ambientais (WEDY, 2020).

No mesmo sentido é a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992 – Rio-92.⁴⁸ Dita Declaração é resultado da Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida em solo pátrio para discussão de temas ambientais. Dita Declaração é comumente referida como a instituidora do princípio da precaução como postulado jurídico internacional – em verdade já havia a formulação do princípio em declarações antecedentes, com alguma divergência de designação (como “precautionary approach” ou “anticipatory environmental protection”) e escopo (SILVA, 2002). Assim, destaca-se, além da renovação dos compromissos havidos pela Declaração de Estocolmo, o seguinte:

Princípio 11: Os Estados deverão promulgar leis eficazes sobre o meio ambiente. As normas ambientais e os objetivos e prioridades em matérias de regulamentação do meio ambiente, devem refletir o contexto ambiental e de desenvolvimento às quais se aplicam. As normas aplicadas por alguns países podem resultar inadequadas e representar um custo social e econômico injustificado para outros países, em particular os países em desenvolvimento.

(...)

Princípio 15: Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para que seja adiada a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação ambiental (ONU, 1992).

Da conjunção dos princípios colacionados, depreende-se o dever do Estado vinculativo à esfera legislativa, de efetivar os postulados jurídicos em relação ao meio ambiente, refletindo o estágio atual do desenvolvimento. Para tanto, altera-se a visão do Estado enquanto detentor e livre dispositor sobre os bens ambientais, dando luz a uma concepção na qual

O Poder Público passa a figurar não como proprietário dos bens ambientais — águas, ar e solo, fauna e florestas, patrimônio histórico — mas como um gestor ou

⁴⁸ A Declaração possui status jurídico de *soft law*, mas diversos princípios já foram reconhecidos como reflexos de costume internacional pelos órgãos jurisdicionais internacionais – em especial, o princípio da precaução. Sobre o tema, ver: KISS, SHELTON, 2007.

gerente que administra bens que não são dele e, por isso, deve explicar convincentemente a sua gestão. A aceitação dessa concepção jurídica vai conduzir o Poder Público a ter que prestar contas sobre a utilização dos “bens de uso comum do povo” (MACHADO, 2017, p. 137-138).

Junto dessa guinada, apta a impor em dever de prestação de contas como limitador da discricionariedade no agir estatal, a emergência do princípio da precaução prescreve explicitamente que os custos para impedir a degradação ambiental não podem ser opostos à políticas preventivas e de precaução, sempre que houver configurado risco de dano grave ou irreversível. Assim, o princípio impõe, de pronto, dimensão proibitiva no agir do jurista: este fica obstado, de pronto, a apor justificativa puramente econômica como óbice à concretização de atos voltados à prevenção de danos ambientais, restando tanto o legislador e administrador vinculados em suas esferas de poder, quando o magistrado, no exercício do controle judicial de políticas públicas. Esta formulação, pois, remete à essência da eficácia do direito ambiental, permitindo que se demandem ações do Estado no sentido de evitar, neutralizar ou minimizar situações de risco potencial à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente (DERANI, 2001).

Certo é que, nos termos em que formulado no diploma acima, tem-se que, em havendo incerteza científica e risco de dano grave ou irreversível, “a incerteza científica milita em favor do ambiente, carreando-se ao interessado o ônus de provar que as intervenções pretendidas não trarão consequências indesejadas ao meio considerado” (MILARÉ, 2015, p. 265).

Como resultado da Conferência do Rio,⁴⁹ houve uma grande permeabilização da temática ambiental a outras áreas de cooperação internacional. Igualmente, a ideia de proteção do ecossistema também se ampliou e se aprofundou. O objetivo setorial anterior de proteger a fauna e a flora selvagens passa, portanto, a ser incorporado ao objetivo mais geral e abrangente de manter a diversidade biológica *in situ*, em abordagem holística do tema (KISS, SHELTON, 2007, p. 42 e ss.).

Assim, cita-se como marco de desenvolvimento de um sistema integrado, abrangente e efetivador do direito ambiental a Convenção sobre Diversidade Biológica⁵⁰, tratado internacional que busca a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável de seus componentes, que traz a definição da conservação *in situ* em seu art. 8º, além de pugnar pela conservação *ex situ* em artigo posterior:

⁴⁹ Que desdobrou-se por ocasiões da Rio+10 e Rio+20, voltada à nova apreensão do estado atual do desenvolvimento sustentável para renovação do compromisso ambiental.

⁵⁰ Promulgada no Brasil pelo Decreto Federal nº 2.519 de 16 de março de 1998.

Artigo 8

Conservação in situ

Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso:

- a) Estabelecer um sistema de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica;
- b) Desenvolver, se necessário, diretrizes para a seleção, estabelecimento e administração de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica;
- c) Regulamentar ou administrar recursos biológicos importantes para a conservação da diversidade biológica, dentro ou fora de áreas protegidas, a fim de assegurar sua conservação e utilização sustentável;
- d) Promover a proteção de ecossistemas, habitats naturais e manutenção de populações viáveis de espécies em seu meio natural;
- e) Promover o desenvolvimento sustentável e ambientalmente sadio em áreas adjacentes às áreas protegidas a fim de reforçar a proteção dessas áreas;
- f) Recuperar e restaurar ecossistemas degradados e promover a recuperação de espécies ameaçadas, mediante, entre outros meios, a elaboração e implementação de planos e outras estratégias de gestão;
- g) Estabelecer ou manter meios para regulamentar, administrar ou controlar os riscos associados à utilização e liberação de organismos vivos modificados resultantes da biotecnologia que provavelmente provoquem impacto ambiental negativo que possa afetar a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica, levando também em conta os riscos para a saúde humana;
- h) Impedir que se introduzam, controlar ou erradicar espécies exóticas que ameacem os ecossistemas, habitats ou espécies;
- i) Procurar proporcionar as condições necessárias para compatibilizar as utilizações atuais com a conservação da diversidade biológica e a utilização sustentável de seus componentes;
- j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas;
- k) Elaborar ou manter em vigor a legislação necessária e/ou outras disposições regulamentares para a proteção de espécies e populações ameaçadas;
- l) Quando se verifique um sensível efeito negativo à diversidade biológica, em conformidade com o art. 7, regulamentar ou administrar os processos e as categorias de atividades em causa; e
- m) Cooperar com o aporte de apoio financeiro e de outra natureza para a conservação in situ a que se referem as alíneas a a l acima, particularmente aos países em desenvolvimento (ONU, 1992).

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima⁵¹ e o Protocolo de Kyoto⁵², por suas vezes, possuem como objetivos centrais a redução de emissões de gases de efeito estufa e a mitigação dos efeitos da mudança climática, sendo este protocolo complementar àquela.⁵³ A Convenção, já em sua parte inicial, pugna o princípio do desenvolvimento sustentável e da precaução, como balizas à atuação do Estado, demandando esforços positivos para a proteção e promoção do direito ambiental:

⁵¹ Promulgada via Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998.

⁵² Aprovada via Decreto Legislativo nº 144 de 2002.

⁵³ Também reforçados pelo Acordo de Paris, de 2015.

Artigo 3

Princípios

Em suas ações para alcançar o objetivo desta Convenção e implementar suas disposições, as Partes devem orientar-se *inter alia*, pelo seguinte:

(...)

3. As Partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas devem levar em conta os diferentes contextos sócioeconômicos, ser abrangentes, cobrir todas as fontes, sumidouros e reservatórios significativos de gases de efeito estufa e adaptações, e abranger todos os setores econômicos. As Partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação, para enfrentar a mudança do clima.

4. As Partes têm o direito ao desenvolvimento sustentável e devem promovê-lo. As políticas e medidas para proteger o sistema climático contra mudanças induzidas pelo homem devem ser adequadas às condições específicas de cada Parte e devem ser integradas aos programas nacionais de desenvolvimento, levando em conta que o desenvolvimento econômico é essencial à adoção de medidas para enfrentar a mudança do clima (ONU, 1992).

Em, complemento, dispõe o Protocolo de Kyoto, em seu art. 2º:

Artigo 2

1 Cada Parte incluída no Anexo I, ao cumprir seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões assumidos sob o Artigo 3, a fim de promover o desenvolvimento sustentável, deve:

(a) Implementar e/ou aprimorar políticas e medidas de acordo com suas circunstâncias nacionais

(...)

3. As Partes incluídas no Anexo I devem empenhar-se em implementar políticas e medidas a que se refere este Artigo de forma a minimizar efeitos adversos, incluindo os efeitos adversos da mudança do clima, os efeitos sobre o comércio internacional e os impactos sociais, ambientais e econômicos sobre outras Partes, especialmente as Partes países em desenvolvimento em particular as identificadas no Artigo 4, parágrafo 8 e 9, da Convenção, levando em conta o Artigo 3 da Convenção. A Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo pode realizar ações adicionais, conforme o caso, para promover a implementação das disposições deste parágrafo (ONU, 1997).

Também no Protocolo de San Salvador, vinculado à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, demonstra-se a sensibilidade sobre o tema, dispondo que:

Artigo 11

Direito a um meio ambiente sadio

1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos.

2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente (OEA, 1996).

No plano europeu, digna de menção é a Convenção da UNECE sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente (mormente designada por Convenção de Aarhus). Dita Convenção, que versa principalmente sobre o acesso à informação e participação popular na tomada de decisões relativas ao meio ambiente, traz o reconhecimento do acesso à justiça, abrangida a possibilidade de disputa sobre a constitucionalidade de políticas ambientais, como inerente ao gozo do meio ambiente, conforme o seu preâmbulo:

Procurando garantir ao público, bem como às organizações, o acesso a mecanismos judiciais eficazes por forma a proteger os seus interesses legítimos e a garantir a aplicação da lei, (UNECE, 1998).

Em sentido similar, na América Latina foi instituído o Acordo de Escazú,⁵⁴ primeiro tratado ambiental da América Latina e do Caribe, com o objetivo de promover os direitos de acesso à informação, à participação e à justiça em questões ambientais. O acordo traz uma elucidativa síntese de princípios ambientais conformadores de uma rede compreensiva de proteção que obriga os Estados à conformação:

Artigo 3

Princípios

Na implementação do presente Acordo, cada Parte será guiada pelos seguintes princípios:

- a) princípio de igualdade e princípio de não discriminação;
- b) princípio de transparência e princípio de prestação de contas;
- c) princípio de vedação do retrocesso e princípio de progressividade;
- d) princípio de boa-fé;
- e) princípio de prevenção;
- f) princípio de precaução;
- g) princípio de equidade intergeracional;
- h) princípio de máxima publicidade;
- i) princípio de soberania permanente dos Estados sobre seus recursos naturais;
- j) princípio de igualdade soberana dos Estados;
- k) princípio pro persona (ONU, 2018).

Todos esses postulados e normativas apontam para a corroboração de um Estado de Direito Ambiental, trazendo permeabilidade jurídica a uma concepção integrada ou integrativa do meio ambiente e, conseqüentemente, um direito integrado e integrativo do ambiente, hábil a dar conta de suas particularidades e conferir uma tutela cada vez mais holística dos bens jurídicos como um todo (CANOTILHO, 1998, p. 22).

Assim, os valores ecológicos revelam-se como um elo entre os indivíduos de diferentes nações, a permitir uma lúcida visualização da conexão mundial das ações locais e da necessária responsabilização independentemente dos ordenamentos jurídicos domésticos. É sobre o pressuposto de solidariedade presente no Direito Ambiental, e bem externalizado nas

⁵⁴ O acordo foi assinado pelo Brasil em 2018, mas ainda não foi ratificado e incorporado internamente pelo país.

diferentes normativas internacionais sobre o tema, que se “expressa a necessidade fundamental de coexistência do ser humano em um corpo social, formatando a teia de relações intersubjetivas e sociais que se traçam no espaço da comunidade estatal” (SARLET, FENSTERSEIFER, 2014, p. 69).

A afirmação dos valores ecológicos em nossa Constituição encontra-se de forma mais bem perceptível em seu art. 225, que pugna pelo direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual ratifica o direito do cidadão de ter uma vida naturalmente saudável. Assim é a redação do *caput* do art. 225:

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

Apesar de sua centralidade na temática ambiental, os postulados constitucionais sobre meio ambiente não se esgotam aí, sendo também percebidos espalhados no espaço da Constituição, com destaque para os arts. 5º, XXII e XXIII, 20, II a VII, 21, XIX, 22, IV, 23, VI e VII, 24, VI a VIII, 26, I, 170, VI, 184, § 2º, 186, II, e 200, VII e VIII (CANOTILHO, LEITE, 2015).

Todos esses dispositivos, lidos sob o prisma de um Estado de Direito Ambiental, como as normativas internacionais sobre o tema predizem e complementam de acordo com seu status doméstico, conduzem à elucidação dos contornos dos princípios ambientais constitucionais, ficando provado seu negligenciamento por uma interpretação esvaziante justificada por uma pretensa abstração excessiva de seu conteúdo. Deste modo, faz-se imperiosa a alteração do atual paradigma de ponderação e aplicação do Direito, enrijecido e tendente a privilegiar direitos de dimensões individuais e coletivas, eis que com maior grau de concreção que os direitos difusos, a fim de concretizar os postulados ambientais constitucionais e dar efetividade ao Estado de Direito Ambiental.

4.2. Aplicação do princípio da proporcionalidade socioambiental e mudança do parâmetro de ponderação constitucional

De tudo quanto discutido, verifica-se uma ordem constitucional hábil a sustentar o paradigma do Estado de Direito Ambiental, que “pode ser compreendido como produto de novas reivindicações fundamentais do ser humano e particularizado pela ênfase que confere à proteção do meio ambiente” (LEITE, BELCHIOR, 2010, p. 301). Em decorrência disso, o Estado Ambiental “faz da incolumidade do seu ambiente a sua tarefa, bem como o critério e a

meta procedimental de suas decisões”, de forma que o parâmetro de ação passa a ser, indubitavelmente, a promoção e proteção do meio ambiente (KLOEPFER, 2010, p. 42).

Suas dimensões fundamentais são, segundo Canotilho (1998), quatro: juridicidade, democracia, sociabilidade e sustentabilidade ambiental. Deste modo, a existência de um Estado Socioambiental pressupõe a obrigação do Estado de promover políticas públicas pautadas pelas exigências da sustentabilidade ecológica, adotando-se ações condizentes com o paradigma ambiental exposto.

Para sua devida implementação, há, por conseguinte, a necessidade de reformulação da própria epistemologia jurídica, dos objetivos gerais do Estado e, conseqüentemente, da hermenêutica jurídica, fazendo caber e replicar aos jurisdicionados o modelo de garantias derivado dessa nova percepção de Estado.

Para tanto, em primeiro lugar, deve-se “moldar formas mais adequadas para a gestão dos riscos e evitar a irresponsabilidade organizada”, efetivando postulados constitucionais ambientais. Claro que, na consecução dessa tarefa, não é possível a eliminação total do risco, haja vista que o risco é inerente ao próprio modelo que serve de base para a sociedade. Assim, o que se deve buscar é a gestão responsabilizada dos riscos, sob o enfoque dos direitos constitucionais (LEITE, BELCHIOR, 2010, p. 301).

Por isso, a concepção de Estado de Direito Ambiental liga-se intimamente à consolidação de instrumentos preventivos e de precaução, abrindo margem à integração jurídica com outros ramos do conhecimento. É neste sentido que se propõe, dentro de um tal paradigma, a orientação hermenêutica pautada no princípio da proporcionalidade socioambiental ou ecológica, enquanto parâmetro de ponderação de princípios fundamentais constitucionais.

O princípio foi postulado pioneiramente pelo Professor Gerd Winter, e significa ir além da ponderação pautada na proporcionalidade ou socioproporcionalidade, tal como tradicionalmente tomada, e aplicar-se a proporcionalidade socioambiental.

Referido princípio está calcado em novas ideias de gerenciamento ambiental, como eficiência, democracia, prestação de contas e, de modo mais abrangente, governança. Assim, haveria íntima relação com a consagração da ideia de “natureza pública da proteção ambiental”, a qual “decorre da previsão legal que considera o meio ambiente um valor a ser necessariamente assegurado e protegido para uso de todos”, e compele o Estado, por todos os seus poderes, à sua efetivação, inclusive mediante controle (MILARÉ, 2015, p. 260-261).

Sua propositura liga-se à constatação de que a discricionariedade judicial, pressuposta no método de ponderação, pode convolar-se em pura arbitrariedade na medida em que o julgador, sob o pretexto de ponderar, finde por aniquilar direitos e interesses que a sua ideologia pessoal não favoreça:

Afinal, é preciso não esquecer que, no vernáculo, ponderação é sinônimo de prudência e de bom senso. Entre a anarquia da criatividade judicial sem limites e o imobilismo monolítico do formalismo jurídico, a virtude, como sói acontecer, está no meio. Desta forma, impõe-se o controle pelo Judiciário dos atos administrativos e legislativos que materializam políticas públicas, em matéria ambiental, mediante ponderação, devidamente fundamentada em critérios específicos, utilizando-se o princípio da proporcionalidade e suas máximas como parâmetro, bem como outros princípios, cotejando com outros direitos fundamentais igualmente garantidos, sem incorrer em arbitrariedades judiciais (POLIPPO, 2008, p. 83).

A proporcionalidade, portanto, em sua conformação ecológica, propõe-se a dar racionalidade à ponderação jurídica ao mesmo tempo em que estimula o pensamento jurídico centrado no Estado Ambiental. Sua aferição se dá por teste similar àquele proposto por Alexy, tendo as seguintes adaptações:

A ecoproporcionalidade implicaria o seguinte teste, composto por quatro etapas: se uma atividade interfere em recursos naturais, o ator deve perseguir um objetivo social justificável (1), a atividade deve ser prospectivamente adequada, isto é, capaz de servir ao objetivo (2), necessária, isto é, não substituível por qualquer medida alternativa menos intrusiva aos recursos naturais (3) e proporcional em sentido estrito (sopesada), ou seja, não excessivamente intrusiva aos recursos naturais em face da importância do objetivo social (4) (WINTER, 2013, p. 61).

Assim, o parâmetro protetivo é balanceado em torno da proteção ao meio ambiente, cabendo ao proponente de uma alegada ameaça ou lesão a direito ambiental o ônus da prova de que a alternativa perquirida constitui um objetivo social válido e atende aos quesitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, considerando outros meios menos gravosos ao meio ambiente.

Esmiuçando o modelo, o ponto (1) sujeita a liberdade de persecução dos objetivos pelos indivíduos a um dever de dar razões sobre o fim objetivado. Assim, em não havendo um uso justificado de um dado recurso, entende-se pela sua antijuridicidade (WINTER, 2013, p. 62).

Vencido o primeiro critério, deve-se analisar, no ponto (2), se há adequação entre os meios adotados e a consecução desse fim. Aqui, realiza-se a análise sobre a suficiência do recurso utilizado para a sustentação da atividade-fim, com o devido juízo embutido sobre a capacidade de regeneração do recurso, diante da frequência e quantidade demandadas (WINTER, 2013, p. 62).

O ponto (3) é tido como o mais importante da ponderação intentada. Aqui, demanda-se verificar a existência de medidas alternativas hábeis a causar os menores efeitos adversos aos recursos naturais. Em existindo, e havendo suficiente atendimento ao objetivo proposto, resguardadas as distorções naturalmente ocoríveis pela utilização de meio diverso, a alternativa deve necessariamente ser preferida (WINTER, 2013, p. 62).

Por fim, o ponto (4) requer a análise da proporcionalidade propriamente dita, no sentido de averiguar-se a existência de excessiva oneração ao bem ambiental para a consecução da finalidade desejada, sem haver, em contrapartida, uma importância relevante o suficiente para sua justificação. Assim, “quanto mais sério o dano ou risco de dano, maior deve ser o peso do benefício caso o efeito ambiental adverso seja aceito” (WINTER, 2013, p. 63). Fazendo uma ponte com o pensamento de Aharon Barak (2012, p. 131), esse quesito poderia ser remetido à ideia “legitimidade intertemporal” por ele defendida, no sentido de que o “teste de proporcionalidade de ação (ou abstenção) de indivíduos, organizações e do próprio Poder Público requer, primeiramente, que se verifique se determinada intervenção atende aos objetivos do desenvolvimento sustentável”.

Essa formulação do princípio da ecoproporcionalidade se aproxima do entendimento de Lewandoski acerca do conteúdo do princípio da precaução⁵⁵, tomado como parâmetro de ponderação ao ser definido como critério de gestão de riscos:

Dentre os principais elementos que integram tal princípio figuram: i) a precaução diante de incertezas científicas; ii) a exploração de alternativas a ações potencialmente prejudiciais, inclusive a da não-ação; iii) a transferência do ônus da prova aos seus proponentes, e não às vítimas ou possíveis vítimas; e iv) o emprego de processos democráticos de decisão e acompanhamento dessas ações, com destaque para o direito subjetivo ao consentimento informado (BRASIL, 2016, p. 91).

Vê-se, nessa formulação, a forte influência e proximidade com o conteúdo dado ao princípio da precaução na Declaração Rio-92. Mas, mais do que mera redução do princípio da proporcionalidade socioambiental ao escopo do princípio da precaução, verifica-se, igualmente, como essa formulação pelo professor Winter reflete outros princípios de direito ambiental reforçados internacionalmente, tais como o de planificação do desenvolvimento econômico, estudo de impacto ambiental, proibição do retrocesso, prestação de conta, entre muitos outros.

⁵⁵ Em sentido convergente, Cuiabano compreende que “no Direito Ambiental, a aplicação do princípio da proporcionalidade deriva do princípio da precaução. No princípio da precaução se encontra expressa a preocupação de se evitar a concretização de qualquer risco de perigo que possa ocasionar danos ambientais” (CUIABANO, 2001, p. 318).

Neste sentido, o princípio parece viabilizar aquilo que Polippo (2008, p. 67) considera fundamental quanto à atividade jurisdicional voltada a temas ambientais, qual seja, que as decisões (e respectivo controle sobre elas) sejam proferidas

atentando-se para a prevenção e a precaução, por intermédio de um planejamento estratégico e democrático que leve em consideração as variáveis que possam influenciar direta ou indiretamente na garantia plena de qualidade de vida em todas as suas formas, para as presentes e futuras gerações. Ressalta-se que, caso a decisão não considere a gestão e o controle dos riscos, haverá incompatibilidade material com a ordem jurídica constitucional e internacional, por outorga de proteção deficiente ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Com efeito, um dos maiores objetivos é a adequada gestão e controle dos riscos ambientais e sociais, pois são as ações e decisões do presente que irão condicionar os acontecimentos e as conseqüências do futuro, podendo comprometer a qualidade de vida de todas as espécies.

Vale lembrar que, na teoria clássica de Alexy, ao se considerar o problema da escassez de recursos e o cumprimento de direitos fundamentais positivos, o direito a um mínimo vital, considerando pontos como a educação escolar, a assistência médica e a formação profissional, deve ter a efetivação garantida pelo Poder Público, por conta de sua importância e demanda de contrapartida mínima em relação aos demais princípios constitucionais. Já o princípio da ecoproporcionalidade, além de atender ao mínimo existencial, tem o condão de garantir a perfeita consideração dos princípios de direito ambiental constitucionais, garantindo uma vida ecologicamente equilibrada ao homem, e permeabilizando o pensar jurídico com uma visão macrossocial, garantindo que os elementos essenciais *sub judice* sejam devidamente considerados e apreendidos, em todas as suas particularidades.

Além disso, uma tal hermenêutica dialoga com e favorece a apreensão de uma dimensão ecológica própria do mínimo existencial, transformando o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme defendido por Sarlet e Fensterseifer (2010). Dessa forma, resolve-se a questão conflitiva com o princípio da separação de poderes, na medida em que essa hermenêutica pressupõe a compreensão dos princípios ambientais como mandamentos constitucionais e inafastáveis, tornando legítima a tarefa precípua do judiciário em velar por sua concretização, além de tornar a atividade de apreciação racionalizada e parametrizada.

Igualmente, afasta-se definitivamente o óbice da reserva do possível como justificativa para que o Estado se abstenha de garantir o patamar existencial mínimo, que constitui núcleo irreduzível da dignidade humana – o bem-estar ambiental (SARLET, FENSTERSEIFER, 2008). Portanto, no âmbito do mínimo existencial ecológico, a previsão orçamentária não pode servir de barreira para impedir prestações ou medidas de defesa, de natureza ambiental, quando incluídas no conteúdo da garantia constitucional do mínimo existencial ecológico,

possibilitando, em caso de descumprimento, a sua justiciabilidade direta e imediata pelo Poder Judiciário pelas vias de controle (POLIPPO, 2008).

É, portanto, através de uma hermenêutica ecológica, que se reconhece, enfim, a importância estratégica do meio ambiente dentro do sistema normativo, não apenas por ser o valor base da própria vida, mas também por ser um bem difuso, pertencente a toda comunidade e às futuras gerações (POLIPPO, 2008).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da pesquisa científica aqui remetida na forma de dissertação, verificou-se uma vasta e densa literatura acerca do controle de constitucionalidade, literatura essa cujos fundamentos teóricos e pressupostos jurídicos remontam, em grande medida, uma concepção de Direito anterior ao reconhecimento e incorporação jurídica dos direitos de terceira dimensão. Mesmo na perspectiva do neoconstitucionalismo, como as abordagens não doutrinárias e intermediárias, a discussão sobre fundamentos e limites do controle judicial de políticas públicas podem não levar à concretização da proteção ao ambiente, na medida em que os parâmetros de atuação judicial são tendentes desprivilegiar a intervenção judicial em temas multidisciplinares ou a autorizá-la com condicionantes vagas relativas à ponderação de interesses incidentes.

A ausência de uma doutrina especializada quanto ao controle judicial de políticas públicas ambientais, assim, tem permitido uma amplitude de posicionamentos pelos tribunais domésticos, quando provocados a se posicionar quanto à constitucionalidade de políticas públicas ambientais instituídas em lei. Com posturas entre a autocontenção e a ponderação, não se verifica, no quadro geral de atuação do judiciário, pelo campo amostral tomado neste trabalho, consistência quanto ao parâmetro de análise a guiar as decisões julgadas, tendo havido, em grande porção das ocasiões, prejuízo aos bens jurídicos ambientais por uma ponderação que favorece a proteção de bens com maior materialidade e singularidade em detrimento dos bens difusos ambientais.

Por isso, a devida proteção de bens ambientais depende de uma mudança de paradigma jurídico, através do reconhecimento do Estado de Direito Ambiental como parâmetro de compreensão e aplicação do Direito atual. É dentro dessa perspectiva que a proposição do princípio da proporcionalidade ecológica ganha sentido, como meio de concretizar a tutela jurisdicional alinhada com os princípios e regras que o Estado de Direito

Ambiental demanda. Na ponderação judicial pautada na proporcionalidade ecológica, o parâmetro protetivo ao meio ambiente ganha destaque, obrigando que o juízo sobre os princípios concorrentes dê o devido peso aos princípios ambientais implicados, e imbuindo o ônus da prova de que a ação ou omissão conflitiva com o bem ambiental *sub judice* constitui um objetivo social válido e atende aos quesitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Defende-se, assim, que o reconhecimento e aplicação dessa nova hermenêutica constitucional é caminho hábil para viabilizar e concretizar a promoção e proteção do meio ambiente, sendo patente que haja a incorporação desses postulados pelos operadores do direito em geral, e, em especial, pelos magistrados responsáveis pelo controle de constitucionalidade de atos e omissões potencialmente lesivas a bens ambientais. Deste modo, a solução proposta busca nada mais que a efetivação daquilo que já se encontra insculpido em nossa Constituição, preenchendo e interpretando os mandamentos constitucionais de forma a dar materialidade à proteção dos bens jurídicos tutelados.

A aplicação da nova hermenêutica “ambientalizada” permite, ainda, enfrentar o problema de um estado de coisas inconstitucionais em matéria ambiental que ilegitimamente se mantém, lastreado em interesses nocivos ao meio ambiente. Assim, acredita-se que a nova hermenêutica proposta alinha-se a inovações jurídicas outras, como as decisões em cascata, as medidas estruturantes, e o conceito de um processo civil estrutural, rumo a um direito cada vez mais efetivador dos mandamentos constitucionais.

Assim, deve o Judiciário contribuir para a consolidação de uma cultura protetiva aos direitos fundamentais constitucionais e, principalmente, para uma cultura de preservação do meio ambiente, zelando pelo desenvolvimento ecológico e a tutela do interesse geral, dessa e de novas gerações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

ALLAN, T.R.S. Deference, defiance, and doctrine: defining the limits of judicial review. **University of Toronto Law Journal**, Volume 60, Number 1, Winter 2010, p. 41-59.

ALLAN, T.R.S. **The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

APPIO, Eduardo Fernando. **O Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Doutorado do Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

AYALA, Patryck de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental do Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARAK, Aharon. **Proportionality**. Trad. Doron Kalir. New York: Cambridge University Press, 2012.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, 8(1), Jan-Jun 2012, p. 59-85.

BARBOZA, Gabriela; CALGARO, Cleide. Direito fundamental ao meio ambiente em colisão com o direito fundamental à livre iniciativa: estudo da ADPF n. 101 e da ADI n. 3540 MC/DF impetradas no STF. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 25 (2019), p. 12-33.

BARCELOS, A. P. de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 83–105, 2005.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADC 42 / DF**. EMENTA: direito constitucional. Direito ambiental. Art. 225 da Constituição. Dever de proteção ambiental. Necessidade de compatibilização com outros vetores constitucionais de igual hierarquia.

Artigos 1º, IV; 3º, II e III; 5º, caput e XXII; 170, caput e incisos II, V, VII E VIII, da CRFB. Desenvolvimento sustentável. Justiça intergeracional. Alocação de recursos para atender as necessidades da geração atual. Escolha política. Controle judicial de políticas públicas. Impossibilidade de violação do princípio democrático. Exame de racionalidade estreita. Respeito aos critérios de análise decisória empregados pelo formador de políticas públicas. Inviabilidade de alegação de vedação ao retrocesso. Novo Código Florestal. Ações diretas de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade julgadas parcialmente procedentes (...). Requerente: Partido Progressista - PP. Intimado: Presidente da República e outro. Relator: Min. Luiz Fux. Distrito Federal, 28 fev. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=750504737>. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 3540 MC / DF**. EMENTA: meio ambiente - direito à preservação de sua integridade (cf, art. 225) - prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - espaços territoriais especialmente protegidos (cf, art. 225, § 1º, iii) - alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - supressão de vegetação em área de preservação permanente - possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - relações entre economia (cf, art. 3º, ii, c/c o art. 170, vi) e ecologia (cf, art. 225) - colisão de direitos fundamentais - critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (rtj 164/158, 160-161) - a questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (cf, art. 170, vi) - decisão não referendada - conseqüente indeferimento do pedido de medida cautelar. A preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas (...). Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Distrito Federal, 01 set. de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 4717 / DF**. EMENTA: ação direta de inconstitucionalidade. Medida Provisória n. 558/2012. Conversão na Lei n. 12.678/2012. Inépcia da inicial e prejuízo da ação quanto aos arts. 6º e 11 da Medida Provisória n. 558/2012 e ao art. 20 da lei n. 12.678/2012. Possibilidade de exame dos requisitos constitucionais para o exercício da competência extraordinária normativa do chefe do executivo. Ausência dos pressupostos de relevância e urgência. Alteração da área de unidades de conservação por medida provisória. Impossibilidade. Configurada ofensa ao princípio da proibição de retrocesso socioambiental. Ação parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada procedente, sem pronúncia de nulidade (...). Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Cármen Lúcia. Distrito Federal, 05 abr. de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749158743>. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 4983 / CE**. EMENTA: Processo Objetivo – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Atuação do Advogado-Geral da União. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. Vaquejada – manifestação cultural – animais – crueldade manifesta – preservação da fauna e da flora – inconstitucionalidade. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Governador do Estado do Ceará e outro. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, 06 out. de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 5599**. Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Medida Provisória Nº 746/2016. Conversão na Lei Nº 13.415/2017. Modificação Substancial. Prejudicialidade Parcial da Ação. Análise da Inconstitucionalidade Formal. Requisito de Urgência para Edição de Medida Provisória. Excepcionalidade Ensejadora da Atuação do Poder Judiciário não Caracterizada. Precedentes. Improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade (...). Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Edson Fachin. Distrito Federal, 26 out. de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=603994689&prcID=5061012>. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 6148 / DF**. EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constitucional, administrativo e ambiental. Padrões de qualidade do ar. Conselho Nacional do Meio ambiente (CONAMA): competência para exercer juízo técnico discricionário de normatização da Matéria. Princípio democrático. Autocontenção judicial. Resolução CONAMA nº 491, de 2018: norma constitucional em vias de se tornar inconstitucional. Concessão do prazo de 24 (vinte e quatro) meses para edição de nova resolução: observância da atual realidade fática (...). Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Presidente do Conselho Nacional do Meio Ambiente. Relator: Min. Cármen Lúcia. Distrito Federal, 05 mai. de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763078853>. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 6288 / DF**. EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito ambiental e constitucional. Federalismo. Repartição de competências legislativas. Resolução do Conselho Estadual do Meio Ambiente do Ceará COEMA/CE nº 02, de 11 de abril de 2019. Disposições sobre os procedimentos, critérios e parâmetros aplicados aos processos de licenciamento e autorização ambiental no âmbito da Superintendência Estadual do Meio Ambiente – SEMACE. Cabimento. Ato normativo

estadual com natureza primária, autônoma, geral, abstrata e técnica. Princípio da predominância do interesse para normatizar procedimentos específicos e simplificados. Jurisprudência consolidada. Precedentes. Criação de hipóteses de dispensa de licenciamento ambiental de atividades e empreendimentos potencialmente poluidores. Flexibilização indevida. Violação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da constituição da república), do princípio da proibição do retrocesso ambiental e dos princípios da prevenção e da precaução. Resolução sobre licenciamento ambiental no território do Ceará. Interpretação conforme para resguardar a competência dos municípios para o licenciamento de atividades e empreendimentos de impacto local. Procedencia parcial do pedido (...). Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Intimado: Conselho Estadual do Meio Ambiente do Ceará. Relator: Min. Rosa Weber. Distrito Federal, 23 nov. de 2020. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754566819>. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 101 / DF**. EMENTA: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Adequação. Observância do princípio da subsidiariedade. Arts. 170, 196 e 225 da Constituição da República. Constitucionalidade de atos normativos proibitivos da importação de pneus usados. Reciclagem de pneus usados: ausência de eliminação total de seus efeitos nocivos à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Afronta aos princípios constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Coisa julgada com conteúdo executado ou exaurido: impossibilidade de alteração. Decisões judiciais com conteúdo indeterminado no tempo: proibição de novos efeitos a partir do julgamento. Arguição julgada parcialmente procedente (...). Requerente: Presidente da República. Intimado: Presidente do Supremo Tribunal Federal e outros. Relator: Min. Cármen Lúcia. Distrito Federal, 24 jun. de 2009. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 651 / DF**. EMENTA: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Direito constitucional ambiental. Medida Cautelar. Decreto Presidencial n. 10.224, de 5.2.2020. Exclusão da sociedade civil do Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente. Decreto Presidencial n. 10.239, de 11.2.2020. Exclusão dos governadores do Conselho Nacional da Amazônia. Decreto Presidencial n. 10.223, de 5.2.2020. Extinção do Comitê Orientador do Fundo Amazônia. Alegada afronta à proteção ao meio ambiente e proibição ao retrocesso ambiental. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente (...). Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Cármen Lúcia. Distrito Federal, 28 abr. de 2022. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=762578374>. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 708 / DF**. EMENTA: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Direito constitucional ambiental. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Fundo Clima. Não destinação dos recursos voltados à mitigação das mudanças climáticas. Inconstitucionalidade. Violação a compromissos internacionais (...). Requerente: Partido Socialista Brasileiro e outro. Intimado:

União. Relator: Min. Roberto Barroso. Distrito Federal, 04 jul. de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763392091>. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 749 / DF**. EMENTA: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Afronta ao art. 225 da Constituição da República. Resolução CONAMA n° 500/2020. Revogação das Resoluções n°s 84/2001, 302/2002 e 303/2002. Licenciamento de empreendimentos de irrigação. Parâmetros, definições e limites de áreas de preservação permanente de reservatórios artificiais e regime de uso do entorno. Parâmetros, definições e limites de áreas de preservação permanente em geral. Supressão de marcos regulatórios ambientais. Retrocesso socioambiental. Procedência. Resolução CONAMA n° 499/2020. Coprocessamento de resíduos em fornos rotativos de produção de clínquer. Compatibilidade constitucional com os parâmetros normativos. Improcedência quanto ao ponto (...). Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimado: Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA. Relator: Min. Rosa Weber. Distrito Federal, 14 dez. de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=758847588>. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 825 / DF**. EMENTA: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Realização da 17ª rodada de licitação de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível. Art. 6º, § 2º, da resolução CNPE n. 17/2017. Dispensa da elaboração de estudos ambientais e da avaliação ambiental de área sedimentar (AAAS). Cabimento. Princípio da subsidiariedade. Argumentação. Competência regulamentar. Capacidade técnica. Controle judicial de política pública. Pedido de interpretação conforme à constituição (...). Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Intimado: Presidente da República e outro. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, 03 ago. de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=758378888>. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **ARE 1389864 AgR / RJ**. EMENTA: agravos regimentais nos recursos extraordinários com agravos. Ação Civil Pública. Dano ambiental. Saneamento básico. Intervenção excepcional do poder judiciário na implementação de políticas públicas: possibilidade. Alegada ofensa ao princípio da separação dos poderes. Inocorrência. Reexame da legislação infraconstitucional e do conjunto fático-probatório: súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravos regimentais desprovidos. Agravante: Município do Rio de Janeiro e outros. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e outros. Relator: Min. Cármen Lúcia. Distrito Federal, 19 set. de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=763257567>. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **MI 712**. Ementa: Mandado de Injunção. Art. 5º, LXXI da Constituição do Brasil. Concessão de Efetividade à Norma Veiculada pelo Artigo 37, Inciso VII, da Constituição do Brasil. Legitimidade Ativa de

Entidade Sindical. Greve dos Trabalhadores em Geral [Art. 9º da Constituição do Brasil]. Aplicação da Lei Federal N. 7.783/89 à Greve no Serviço Público até que Sobrevenha Lei Regulamentadora. Parâmetros Concernentes ao Exercício do Direito de Greve pelos Servidores Públicos Definidos por esta Corte. Continuidade do Serviço Público. Greve no Serviço Público. Alteração de Entendimento Anterior Quanto à Substância do Mandado de Injunção. Prevalência do Interesse Social. Insubssistência do Argumento Segundo o qual Dar-se-ia Ofensa à Independência e Harmonia entre os Poderes [Art. 2º da Constituição do Brasil] e à Separação dos Poderes [Art. 60, § 4º, III, da Constituição do Brasil]. Incumbe ao Poder Judiciário Produzir a Norma Suficiente para Tornar Viável o Exercício do Direito de Greve dos Servidores Públicos, Consagrado no Artigo 37, VII, da Constituição do Brasil (...). Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Distrito Federal, 25 out. de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RE. 586.224 – SP**. Ementa: recurso extraordinário em ação direta de inconstitucionalidade estadual. Limites da competência municipal. Lei municipal que proíbe a queima de palha de cana-de-açúcar e o uso do fogo em atividades agrícolas. Lei municipal nº 1.952, de 20 de dezembro de 1995, do Município de Paulínia. Reconhecida repercussão geral. Alegação de violação aos artigos 23, caput e parágrafo único, nº 14, 192, § 1º e 193, XX e XXI, da Constituição do Estado de São Paulo e artigos 23, VI e VII, 24, vi e 30, I e II da CRFB. (...). Recorrente: Estado de São Paulo e outro. Intimado: Câmara Municipal de Paulínia e outro. Relator: Min. Luiz Fux. Distrito Federal, 05 mar. de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039>. Acesso em: 25 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RE. 627.189 RG – SP**. Ementa: Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito Constitucional e Ambiental. Acórdão do tribunal de origem que, além de impor normativa alienígena, desprezou norma técnica mundialmente aceita. Conteúdo jurídico do princípio da precaução. Ausência, por ora, de fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal. Presunção de constitucionalidade não elidida. Recurso provido. Ações civis públicas julgadas improcedentes (...). Recorrente: Eletropaulo Metropolitana - Eletricidade de São Paulo S/A. Recorridos: Sociedade Amigos do Bairro City Boaçava e outro. Relator: Min. Dias Toffoli. Distrito Federal, 08 jun. de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311525374&ext=.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **STA-AgR 175**. EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat).

Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes. Distrito Federal, 17 mar. de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **TEMA 145**. Leading Case: RE 586224. Tese: O município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e o Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI, c/c 30, I e II, da Constituição Federal). Relator: Min. Luiz Fux. Distrito Federal, 05 mar. de 2015. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2616565&numeroProcesso=586224&classeProcesso=RE&numeroTema=145#:~:text=Tema%20145%20%2D%20a\)%20Compet%C3%Aancia%20do,em%20face%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal](https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2616565&numeroProcesso=586224&classeProcesso=RE&numeroTema=145#:~:text=Tema%20145%20%2D%20a)%20Compet%C3%Aancia%20do,em%20face%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal). Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **TEMA 774**. Leading Case: RE 827538. Tese: A norma estadual que impõe à concessionária de geração de energia elétrica a promoção de investimentos, com recursos identificados como parcela da receita que auferir, voltados à proteção e à preservação de mananciais hídricos é inconstitucional por configurar intervenção indevida do Estado no contrato de concessão da exploração do aproveitamento energético dos cursos de água, atividade de competência da União, conforme art. 21, XII, 'b', da Constituição Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, 11 mai. de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6083656&numeroProcesso=1306505&classeProcesso=ARE&numeroTema=774>. Acesso em: 22 fev. 2023.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Introdução ao Direito do Ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida: Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos**. Tradução: Newton Roberval Eíchemberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1996.

CARVALHAL, Ana Paula. Supremo fortalece competência municipal em matéria ambiental. **Conjur**, Observatório Constitucional, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-22/observatorio-constitucional-stf-fortalece-competencia-municipal-materia-ambiental>. Acesso em: 25 jun. 2022.

COELHO, Ariadne Elloise; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. A tutela do ambiente e o problema do controle jurisdicional de políticas públicas: entre o ativismo e o passivismo. **Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo**, v. 3, n. 2, p. 42 – 58, Jul/Dez. 2017.

COSTA, Bruno Andrade. O controle judicial nas políticas públicas. Análise das decisões judiciais e seu cumprimento para a realização progressiva dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 50, Número 199, jul./set. 2013, p. 255-269.

CRAWFORD, J. Marbury v. Madison at the International Level. **Geo. Wash. Int'l. L. Rev.** 36 (2004): 505.

CUIABANO, Renata Maciel. O princípio da proporcionalidade no Direito Ambiental: Breves exemplos de implementação no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, 2001, p. 317-322.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(em) debate**. O constitucionalismo brasileiro entre a teoria o discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Forum, 2007.

DEENER, D. Judicial Review in Modern Constitutional Systems. **American Political Science Review**, 46(04), 1952, p. 1079–1099.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad., 2ª ed., 2001.

DORF, Michael C. The Majoritarian Difficulty and Theories of Constitutional Decision Making. **Journal of Constitutional Law**, Vol. 13:2, Dec. 2010, p. 283-304.

FERREIRA, Ruan Espíndola. Políticas Públicas e Limites ao Poder Discricionário. Análise da STA- AGR 175. **Revista de direito da UFU- Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 41, n. 01, p. 01-29, jan./jun. 2013.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no brasil - uma visão geral. **Revista eletrônica da faculdade de direito da PUC/SP**, v. 1, p. 1-55, 2008.

Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/736/509>. Acesso em: 02. Jun. 2022.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). **Osgoode Hall Law School of York University** 35 (75), 1997, p. 75-124.

KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). Tradução de Jean François Cleaver. **Direito Público**, nº 1, Jul-Ago-Set/2003, p. 90-130.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

KING, Jeff A. Institutional Approaches to Judicial Restraint. **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 28, No. 3 (2008), pp. 409-441.

KISS, A.; SHELTON, D. **Guide to International Environmental Law**. Leiden: Brill, 2007.

KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? In: SARLET, I. **Estado Socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MARTINS, Vlademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: Princípio constitucional fundamental. 5ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010.

MATTIETTO, Leonardo. Jurisdição e erro: existe o direito de errar por último? **Cadernos de Direito Actual**, Nº 13. Núm. Ordinário (2020), pp. 372-382.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**, São Paulo: RT, 10ª ed., 2015.

MIRANDA, Livian Lorenz de. **Controle judicial do mérito administrativo**. Dissertação (Mestrado em Direito e Prática Jurídica) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2021.

MORALES, Cesar Mecchi. **Originalismo e interpretação constitucional**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

POLIPPO, Micheli. **O Controle Judicial de Políticas Públicas em Matéria Ambiental**. Dissertação (Mestrado em Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, 2008.

POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. **California Law Review**, Vol. 100, No. 519, 2012, p. 519-556.

PRAKASH, Saikrishna B.; YOO, John C. The Origins of Judicial Review. **The University of Chicago Law Review**, Vol. 70, No. 3 (Summer, 2003), pp. 887-982.

PUDER, M. G. Supremacy of the Law and Judicial Review in the European Union: Celebrating Marbury v. Madison with Costa v. Enel. **Geo. Wash. Int'l. L. Rev.** 36 (2004): 567.

RAMOS, A. de C. (2009). Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, 104, 241-286.

ROSSATO, Camila de Bortoli; SANTOS, Aline Sueli de Salles. O controle judicial das políticas públicas e a implementação dos direitos fundamentais sociais. O entendimento dos tribunais superiores. **Vertentes do Direito**, 2015, 2 (1), p. 1-29.

SANTOS, Michele Carvalho; OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. O mito de Marbury v. Madison: a questão da fundação da supremacia judicial. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 325-347, set./dez. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito público em tempo de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: livraria do advogado, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental: Introdução, Fundamentos e Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Estado Socioambiental e direitos fundamentais**. São Paulo: Livraria do advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Uma crítica à objeção contramajoritária ao controle judicial de constitucionalidade**. Anais do X Simpósio de Direito Constitucional da ABDCConst. Curitiba, PR: ABDCConst., 2013, p. 132-151.

STERN, Ana Luiza Saramago. O Caso Marbury v. Madison: o Nascimento do Judicial Review como Artifício Político. **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN** – v. 18, n. 3, p. 193-212, set./dez. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Vírgilio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798, 2002.

THOMÉ, Romeu. **O princípio da vedação do retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. Salvador: JusPodivm, 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DE UNIÃO (TCU). **Referencial de Controle de Políticas Públicas**. Brasília, TCU, Secretaria de Controle Externo do Desenvolvimento Econômico (SecexDesenvolvimento), Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec) e Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag), 2020

UNITED STATES OF AMERICA (USA). **An Act to Establish the Judicial Courts of the United States** (The Judiciary Act of 1789). First Congress, Sess. I, Ch. 20, 1789.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). **Brown v. Board of Education**, U.S. Supreme Court, 347 U.S. 483 (1954).

UNITED STATES OF AMERICA (USA). **Marbury v. Madison**, U.S. Supreme Court, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

WARD, K. D., CASTILLO, C. R. **The judiciary and American democracy**: Alexander Bickel, the countermajoritarian difficulty, and contemporary constitutional theory. Albany: State University of New York Press, 2005.

WEDY, Gabriel. Decisões do STF e o dever fundamental do desenvolvimento sustentável. **Conjur**, Ambiente Jurídico, 14 jan. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jan-14/ambiente-juridico-decisoes-stf-dever-fundamental-desenvolvimento-sustentavel#_ftnref5. Acesso em: 25 jan. 2023.

WEDY, G. J. T.; MOREIRA, Rafael. O Controle das Ações e das Omissões Estatais em Políticas Climáticas(25 Congresso Brasileiro de Direito Ambiental). In: AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal; BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos. (Org.). **Meio Ambiente e Saúde**. O Equilíbrio Ecológico como Essencial à Sadia Qualidade de Vida. 1ed.São Paulo: Instituto O Direito Por um Planeta Verde, 2021, v. 1, p. 860-883.

WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.