

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO (UFMA)
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS (CCS₀)
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE
JUSTIÇA (PPGDIR)
MESTRADO EM DIREITO

RAKEL DOURADO DE OLIVEIRA MURAD

A TEORIA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS EM MATÉRIA AMBIENTAL:
uma análise jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

São Luís
2019

RAKEL DOURADO DE OLIVEIRA MURAD

A TEORIA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS EM MATÉRIA AMBIENTAL:
uma análise jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos.

São Luís

2019

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Murad, Rakel Dourado de Oliveira.

A teoria das capacidades institucionais em matéria ambiental : uma análise jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão / Rakel Dourado de Oliveira Murad. - 2019.

112 f.

Orientador(a): Paulo Roberto Barbosa Ramos.

Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito/ccso, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2019.

1. Constituição - argumentação. 2. Instituições - capacidades. 3. Meio ambiente. 4. Separação dos poderes. I. Ramos, Paulo Roberto Barbosa. II. Título.

RAKEL DOURADO DE OLIVEIRA MURAD

A TEORIA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS EM MATÉRIA AMBIENTAL:

uma análise jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: / /2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão

1º Examinador

2º Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus pela vida plena de saúde que tenho. Sou rodeada de amor e cuidado porque ele me deu pessoas especiais que eu tenho o privilégio de dividir meus dias.

Ao meu orientador, Professor Doutor Paulo Roberto Barbosa Ramos, pelas orientações valiosas, pela paciência e por ter me adotado com ternura, nos últimos meses do programa de pós-graduação. Com igual gratidão, agradeço ao meu estimado Professor Doutor Federico Losurdo, por todas as valiosas contribuições desde o início da realização deste sonho.

Aos meus amigos, que estão sempre presentes: Ney de Barros Belo Filho, Gabriel Cruz e Alonso Freire, dos quais aproveitei o imenso conhecimento jurídico que possuem; Juliana Machado, Mayara Fonseca e Roberto Rocha Jr., pela alegria que são nos meus dias. Aos meu sócio Rodrigo Almeida e à minha querida e amada sócia Jessyca Segadilha, por todo o apoio, companheirismo e solidariedade.

Aos meus pais, Antônio José Dourado e Sara Dourado, que me deram não só a vida, mas que garantem que ela seja primorosa, sempre. Por todo amor, dedicação e por serem meus exemplos de honestidade, fidelidade e resiliência.

Aos meus irmãos, Dayana Dourado e Alexandre Dourado, por, simplesmente, tudo que são na minha vida. Amo vocês!

Ao amor da minha vida, meu companheiro, Eric Murad, que me incentiva todos os dias e que faz deles os mais felizes, sempre.

Ao meu mais novo e verdadeiro amor, Edu, meu presente nessa reta final, e que fez minha vida colorir-se e encher-se de luz, paz e transbordar de uma alegria tão grande, que eu jamais pensei sentir.

*“O que se pode dizer pode ser dito claramente; e aquilo
de que não se pode falar deve-se calar”*

(Wittgenstein, Ludwig).

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar se o Poder Judiciário, detidamente no que concerne ao Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, está em melhor condição e em melhor posição institucional, em comparação à outras instituições, para decidir questões ambientais, com base em critérios consequencialista. Para tanto, o estudo fundamenta-se na teoria das capacidades institucionais de Cass Sunstein e Adrian Vermeule e o modelo norte-americano. Diante do filtro constitucional, doutrina nacional e internacional sobre o tema, decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e as disposições do Novo Código de Processo Civil, pretende-se abordar o assunto com base em revisão bibliográfica especializada e fundada no método dedutivo, para defender a hipótese de que, com base na teoria das Capacidades Institucionais de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, que estabelece pressupostos de decisões do tipo consequencialista, estes são imprescindíveis para boa aplicação do direito e que não há, nas fundamentações das decisões em matéria ambiental do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, análise deste tipo. Ao final, compara-se a atuação das agências técnicas e independentes norte-americana, com as pátrias, haja vista que estas últimas foram criadas para assemelham-se às últimas, no que concerne à atuação específica de proteção ambiental. O estudo comparativo das agências justifica-se pela necessidade de conhecimentos que superam o objeto do direito isoladamente, como alternativa à racionalização dos custos judiciais e ativismo judicial, restando, a atuação do Poder Judiciário, quando provocado, restrito a manifestações que considerem às capacidades dos órgãos técnicos, bem como a complexidade do tema. Ademais, a interpretação constitucional é proposta com função e aptidão para reduzir ou manter sob controle as chances de erro e os custos decisórios em contextos, muitas vezes, de incerteza e no qual instituições podem assumir os ônus de realizar escolhas, ou revisar as já tomadas, por outras instituições. Uma análise consequencialista deve considerar, para além do exercício argumentativo, aportes empíricos e a definição das capacidades reais das instituições e as tensões entre estas. Já que as pretensões de universalidade e exercício argumentativo de certas soluções podem encontrar limites da própria realidade, em que uma “*second best choice*” (decisão de segunda ordem), pode significar implementação de uma realidade possível, porém, não ideal, alternativamente à “*first best choice*”, própria de situações ideais.

Palavras-chave: Separação dos poderes. Instituições – capacidades. Meio ambiente. Constituição – Argumentação.

ABSTRACT

The present research has as objective to analyze if the Judiciary, with respect to the Court of Justice of the State of Maranhão, is in better condition and in a better institutional position, in comparison to other institutions, to decide environmental questions, based on criteria consequentialist. For this, the study is based on the institutional capabilities theory of Cass Sunstein and Adrian Vermeule and the American model. Faced with the constitutional filter, national and international doctrine on the subject, decisions of the Federal Supreme Court, the Superior Court of Justice and the provisions of the New Code of Civil Procedure, we intend to approach the subject based on a specialized bibliographic review based on the method deductive, to defend the hypothesis that, based on Cass Sunstein and Adrian Vermeule's Institutional Capability theory, which establishes assumptions for consequentialist decisions, they are essential for the proper application of the law and that there is no basis in the decisions environmental issue of the Court of Justice of the State of Maranhão, analysis of this type. In the end, the performance of North American technical and independent agencies is compared with the countries, given that the latter were created to resemble the latter, in what concerns the specific action of environmental protection. The comparative study of the agencies is justified by the need for knowledge that goes beyond the object of the law in isolation, as an alternative to the rationalization of judicial costs and judicial activism, leaving the Judicial Branch, when provoked, restricted to manifestations that consider the capacities of as well as the complexity of the topic. In addition, constitutional interpretation is proposed with a function and ability to reduce or keep under control the chances of error and the decision costs in contexts, often of uncertainty and in which institutions can assume the onus of making choices, or review the already taken, by other institutions. A consequentialist analysis must consider, besides the argumentative exercise, empirical contributions and the definition of the real capacities of the institutions and the tensions between them. Since the claims of universality and argumentative exercise of certain solutions can find limits of reality itself, in which a "second best choice" can mean the implementation of a possible but non-ideal reality, as opposed to the " first best choice "of ideal situations.

Keywords: Separation of powers. Institutions – Capabilities. Environment. Constitution – Argumentation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A Proteção Ambiental Historicamente Considerada: princípios e regulação normativa	13
1.1 Os princípios norteadores específicos da tutela ambiental	14
1.2 Principais Diplomas Internacionais	16
1.3 Regulação normativa no ordenamento Pátrio e no Estado do Maranhão	17
2 Teorias Interpretativas e Capacidades Institucionais	20
2.1 A interpretação constitucional do ideal para o real.....	22
2.1.1 <i>Os pressupostos, acordos incompletamente teorizados e Cortes generalistas.....</i>	<i>24</i>
2.2 O problema da legitimidade.....	27
2.3 Quanto de teoria cabe na decisão judicial?	37
2.4 Instituições, capacidades e silêncio: quando não decidir também é decidir	45
2.5 Considerações sobre pragmatismo, utilitarismo, realismo jurídico e Capacidades Institucionais	50
3 Capacidades Institucionais e o Direito Ambiental	53
3.1 Interpretação do Princípio da Inafastabilidade no Novo Código de Processo Civil.....	55
3.2 Prestação Administrativa e Jurisdicional em matéria ambiental	57
3.3 As Capacidades Institucionais e a proteção do meio ambiente	58
3.4 O modelo norte-americano e a desregulamentação	62
3.5 O Sistema Regulatório e a regulação do Meio Ambiente no Brasil	64
4 Análise Jurisprudencial: o argumento das Capacidades Institucionais nas decisões do TJMA em decisões de matéria ambiental.....	69
4.1 Metodologia e Campo Amostral da Pesquisa Jurisprudencial.....	69
4.2 Eleição dos Indicadores	71
4.3 Possíveis limitações da metodologia empregada.....	73
4.4 Análise das Fundamentações	74
4.5 Resultados.....	75
5 Considerações Finais	79
REFERÊNCIAS	87
ANEXO A – Base de Dados Final	95

INTRODUÇÃO

Tal qual o que ocorreu com os direitos fundamentais, a preocupação com a preservação ambiental se tornou uma questão de importância internacional após a Segunda Guerra Mundial.

Muito embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 mencionasse o direito à saúde, apenas em 1966, pelo tímido artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, houve a primeira menção ao meio ambiente em um diploma internacional.

Ainda assim, o meio ambiente estava tratado de forma diluída, em meio ao direito a um nível de vida adequado, à saúde física e mental, devendo, os Estados-partes buscar diminuição da mortalidade infantil, melhoria da higiene do trabalho e do meio ambiente, prevenção e tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a criação de condições que assegurem a todos assistência e serviços médicos em caso de enfermidade, dentre outras medidas (MARUM, 2002).

No ano de 1972, uma organização não-governamental, o Clube de Roma, publicou um relatório de repercussão internacional denominado de “Os limites do crescimento” (MEADOWS *et al.*, 1972). A partir deste evento, passou-se a discutir o valor dos recursos ambientais e a importância de um desenvolvimento sustentável com mais ênfase.

No Brasil, a proteção ambiental está garantida na Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, que impõe ao *poder público* e à coletividade o dever de defender e preservar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações presentes e futuras.

Também, o direito a um meio ambiente saudável relaciona-se com os direitos sociais fundamentais previstos pelo artigo 6º da Carta, haja vista que tal direito vai além da individualidade, sendo essencial para o desenvolvimento social, abrangendo toda a população de forma difusa e indivisível.

Sendo um direito transfronteiriço, a preocupação internacional é justa. Nesta deferência, o Brasil, em 1992, sediou os eventos denominados Eco-92 e Agenda 21, no qual foram expedidos diplomas internacionalmente importantes, como a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNITED NATIONS ORGANIZATION, 1992).

Isto demonstra que a proteção ambiental é um valor cada vez mais precioso e complexo, mormente no que tange à globalização, tecnologia e eventos climáticos, do qual o direito é cada vez mais desafiado em garantir.

A proteção do meio ambiente confunde-se com a própria proteção da vida, pelo que

merece análise detida e acuidade das interpretações legais, decisões judiciais e administrativas, dentro da perspectiva de uma República.

A proteção jurídica efetiva dos recursos naturais perpassa pela eleição dos bens jurídicos a serem tutelados, pela regulamentação da tutela, pela interpretação destas regulamentações, fiel execução destas e, caso transgredidas, devidamente defendidas.

Cass Sunstein e Adrian Vermeule consideram que a maior parte das teorias interpretativas modernas se detém a análises enviesadas do que realmente interessa para a promoção e garantia de direitos

Assim, o ponto estratégico da fiel aplicação do direito estaria justamente em interpretar. Entretanto, propõem um outro nível de teoria de interpretação, pelo qual desloca-se a discussão de “como” decidir, para “quem deve decidir”.

Para Sunstein e Vermeule, tanto Wittgenstein, em seus apontamentos sobre jogos de linguagem, quanto Dworkin, que se debruça sobre a perseguição do juiz Hércules à única resposta correta em contexto ideal, ou ainda, Eskridge Junior (2006), quando defende a interpretação sob uma perspectiva dinâmica, não atingem o ponto fulcral da interpretação jurídica: o sujeito que interpreta, suas capacidades reais, e as consequências de sua interpretação.

Desta forma, a teoria das capacidades institucionais analisa quem ou, alternativamente, qual instituição possui melhores condições para tomar decisões sobre casos controvertidos.

Contudo, não seria uma discussão estrepante, haja vista que não é uma novidade teórica o estudo sobre qual o papel adequado para cada um dos Poderes, tensão entre estes, repartição de competências ou mesmo uma análise meramente pragmática ou utilitarista do direito.

O diferencial deste argumento é a evidente preocupação institucional, análise consequencialista da decisão, reconhecimento da margem de incerteza inerente, opção pela teoria dos acordos incompletamente teorizados como suficientes à completude das decisões, substituição das decisões de primeira ordem (*first best choices*) por decisões de segunda ordem (*second best choices*), e na elevação das agências como as entidades decisórias mais adequadas para a solução de casos controvertidos.

Diante desse contexto, a teoria das capacidades institucionais ganhou atenção tanto no plano internacional quanto nacional como alternativa para atuações ativistas por parte do Judiciário.

Teorias da deferência foram reestabelecidas em oposição às construções que

procuravam caminhos normativos para expor a “melhor resposta” a ser apresentada pelos magistrados.

Com a sociedade cada vez mais complexa, evidente que as questões ambientais que chegariam ao Judiciário também carregariam em seu bojo complexidades cuja simples normatividade constitucional não seria suficiente.

No entanto, evidencia-se o problema: o Poder Judiciário seria a instituição com melhores condições e em melhor posição para decidir as mais diversas e complexas questões ambientais?

O presente trabalho se assenta nesta problemática. Intende deslocar a discussão sobre direitos para o ponto de vista da instituição incumbida de efetivá-lo.

Não se desconsidera, todavia, a importância do direito em si, mas apresenta considerações sobre as capacidades institucionais e os eventuais silêncios no processo interpretativo, especificamente num diálogo entre concepções interpretativas teóricas e práticas.

A tese das capacidades institucionais de Cass Sunstein e Adrian Vermeule busca por uma releitura do formalismo, a defesa do consequencialismo e do textualismo, sua ancoragem em uma visão empírica e o resgate da deferência do Judiciário.

O argumento fundamenta-se, ainda, na necessária substituição das cortes generalistas pelas instituições tecnicamente capazes de garantir decisões justas e tecnicamente coerentes. Assim, apostam nas agências governamentais como instituições suficientemente aparelhadas e em posição favorável para avaliar concretamente as circunstâncias fáticas de casos controvertidos.

Com base nesses pressupostos, objetiva-se estudar a proteção do direito ambiental como merecedor de tutela jurídica entre os direitos sociais bem como compreender a teoria das capacidades institucionais.

Ainda, objetiva-se analisar a pertinência desta teoria no que concerne a tutela do direito ambiental, e comparar este o arranjo institucional pátrio com o norte-americano, haja vista que os autores propõem maior estima às agências governamentais.

Também, presta-se a investigar se os pressupostos da teoria das capacidades institucionais são observados nas decisões do tribunal de justiça do Estado do Maranhão, no que concerne às decisões que tratam sobre matéria ambiental.

O presente estudo ajusta-se à chamada linha jurídico-dogmática, com investigação jurídico-prospectiva e jurídico-propositiva.

Assim, busca-se responder o seguinte questionamento: *os desembargadores do*

Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão consideram, em casos concretos de matéria ambiental, os pressupostos essenciais da teoria das Capacidades Institucionais de Cass Sunstein e Adrian Vermeule?

1 A Proteção Ambiental Historicamente Considerada: princípios e regulação normativa

No ano de 1972, o Clube de Roma publicou relatório denominado “Os Limites do Crescimento”, considerado o marco nas discussões recentes sobre desenvolvimento econômico e preservação ambiental (THE CLUBE OF ROME, 2019). O clube, uma organização não governamental, era formada principalmente por líderes políticos, cientistas e economistas.

A partir desse relatório muitos documentos internacionais e os países, internamente, regulamentaram as atividades econômicas levando em consideração a proteção ambiental.

Em relação ao ordenamento pátrio, a Constituição da República Federativa do Brasil determina, em seu art. 4º, as diretrizes principiológicas a serem desenvolvidas pelas atividades do Estado no âmbito internacional, qual seja, a necessária observância de princípios da independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não-intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e o da concessão de asilo político (BRASIL, 1988).

Em mesmo sentido está o parágrafo único do artigo 4º, que define que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Esse conjunto de princípios e regras estampados no art. 4º da CF/88 tem como objetivo a delimitação do arbítrio dos Poderes Republicanos, para viabilizar a construção, consolidação e exercício de acordos multilaterais, pelos quais o país se obriga externamente, sob pena de responsabilidade internacional, para que, assim, haja promoção de um ambiente de segurança jurídica e precisa expectativa de ações de reciprocidade (BRASIL, 1988).

A manutenção da estabilidade regulatória, da previsibilidade e da objetividade das regulamentações são fundamentais para gerar um ordenamento jurídico propício à adoção de boas práticas de gestão ambiental.

Em específico, quanto aos tratados e convenções que trazem regulamentação e compromissos que versam sobre a proteção do meio ambiente e desenvolvimento sustentável, fundamentam-se na ideia de que o progresso de um país está ligado ao progresso global e o Princípio da Cooperação, sendo as trocas mútuas e o comércio internacionais benéficos para a evolução socioeconômica dos indivíduos que vivem sob a égide dos Estados soberanos.

1.1 Os princípios norteadores específicos da tutela ambiental

É necessário compreender que o papel que os princípios jurídicos conferem à coerência e a unidade que o ordenamento jurídico necessita. Assim, faz-se uma breve análise de alguns dos mais importantes princípios específicos do direito ambiental.

É da essência do próprio conceito de princípio que seja a estrutura do sistema jurídico, orientando o comportamento de criação de normas e condutas (ÁVILA, 2002).

Oportuno destacar que o direito ambiental demanda dinâmica veloz, e, sendo complexo, está em permanente progresso e modificação, sendo a dialética entre a natureza e a realidade social. Esta dinamicidade tem dois efeitos sobre os princípios de direito ambiental: não-uniformidade das nomenclaturas e subdivisões (ANTUNES, 2000). Portanto, para fundamentação da presente pesquisa, adotar-se-á a classificação de Antunes (2000).

De relevante discussão no direito ambiental moderno, está o princípio da precaução, ou *in dubio pro natura* ou *in dubio pro ambiente* (ANTUNES, 2000). Este é inferido do Princípio 15 da Declaração do Rio-Eco 92, e preconiza que quando houver perigo de dano grave ou irreversível ou a falta de certeza científica absoluta, uma atividade ou empreendimento não pode se desenvolver (UNITED NATIONS ORGANIZATION, 1992).

O princípio da prevenção, por seu turno, determina que a atividade ou empreendimento se antecipem de danos ao meio ambiente, para não incorrer ou caso incorra, que sejam adotadas medidas compensatórias suficientes, tal como previsto no artigo 255, §2º da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988).

Pelo princípio da responsabilidade aquele que causa o dano ambiental deve responder nas esferas penal, civil e administrativa, exatamente como verificado no art. 225 § 3º, da Constituição Federal de 1988, já que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (BRASIL, 1988).

O Princípio do poluidor-pagador possui sua origem na Recomendação C (72) 128 do Conselho da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE), de 26 de maio de 1972, que prega o uso racional dos recursos ambientais. No Brasil, tal princípio evidencia-se no art. 4º, VII, Lei 6938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) (BRASIL, 1981).

A noção de que se alguém se aproveita dos recursos ambientais deve suportar isoladamente os custos pela sua utilização. Este raciocínio cristaliza-se no princípio do

usuário-pagador, conforme previsão do art. 4º, VII, da Lei 6938/81 e no art. 36 da Lei 9985/2000 – a Lei do SNUC – ao tratar da compensação ambiental nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental (BRASIL, 1981; 2000).

Com o intuito de compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente, concebeu-se o princípio do desenvolvimento sustentável, que preconizado no art. 170, VI, da Carta magna de 1988, determina que a ordem econômica tem, por fim, a defesa do meio ambiente, mediante tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (BRASIL, 1988).

O princípio da participação democrática ou da participação comunitária, relacionado à democracia direta ou participativa, enfatiza que o melhor modo de tratar as questões ambientais é envolver todos os cidadãos interessados. Para tanto, deve haver acesso amplo e irrestrito sobre o meio ambiente e o direito à educação ambiental (Lei 10650/2003 e 9º, VII e XI da Lei 6938/81, e o art. 225, § 1º, VI, da Constituição Federal de 1988) (BRASIL, 1981; 1988).

Pelo princípio da ubiquidade deve haver cooperação entre os estados- membros de uma federação e entre os Estados Nacionais no sentido de evitar danos, fazer notificações imediatas (caso ocorram danos transfronteiriços) ou, ainda, oferecer ajuda aos Estados vítimas de dano ambiental.

No princípio da solidariedade, todos aqueles que praticarem condutas ou atividades consideradas lesivas ao meio ambiente responderão solidariamente pelo dano ambiental (art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988 e art. 4º, VII, 1ª parte, Lei nº 6938/81) (BRASIL, 1981; 1988).

Pelo dever fundamental do *poder público* e da coletividade de proteger o meio ambiente, está o princípio da vedação da proteção deficiente, pelo qual é vedada a criação de normas ambientais inadequadas.

O princípio da equidade na participação intergeracional se direciona ao futuro, impondo ao *poder público* e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações (art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e Princípio 3, da Eco 92) (BRASIL, 1988; UNITED NATIONS ORGANIZATION, 1992).

Por fim, o princípio do respeito à identidade cultural e interesses das comunidades tradicionais e grupos formadores da sociedade (Princípio 22 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992 – ECO-92 – e art. 216 da Constituição Federal de 1988) relaciona-se com a proteção

do Meio Ambiente Cultural e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira e comunidades tradicionais.

1.2 Principais Diplomas Internacionais

Tal qual o que ocorreu com os direitos fundamentais, a preocupação com a preservação ambiental se tornou uma questão de importância internacional após a Segunda Guerra Mundial.

Ainda assim, muito embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 mencionasse o direito à saúde, apenas em 1966, pelo tímido artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, houve a primeira menção ao meio ambiente em um diploma internacional (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948; BRASIL, 1992).

Não obstante, a tutela legal do meio ambiente encontra-se diluída na tutela do direito a um nível de vida adequado e à saúde física e mental, devendo, os Estados-parte buscar diminuição da mortalidade infantil, melhoria da higiene do trabalho e do meio ambiente, prevenção e tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a criação de condições que assegurem a todos assistência e serviços médicos em caso de enfermidade, dentre distintas medidas (MARUM, 2002).

Também o Protocolo dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecido como “Protocolo de San Salvador” – protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecido como “Pacto de San José da Costa Rica”, em 1969 – faz menção ao direito ao meio ambiente, de forma genérica (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1988).

Apenas ano de 1972, com a publicação do relatório denominado “Os Limites do Crescimento” (MEADOWS et al., 1972), pelo Clube de Roma, deu-se o marco nas discussões recentes sobre desenvolvimento econômico e preservação ambiental propriamente ditos. O clube, uma organização não governamental, era formada principalmente por líderes políticos, cientistas e economistas, e serviu de base para as discussões da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano no ano de 1972, em Estocolmo, resultando na Declaração de Estocolmo e, depois, no Relatório Brundtland (THE CLUB OF ROME, 2019).

Do evento sediado no Brasil, a Eco-92 e Agenda 21, foram celebrados diplomas internacionalmente importantes, como a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, [2018?]).

No panorama internacional tem-se outros importantes documentos, tais como a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, Protocolo de Quioto à Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica, Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes, Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, Convenção Internacional de Combate à Desertificação nos países afetados por seca grave e/ou desertificação, particularmente na África.

Integram, ainda, a regulação internacional, a Convenção sobre comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção, Acordo-Quadro sobre Meio-Ambiente do Mercosul, Convenção sobre Diversidade Biológica, Acordo Constitutivo do Instituto Interamericano para Pesquisa em Mudanças Globais (Ata de Montevideu), Convenção de Roterdã sobre o Procedimento de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de Certas Substâncias Químicas e Agrotóxicos Perigosos, Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios, Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, especialmente como Habitat de Aves Aquáticas, e Carta da Terra de 2000.

1.3 Regulação normativa no ordenamento Pátrio e no Estado do Maranhão

O princípio da cooperação internacional, tratado pela primeira vez na Declaração de Estocolmo, considera que as ações degradantes do meio ambiente não respeitam fronteiras, já que os danos ambientais podem ser transfronteiriços. Razão pela qual há necessidade de cooperação entre os povos a fim de se minimizar os tais danos.

Não obstante, sobre o conceito de dano ambiental transfronteiriço, de acordo com Ruiz (2000), a sua generalidade torna complexa a sua exigência em casos concretos, pois falta clareza sobre sua definição, mensuração de dano ambiental, determinação de padrão de contenção aplicável, a delimitação de consequências do dano e extensão de reparação.

O item 7 da supracitada Declaração preconiza que “[...] a cooperação internacional se torna necessária para obter os recursos que ajudarão os países em desenvolvimento no desempenho de suas atribuições [...]”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1972, n. p.).

No mesmo raciocínio, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento previu determinação para que os Estados, em caso de desastres com o meio ambiente, devam

notificar os Estados envolvidos, bem como agir com cooperação internacional para auxiliar os afetados (UNITED NATIONS ORGANIZATION, 1992).

A legislação interna também prevê a cooperação internacional, já que o artigo 77 da Lei nº 9.605/98 traz o dever de prestar a necessária cooperação com outros países, sem qualquer ônus (BRASIL, 1998).

Pelo princípio da solidariedade internacional, a geração atual tem o dever de proteger o meio ambiente para as futuras gerações. Isto é, a preservação deve ser efetiva para que as gerações futuras tenham estoque de recursos ambientais, e benefícios decorrentes destes, não menores que a geração atual para que haja justiça e equidade temporal entre as gerações, conforme previsto no item 6 da Declaração de Estocolmo, e no item 3, da Declaração do Rio-92 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1972; UNITED NATIONS ORGANIZATION, 1992.).

A Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981 dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e instituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), pela qual restam definidas as diretrizes que orientadas pelo princípio do desenvolvimento sustentável, considerando a necessária proteção internacional dos recursos ambientais (BRASIL, 1981).

A Política Nacional do Meio Ambiente considera, ainda, os efeitos da globalização dos mercados, já que as questões ambientais não podem ser mais tratadas como problemas regionais ou locais, haja vista que o direito a um meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado tem abrangência global, devendo haver cooperação entre as nações em favor das gerações presentes e futuras (MONTIBELLER FILHO, 1999).

Na concepção de Mazzuoli (2004), o direito a um meio ambiente íntegro relaciona-se intrinsecamente ao direito à vida, que é um direito fundamental, conforme artigo 5º da Constituição Federal:

A vida tutelada pela Constituição, portanto, transcende os estreitos limites de sua simples atuação física, abrangendo também o direito à sadia qualidade de vida em todas as suas vertentes e formas. Sendo a vida um direito universalmente reconhecido como um direito humano básico ou fundamental, o seu gozo é condição sine qua non para o gozo de todos os demais direitos humanos, aqui incluso o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (MAZZUOLI, 2004, p. 182).

Também o direito a um meio ambiente saudável se relaciona com os direitos sociais fundamentais previstos pelo artigo 6º da Constituição Federal de 1988, porquanto vai além da individualidade, sendo essencial para o desenvolvimento social e abrange toda a população de forma difusa e indivisível (MAZZUOLI, 2004).

Dada a classificação do direito a um meio ambiente saudável como direito humano

fundamental, é que a Constituição Federal de 1988 reservou o Capítulo VI para regulá-lo, sendo o artigo 225 a garantia geral, assim estabelecida:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988, n. p.).

Quanto à legislação federal que versa sobre proteção ambiental, além da Constituição Federal de 1988, tem-se, dentre outras: Decreto Federal nº 8.892 de 2016, que cria a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (BRASIL, 2016a), a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938 de 1981) (BRASIL, 1981), a Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605 de 1998) (BRASIL, 1998), a Lei de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433 de 1997) (BRASIL, 1997), o Novo Código Florestal Brasileiro (Lei nº 12.651 de 2012) (BRASIL, 2012), a Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766 de 1979) (BRASIL, 1979), Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347 de 1985) (BRASIL, 1985), e Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) (Lei nº 9.985 de 2000) (BRASIL, 2000).

Quanto à legislação estadual, no que tange especificamente ao Estado do Maranhão, além da Constituição Estadual, tem-se: Decreto nº 5.975 de 2006 (BRASIL, 2006), Lei nº 5.405 de 1992 (código de proteção de meio ambiente do Estado do Maranhão) (MARANHÃO, 1992), Lei nº 10.451, de 2016 (cria o Programa de Desenvolvimento Sustentável do Extrativismo no âmbito do Estado do Maranhão) (MARANHÃO, 2016), Lei nº 9.412, de 13 de julho de 2011, que regulamenta a Compensação Ambiental no âmbito do Estado do Maranhão (MARANHÃO, 2011a), e Lei nº 9.413, de 2011, que institui o Sistema Estadual de Unidades de Conservação da Natureza do Maranhão (MARANHÃO, 2011b).

Quanto aos diplomas legais diversos de Lei, ao Poder Executivo Federal e Estadual foi dada competência legislativa para expedir Decretos, Instruções Normativas, Regulamentos e Portarias, com vistas à proteção ambiental, conforme inteligência do artigo 22 e 25, parágrafo único da Constituição da Federal de 1988.

2 Teorias Interpretativas e Capacidades Institucionais

A justa aplicação do direito depende da interpretação das disposições legais que regulam a vida em sociedade. A hermenêutica jurídica, estratégica atividade de interpretar o direito, tem sua nomenclatura associada ao deus grego Hérmes, designado, segundo a mitologia grega, a traduzir aos homens tudo o que a mente humana não era capaz de alcançar (HEIDEGGER, 1997).

Desta forma, percebe-se que, desde a antiguidade, há uma preocupação com a interpretação, com objetivo principal de alcançar da verdade, principalmente do que não seja óbvio.

Wittgenstein (1986), ao tratar dos jogos de linguagem e do uso necessariamente pragmático da linguagem, defende que não há imperativa correspondência entre uma palavra e um objeto específico, havendo diferença entre o “portador do nome” e “significado do nome.”

Na teoria hermenêutica interpretativista, os juízes, ao decidirem questões constitucionais, devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita (ELY, 2010).

A perspectiva “interpretativista” enfatiza os limites interpretativos presentes na textura semântica e na suposta vontade do legislador, os quais seriam justificados em decorrência do princípio democrático, ou seja, os juízes não poderiam querer ocupar o papel dos políticos na definição das normas que organizam o Estado de Direito (CANOTILHO, 2003).

O conservadorismo desta corrente hermenêutica reside na ideia de que o juiz deve limitar-se em captar o sentido do preceitos expressos, ou os claramente implícitos, de forma que a leitura da constituição beira ao literalismo, com uma margem pequena de apreciação, que pode chegar até a busca pela intenção dos fundadores para que não haja subversão do princípio do *rule of law* ou substituição deste pelo princípio do *law of judges*, e, portanto, o controle judicial dos atos legislativos (FERNANDES, 2017).

De tal maneira, a realização do controle de constitucionalidade apenas seria admissível nas situações em que uma regra da constituição se prestasse a decidir questões funcionais e procedimentais, tais como as de competências de órgãos públicos, e não estabelecer conteúdos substantivos de regulação social (CANOTILHO, 2003).

A corrente não-interpretativista, por sua vez, defende a ideia de que a interpretação constitucional deve ir além dessa análise limitadora, e objetivar o cumprimento das normas

que não estejam claramente indicadas na linguagem do documento (ELY, 2010).

A perspectiva “não interpretativista”, de outra sorte, enfatiza que cabe aos juízes a identificação e a aplicação de valores substantivos para preservar a Constituição e concretizar o direito. Nesse contexto, além da democracia os valores de justiça, igualdade, liberdade, também devem ser levados em consideração no momento da atividade hermenêutica realizada pelos juízes, compondo o projeto constitucional (FERNANDES, 2017).

Para o não interpretativista Ronald Dworkin (2010), o direito deve ser interpretado na perspectiva abrangente do “direito como integridade”, através do método de interpretação contínua do “romance em cadeia”, pelo qual apenas o juiz Hércules pode alcançar a resposta correta para cada questão jurídica a ser enfrentada. Da mesma forma, a integridade deve orientar a atividade legislativa, a qual deve basear-se na integridade moralmente coerente.

As formulações de Dworkin (2010) indicam que a construção da interpretação pelo Poder Judiciário (juiz Hércules) deve levar em conta a construção interpretativa ao longo do tempo.

Já para William Eskridge Junior (2006), ao tratar sobre a atividade hermenêutica jurídica, a interpretação deve ser feita a partir de uma perspectiva dinâmica, na medida em que o judiciário deva fazê-la desde que a voz do povo seja ouvida nas circunstâncias de tensão entre as leis e as circunstâncias sociais fáticas, em situação de mutação contínua.

O intérprete, em Eskridge Junior (2006), assumiria o espectro de um diplomata, realizando a interpretação dinâmica que aglutinaria: interesses políticos, sociais e jurídicos. Esses elementos, que devem sofrer interferência de contingências contemporâneas e do povo, é o próprio instrumento de legitimação de um governo, mormente no que concerne à questão da dificuldade contramajoritária tratada por Bickel (1961).

Portanto, ao interpretar, o Poder Judiciário deve observar e conciliar o texto legal formal – que dá limite à interpretação, a intenção original do legislador – perspectiva histórica dos compromissos que assumiram, e o contexto contemporâneo.

Para problemas desse tipo, Eskridge Jr sugere que a interpretação seja feita sob a luz: 1) do significado claro do texto; 2) da estrutura legislativa e conteúdo de outras leis relevantes; 3) da história legislativa da norma, de seus compromissos e propostas; 4) das interpretações anteriores dos tribunais e agências (precedentes); 5) da observação da evolução do esquema legislativo, incluindo novas práticas e normas; 6) dos cânones substantivos da interpretação legislativa (fontes normativas). (CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 161).

Desta forma, as teorias interpretativas modernas limitam-se em descrever como interpretar, mas em relação ao agente, tanto em Eskridge Junior (diplomata) quanto em

Dworkin (Hércules), não concentram maiores definições de quem estaria melhor habilitado para interpretar, limitando-se em indicar o Judiciário como o Poder moldado para tomar decisões difíceis.

Este raciocínio demonstra, para Vermeule (2006) que há uma concentração das atenções em uma imagem idealizada do Judiciário e, de outra parte, uma projeção muito negativa do Legislativo ou do Executivo, o que chamou de “Nirvana”.

Em uma perspectiva institucionalista, Sunstein e Vermeule (2002) ressaltam que a questão controvertida reside em averiguar quem dispõe de instrumentais adequados para responder as questões controvertidas levadas à apreciação das instituições públicas. Em substituição da questão de “como *deve ser* a interpretação?”, desloca-se a discussão para “quem realmente tem condições institucionais para interpretação as leis?”. Portanto, a Teoria das Capacidades Institucionais propõe uma guinada institucional.

2.1 A Interpretação Constitucional do Ideal para o Real

A interpretação constitucional tem envergadura para reduzir ou manter sob controle as chances de erro e os custos decisórios em contextos de incerteza. As instituições, por sua vez, podem assumir os ônus de realizar escolhas ou revisar as já tomadas por outras instituições.

O recurso às teorias sofisticadas e os mais diversos métodos interpretativos tem sido prática constante nos processos decisórios no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mormente pela competência relacionada com a “guarda da Constituição”.

Desta forma, a utilização dessas novas práticas e técnicas hermenêuticas e decisórias merecem atenção, não obstante sua utilização pelo tribunal de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

Fruto de amplo debate e discussões político-sociais relativamente longas, a Constituição Federal de 1988 fixou importante projeto político para a sociedade brasileira. Ela não apenas rompeu com a ordem constitucional anterior, mas indicou caminhos a serem seguidos pela sociedade e pelas instituições políticas.

Dentro deste cenário, o Poder Judiciário – especificamente o Supremo Tribunal Federal – tem sido protagonista, seja como guia ou como catalisador nos avanços em matéria de proteção a direitos e estabelecimento dos contornos das instituições políticas. Apesar disso, sua atuação não ocorre de modo isolado. Ela é fruto de incentivos e provocações derivadas da participação dos cidadãos no cenário público, que acabou centralizando no STF a discussão

sobre importantes questões sociais e políticas.

Assim, o recurso a outras posturas decisórias constituiria um efeito lógico do sistema. Se existem direitos violados ou não efetivados pelos Poderes Legislativo e Executivo – legítimos representantes do povo – restaria ao Poder Judiciário o resguardo e a garantia do acesso a esses direitos?

Com a sociedade cada vez mais complexa, evidente que as questões que chegariam ao Judiciário também carregariam em seu bojo complexidades cuja simples normatividade constitucional não daria conta.

Cada vez mais se observa o Poder Judiciário ocupando com primazia os fóruns que deveriam estar adstritos à política ordinária sem que, para tanto, detivesse representação direta. No entanto, o problema reside: o Poder Judiciário estaria aparelhado adequadamente para ter acesso e tem capacidade para decidir as mais diversas e complexas questões?

Como já observado, a teoria das Capacidades Institucionais propõe o deslocamento da discussão sobre direitos para o ponto de vista da instituição incumbida de efetivá-lo. Não se desconsidera, todavia, a importância do direito em si, mas se apresentam considerações sobre as capacidades institucionais e os eventuais silêncios no processo interpretativo, especificamente num diálogo entre concepções interpretativas teóricas e práticas.

Os autores Sunstein e Vermeule (2002) propõem que o deslocamento da discussão do “como decidir” para o “quem deve decidir”, pela via da visão empírica, acarreta em uma necessária releitura do formalismo, na defesa do consequencialismo, do textualismo e no resgate da deferência do Judiciário.

Uma análise consequencialista deve considerar, para além do exercício argumentativo, aportes empíricos, a noção real das capacidades das instituições e as tensões entre estas, já que as pretensões de universalidade e exercício argumentativo de certas soluções podem encontrar limites da própria realidade. Assim, é que uma “*second best choice*” (decisão de segunda ordem) pode significar implementação de uma realidade possível, porém, não ideal, alternativamente à “*first best choice*”, própria de situações ideais, mas, nem sempre alcançáveis.

Além disso, é possível que uma avaliação de segunda ordem pode ser não apenas forçosa, mas, satisfatória para solucionar conflitos, em substituição de teorias interpretativas (SUNSTEIN, 1996).

A “falácia do nirvana” consiste na obstinação de certas teorias normativas que defendem o “perfeccionismo de primeira ordem” (*first-order perfectionism*), como a teoria do direito como integridade de Dworkin, pautada no juiz Hércules, desconsiderando a

falibilidade do juiz real (VERMEULE, 2006).

Fora do “Olimpo”, não há garantia do alcance da reposta correta de teorização completamente esgotada. Por isso que, no lapso entre o ideal e o real, é suficiente que se opte por decisões racionais que considerem os custos das decisões e de seus potenciais equívocos, fatores sobre os quais as teorias perfeccionistas de primeira ordem não tecem considerações.

Assim é que o desígnio do juiz Hércules incita e produz a “falácia do nirvana”, a qual compara o melhor cenário de uma instituição (Judiciário) com o pior cenário de outras instituições (Legislativo) (VERMEULE, 2006).

2.1.1 Os Pressupostos, Acordos Incompletamente Teorizados e Cortes Generalistas

Os pressupostos da teoria das Capacidades Institucionais coadunam-se pela definição de posturas institucionais, limite e as formas de controle da discricionariedade judicial, e a adequação real do emprego de métodos decisórios que devem ser decisores de carne e osso.

Quanto às posturas institucionais, estas devem ser avaliadas por meio do debate entre instituições participantes, desde que incorporem argumentos empíricos em suas propostas, em situações específicas, para fins de comparação de habilidades.

O argumento é necessariamente empírico, comparativo e contingente, só podendo ser fixadas em arranjos institucionais e momentos específicos, afastando, portanto, atuação de participantes de atuação limitada a teorias ou competências formais, as cortes generalistas (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002).

As habilidades e limitações de uma instituição devem ser apreciadas relativamente aos méritos e deméritos das outras instituições também capazes de oferecer respostas para determinados problemas, no que concerne a necessidade da busca pela determinação dos efeitos dinâmicos vinculados a cada escolha.

Esta escolha não está determinada a um caso concreto, em sua acepção singular, pois a noção de efeitos líquidos globais está associada às decisões tomadas por instituições sobre como decidi-los e com os efeitos dessas metadecisões sobre o equilíbrio institucional de forma a criar um padrão para cada espécie e contexto que surgirem (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002).

Outro pressuposto defendido é que a comparação entre as instituições deve ser empiricamente informada dos custos, benefícios, bem como as consequências de se optar, no agregado, por uma instituição dentre outras instituições possíveis (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002).

O que diferencia a teoria das Capacidades Institucionais da mera separação de poderes ou repartições de competências é justamente a consideração de aspectos empíricos e comparação de habilidades e limites concretos de diferentes instituições (análise das vantagens).

Além disso, é necessário considerar também os efeitos dinâmicos relacionados à adoção de uma certa estratégia de decisão.

A teoria das Capacidades Institucionais tem desafios que decorrem da limitação da racionalidade, decorrente do problema da incerteza (próprio das técnicas puramente normativas de interpretação), que são os problemas de informação e o da observância (ARGUELHES; LEAL, 2016).

Quanto ao problema de informação, este evidencia-se quando há recorrência aos argumentos meramente conceituais para comparar méritos e deméritos de instituições ou ainda que se considerem aspectos reais de uma instituição e idealiza-se outra (ARGUELHES; LEAL, 2016).

O problema da observância passa a existir quando da definição de estratégias de decisão e das posturas institucionais, em casos concretos, pelo decisor que deve fazê-lo antevendo os efeitos dinâmicos, o que pode tornar esta atividade excessivamente exigente (ARGUELHES; LEAL, 2016).

Entretanto, o objetivo proposto para aplicação do argumento das Capacidades Institucionais é o de preencher a lacuna entre as teorias que desconsideram totalmente a falibilidade do juiz real (como a de Dworkin) e as que analisam as instituições de forma idealizada para o bem ou para o mal (como Posner e Waldron).

O argumento envolve, ainda, pressupostos estruturais, metodológicos e epistêmicos para seu aproveitamento (ARGUELHES; LEAL, 2016).

Quanto aos estruturais, é formado pela concepção de separação de poderes e de desenho institucional constitucional em que a competência seja repartida considerando às instituições que melhor possam exercê-las, bem como a necessidade da manutenção de uma concorrência harmônica entre as instituições, diálogos, coordenação e equilíbrio (ARGUELHES; LEAL, 2016).

Quanto aos pressupostos metodológicos, o argumento funda-se em uma análise de raciocínio consequencialista (para melhor desenvolver um determinado fim), não se propondo em aproximar-se a um cenário ideal (*first best choice*).

Ao revés, admite que a interpretação seja suficiente quando alcança uma decisão de segunda ordem (*second best choice*) baseada na comparação das capacidades da instituições,

na análise de efeitos dinâmicos, da adoção de uma estratégia de decisão, da análise dos efeitos líquidos globais, da adoção de estratégias decisórias, e da desconsideração de eventuais erros (JORDÃO, 2016).

Por fim, quanto aos epistêmicos, a teoria reconhece uma margem insuperável de incertezas. Para Vermeule, os juízes precisam tomar decisões “aqui e agora” e, em situações de incerteza completa, os tomadores de decisão deveriam assumir probabilidades, riscos e calcular recompensas (LEAL, 2016).

Assim, para melhor decisão em um ambiente incerto, há que se fazer comparação entre as instituições para avaliar qual detém o melhor aparato em cada situação (ARGUELHES; LEAL, 2016).

Na ótica de Sunstein (1996), uma decisão de primeira ordem é tão impossível quanto desnecessária, pois comparando-se as instituições envolvidas em cada caso estas podem estabelecer consensos que visam um resultado concreto para cada situação que seja suficiente à resolução de uma questão fática.

Tais consensos “pés no chão” desenvolvem-se justamente pelo rigor em formular acordos sólidos para casos em concreto decorrentes da pequena margem de abstração permitida (SUNSTEIN, 1996). Estes acordos seriam o extrato do suficiente, posto que em sede de comparações institucionais informadas afastar-se-iam naturalmente as cortes generalistas.

Quando o texto normativo for “claro e específico”, anota Vermeule, os juízes deveriam se aproximar do seu sentido literal, mormente quando tratar-se de regulação específica em que outra instituição seja mais bem aparelhada e tenha melhores condições de decisão, tal qual defende a Teoria Chevron *Two Steps* (v. item 3.4), mesmo em casos de análise de precedentes, pois até mesmo a jurisprudência precisa ser submetida às atualizações interpretativas realizadas pela administração pública (VERMEULE, 2006).

Decisões prolatadas por cortes generalistas, em condições de profunda incerteza, são evitadas de limitações e quanto mais tratarem de assuntos complexos menos deveriam emitir informações e decisões a fim de que se evitem potenciais danos que suas decisões podem causar (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002).

O judiciário, muitas vezes limitado de tempo e informações, nem sempre seria a instituição mais apta a interpretar casos especificamente complexos. Sendo assim, deveria ater-se à perspectiva formalista o que possibilita que efeitos sistêmicos possam ser melhor antevistos.

2.2 O Problema da Legitimidade

Questão de importância é o problema de legitimidade que o Poder Judiciário sofreria ao decidir, com exclusividade, as questões de tutela judicial e, principalmente, quando decide no contexto das decisões de casos difíceis ou de penumbra por ser um órgão com déficit – ou mesmo falta – de representatividade democrática.

Destarte, é preciso que se reconheça o caráter transformativo da ordem constitucional após 1988 – mormente diante dos processos de redemocratização. O legislador constituinte não poupou a regulamentação constitucional de matérias ambientais que poderiam ficar a cargo da legislação infraconstitucional, de forma que a tensão ou mesmo conflito entre normas constitucionais constitui questão recorrente. Ao mesmo tempo, o mesmo texto concedeu ao STF o *status* de guardião desses valores e normas. A autoridade ou instituição decisória detém outorga constitucional.

Como afirma Luís Roberto Barroso (2005), não há como não reconhecer uma relação direta entre o avanço e expansão do Poder Judiciário – Cortes e Tribunais Constitucionais – e os modelos constitucionais levados à efeito após a Segunda Guerra Mundial. No Brasil, esse novo sintoma apenas veio à tona após a promulgação da Constituição de 1988.

É possível afirmar que os tribunais integram um dado sistema democrático, não estando à margem dele, já que – no caso de determinados tribunais e, principalmente, os Tribunais Supremos ou Constitucionais - seus membros são indicados por autoridades eleitas, e sua forma de composição também está constitucionalmente prevista, de forma que a vontade da maioria prevaleceu em contextos pretéritos e fixou forma para a instituição, bem como estabeleceu atribuições¹.

Nesse contexto, diversos argumentos que prestam a fundamentar a teoria da última palavra por meio de uma instituição judicial, ou até mesmo a teoria do monopólio judicial sobre o estabelecimento da interpretação das normas constitucionais. Aliam-se, tais argumentos, à positivação da competência do Poder Judiciário.

As decisões definitivas de mérito, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, detêm eficácia contra todos e efeito vinculante,

¹ No âmbito do contexto normativo constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal será composto por 11 Ministros a serem indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação em sabatina pelo Senado Federal, na forma do artigo 101, da Constituição de 1988. Ademais, no que tange às competências e atribuições, o constituinte originário não poupou STF, trazendo rol expresso – e, portanto, de competência absoluta –, conforme artigo 102, CF/88 (BRASIL, 1988).

frente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, em todas as esferas.

Assim, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro definiu, ao menos normativamente, a competência inequívoca ao Supremo Tribunal Federal quanto à guarda da Constituição, outorgando-lhe poderes para realizar o filtro constitucional de forma precípua. Quanto à jurisprudência, tem-se claramente ampla gama de argumentos pela defesa da força normativa da Constituição e até mesmo do monopólio da interpretação constitucional², pelo STF, bem como pela última palavra³.

Conforme afirma Conrado Mendes (2011), os defensores do monopólio ou da última interpretação da constituição pelo Poder Judiciário, justificam a supremacia judicial como exigência do próprio Estado de Direito, sendo um agente externo à política que atua com

² A força normativa da CR e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re) formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que: "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, *caput*) (BRASIL, 1988) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. [ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, *DJE* de 20-8-2010]. Controle de constitucionalidade de lei: convivência dos sistemas no STF. No STF – que acumula o monopólio do controle concentrado e direto da constitucionalidade de normas federais e estaduais com a função de órgão de cúpula do sistema paralelo de controle difuso, é de sustar-se a decisão da arguição incidente de ilegitimidade constitucional do mesmo ato normativo pendente da decisão do pedido de medida cautelar em ação direta. [Pet 2.066 AgR-QO, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 2-8-2000, P, DJ de 28-2-2003]. O STF, ao julgar a ADI 2.212 [...], alterou o entendimento – firmado em período anterior à ordem constitucional vigente (v.g., Rp 1.092, Pleno, Djaci Falcão, RTJ 112/504) – do monopólio da reclamação pelo STF e assentou a adequação do instituto com os preceitos da Constituição de 1988: de acordo com a sua natureza jurídica (situada no âmbito do direito de petição previsto no art. 5º, XXIV, da CF) e com os princípios da simetria (art. 125, *caput* e § 1º) e da efetividade das decisões judiciais, é permitida a previsão da reclamação na Constituição estadual. [ADI 2.480, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 2-4-2007, P, DJ de 15-6-2007].

³ Estão sujeitos ao controle de constitucionalidade concentrado os atos normativos, expressões da função normativa, cujas espécies compreendem a função regulamentar (do Executivo), a função regimental (do Judiciário) e a função legislativa (do Legislativo). Os decretos que veiculam ato normativo também devem sujeitar-se ao controle de constitucionalidade exercido pelo STF. O Poder Legislativo não detém o monopólio da função normativa, mas apenas de uma parcela dela, a função legislativa. [ADI 2.950 AgR, rel. p/ o ac. min. Eros Grau, j. 6-10-2004, P, *DJ* de 9-2-2007].

imparcialidade, permitindo dinâmica da separação de poderes⁴.

O principal elemento que concede importância central aos juízes e tribunais como garantidores dos direitos constitucionais se dá diante do seu papel de autonomia e independência frente aos demais poderes. A insularidade política constitui a essência do argumento institucional em prol do Poder Judiciário.

Assim, o argumento da dificuldade contramajoritária que tanto é usado contra o Judiciário acaba sendo o fiel da balança. Conforme afirma Konrad Hesse (2008) a estrutura aberta das normas constitucionais exige do intérprete e aplicador uma abordagem sempre concretizadora da norma. Para tanto, dentro do mesmo bojo normativo surgem acepções majoritárias – daqueles que a colocaram nos processos constituintes -, bem como minoritárias.

A estrutura política assentada na dignidade da pessoa humana (artigo 3º, III, da Constituição), coloca a Constituição dentro de um cenário que é, ao mesmo tempo, fruto de luta de maioria e de minorias. As majorias obtiveram seus anseios previstos expressamente, mas aquilo silenciado ou omitido também tem previsão.

Diante disso, as normas constitucionais decorrem da concretude dentro de casos específicos, quase sempre silenciados por uma maioria ainda forte e insensível. Desse modo, submeter direitos à vontade de uma instituição formada por forças políticas implicaria em expressa violação à autonomia individual que não consegue guarida no discurso público. É segundo Ronald Dworkin (2007), violação da dignidade humana.

O Parlamento, portanto, não é a encarnação essencial da democracia, mas sim a conversão de uma instituição que historicamente exerceu outros propósitos. Ele incentiva um comportamento legislativo que barateia direitos fundamentais. A representação eleitoral, então, não é o único tipo possível de representação, mas representação puramente agregativa, atomística, que pensa a política como mercado (MENDES, 2011).

A defesa da revisão judicial na condição de última palavra se assenta sobre a ideia de que o sistema representativo promove a desigualdade, já que trabalha com a regra da maioria, sendo insensível à intensidade de preferências de minorias, podendo incorrer em resultados arbitrários e não-democráticos.

⁴ Conrado Mendes (2011), afirma, ainda, que os argumentos pela predileção da última palavra da revisão judicial multiplicam-se e se complementam. Principalmente com a ideia de que a Corte protege as precondições da democracia, assegura o processo de formação da vontade democrática, protege os direitos fundamentais e o conteúdo de justiça da democracia, ou ainda, de que protege os direitos das minorias e impede a “tirania da maioria”. Segundo o autor, insurge-se a ideia de que a Corte é emissária do povo genuíno e operacionaliza o pré-comprometimento inerente ao Poder Constituinte, de modo que mesmo tendo mais condições técnicas e suposta neutralidade por não ser um poder político, sua decisão pode ser rejeitada, ao final, por emenda ou por uma nova Constituição, poder este que continua com o povo, sendo peça chave no sistema democrático.

Nem todas as decisões por maioria são essencialmente democráticas (DWORKIN, 2007). Nada obstante, dentro da concepção majoritarista de democracia, considerando o ambiente de barganhas políticas que ela ocorre, seria ingenuidade pensar em igualdade argumentativa, eis que forças não declaradas colocam pesos diferentes nos argumentos (DWORKIN, 2014a).

É preciso que haja a possibilidade do cidadão se observar enquanto participante desse processo de tomada de decisão com outros cidadãos; que seu espaço de independência ética seja considerado no discurso público e que permita que um mínimo de liberdade positiva seja possível. A igualdade seria alcançada não por decisões majoritárias, mas porque há espaço soberano de consideração de individualidades (DWORKIN, 2014b).

Adequadamente compreendida, a democracia e os seus processos de tomada de decisão não podem ser vistos como restritos ao procedimento decisório. Uma democracia preocupada com direitos deve ser lida através de sua dimensão substantiva, cabendo ao Poder Judiciário funcionar como um lugar para que os direitos em tensão sejam aplicados sem que sejam submetidos ao interesse da maioria (DWORKIN, 2007).

A defesa de direitos fundamentais é tarefa central das Cortes – o “fórum de princípios”. A deliberação sobre políticas públicas (policies) constitui papel principal de parlamentos eleitos – “fórum da utilidade”. Nesse sentido, a objeção democrática contra a legitimidade da revisão judicial confunde (ou simplifica) o que a democracia efetivamente deve almejar (DWORKIN, 1995).

Tal “resposta certa” sobre direitos fundamentais é inspirada pelo ideal da “igual consideração e respeito”, e ajuda a promover a “filiação moral” de cada pessoa à comunidade política. Sem essa filiação moral prévia, procedimentos majoritários - ou quaisquer outros - não teriam valor nem satisfariam um padrão de igualdade (DWORKIN, 1995).

Por isso que, a democracia, quando estão em jogo direitos fundamentais, dependeria de um *output* substantivo, não de um *input* procedimental, ou seja, Poder Judiciário e Poder Legislativo (DWORKIN, 1995).

Portanto, as Cortes - como locais especiais de tomada de decisão e fora do cenário político-deliberativo - seriam instituições mais adequadas para a interpretação final sobre direitos constitucionais, ainda que sobre eles reinasse um desacordo.

A promulgação da EC n. 96/2017 faz aclarar importante questão trazida pela expansão do Poder Judiciário no estabelecimento dos contornos das normas constitucionais. Ela assenta importante fato existente nos processos de decisão por juízes e tribunais – principalmente por Tribunais Supremos ou Cortes Constitucionais – de que há a interpretação

de direitos constitucionais também fora do Judiciário.

Peter Häberle (1997) preconiza que é preciso que os processos interpretativos da constituição sejam observados dentro de um contexto de sociedade aberta. Existem intérpretes não oriundos das Cortes, e, muitas vezes, advindos de mobilizações e contramobilizações sociais que proponham sentidos diversos do suposto pela Corte.

Caso a Corte tome decisões que sejam fortemente contrárias à opinião pública, que não respeitem ou que não permitam um debate público prévio, o povo encontra formas de demonstrar sua insatisfação e resistir às decisões judiciais (SIEGEL, 2006).

Entretanto, sabe-se que não há neutralidade pura neste processo. A própria opinião pública, como considera Marcelo Novelino e Pierre Bourdieu, é influenciada por partidarismos, mercado, interesses não-nobres ou, ainda, nem sequer existe de fato (NOVELINO, 2016; BOURDIEU, 1973).

Com a finalidade de demonstrar que na cultura constitucional se permite que um conflito produza novos entendimentos sobre interpretação constitucional, Reva Siegel defende que os movimentos sociais alteram o modo como a constituição é interpretada pelos tribunais. Por exemplo, o ocorrido no caso da “ERA de fato” (*the case of the facto ERA*), verificado nos Estados Unidos, oportunidade em que surgiram discussões sobre a chamada "doutrina de igual proteção" que proibia a discriminação sexual ocorrida justamente pela derrota da Emenda de Direitos Iguais (ERA) (SIEGEL, 2006).

Não obstante a existência da Emenda 14 que determinava a “*equal protection of the Law*”, até 1970 as distinções baseadas em sexo eram consideradas admissíveis na jurisprudência norte-americana. Entretanto, em 1970, um movimento feminista convenceu o congresso a enviar uma Emenda de direitos iguais (ERA) aos Estados para ratificação. Com uma enérgica contramobilização, a ERA foi derrotada. Todavia, mesmo qual a falência da emenda proposta, as Cortes começaram a interpretar a décima quarta emenda de forma sensível às mobilizações feministas (POST; SIEGEL, 2007).

A mobilização social permite o debate e, portanto, que processos de contestação – aqui incluídos as contramobilizações ou *backlash* – criem ou mesmo apliquem direitos. Tais mobilizações promovem uma mudança na interpretação constitucional diante do seu forte papel de persuasão.

São agitações que resultam não apenas em reações a decisões exaradas pelas instituições políticas, mas que permitem a realização de debates sobre os contornos das normas constitucionais. Em outras palavras, cria-se uma cultura em que o cidadão se sente parte da Constituição e dos seus processos interpretativos.

No entendimento de Reva Siegel (2006), a cultura constitucional resiste à dicotomia legislar/interpretar, e foca no campo da cultura constitucional para explorar as interações formais e informais entre cidadãos e estado, de forma que assim, possa ser alcançada a mudança constitucional e a sua legitimidade.

Essas interações incluiriam atos de legislação e jurisdição, audiências, emendas, campanhas, marchas de protesto, etc., fornecendo uma ocasião para os cidadãos deliberarem e mobilizarem-se.

Entretanto, quando um movimento que busca mudança da tradição constitucional começa a ganhar força, é comum que nasça um contramovimento de estabelecimento ou resgate de ideais conservadores, o chamado efeito "*backlash*", despertando um processo cíclico de desacordos e controvérsias culturais e conseqüentes tentativas do convencimento oposto.

Dentro desse cenário, a ampliação do ativismo jurisdicional na resolução de questões morais controvertidas pode ter efeitos positivos para uma cultura constitucional, contrapondo-se ao argumento minimalista de Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2002), o que gera uma discussão que enriquece e elucida a filosofia política contemporânea sobre os limites de atuação da jurisdição constitucional na proteção de minorias (POST; SIEGEL, 2007).

Ao mesmo tempo em que se reforça a necessária participação popular no âmbito dos processos públicos de tomada de decisão, atribui-se um importante papel ao Poder Judiciário. Juízes e tribunais não podem ser desconsiderados no contexto de uma cultura constitucional, eis que, como afirmam Robert Post e Reva Siegel (2007), a aceitação deles por parte da população advém do fato de defesa das minorias e de atuações no sentido de proteção de direitos fundamentais.

É dizer, os tribunais contribuem para a transformação social e para canalizar a interpretação do povo, ainda que não detenham mandato para tanto. A exigência, nesse contexto, é tão somente que no âmbito da proteção ou mesmo transformação social, juízes possam ser sensíveis ao contexto social no qual estão decidindo.

Assim, ao passo em que se afirma o papel do governo representativo e da mobilização social para evolução da sociedade, defende-se o papel das Cortes na utilização de um raciocínio técnico-jurídico para interpretar a constituição, já que uma atuação meramente passiva do Poder Judiciário é o mesmo que se colocar a favor do status quo, esquecendo-se do Judiciário como ferramenta eficaz de poder transformador que não poderia ser desperdiçado pela sociedade⁵.

O contexto decisório, portanto, está para além do papel isolado de juízes e tribunais,

de modo que ao se pensar da constituição de direitos por meio de contestações há que se perquirir não a falta de legitimidade dos juízes, mas de que maneira eles podem atuar para reforçar a legitimidade do sistema, seja canalizando a interpretação popular ou controlando de modo mais forte a validade de atos do poder público.

As reações contra as decisões judiciais podem vir por meio de posturas legislativas, sejam concedendo nova interpretação a dispositivo constitucional seja apresentando uma espécie de *recall* da decisão do Supremo Tribunal Federal. É preciso reconhecer, portanto, uma última palavra por instituições representativas diretas ou de primeiro grau (MENDES, 2011). A vontade popular isolada não passa de estados mentais ou simples reprovação de um ato público ou mesmo privado.

Ao se pensar em mobilizações e contramobilizações, vem a reboque uma ideia de “devolução da Constituição para o povo” ou mesmo de tirar dos Tribunais a competência de conceder qualquer tipo de interpretação sobre a Constituição⁶. Em contraponto às teorias que consideram a prevalência da revisão judicial ou do monopólio do Poder Judiciário, estão as teorias que consideram o Poder Legislativo o legitimado a dar a última palavra em matérias de direitos fundamentais⁷. A atividade decisória do parlamento estimula o compromisso, a acomodação de extremos, a não polarização, sendo, a supremacia do parlamento representativo um argumento democrático, sendo a regra da maioria princípio de decisão coletiva que respeita o imperativo moral de igualdade, já que limita o poder e, ainda, desconsidera juízos parciais sensíveis às preferências transitórias (MENDES, 2011).

⁵ Há que se consignar, todavia, que no modelo defendido por Robert Post e Reva Siegel (2007), sempre que o contexto histórico não possibilitar avanços em matéria de direitos, os tribunais precisam ser autoconscientes. Assim, se o contexto social – muitas vezes indicado por processos de reconstrução histórica – exigirem uma autocontenção por parte dos tribunais, os autores entendem que a postura intermediária deve ser deferente às decisões das outras instituições.

⁶ Nesse sentido, confira: TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999. KRAMER, Larry. **The people them selves: popular constitutionalism and judicial review**. Oxford University Press: Oxford, 2004.. No entanto, diante do raciocínio teórico empregado no presente artigo, não se dará ênfase às chamadas “teorias populistas do direitos constitucional”. Ao revés, diante de falta de uma metodologia segura para aferir a possibilidade ou não de extinção da revisão judicial no Brasil, adota-se, a partir do caso da Vaquejada uma abordagem da vontade popular a partir de sua premissa majoritária dos processos decisórios ocorridos no Congresso Nacional.

⁷ Entre inúmeros argumentos que visam primar pela supremacia da interpretação constitucional pelo parlamento, destacam-se as que consideram que este seja o mais próximo que se pode chegar do ideal de democracia nos estados modernos (“second-best-choice”), considerando-se que os representantes são a manifestação do povo, ainda que indireta. O processo de composição do parlamento representativo estrutura a competição política, alcançando, assim um aperfeiçoamento da democracia direta, pela impossibilidade real da participação pessoal de cada cidadão, conforme o modelo de democracia ateniense, onde os cidadãos decidem diretamente cada assunto por votação (a representação eleitoral é uma “first-best-choice”) (MENDES, 2011).

De outro giro, a Corte não protege as precondições da democracia, pois não está fora da política, não sendo, portanto, imparcial. Pelo contrário, a suposta proteção do direito das minorias seria nada mais que um disfarce que encobre um agente político que faz escolhas morais controversas (MENDES, 2011).

Ademais, no controle de constitucionalidade, a Corte não analisa exatamente um caso concreto, haja vista que no sistema concentrado, há mera avaliação em tese, não podendo, inclusive, rever provas ou questões de fato, de forma que analisa em similar abstratividade, como faz o parlamento na deliberação de uma lei.

Os votos discordantes são a prova de que a Corte é formada por mera interpretação pessoal de cada integrante desta, e não do povo, referindo-se, portanto, opiniões de uma elite profissional, que se utiliza de linguagem inflexível e amarrada a tecnicabilidades jurídicas, que inibem o debate público e excluem o povo (MENDES, 2011).

Assim, Jeremy Waldron (2003), o processo legislativo é o único que permite equidade procedimental. Ele garante que todos os votos tenham o mesmo peso. A decisão final se revestiria de um acordo político no qual todos respeitariam, diante da sua participação direta.

Discutir quem tem a última palavra de interpretação legal, se o Poder Legislativo ou Judiciário é discutir, segundo as palavras de Conrado Mendes (2011), quem erra por último.

A Constituição habilita e atribui competências para ambas as instituições. Posicionar argumentos em concepções extremadas acaba por cegar que elas atuam ao mesmo tempo. Uma instituição agindo, não exclui as demais. O mesmo se diga das concepções sociais sobre determinados direitos, eles nunca deixarão de ser alvos de discussão e rediscussão.

Diante disso, para uma análise e compreensão adequada desses fatos, lentes com abordagens intermediárias devem ser utilizadas, de forma a observar a falibilidade de concepções extremadas sobre a questão.

Assim, para uma interpretação legítima a Corte deve interpretar a Constituição e decidir a controvérsia de modo conectado a um debate social interinstitucional – de mobilizações e contramobilizações, seja na sociedade ou em instituições estatais.

Caso contrário ela pode implicar na ilegitimidade do sistema normativo, podendo causar consequência futuras não previsíveis e possíveis erros interpretativos. Tal compreensão representa uma vertente crítica de pensamento em oposição às correntes perfeccionistas, sobretudo em relação aos juízes, que, tradicionalmente, detêm a legítima prerrogativa interpretativa (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002).

Tomam força teorias que priorizam integração e equilíbrio dos Poderes, bem como a

admissão de interpretações constitucionais da sociedade, em detrimento de mera divisão de tarefas, em prol de um sistema constitucional mais democrático para uma realidade mais plural.

O papel das Cortes e do Parlamento, nesse contexto, para Mendes (2011), seria o cerne da questão da expressão “diálogo institucional”, a qual tem sido utilizada para descrever a possibilidade de interação dos tribunais e os poderes políticos, no que diz respeito à interpretação de direitos constitucionais.

A ideia de diálogos institucionais enfatiza que o judiciário não terá o monopólio na interpretação constitucional. Trata-se, portanto, de decisões constitucionais que devem ser produzidas por um processo de elaboração compartilhada entre o poder judiciário e outros atores constitucionais. As teorias do diálogo oferecem uma forma alternativa de preencher a lacuna de legitimidade democrática, superando a dificuldade contramajoritária do judiciário. Por esse motivo, essa teoria vem ganhando espaço, principalmente no que diz respeito à discussão da legitimidade democrática associada à revisão judicial.

Assim, a democracia constitucionalista propõe uma superação das atribuições extremadas entre o que seria papel do Poder Judiciário e o papel do Poder Legislativo, insularmente considerados, para, enfim, e considerando a expressão popular de interpretações sobre a constituição traz benefícios para diálogos mais ricos e mais eficazes.

A questão da dificuldade contramajoritária, bem como da última palavra pelo Poder Judiciário produz uma miopia institucional, desfocando o verdadeiro ponto de interesse. Não seria a tensão entre os poderes, nem a resposta do que seria reserva de justiça ou disputa de poder, mas, sim, que qualquer "última palavra" é sempre provisória (MENDES, 2011).

As teorias do diálogo apresentam uma forma nova de olhar a revisão judicial e o processo legislativo, produzindo importante impacto ao defender que a decisão da Corte não é, e nem tem como ser, o fim da linha.

A tensão entre os poderes, quando da existência do diálogo, é uma questão de grau, tendo defensores das atuações mais incisivas da Corte, e os que sugerem intervenções mais minimalistas.

São de Bickel (1961) as expressões "colóquio contínuo" e "conversa permanente" que estimaram superar o termo também cunhado por ele: "dificuldade contramajoritária", que se referem à dificuldade de classes minoritárias e sem representação no congresso, terem seus interesses defendidos ou que consigam influenciar na interpretação constitucional de modo a sensibilizar as Cortes de seus interesses.

Dois são seus principais denominadores comuns: a recusa da visão juriscêntrica e do

monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual é e deve ser legitimamente exercida pelos outros poderes; a rejeição da existência de uma última palavra, ou, pelo menos, de que a corte a detenha por meio da revisão judicial (MENDES, 2011).

Na ótica de Bickel (1961), quando a Corte decide, ela também faz uma análise política. E isso é bom, ao contrário do que se possa comumente, pensar, já que um juízo qualificado pela virtude da prudência considera princípios de conveniência e oportunidade, qualificando a Corte, assim, como um "animal político", atribuindo flexibilidade na condução da execução das suas decisões e promovendo, portanto, mudanças graduais e estáveis (MENDES, 2011).

Ademais, o mesmo autor compreende que, a Corte pode até optar por não decidir ou esperar para decidir, onde então residiria sua virtude passiva, ilustrando de forma a submeter a possibilidade de decidir ao "maravilhoso mistério do tempo" (MENDES, 2011) e estimulando um colóquio com outros poderes e sociedade.

Bickel (1961) vê o diálogo como uma ferramenta que evita o choque de extremos, choque de ideologias extremadas, e aposta na promoção do progresso pelo planejamento cauteloso de mudanças, pela acomodação social, já que mudanças bruscas sempre fracassam, e que existe sempre um momento certo para decidir.

Com visão que se propõe a refinar a teoria de Bickel, Sunstein e Vermeule (2002) defende a revisão judicial mínima: a prática de dizer não mais do que o necessário para justificar o resultado e deixar o máximo possível não decidido, já que inclina sua preocupação para os riscos da decisão judicial errada, e também com a certa, que, por ser ambiciosa em demasia, gera efeitos não previstos e não queridos, o que nomeou de "mar desconhecido".

No lugar de virtudes passivas defende o uso construtivo do silêncio, possibilitando, assim, maior potência para insuflar debates ricos.

Katyal (apud MENDES, 2011), por sua vez, a saída está no meio do caminho entre Bickel e Sunstein: a Corte é mais proativa quando funciona como uma corte de conselhos, em uma adaptação natural, já que os conselhos são mais flexíveis e menos vinculantes, promovendo uma tradição de cooperação e sinergia entre poderes.

O uso do princípio da proporcionalidade pensado por Alexy (2008) pode ser utilizado quando aplicado às teorias dos diálogos, vez que promove o exercício de virtudes ativas da Corte pelo teste da legitimidade e adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, devendo a Corte rechaçar a lei caso falhe em qualquer desses níveis de teste, merece ser declarada inconstitucional.

Barry Friedman (2003) defende a ideia de diálogos institucionais de acordo com as

seguintes assertivas: a lei não é sempre majoritária; a revisão judicial não é sempre contramajoritária (ao contrário, raramente ela é); a revisão cumpre um papel importante, mas não tem que ver com maioria nem minoria.

Assim, desmistifica premissas de que exista uma vontade da maioria identificável e fixa, e ainda, de que a Corte tenha a última palavra. Nesse sentido, o sistema de governo não representa, obrigatoriamente, a maioria, mas escuta e integra vozes de diferentes grupos, sendo, o texto constitucional, flexível à várias interpretações e dinâmico, beirando, o que ilustrou uma verdadeira "Babel", pela qual as vozes, interesses e pensamentos se chocam, se acomodam e se transformam (MENDES, 2011).

Na visão de Friedman, o diálogo institucional é uma verdadeira partida de tênis, em que Corte e parlamento estão em um ciclo infinito de bate e rebate de questões essenciais à sociedade democrática. Entretanto, sofrem influências de outros poderes e da opinião pública (MENDES, 2011).

As Cortes, por mais que não enfrentem o ciclo legislativo eleitoral, sofrem influências e pressões da opinião pública em virtude da busca pela credibilidade institucional, reputação e risco de desobediência das suas decisões. Pressões essas, normalmente ignoradas pelas teorias que pretendem limitar o poder dos juízes.

Hércules não age sozinho. Para obter obediência dos outros agentes políticos, ele precisa calcular como eles reagirão. Cortes não estão no vácuo ou numa torre de marfim, pois precisam de cooperação (FRIEDMAN, 2009).

2.3 Quanto de Teoria Cabe na Decisão Judicial?

No âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 309/2014, de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello foi discutido a suspensão cautelar de acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em razão de descumprimento, pela União, de normativa do Ministério das Comunicações acerca da implementação, pelos prestadores de serviços de radiodifusão de sons e imagens e de retransmissão de televisão, de audiodescrição, integrada ao som original, de modo a possibilitar a melhor compreensão da transmissão por pessoas com deficiência visual e intelectual (BRASIL, 2014).

A decisão impugnada determinou que houvesse o cumprimento das normas inseridas na portaria, mormente diante da alteração do cronograma de implementação da política pública. Concedendo a medida liminar, o Ministro Marco Aurélio de Mello deixou claro que “[...] A matéria envolve dificuldades empíricas e técnicas que exigem conhecimentos e

informações específicas indispensáveis a chegar-se a prognósticos adequados.” (BRASIL, 2014, p. 8).

Ademais, continua o Ministro ao afirmar que “[...] a complexidade requer cautela por parte dos magistrados e maior deferência às soluções encontradas pelos órgãos especialistas na área [...]” (BRASIL, 2014, p. 8), e que a decisão de afastar as razões do órgão específico “[...] pode corresponder a imposições impossíveis de serem realizadas e à usurpação de competência do agente constitucionalmente legitimado para resolver questões dessa natureza.” (BRASIL, 2014, p. 10).

Na assentada para referendo da medida liminar, o Ministro Luiz Fux endossou a perspectiva de autocontenção judicial nesse tocante e fez consignar: “Então, também não se pretende um governo de juízes, até porque nos falta, dentro outras coisas, essa capacidade institucional que foi introduzida nesse debate sobre ativismo e judicialização das questões [...]” (BRASIL, 2014, p. 15).

O exemplo constante nesse caso indica que refletir sobre os processos de tomada de decisão no mundo contemporâneo perpassa, inexoravelmente, o contexto da decisão judicial. Nesse sentido, teorias normativas – prescritivas – e positivas – descritivas – sobre o papel da prática constitucional judicial figuram como importantes atores (FRIEDMAN, 2003).

Nada obstante isso ganha notável espaço nos estudos acadêmicos – e até mesmo em decisões judiciais – questões sobre *quem detém a palavra – última ou não – acerca do significado das normas constitucionais*. A depender das lentes através das quais se olhe a questão conclusões diferentes serão alcançadas, porém, nenhuma delas desconhece o papel desempenhados pelas Cortes Supremas ou Constitucionais no mundo. É em razão da atuação delas, na verdade, que os estudos ganham combustível.

Ran Hirschl (2013) assevera que, o mundo contemporâneo da prática constitucional judicial é permeado pela tomada de espaço na agenda dos tribunais daquilo que ele cunhou de “megapolítica”, isto é, questões que definem e dividem comunidades inteiras. Com isso, tem-se a transição para uma “juristocracia”. Avança Hirschl (2013) ao afirmar que um dos indicativos para tal cenário é a chamada judicialização “de baixo para cima”.

O Poder Judiciário, então, está em contexto social em que é massivamente incentivado a atuar, mormente ao resguardo dos direitos fundamentais, ponto fulcral do constitucionalismo, ainda que em sua acepção moderna⁸.

⁸Nesse sentido, ver: ROSENFELD, Michel. Modern Constitutionalism as interplay between identity and diversity: an introduction. **14 Cardozo Law Review**, Chicago, n. 497, 1993. O autor resume que o papel principal do constitucionalismo moderno, ao limitar e organizar o poder e proteger os direitos fundamentais, é atuar como uma forma de interação mútua entre identidade e diversidade.

No caso brasileiro ambas as espécies de incentivos para uma atuação maior advêm de expressas previsões constitucionais. No primeiro caso, o desenho institucional normativo do STF o coloca como “guardião da Constituição”. No segundo caso, atribui ao Poder Judiciário como um todo um dever amplo de garantir o acesso à justiça ao fixar a inafastabilidade de sua atuação resolutiva de conflitos e de reparação de danos⁹.

A receita para a transição para a juristocracia se deve a uma junção de caráter descritivo e positivo. Não apenas a prática atual se insere em contexto de fixação do Poder Judiciário como o principal tomador de decisões, como incentivos normativos também são importantes para, ainda que de modo ideal, promover a participação cidadã¹⁰.

É diante desse cenário que Ronald Dworkin (2010) entende que casos que não comportem uma decisão imediata exigem do aplicador uma necessária teorização ou aquilo que ele chama de “ascensão justificadora” por parte do intérprete/aplicador/juiz:

Raciocinar em termos jurídicos significa aplicar a problemas jurídicos específicos [...] uma ampla rede de princípios de natureza jurídica ou de moralidade política. Na prática, é impossível refletir sobre a resposta correta a questões de direito a menos que se tenha refletido profundamente (ou se esteja disposto a fazê-lo) sobre um vasto e abrangente sistema teórico de princípios complexos acerca do significado da responsabilidade civil, por exemplo, ou do significado da liberdade de expressão em uma democracia, ou da melhor compreensão do direito à liberdade de consciência e à tomada de decisões éticas pessoais. (DWORKIN, 2010, p. 73).

Assim, para Ronald Dworkin (2010), questões acerca da interpretação do direito sempre estarão sujeitas a uma possível escalada na ascensão justificadora. Para o autor, no entanto, isso não quer dizer que sempre haverá a necessidade de aprofundar em grandes questões filosóficas. O direito deve ser aplicado em sua melhor luz. Melhor, em sua concepção interpretativa, no sentido de que sempre há a possibilidade de ser interpretado sob uma luz mais favorável.

⁹ Inteiro teor dos dispositivos, respectivamente: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]” (BRASIL, 1988).

¹⁰ No Brasil há importante previsão normativa que catalisa essa compreensão. Trata-se do disposto no artigo 103, da Constituição de 1988. Lá estão previstos um extenso rol de instituições, órgãos e pessoas que atuam como forma de representantes horizontais da sociedade brasileira. Eles são os únicos legitimados para a propositura das ações de controle concentrado ou para controle judicial da constitucionalidade de leis ou atos normativos por via direta, forma que, de 1988, vem ocupando espaço como a principal para a interpretação constitucional. Nesse sentido, confira o inteiro teor do dispositivo: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.” (BRASIL, 1988).

A imersão ou não em questões filosóficas ou de teoria do direito cabe em qualquer decisão. O que não há são testes prévios para impedir ou permitir uma interpretação mais abrangente, cabendo ao contexto decisório indicar isso. Assim, “[...] nunca sabemos quando uma alegação jurídica que parecia prosaica, e até mesmo indiscutível, pode ser inesperadamente contestada por um novo e potencialmente revolucionário ataque proveniente de um nível mais alto.” (DWORKIN, 2010, p. 78).

Portanto, por vezes, o raciocínio em relação à aplicação do direito necessita de uma inversão na abordagem. Enquanto os juristas e juízes, diante do tempo limitado e dos limites pessoais que lhe são impostos, refletem de dentro para fora, pode ser que diante de um caso que o intérprete imaginava ser de fácil resolução exija uma abordagem mais abrangente – de fora para dentro, multidisciplinar e não exclusivamente jurídica.

Para tanto, a escada da ascensão teórica estará sempre disponível. É dizer, “[...] o direito é um campo em que as teorias são abundantes, e que os juristas conscientes compreendem isso, ainda que não cheguem a um acordo sobre qual teoria está sendo aplicada neste ou naquele momento.” (DWORKIN, 2010, p. 82).

A característica da teorização em meio a decisões judiciais está demasiadamente relacionada com a ocupação do espaço decisório de questões sensíveis à comunidade no âmbito do Poder Judiciário. Em defesa da teoria, Ronald Dworkin (2010) argumenta que é por meio dela que se percebe toda a nossa falibilidade.

Negar determinados problemas teóricos, porque é uma suposta exigência democrática ou porque não vai trazer um melhor bem-estar (econômico) para comunidade, não significa que o empreendimento interpretativo seja infinito ou impossível. Pelo contrário, ela fomenta a autoconsciência e consiste numa forma de considerar todo um complexo de diversidades de uma comunidade cujo ideal político é o tratamento igualitário de todos.

Tal concepção normativa da prática constitucional concede combustível para a defesa que a resposta mais adequada sobre questões de megapolítica que precisam ficar sob a responsabilidade do Poder Judiciário. O direito constitucional entendido de modo adequado é aquele cuja última palavra ficaria a cargo de juízes e tribunais. A concepção teórica, pois, rechaça a premissa da legitimidade com base na premissa majoritária como forma de resolução adequada de tais questões.

Nesse sentido, Ronald Dworkin (2006) assevera que:

A melhor estrutura institucional é aquela que produz as melhores respostas para a pergunta (de caráter essencialmente moral) de quais são efetivamente as condições democráticas e que melhor garante uma obediência estável a essas condições. É

necessário levar em conta um sem-número de considerações práticas, e muitas delas podem favorecer fortemente a ideia de que a própria legislatura eleita decida quais são os limites morais do seu poder. Porém, outras considerações podem favorecer a conclusão oposta; entre elas, podemos mencionar o fato de que os legisladores são vulneráveis a pressões políticas dos mais variados tipos, tanto pelo lado financeiro quanto pelo lado político propriamente dito, de tal modo que o poder legislativo não é o veículo mais seguro para a proteção dos direitos de grupos pouco populares. (DWORKIN, 2006, p. 52-53).

A partir disso, tem-se que, para Ronald Dworkin, o contexto decisório terá um *locus* adequado, qual seja, o Poder Judiciário. A última palavra legítima deverá ser a dele, eis que apenas argumentativamente pode-se chegar à resposta correta¹¹, o que não é possível nas arenas político deliberativas em razão dos argumentos terem pesos diferentes, em decorrência das influências externas, bem ainda porque os participantes não são tratados como livres e iguais (DWORKIN, 2014a; 2014b).

A essa concepção teórica e a fixação da legitimidade para interpretar a normas constitucionais numa única autoridade duas críticas soerguem: i) a dignidade da legislação e; ii) a realidade da prática constitucional torna inviável uma concepção teórica dela. Ambas serão analisadas, mas para o objetivo do presente trabalho esta segunda terá mais espaço de análise.

A primeira crítica apresenta argumento diametralmente oposto aos desenvolvidos por Ronald Dworkin, advindo do chamado “constitucionalismo político”, cujos principais autores são Richard Bellamy (2007) e Jeremy Waldron (1999; 2003). Elas se tocam no caráter republicano do argumento, no sentido de que a igualdade argumentativa somente é possível em espaços cujos desacordos sejam respeitados.

Conforme assentado acima, a complexidade social passa a ganhar espaço em outros cenários, especificamente no Poder Judiciário. Ocorre que, para Jeremy Waldron (1999; 2003), ao defender-se a dignidade da legislação as diversidades e os embates próprios dos regimes democráticos somente poderiam ser adequadamente resolvidos se a arena respeitasse os desacordos. Para ele, somente a partir da argumentação isso seria possível.

¹¹O ideal de integridade para Ronald Dworkin, significa a compreensão do direito como um empreendimento coletivo, ou um “romance em cadeia”. O direito como integridade é o ponto central do construtivismo jusfilosófico do referido autor e atua como um meio postura intermediária entre as manifestações políticas passadas – o chamado convencionalismo – e dos programas instrumentais do pragmatismo, voltadas para o futuro. A interpretação da prática jurídica é vista como uma política em processo de desenvolvimento a partir de uma cadeia, cujo principal aspecto é a continuidade – coerência com práticas passadas relacionadas ao caso concreto – e correção – integridade, ou interpretando o direito na sua melhor luz até onde for possível. A integridade, como ato interpretativo, não se encerra, mas oferece como uma continuidade e como origem das interpretações que recomenda. O juiz preocupado com a integridade está preocupado com a resposta correta. Nesse sentido, confira: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014a.

A legitimidade é o respeito ao desacordo, o que implica no resgate à dignidade da legislação, no respeito ao Poder Legislativo, porque é o meio para não se negar o direito de as pessoas participarem em iguais condições nas decisões sociais sobre as quais não há possibilidade de consenso (WALDRON, 2003).

O campo teórico-argumentativo, nessa concepção teria outro lugar onde representantes atuam e ainda que não se chegasse a um consenso o respeito ao desacordo aproximaria a decisão de um acordo político no qual várias mãos participam. Nasceria desse acordo a filiação moral necessária para a resolução de questões que dividem as sociedades ou permeadas por desacordos morais, de modo que os perdedores de hoje podem ser os vencedores de amanhã (WALDRON, 2003).

A atribuição destas decisões para juízes figuraria um risco à democracia, porque o Poder Judiciário teria mais poder de falar e decisão por meio dos juízes. Alçada a discussão aos tribunais, a resolução, ainda que adentrasse em questões mais ampla de justificação, dependeria de maiorias pequenas, colocando em risco a segurança (BELLAMY, 2007).

O constitucionalismo político, então, vê a preocupação de possíveis influências políticas a que o Poder Judiciário está sujeito, bem como que jurisdição exercida em tais situações acarreta na criação de barreiras para os avanços já concebidos na esfera política e representativa. Ao se considerar o Poder Judiciário como o legítimo para a tomada de decisão sobre desacordos morais razoáveis, há a despolitização do constitucionalismo político.¹²

Atribuir a um terceiro não eleito o poder de decidir em nome de várias pessoas, a última palavra em âmbito judicial pressuporia uma incapacidade dos cidadãos de tomarem decisões¹³ sobre determinada ação social.

¹² Frise-se que essa afirmação pode ensejar no fomento da chamada “doutrina das questões políticas”. Trata-se de posturas criadas por determinados juízes e tribunais de não avançarem em questões que deveriam ser resolvidas exclusivamente pelos poderes eleitos. Assim, diante da natureza explicitamente política de determinadas questões, elas não seriam suscetíveis de apreciação judicial. Nesse sentido, confira: HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mar. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: 10 dez. 2017.

¹³ A defesa da retirada de autonomia dos cidadãos por meio da última palavra pelo Poder Judiciário, em muito se aproxima de algumas considerações do chamado “constitucionalismo popular” ou “populismo constitucional”. Nesta teoria se defende a impossibilidade de revisão judicial dos atos do Poder Público, atribuindo-se ao povo a autoridade única para estabelecer o significado da constituição. A palavra final sobre a Constituição deve ficar com o povo, de modo que os processos de opinião sobre ela deveriam ser ampliados e não localizados em juízes ou tribunais. Nesse sentido, confira: TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999; KRAMER, Larry. **The people them selves: popular constitutionalism and judicial review**. Oxford University Press: Oxford, 2004.

Essa condição de curatela pelo Judiciário negaria o exercício do direito e retiraria a autonomia do cidadão. Diferenças hierárquicas seriam criadas, eis que somente aos juízes seriam atribuídas as resoluções dos dilemas morais (WALDRON, 1999).

Do ponto de vista normativo, portanto, cabe muita teoria na decisão. Seja ela tomada por juízes isolados ou não, seja aquela tomada por uma arena política deliberativa composta por representantes do povo, o caráter argumentativo sempre vem à tona.

Por isso que Ronald Dworkin (2010) ao refutar críticas sobre o seu elogio ou da possibilidade sempre aberta da escalada da ascensão justificadora entende que as críticas – o que ele chama de concepção prática ou anti-teórica do direito – são desprovidas de fundamento ou figuram como interpretações incorretas da sua análise.

Em defesa da concepção teórica de direito Ronald Dworkin se volta principalmente contra a *Escola de Chicago*, liderada por Richard Posner e Cass Sunstein, cujos argumentos de tal movimento são rebatidos a partir de três tópicos: o metafísico, o pragmático e o profissional (DWORKIN, 2010).

A abordagem teórica ou a divergência do direito exige que o intérprete se coloque questões complexas de moralidade política, mas, por meio da *metafísica*, os anti-teóricos compreendem que as questões de moralidade por não serem objetivamente apreendidas constituem “jogos de linguagem”. Assim, a linguagem cria o universo da moral a invés de expressá-lo e faz com que a comunidade se divida, demonstrando que há uma verdade distinta para cada um de nós (DWORKIN, 2010).

Tal tentativa de objetivação da verdade recai num ceticismo moral de que dois juízes poderão divergir sobre quais decisões são mais adequadas para demonstrar a continuidade da trama. A integridade reconhece essa diversidade e a colocar dentro do empreendimento interpretativo do ideal de integridade, conforme assentado acima (DWORKIN, 2010).

No que tange ao argumento *pragmático*, Dworkin (2010) rebate uma suposta leitura errada da sua teoria, segundo a qual ela seria não consequencialista. O modelo interpretativo exige que o autor do romance em cadeia dê continuidade à trama artística a partir do capítulo que coube a ele escrever. Essa responsabilidade de continuidade pede que ele interprete o direito sob a sua melhor luz, complementando os fatos até onde isso seja possível. Assim, ela é consequencial tanto em seu objetivo geral de garantir um tratamento de igual respeito e consideração entre os membros da comunidade, como no seu detalhe de que o argumento jurídico interpretativo visa manter um estado de coisas que, a partir da história jurídica, seja superior às alternativas.

A concepção teórica de integridade está assentada numa base igualitária. Não que

seja uma concepção antiutilitarista, mas que as questões de moralidade política estão assentadas em perspectivas argumentativas diferentes: o modelo interpretativo está assentado no aspecto de integridade política e igual respeito e consideração e não numa base pragmática de um utilitarismo irrestrito, em preferências que podem se tornar buscas por eficiências econômicas.

A terceira objeção ao movimento teórico do direito é aquilo chamado de “objeção teórica”, cujos esforços argumentativos de Dworkin em defesa da teoria se assentam no “teorema da incompletude” defendida por Cass Sunstein, que exige a atenção decisória para a resolução dos casos práticos, mais próximos à prática advocatícia, eis que incompletamente teorizadas, o que impediria uma análise teórica mais abrangente.

Tal objeção é refutada ao fundamento de que não há assim tantas disparidades entre a teoria de Sunstein e a teoria da integridade que, inclusive, reconhece a necessidade de introdução de uma teoria para resolver determinados casos. Na verdade, a posição de Sunstein é bem política e de “abstinência judicial”, atribuindo à democracia o catalisador da teorização de determinados consensos (DWORKIN, 2010).

Em defesa da teoria, Dworkin (2010) argumenta que é por meio dela que se percebe toda a nossa falibilidade. Negar determinados problemas teóricos, porque é uma suposta exigência democrática ou porque não traria um melhor bem-estar (econômico) para comunidade, não significa que a interpretação seja infinita ou impossível. Pelo contrário, ela fomenta a autoconsciência e consiste numa forma de considerar todo um complexo de diversidades de uma comunidade cujo ideal político é o tratamento igualitário de todos.

Para os limites do campo de investigação propostos aqui, tem-se que reflexões teóricas podem ensejar decisões que refletem os anseios democráticos. As discussões submetidas para análise de juízes e tribunais podem exigir abordagens mais abrangentes. No entanto, elas não podem desconsiderar as capacidades humanas de tempo e conhecimento.

Quando o texto normativo for “claro e específico”, anota Vermeule, os juízes deveriam se aproximar do seu sentido literal e abandonar fontes colaterais que possam expandir seu sentido, como é o caso da história legislativa. De outra sorte, nas situações em que o texto normativo sofrer problemas de ambiguidade ou vagueza, os juízes deveriam prestar deferência às interpretações estabelecidas por agências administrativas ou por agentes do Executivo.

Ainda, a doutrina de precedentes deveria ter força para guiar as decisões judiciais, porém, a própria jurisprudência precisa ser submetida às atualizações interpretativas realizadas pela administração pública (VERMEULE, 2006).

Sendo assim, às agências governamentais deveria ser permitida maior flexibilidade nas interpretações (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002).

Assim é que apostam no papel das agências administrativas, já que estão em vantagem pela proximidade com questões concretas e informações técnicas necessárias ao deslinde de situações estratégicas e, portanto, melhor posição institucional.

2.4 Instituições, Capacidades e Silêncio: quando não decidir também é decidir

Em que pese os fortes argumentos na defesa da concepção teórica, as críticas levantadas principalmente referentes à atenção maior aos casos postos naquele momento em análise do Poder Judiciário – são coerentes e tentam levar aos tribunais não apenas a complexidade dos casos, mas, igualmente, a complexidade dos procedimentos de tomada de decisão. É dizer, uma questão institucional precisa ganhar espaço nas reflexões sob pena de ineficácia das próprias decisões.

Assim, conforme afirma Barry Friedman (2003), concepções normativas sobre os processos de aplicação da Constituição, embora louvável quanto aos esforços de prescrever condutas e práticas, muitas vezes com intuito de mudar a realidade, são limitadas em seu espectro, eis que deixam de lado a realidade do processo decisório.

Partindo-se de abordagens descritivas sobre a prática constitucional indicam caminhos mais seguros e reais para a decisão. Supera-se a questão de como decidir ou quem detém a legitimidade para a última resposta, mas compreender questões movem e motivam as instituições e seus membros – já que elas são formadas por pessoas – nos processos decisórios.

Nesse sentido, o contexto decisório tanto do Poder Judiciário como do Poder Legislativo ocorre em meio político. Ambos se assemelham a práticas deliberativas que, em tese, deveriam estar tão somente nos Parlamentos. Com isso, tanto os juízes ou tribunais e parlamentares decidem em contexto em que várias forças e várias instituições convergem e se relacionam entre si. Desconsiderar isso é fechar os olhos para a realidade.

Portanto, antes de pensar acerca da última palavra ou de tornar a reflexão sobre a questão mais abrangente ou fortemente teórica – de fora para dentro – é preciso compreender se o decisor – no caso, juízes ou tribunais – é capaz de entrar nesse tipo de reflexão para justificar a decisão ou se a instituição que eles compõem são capazes disso.

Não se pode negar a importância da posição institucional de juízes e tribunais. Tanto do ponto de vista das competências que lhes são atribuídas constitucionalmente como a gama

de incentivos recebidos pelos cidadãos.

Post e Siegel (2007) enfatizam que os cidadãos compreendem a legitimidade das instituições judiciais, tendo em vista a atuação deles como protetores de importantes valores sociais e limitadores das outras instituições oficiais. É dizer os juízes e tribunais ordenam que direitos desconsiderados sejam cumpridos, de modo que quando o tribunal age, estaria defendendo os seus direitos. Mas uma questão ainda fica sem resposta: juízes e tribunais têm capacidade de até onde podem ir em suas decisões?

Em interessante estudo sobre o contexto da prática constitucional na África do Sul, Katharine Young (2012), afirma que em constituições carregadas de disposições transformadoras da realidade, a localização da discussão sobre direitos fundamentais – principalmente os sociais – acaba recaindo sobre o Poder Judiciário.

Assim como no Brasil, a Suprema Corte da África do Sul detém o papel constitucional de guarda desses valores. No entanto, segundo o estudo da referida autora, uma atuação adequada da Corte Suprema deverá ocorrer de modo reflexivo. Para prolatar a decisão é preciso compreensão por parte dos membros se ela será efetiva. Se aquele contra quem se volta a decisão terá capacidade ou mesmo recursos financeiros para a efetivação do comando (YOUNG, 2012).

Essa concepção sobre o papel desempenhado pelos Tribunais no contexto decisório é importante para o equilíbrio político e, ao mesmo tempo, para a efetivação ou mesmo constituição dos direitos para aquele caso. Com isso, se falta informações suficientes para encaminhar um direito ou uma resposta mais peremptória, o ideal é que a Corte seja mais autocontida e, pois, deferente às posturas dos Poderes Executivo ou Legislativo, eis que uma decisão positiva, naquele momento, não é possível (YOUNG, 2012).

Em estudo comparativo sobre juízes e tribunais, Nuno Garoupa e Tom Ginsburg (2015), afirmam que os Tribunais devem se preocupar com a sua reputação em relação à sociedade. Essa reputação pode se dar de várias formas, mas para os limites deste trabalho, é importante assentar que quanto maior acesso às informações sobre os tribunais pelos jurisdicionados, maior é a reputação dessa instituição.

O mesmo pode se dizer a partir das informações que podem ser acessadas pela Corte, isso porque as decisões não seriam como coelhos tirados de uma cartola em eventos de mágicas, mas decorrem de informações e dados que todos têm acesso. Assim, o papel dos juízes e tribunais deve ser não apenas o de acessar e decidir com base nelas, mas garantir que esse fluxo de informações seja contínuo (GAROUPA; GINSBURG, 2015).

A partir dessas questões apresentadas, tem-se que a melhor abordagem para

equilibrar uma juristocracia com decisões possíveis dentro da realidade político- social do contexto decisório é o acesso às informações ou a confiabilidade empírica dos dados disponíveis aos decisores e àqueles que se submeterão às decisões. É preciso, então, que se inverta a reflexão sobre a questão para, primeiramente, compreender as capacidades institucionais e, depois avançar no encaminhamento de direitos, a fim de se evitarem não apenas a ineficácia da decisão, mas possíveis erros sistêmicos.

Essa é a preocupação de Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2002), qual seja, de como determinadas instituições, com suas limitações e habilidades distintas, deveriam interpretar determinadas normas. Para tanto, indicam, os autores, que a resposta mais adequada é focar nas questões institucionais, no contexto da interpretação do direito, para realidade dos juízes ou decisores.

Ainda que se entenda que a prática constitucional judicial é imparcial e livre de pressões políticas, ela, no entanto, não será isenta de influências ou influxos de outras instituições. Não é possível, nesse sentido, enfrentar ou ampliar a reflexão sobre a questão sem que variáveis institucionais ganhem primazia (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002).

Se informações empiricamente coletadas não vierem acompanhadas como meio para a decisão no sentido em que requisitado, para que o decisor consiga se debruçar adequadamente sobre questões que são sensíveis e dividem a sociedade deverá ele fazer considerações de segunda ordem (*second best considerations*) para aferir a capacidade para determinada decisão (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002).

Isso é importante, porque, muito embora as partes/sociedade não convirjam num sentido sobre a questão, poderá ela chegar num acordo sobre a prática ou a atuação do tribunal naquele tocante. Esses acordos suspendem temporariamente considerações de primeira ordem (*first best considerations*) ou substantivas/teóricas sobre a questão, mas que concordam sobre determinadas práticas adequadas (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002).

Sendo assim, as preocupações de índole institucional podem levar a determinados tipos de acordo sobre questões específicas. Não se avança em demasia naquilo que não é possível concordar, a fim de evitar erros ou consequências sistêmicas cujas premissas empíricas não dão conta.

Para Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2002), deve-se ter em mente que considerações contudísticas ou teóricas não conseguem produzir conclusões adequadas sem a análise institucional. Assim, da complexidade dos casos não podem derivar regras interpretativas diretas sem que haja um necessário influxo de questões institucionais, diante da realidade dos juízes e demais decisores.

Portanto, diferentemente do que afirma Ronald Dworkin (2010) sobre essa concepção prática da interpretação, não se está a defender, por meio da viragem institucional, uma abstinência judicial. Na verdade, quer-se evitar essa abstinência, mas dentro dos limites e possibilidades reais das instituições. Se necessário, apenas uma resposta mínima será dada (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002).

A concepção teórica do direito e da interpretação jurídica se assenta em premissas que, por vezes, não detêm relação com a realidade. Mesmo que uma interpretação seja com base em resgate ou mesmo superação das práticas passadas e corrigindo-as até onde for possível – conforme defende o ideal de integridade – a interpretação destas práticas plasmadas em precedentes também impede uma derivação de sentido se, antes, não forem consideradas questões institucionais.

A interpretação constitucional, nesse sentido, é incompleta e, porque não, perigosa, eis que desconsidera questões relacionadas às capacidades institucionais. Perigosa por dois motivos: a uma, porque não garante segurança futura das questões jurídicas e sociais; a duas, porque obscurece a questão a ponto de impedir o acesso adequado das suas informações, prejudicando a chamada “judicialização de baixo para cima”, conforme defendida por Ran Hirschl (2013).

Resgatando os estudos de Katharine Young (2012), mesmo que existam disposições constitucionais expressas prevendo um sem-número de direitos fundamentais – como é o caso do Brasil –, se a Corte não tiver ciência e consciência das informações em fluxo e das suas capacidades no contexto político-social, as decisões não terão eficácia social qualquer. Refletir sobre as questões de índole constitucional é importante para que o Tribunal entenda qual a concepção do seu papel.

A virada institucional influencia drasticamente o desempenho interpretativo dos juízes, bem como é sensível acerca dos efeitos sistêmicos sobre os demais atores institucionais e sociais. Por isso que em questões relevantes que dividem sociedades inteiras, pode ser necessário que as coisas fiquem sem decisão.

Ficar sem decisão ou o silêncio hermenêutico em matéria constitucional não significa violação à inafastabilidade de jurisdição ou ao acesso à justiça. Ao revés, no contexto da interpretação constitucional o silêncio tem mais força que o próprio decidido. É uma atuação de deixar as coisas sem decisão para aquele caso, mas que, na realidade político-institucional, significaria um aviso para que os fóruns deliberativos adequados promovam discussões sobre isso. O silêncio, pois, tem caráter construtivo¹⁴ (SUNSTEIN, 1996).

Fazendo uma síntese, importante as considerações de Cláudio Pereira de Souza Neto

e Daniel Sarmiento (2017):

Nesta perspectiva, uma boa teoria não é aquela que parte da idealização da figura do intérprete, mas a que se baseia numa visão mais realista sobre as suas capacidades institucionais. Por exemplo, uma teoria hermenêutica construída a partir de uma imagem romantizada do juiz pode produzir maus resultados quando manejada por magistrados de carne e osso que não correspondam àquela idealização, em razão do risco elevado de que errem na sua aplicação. Poder ser preferível adotar uma teoria alternativa, que talvez não permita ao juiz excepcional mostrar todo o seu talento e sabedoria para chegar a um resultado ótimo, mas que minimize as chances de erros graves pelos juizes menos capazes. No cômputo geral, pode-se ganhar com isso. E o mesmo vale para os legisladores, dirigentes de agências reguladoras e todos os demais intérpretes da Constituição. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017, p. 439).

Portanto, de casos complexos se mostra inadequado – ou mesmo impossível – extrair interpretações das normas constitucionais diretamente sem que quaisquer relações com as capacidades das instituições envolvidas sejam suscitadas. Uma visão mais realista diante dos cenários mais diversos – como a jurisdição de massa – deve ganhar primazia nas interpretações das normas constitucionais.

Barry Friedman (2009), em estudo preponderantemente descritivos sobre a prática constitucional da Suprema Corte dos Estados Unidos, importante parte do processo decisório está na fase pós-decisional, de modo que ele deve fazer parte das preocupações dos intérpretes.

Em cenários cuja confiabilidade nas premissas empíricas e no fluxo de informações sobre as questões sob análise do Supremo Tribunal Federal, a concepção prática da atuação judicial pede pela inversão na argumentação, isto é, antes de se perguntar *quem tem direito* deve-se perguntar se *o Tribunal tem capacidade de efetivar esse direito?*

Partindo-se disso, as decisões judiciais ficarão mais próximas e com a linguagem mais acessível aos cidadãos e demais instituições que participam, ainda que indiretamente, do contexto decisório em análise dos tribunais. O cenário político- institucional poderá atuar em harmonia e não em guerra como nos dias atuais.

¹⁴No caso da ADPF 309, que serviu de problematização ao presente trabalho, não apenas era necessária garantir um espaço de conformação constitucional de outras instituições, mas o próprio STF reconheceu sua incapacidade técnica para adentrar naquelas questões. Para além do lado de fomento das instituições adequadas o silêncio e a reflexão sobre as capacidades também se assentam sobre questões de cunho técnico que os Ministros não têm acesso, mas que chegam ao seu conhecimento em razão do extenso rol de competências do Tribunal. Não raro, portanto, instauração de audiências públicas para formação do convencimento e para que o tribunal se munice de informações que, sozinho, não seria possível.

2.5 Considerações sobre Pragmatismo, Utilitarismo, Realismo Jurídico e Capacidades Institucionais

Em uma rápida leitura sobre a teoria das Capacidades Institucionais, poder-se-ia relacioná-la com teorias da interpretação da constituição das quais apenas guardam meras semelhanças. Embora compartilhem de similitudes, a teoria das Capacidades Institucionais não se confunde com teorias interpretativas que considerem visões meramente pragmáticas e utilitárias do direito ou que estejam limitadas aos pressupostos do realismo jurídico, principalmente porque estas tratam da interpretação das normas e não dos intérpretes da normas.

A corrente de interpretação do direito chamada de pragmatismo jurídico, rejeita especulações filosóficas muito abstratas, desvinculadas da realidade concreta ou muito aproximadas da metafísica. De modo que as decisões judiciais devam se abster de fundamentar-se em ideais constitucionais últimos, e que, ao revés, devam considerar aspectos contextuais, consequencialista (voltadas para o futuro) e sejam ferramentas de aplicação útil e concreta do direito (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017).

No entendimento de Richard Posner (2003), a principal função de uma decisão judicial deve ser a deferência a suas consequências sistêmicas. Assim, uma boa decisão é a que produz as melhores consequências práticas, e não a que estiver de acordo com textos legais ou teorias morais ambiciosas.

Em relação à necessidade da observância dos precedentes, Posner (2003) preconiza que esta seja devida não por serem os precedentes, por si só, legítimos, mas sim caso estejam em consonância com a utilidade social, legitimando assim, as decisões deles decorrentes (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017).

O pragmatismo jurídico é empirista, tendo em vista considerar dados da realidade em substituição às construções teóricas. Não sendo o direito um fim em si mesmo, o compromisso principal do juiz não seria o próprio direito, mas, a utilidade do direito como ferramenta de consecução das necessidades humanas e sociais (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017).

Assim é que o pragmatismo jurídico se diferencia das Capacidades Institucionais: por presumir uma grande capacidade institucional do judiciário para produzir soluções práticas e eficientes, antever consequências sistêmicas e globais e por excluir os argumentos morais das decisões judiciais.

O realismo jurídico considera que a regra jurídica assume seu sentido apenas quando

é interpretada pelo juiz, momento em que este cria o direito, pois a norma seria mera referência para que o direito seja dito em cada caso concreto. O direito, portanto, é o que o juiz diz que é direito, baseado em fatos concretos e decisões judiciais (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017).

Ainda, subjuga a interpretação jurídica aos fatores reais de poder de forma que o texto, distanciado da realidade, não seria mais do que mera folha de papel. Diferencia-se, portanto da teorias das capacidades institucionais por desconsiderar totalmente a função modificadora das decisões judiciais principalmente no que concerne às formatações institucionais com base nas competências legais, provocando um reducionismo normativista.

O utilitarismo propõe a relativização de direitos fundamentais em favor do alcance de metas coletivas. Esta interpretação, contrária ao imperativo categórico Kantiano e permite que o indivíduo seja utilizado como meio, e não como o fim em si mesmo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017).

Para esta corrente interpretativa, o direito deve perseguir a promoção do bem-estar, do prazer, da felicidade, nas suas maiores medidas, e a realização das preferências do maior número de pessoas possível, o conforme preconizado por David Hume, Jeremy Bentham, Adam Smith e Stuart Mill. Destarte, partem da premissa de que um sacrifício individual deve ser feito caso haja ganho superior na promoção de interesses da coletividade (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017).

Assim, o utilitarismo diferencia-se da teoria das capacidades institucionais em razão desta última avaliar as consequências práticas de uma decisão (que nem sempre é judicial) sem desconsiderar garantias individuais básicas em detrimento de raciocínios utilitaristas obstinados a atingir determinados fins ao maior número de indivíduos possíveis.

Por fim, diferenciam-se em razão de que a teoria utilitarista não prevê a hipótese de que os juizes devam adotar uma postura de moderação de comedimento na sua avaliação com vistas a reduzir custos de erro das decisões, ou ainda, de decidirem não o mérito, mas sim decidir sobre quem deva decidir, ou uma típica decisão de segunda-ordem.

A teoria das Capacidade Institucionais, portanto, classifica-se como uma teoria interpretativa compatível com o movimento de minimalismo judicial (em oposição ao *judicial review*), por não serem em Teoria da Constituição ou da Jurisdição com propósitos salvadores ou emancipatórios, já que não seria compromisso do Judiciário fazer justiça social, mas, tão somente, de concentrar esforços na solução de cada caso concreto demandado.

Nas decisões minimalistas, tal qual pressupõe a teoria das Capacidades Institucionais, dois pontos são determinantes: superficialidade (*shallowness*), e estreiteza

(*narrowness*) (FERNANDES, 2017).

A superficialidade cinge-se das decisões que devem ser rasas em vez de profundas no sentido de que não devem estar fundamentadas em princípios constitucionais básicos (FERNANDES, 2017).

No que concerne à estreiteza, esta se dá em substituição à largueza do objeto das decisões prolatadas, para que estejam atadas estritamente ao objeto relativo a cada caso em concreto, sem que antecipem decisões em casos análogos (FERNANDES, 2017).

Quanto aos efeitos de uma decisão judicial minimalista, tem-se: os tribunais passariam a não decidir questões que não guardassem estrita ligação com o caso a ser efetivamente decidido, os tribunais passariam a não decidir mais causas que não estivessem completamente maduras, os tribunais passaria a não discutir mais questões constitucionais básicas, respeitariam seus precedentes, não emitiram opiniões consultivas ou opiniões pessoais, e, por fim, exercitariam virtudes passivas associadas a manutenção do silêncio judicial (FERNANDES, 2017).

Assim, uma atuação autocontida do Poder Judiciário minimizaria erros sistêmicos e elevaria à uma posição de destaque, uma análise do tipo consequencialista.

3 Capacidades Institucionais e o Direito Ambiental

O sistema tripartido dos Poderes determina que estes sejam independentes e harmônicos entre si, com vistas a assegurar valores democráticos e constitucionais, inclusive, os valores da tutela ambiental.

Portanto, em suas atribuições típicas, o Estado-Legislator deve criar os diplomas legislativos; ao Estado-Administrador incumbiu-se executá-las de maneira adequada e suficiente à tutela ecológica; e finalmente, em caso de omissão ou atuação insuficiente, o Estado-Juiz, uma vez provocado, evita ou corrige as violações constitucionais relativas à proteção e promoção do ambiente equilibrado (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011).

Por decorrência, tal função corretora é garantida também por credencial constitucional, já que o princípio do acesso à justiça, direito de ação ou da inafastabilidade da jurisdição, caracteriza-se pela determinação de que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]”, como disposto no art. 5.º, inciso XXXV da Constituição Federal) (BRASIL, 1988, n. p.).

De forma que, sempre que qualquer do povo sentir-se lesado em seu direito fundamental, inclusive ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, seja possível recorrer ao Judiciário em busca de uma decisão ambientalmente justa, segura e definitiva.

Teria o Poder Judiciário todas as ferramentas, conhecimentos técnicos e habilidades reais para manifestar-se, sempre, e ainda, dar sempre a melhor interpretação possível, sobre as questões ambientais?

Sabe-se que uma dada teoria sobre a interpretação legal sobre matéria ambiental, eventualmente empregada ou defendida por um tribunal, pode fazer sentido em um mundo ideal. Entretanto, quando transportada para a realidade e generalizada para juízes reais, em varas ou câmaras generalistas, pode, a partir de decisões meramente intuitivas, gerar resultados perversos. Além disto, a eventual incapacidade do Poder Judiciário em decidir sempre, em matéria ambiental, pode acarretar em um discurso vazio, meramente programático e de difícil execução, pelo distanciamento com a realidade ou ainda pela limitação da linguagem do direito quando se trata de direitos de tutela coletiva.

A satisfatória interpretação das normas constitucionais demanda critérios hermenêuticos mais sofisticados do que os propostos por Häberle (1997). Portanto, apresenta-se a teoria das capacidades institucionais e o fenômeno da “virada institucional”, que, em síntese, parte da ideia de serem insuficientes as técnicas de interpretação do direito que não considerem os efeitos sistêmicos e a capacidade institucional do órgão responsável pela

decisão.

Uma dificuldade enfrentada na promoção da tutela ambiental é a complexidade do tema, que exige do magistrado conhecimentos variados, específicos e, por vezes, extrajurídicos, envolvendo, por exemplo, biologia, química, física, para além do cenário meramente retórico, teórico e hermenêutico.

Por isto, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar questões ambientais, deve preocupar-se em garantir a implementação de tais normas, já que o direito ambiental deve ter aversão ao discurso vazio e ser uma disciplina jurídica de resultado. Ou seja, que só se justifica pela proteção ambiental alcançada concretamente (BENJAMIN, 2001).

Neste mesmo raciocínio, comparando-se recursos e limitações do Poder Judiciário com os de outras instituições que poderiam fornecer suas próprias respostas em questões ambientais, questiona-se se a performance judicial deixa a desejar.

Portanto, instituições como o Congresso, a Presidência da República e as agências reguladoras estariam em condições de oferecer, no geral, respostas melhores do que aquelas que os juízes tenderiam a produzir?

Neste sentido, encontramos referências às “capacidades institucionais” do Judiciário como justificativa para a adoção de uma postura mais autocontida ao atuar em áreas nas quais há grande necessidade de expertise técnica ou de ponderação livre entre múltiplas e complexas variáveis técnicas e políticas, relativizando-se, portanto, o princípio da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário de todo tipo lesão ou toda ameaça a direito.

O protagonismo do Poder Judiciário tem origem, entre algumas outras razões, na omissão dos demais Poderes. Portanto, defende-se que o Poder Judiciário deve atuar de forma autocontida em questões ambientais, haja vista sua incapacidade para manifestar-se sobre toda e qualquer questão técnica e, a exemplo do arranjo institucional norte-americano, propõe-se a criação e implementação de Agências Reguladoras verdadeiramente autônomas, para regular as atividades econômicas de exploração ambiental.

No âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 309, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, se discutia, no STF, a suspensão cautelar de acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em razão de descumprimento, pela União, de normativa do Ministério das Comunicações acerca da implementação, pelos prestadores de serviços de radiodifusão de sons e imagens e de retransmissão de televisão, de audiodescrição, integrada ao som original, de modo a possibilitar a melhor compreensão da transmissão por pessoas com deficiência visual e intelectual.

A decisão impugnada determinou que houvesse o cumprimento das normas inseridas

em portaria, e, concedendo a medida liminar, o Ministro Marco Aurélio de Mello deixou claro que: “[...] A matéria envolve dificuldades empíricas e técnicas que exigem conhecimentos e informações específicas indispensáveis a chegar-se a prognósticos adequados.” (BRASIL, 2014, p. 8).

Em outra oportunidade, a teoria das capacidades institucionais fora citada na Reclamação nº 11.243, em que a República da Itália solicitava o cumprimento do acórdão do pedido de extradição de Cesare Battisti (Ext 1.085/STF). O Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, não conheceu da reclamação considerando que o Judiciário não foi projetado para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo isto ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior.

Cabe refletir, portanto, que os processos de tomada de decisão no mundo contemporâneo perpassam inexoravelmente, o contexto da decisão judicial. Nesse sentido, teorias normativas (prescritivas) e positivas (descritivas) sobre o papel da prática constitucional judicial são ferramentas importantes. Entretanto, comparar as capacidades institucionais, de forma necessariamente empíricas, comparativas e contingentes, permite a utilização do arranjo institucional adequado para cada momento específico na busca de respostas para as questões relacionadas ao meio ambiente, em sua dimensão contextual ou circunstancial, o que torna a teoria das capacidades institucionais necessariamente contingente.

3.1 Interpretação do Princípio da Inafastabilidade no Novo Código de Processo Civil

Princípios são “[...] preceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais [...]” (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2004, p. 50). Tais preceitos têm sua relevância pela composição de todo ordenamento jurídico, juntamente com as normas, conferindo a ele, legitimidade.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, determina o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional já que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]” (BRASIL, 1988, n. p.).

A Constituição, portanto, garante que o Judiciário pode ser invocado, por quem quer que seja, para exercer o poder jurisdicional, sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direito subjetivo, também conhecido como sistema de jurisdição una.

No entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2017), o direito à tutela jurisdicional deve ser analisado no mínimo sob três perspectivas: (i) do acesso à justiça; (ii) da adequação da tutela; e (iii) da efetividade da tutela, conforme o artigo 3º, *caput*, do Novo Código de Processo Civil.

Portanto, o princípio em tela não impõe aos órgãos judiciais a obrigatoriedade da análise do mérito de todas as questões que lhes sejam deduzidas ou a apreciação de pretensões que não alberguem interesses legítimos e reais, afigurando-se, portanto, relativo.

Sobre o assunto, Fredie Didier Junior (2018) aduz que a inafastabilidade se refere à possibilidade de recorrer à justiça, e não, à necessidade de existir uma efetiva procedência do alegado, ou ainda, que o objeto da demanda ou seus pedidos sejam necessariamente acatados pela justiça.

Ademais, o princípio da inafastabilidade da jurisdição garante não apenas o acesso à justiça, mas também a prestação de uma tutela célere, efetiva e adequada (DIDIER, 2018).

Desta feita, as causas envolvendo diretamente os atos da Administração estariam subjugadas à sindicância pelo Poder Judiciário, pois, ainda que haja uma série de instrumentos jurídicos e meios processuais que possam ser aplicados diretamente pelas autoridades administrativas, independentemente de prévia autorização ou ordem judicial, tais atos não fazem a coisa julgada material (salvo na esfera administrativa), e portanto, toda decisão ou ato administrativo poderiam ser reformados pelo Poder Judiciário.

Em suma, portanto, a instância administrativa seria mera instância prévia à judicial que, pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, não poderia deixar de julgar qualquer litígio, ainda que já julgado administrativamente.

Em sede de tutela administrativa do meio ambiente, isto significa que qualquer decisão/ato administrativo, seja em processo de licenciamento ambiental, investigação, punição, etc., seria passível de reforma judicial – exceto as de mérito administrativo.

Entretanto, considera-se que nem sempre o Poder Judiciário esteja apto a manifestar-se ou decidir, em todas as questões ambientais judicializadas. Mas, no entanto, ao autoconter-se, o Poder Judiciário não estaria a ofender o princípio ora analisado, justamente em razão do requisito da adequação, considerando a interpretação constitucional, bem como do novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (BRASIL, 2015).

Ao invocar a tutela jurisdicional, o particular busca um provimento jurisdicional efetivo. Entretanto, uma vez que o Judiciário não adentre efetivamente na questão demandada, por considerar-se incapaz ou por considerar que outra instituição seja mais capaz para tanto, não significa impedimento ao exercício do direito de ação, mas certamente evita a prolação de

decisões intuitivas, rasas ou ainda tecnicamente incorretas. O que seria, de seu turno, verdadeira promoção da injustiça, ao revés da promoção do acesso à justiça.

Neste raciocínio, está o instituto do *amicus curiae* e as audiências públicas, que permitem a participação plural nos processos de tomada de decisão judicial e inclusive na interpretação de normas constitucionais, tal qual defendido por Peter Häberle (1997).

Em relação ao *amicus curiae*, o artigo 31 da Lei nº 6386/1976 previu a necessária intervenção da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nos processos que versem sobre assunto pertinente à esta autarquia. O artigo 118, da Lei nº 12.529/2011 (Lei Antitruste) fez a mesma imposição à participação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para matéria de direito concorrencial, o que demonstra a preocupação do legislador em vincular intimação desses atores nas tomadas de decisões em que estejam reconhecidas as dificuldades técnicas (DIDIER, 2018).

Aprimorando o instituto do *amicus curiae*, o legislador preferiu desvincular a obrigatoriedade de certas entidades para ampliar o rol de participantes e conferir espontaneidade a elas, conforme determinado nas Leis nº 9.868 e 9.882 de 1999 que tratam sobre controle concentrado de constitucionalidade (BRASIL, 1999a; 1999b).

Atualmente, o Código de Processo Civil, em seu artigo 138, *caput*) possibilitou tal intervenção de terceiros em qualquer processo, desde que se trate de causa relevante, seja de tema específico (mormente os técnicos) ou que tenham repercussão social.

Em relação às audiências públicas previstas no artigo 927, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, o instituto tem relevância no que concerne à também ser instrumento pelo qual o Poder Judiciário possa ser influenciado por instituições, pessoas, entidades, organizações ou qualquer outro ator social ou autoridade pública que sua participação seja pertinente à solução justa de uma demanda judicial, ou que possam contribuir para a rediscussão de tese, previsão esta que coaduna-se com a interpretação aberta da constituição de Häberle (1997) e a modificação necessariamente dinâmica do ordenamento jurídico de Eskridge Junior (1990).

3.2 Prestação Administrativa e Jurisdicional em Matéria Ambiental

No Brasil, a regulação, execução, fiscalização e monitoramento dos recursos ambientais, em âmbito federal, são feitos pelos órgãos da administração direta ou indireta, no modelo clássico de organização, que não possuem as características que as diferenciam das

Agências Reguladoras de outras autarquias¹⁵, e estão estruturadas sob a forma de um sistema: o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA) (GUERRA, 2014).

O SISNAMA foi instituído em 1981 e, portanto, muito antes da ideia de administração pública gerencial (GUERRA, 2014), sendo um conjunto de órgãos e instituições que, no nível federal, estadual e municipal, estão encarregados da regulação do meio ambiente, e com poder de polícia.

Com o surgimento da Política Nacional de Meio Ambiente criou-se o Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), pela Lei nº 6938/81 com as alterações da Lei nº 8.028/90, que tem a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais, bem como normatizar a utilização desses recursos (BRASIL, 1981; 1990).

E, por fim, o IBAMA, criado pela Lei nº 7.735/89, autarquia federal que funciona como secretaria executiva do CONAMA (BRASIL, 1989).

3.3 As Capacidades Institucionais e a Proteção do Meio Ambiente

Em que pese a necessidade de teorizar sobre o ideal, defende-se uma análise empírica sobre as capacidades, habilidades e limites do Poder Judiciário e ainda considerar que uma questão institucional precisa ganhar espaço nas reflexões sobre interpretação de norma jurídica de proteção ambiental, sob pena de ineficácia das decisões. Neste contexto, faz-se um recorte para análise do presente artigo: as capacidades institucionais no que se refere à atuação do Poder Judiciário nas questões de proteção do meio ambiente.

Assim, conforme afirma Barry Friedman (2003), concepções normativas sobre os processos de aplicação da Constituição, embora louvável quanto aos esforços de prescrever condutas e práticas, muitas vezes com intuito de mudar a realidade, são limitadas em seu espectro, eis que deixam de lado a realidade do processo decisório.

Partindo-se de abordagens não meramente descritivas sobre a prática constitucional ambiental indicam-se caminhos mais seguros e reais para a decisão. Supera-se a questão de como decidir ou quem detém a legitimidade para a última resposta, para compreender questões ambientais, em seus fatores técnicos e jurídicos, para promover a análise por instituições e seus membros – considerando que sejam formadas por pessoas fálíveis, e não

¹⁵Agência Nacional de Águas (ANA), Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro (JBRJ).

ideais – nos processos decisórios. Não se pode negar a importância da posição institucional de juízes e tribunais, tanto do ponto de vista das competências que lhes são atribuídas constitucionalmente como a gama de incentivos recebidos pelos cidadãos.

Robert Post e Reva Siegel (2007) enfatizam que os cidadãos compreendem a legitimidade das instituições judiciais, tendo em vista a atuação deles como protetores de importantes valores sociais e limitadores das outras instituições oficiais. É dizer os juízes e tribunais ordenam que direitos desconsiderados sejam cumpridos, de modo que quando o tribunal age, estaria defendendo os seus direitos. Mas, juízes e tribunais têm capacidade para decidir? E até onde podem ir em suas decisões?

A partir disto, é preciso, então, que se inverta a reflexão sobre a questão para, primeiramente, compreender as capacidades institucionais e, depois avançar no encaminhamento de direitos, a fim de se evitar não apenas a ineficácia da decisão, mas possíveis erros sistêmicos.

Essa é a preocupação de Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2002), qual seja, de como determinadas instituições, com suas limitações e habilidades distintas, deveriam interpretar determinadas normas. Para tanto, indicam, os autores, que a resposta mais adequada é dar ênfase em questões institucionais, no contexto da interpretação do direito, para realidade dos juízes ou decisores.

Se informações empiricamente coletadas não vierem acompanhadas como meio para a decisão no sentido em que requisitado, para que o decisor consiga se debruçar adequadamente sobre questões que são sensíveis e dividem a sociedade deverá ele fazer considerações de segunda ordem (*second best considerations*) para aferir a sua capacidade de decisão (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002).

Isso é importante porque, muito embora as partes/sociedade não convirjam num sentido sobre a questão, poderá ela chegar num acordo sobre a prática ou a atuação do tribunal naquele tocante. Esses acordos suspendem temporariamente considerações de primeira ordem (*first best considerations*) ou substantivas/teóricas sobre a questão, mas que concordam sobre determinadas práticas adequadas (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002).

Sendo assim, as preocupações em matéria ambiental, de índole institucional, podem levar a determinados tipos de acordo sobre questões específicas. Não se avança em demasia naquilo que não é possível concordar, a fim de evitar erros ou consequências sistêmicas cujas premissas empíricas não dão conta, pela própria possível incapacidade da instituição Poder Judiciário.

No entendimento de Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2002) deve-se ter em mente

que considerações conteudísticas ou teóricas não conseguem produzir conclusões adequadas sem a análise institucional. Assim, da complexidade dos casos de matéria ambiental não podem derivar regras interpretativas diretas sem que haja um necessário influxo de questões institucionais diante da realidade dos juízes e demais decisores.

Essa nova leitura, a “viragem institucional” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002) defende que o problema da decisão e neste caso, decisão em matéria ambiental, não mais se resume à teoria normativo-interpretativa, e supera o antigo e restrito debate sobre democracia e legitimidade demasiadamente abstratas, ignorando questões práticas e relações institucionais determinantes para o resultado desejável.

As reflexões e doutrina sobre a justiça, segundo os autores, desconsideram as instituições reais. Vermeule (2002) distingue três motivos para isso: (i) a análise excessivamente abstrata das instituições, desconsiderando elementos concretos determinantes; (ii) considerações estereotipadas sobre as instituições reais; ou (iii) o chamado institucionalismo assimétrico, com análises preconceituosas e negativas sobre determinadas instituições – notadamente a Administração Pública – e fantasiosas e otimistas em relação a outras – notadamente o Judiciário. Isso produz a “falácia do nirvana”, a qual compara o melhor cenário de uma instituição (Judiciário) com o pior cenário de outras instituições (Legislativo/Executivo) (VERMEULE, 2006).

Portanto, diferentemente do que afirma Ronald Dworkin (2010) sobre essa concepção prática da interpretação, não se defende, por meio da viragem institucional, uma abstinência judicial em matéria ambiental, mas pelo contrário pretende-se evitar essa abstinência dentro dos limites e possibilidades reais das instituições, tais como Poder Judiciário e Administração Pública Direta e Indireta. Se necessário, apenas uma resposta mínima será dada (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002).

A concepção meramente teórica do direito ambiental e da interpretação jurídica se assenta em premissas as quais, por vezes, não detêm relação com a realidade, ou ainda, não promovam, concretamente, uma proteção ambiental. Mesmo que uma interpretação seja com base em resgate ou mesmo superação das práticas passadas e corrigindo-as até onde for possível – conforme defende o ideal de integridade – a interpretação destas práticas moldadas por precedentes também impede uma derivação de sentido se, antes, não forem consideradas questões institucionais.

A interpretação constitucional, nesse sentido resta incompleta, imprecisa e perigosa, eis que desconsidera questões relacionadas às capacidades institucionais. Perigosa porque não garante segurança futura das questões ambientais e porque obscurece e se distancia de uma

decisão adequada e informações fundamentais, prejudicando a chamada “judicialização de baixo para cima”, conforme defendida por Ran Hirschl (2013).

Ficar sem decisão ou obter silêncio hermenêutico em matéria constitucional não significa violação à inafastabilidade de jurisdição ou ao acesso à justiça. Ao contrário, no contexto da interpretação constitucional, o silêncio tem mais força do que o próprio decidido. É uma atuação de deixar as coisas sem decisão para aquele caso, mas que, na realidade político-institucional, significaria um aviso para que os fóruns deliberativos adequados promovam discussões sobre isso. O silêncio, pois, tem caráter construtivo¹⁶ (SUNSTEIN, 1996).

Fazendo uma síntese, importante as considerações de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (2017):

Nesta perspectiva, uma boa teoria não é aquela que parte da idealização da figura do intérprete, mas a que se baseia numa visão mais realista sobre as suas capacidades institucionais. Por exemplo, uma teoria hermenêutica construída a partir de uma imagem romantizada do juiz pode produzir maus resultados quando manejada por magistrados de carne e osso que não correspondam àquela idealização, em razão do risco elevado de que errem na sua aplicação. Poder ser preferível adotar uma teoria alternativa, que talvez não permita ao juiz excepcional mostrar todo o seu talento e sabedoria para chegar a um resultado ótimo, mas que minimize as chances de erros graves pelos juízes menos capazes. No cômputo geral, pode-se ganhar com isso. E o mesmo vale para os legisladores, dirigentes de agências reguladoras e todos os demais intérpretes da Constituição. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017, p. 435).

Conforme afirma Barry Friedman (2009), em estudo preponderantemente descritivos sobre a prática constitucional da Suprema Corte dos Estados Unidos, importante parte do processo decisório está na fase pós-decisional, de modo que ele deve fazer parte das preocupações dos intérpretes.

Esta afirmação tem importância ressaltada nas decisões de matéria ambiental, vez que, tratando-se de direito difuso e coletivo, atinge um sem número de pessoas, animais e outros seres vivos. Sendo, portanto, a análise empírica e consequencialista, imprescindível para boa aplicação do direito.

Em cenários cuja confiabilidade nas premissas empíricas e no fluxo de informações sobre as questões sob análise do Supremo Tribunal Federal, a concepção prática da atuação

¹⁶No caso da ADPF 309, que serviu de problematização ao presente trabalho, não apenas era necessária garantir um espaço de conformação constitucional de outras instituições, mas o próprio STF reconheceu sua incapacidade técnica para adentrar naquelas questões. Para além do lado de fomento das instituições adequadas o silêncio e a reflexão sobre as capacidades também se assentam sobre questões de cunho técnico que os Ministros não têm acesso, mas que chegam ao seu conhecimento em razão do extenso rol de competências do Tribunal. Não raro, portanto, instauração de audiências públicas para formação do convencimento e para que o tribunal se munice de informações que, sozinho, não seria possível.

judicial pede pela inversão na argumentação, isto é, antes de se perguntar *quem tem direito* deve-se perguntar se *o Tribunal tem capacidade de efetivar esse direito?*

Partindo-se disso, as decisões judiciais estariam mais próximas e com a linguagem mais acessível aos cidadãos e demais instituições que participam, ainda que indiretamente do contexto decisório em análise dos tribunais.

Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2002) compreendem que as decisões especializadas devem ser tomadas por Cortes Especializadas em substituição às Cortes Generalistas.

Por razões semelhantes, um tribunal composto por juízes generalistas poderia fazer melhor, tudo o mais igual, mantendo o significado aparente ou comum dos textos, evitando inovações empiricamente ambiciosas na política estatutária. Um tribunal especializado, por outro lado, costumava fazer melhor com técnicas interpretativas antiformalistas que dão liberdade de ação à apreciação superior do tribunal das intenções legislativas, acordos de grupos de interesse, políticas estatutárias e consequências sociais e econômicas. (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 45-46).

Assim, é que não se deve buscar algum tipo de solução ideal e recomendar que os órgãos decisores cheguem o mais próximo possível dela, mas sim que, comparando os custos associados a cada estado de coisas possível vinculado à implementação de diferentes alternativas em um dado cenário, busquem adotar a “segunda melhor” solução, desde que aproximada da realidade e fazendo-se análise consequencialista.

3.4 O Modelo Norte-americano e a Desregulamentação

Passa-se à análise do modelo norte-americano de regulação das matérias ambientais pelo método comparativo (considerando-se que os institutos do licenciamento ambiental, bem como o da desregulamentação tiveram origem neste sistema), para dele tentar extrair elementos de otimização da exploração dos recursos naturais e governança da regulação e intervenção estatal.

José Cretella Júnior (1972) assevera que o direito comparado é um método que se propõe a realizar levantamento de dados, cotejá-los e confrontá-los em suas diferenças e semelhanças, e, enfim, com o resultado obtido, esclarecer o ordenamento estudado:

É método científico que, recorrendo à observação e ao cotejo, ressalta os traços determinantes de vários sistemas jurídicos, confrontando, no mesmo plano, institutos paralelos e sistemas, para depois concluir pela universalidade de um conceito ou pela tipificação de um instituto num dado sistema do direito. (CRETELA JÚNIOR, 1972, p. 27).

Fernando Dias Menezes de Almeida (2011) observa que a “*desregulation*” significa diminuição da regulação pelo Estado, pela remodelação desta regulação, e pela criação de entidades executivas independentes.

A autocontenção do Judiciário e a desregulamentação do sistema norte-americano tem sua origem na doutrina Chevron¹⁷ que determina a estrita observância dos atos da Administração nas decisões judiciais tendo sido elaborada a partir de uma decisão da Suprema Corte sobre questão ambiental. Dada doutrina defende que a Justiça não deve decidir diferente do que a Administração já decidiu razoavelmente, e eventuais lacunas deixadas pelo legislador são interpretadas como uma provável delegação à Administração, satisfazendo o critério da legitimidade pela escolha popular do seu representante que delega o poder (GOMES, 2015).

Nessa decisão, foram fixados os requisitos para a vedação de revogações de decisões administrativas pelos Tribunais, conhecidos como avaliação de dois níveis: (i) deve ser verificada a existência de uma lacuna para a atuação da Administração (existência delegação por parte do legislador ao gestor público ou seus agentes); e (ii) o ato administrativo deve ser uma interpretação possível da norma¹⁸.

Em síntese, salvo flagrante ilegalidade, o Judiciário deve preservar as decisões da Administração (em uma postura de deferência à sua atuação) nos espaços em que esta realizou as ponderações adequadas, pois as instituições com maior expertise e investidos de responsabilidade para administrar estariam, segundo a teoria das capacidades institucionais, em melhor posição de decidir. Assim, o Judiciário deveria reconhecer suas incapacidades, em cada caso, e preservar decisões de quem as tenha (VERMEULE, 2007).

Evidentemente, o novo modelo interpretativo exibido nesses casos não está isento de críticas. Inclusive porque a estrutura dos poderes e Agências tem tantas falhas quanto, eventualmente, suas avaliações (WEDY, 2016). No entanto, a proposta não é tornar a decisão administrativa imune a críticas, pois qualquer decisão técnica pode ser criticável e questionável.

¹⁷O Congresso alterou a Lei do Ar Limpo em 1977 para tratar de estados que não conseguiram atingir os padrões de qualidade do ar estabelecidos pela Agência de Proteção Ambiental (EPA) (Réu). A EPA definiu uma fonte como qualquer dispositivo em uma fábrica que produzisse poluição. Em 1981, a EPA adotou uma nova definição que permitia que uma usina existente obtivesse permissões para novos equipamentos que não atendessem aos padrões, desde que o total de emissões da usina não aumentasse. O Conselho de Defesa dos Recursos Naturais (NRDC), um grupo de proteção ambiental, desafiou o regulamento da EPA no tribunal federal, que decidiu em favor do NRDC. A Chevron, com uma parte afetada, recorreu da decisão do tribunal de primeira instância (PEDROLLO, 2011).

¹⁸CHEVRON U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, U.S., v. 467, n. 837, 1984.

No mesmo sentido, a avaliação de dois níveis e a viragem institucional não se propõem em encontrar a melhor interpretação da norma, apenas uma razoável, que parte de uma instituição real, com um autoridade competente e com capacidade institucional suficiente, em superação da fantasia do decisor ideal e a *first-best option*, avaliando, também, os efeitos sistêmicos que suas decisões causam (BLIM, 2012).

Em síntese, busca-se uma superação da teorização ideal, uma releitura do formalismo, a preservação da defesa do consequencialismo e do contextualismo, uma análise empírica, o resgate da deferência do Poder Judiciário, e na elevação das agências como as entidades decisórias mais adequadas para a solução de casos controvertidos.

3.5 O Sistema Regulatório e a Regulação do Meio Ambiente no Brasil

A sugestão de Sunstein e Vermeule (2002) para satisfação dos espaços interpretativos deixados pelos órgãos judiciais seria a atuação das agências da Administração, haja vista suas capacidades e estruturas técnicas, além do componente político e proximidade das temáticas superior a proximidade que tem, o Poder Judiciário, inclusive.

De forma que, há evidente preocupação institucional, opção pela teoria dos acordos incompletamente teorizados como suficientes à completude das decisões de segunda ordem, e na elevação das agências como as entidades decisórias mais adequadas para a solução de casos controvertidos.

As agências reguladoras, de origem anglo-saxônica, criadas na Inglaterra, em 1834 (*regulatory agencies/commissions*), e nos Estados Unidos, em 1887 (*Interstate Commerce Comissions*), foram criadas no Brasil na década de 1990, período em que o país passava por problemas econômicos e sociais graves, com o objetivo de reformar o modelo econômico-administrativo no qual os serviços públicos essenciais seriam concedidos à iniciativa privada, a título precário, com regulação e fiscalização pública – regulação setorial (DOMINGUES, 2005).

Conforme afirma Carlos Ari Sundfeld (2006), o conceito de regulação, dentro da Teoria Geral Regulatória, é um modelo econômico em que o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial, mas intervém no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é exclusivamente jurídica, mas, também uma opção de política econômica.

Comparando as origens da regulação no Brasil e nos Estados Unidos, Eros Grau (2000) pondera que, neste último, a regulação foi criada para coibir abusos, as falhas de

mercado, preservando os direitos dos cidadãos (regulação de atividades de especial interesse da coletividade - “*business affected with a public interest*”) frente à atividade econômica e também limitar o crescimento desmedido do poder do Presidente, já que as Agências têm delegação do congresso para realizar o controle econômico e promoção do interesse social, portanto, autônomas.

No Brasil, deu-se o inverso: o objetivo seria diminuir a atividade estatal direta (serviços essenciais, utilidade pública e produção de bens pelas empresas estatais) ou indiretamente (inibição ou estímulo de investimentos pelo setor privado) (GRAU, 2000).

Enquanto no Brasil a regulação tem fundamento no artigo 174 da Constituição da República de 1988, no sistema estadunidense não há previsão expressa em sua Constituição, estando fundamentada na doutrina e de forma interpretativa, na Constituição, no contexto de “departamentos de governo”, do parágrafo 18, da seção 8, do art. 1º: “Fazer todas as Leis que sejam necessárias e apropriadas para levar à Execução as Potências precedentes, e todas as outras Potências adquiridas por esta Constituição no Governo dos Estados Unidos, ou em qualquer Departamento ou Oficial.” (BRASIL, 1988, n. p.).

Considerando que as instituições têm papel fundamental no desenvolvimento econômico e social de uma sociedade, os corpos políticos, econômicos, sociais e educativos devem ter suas estruturas e capacidades analisadas a fim de que se determine o êxito da instituição ao longo do tempo (NORTH, 2001).

A necessidade, portanto, em uma perspectiva neoliberal, seria de afastar o Estado da prestação de serviços essenciais, reduzindo a intervenção direta na economia, intervindo apenas de forma indireta e complementar, e privilegiado a atuação da iniciativa privada, e ainda permitindo a regulação dos serviços essenciais e em todas as atividades do mercado.

As agências reguladoras estariam, portanto, regulando e fiscalizando a atividade privada, em uma nova perspectiva, a de aplicação de critérios de eficiência, racionalidade e administração gerencial (DOMINGUES, 2005).

Este movimento estruturado, que teve início no Reino Unido, denominado de *New Public Management (NPM)*, visa modernizar a organização administrativa, desafogando a estrutura burocrática da administração direta, dando comportamento gerencial ao aparelho estatal. Entretanto, cabe ressaltar que este modelo cumpriu melhor suas promessas nos países de democracias sólidas e economias evoluídas e estáveis do que em países com desigualdades sociais, endividados, com déficits fiscais ou sistemas políticos instáveis ou em transição (GUERRA, 2014).

A perspectiva neoliberal, que fundamenta a ideia de controle e regulação com

interferência estatal indireta é um meio termo entre um Estado grande e intervencionista, de um lado, e uma total abstenção estatal, como esperavam os liberais na penúltima década do século XIX (GUERRA, 2014).

Nos Estados Unidos, a primeira “Agência Reguladora” a *Interstate Commerce Commission* (criada em 1887, com competência regulatória do transporte ferroviário interestadual), e uma década depois o *Clayton Act*, foram criados com a pretensão de combater as práticas anticoncorrenciais inaugurando a administração descentralizada indireta e influenciando outras reestruturações estatais (HUTT; WELLER, 2017).

Os resultados positivos influenciaram na reprodução deste modelo em outros países¹⁹, porquanto a *Independent Regulatory Commission* é um ente estatal autônomo, dirigido por colegiado (*Commissioners*), eleitos pelo Chefe do Poder Executivo, têm mandatos fixos e escalonados e não-coincidentes, só podendo ser exonerados em caso de falta grave. O presidente do órgão, o *Chairperson*, é investido pelo Chefe do Poder Executivo, com prévia aprovação do Senado Federal (GUERRA, 2014).

Considerando tais características, o paradigma das Agências Reguladoras brasileiras seria a *Independent Regulatory Commission* norte-americana.

No direito positivo brasileiro as autarquias surgiram com a edição do Decreto-lei nº 6.016, de 22 de novembro de 1943 (BRASIL, 1943). Em 1949 a Lei nº 830, de 23 de setembro, reorganizou o Tribunal de Contas da União e definiu a natureza das autarquias (BRASIL, 1949). Por sua vez, o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, concedeu às Agências Reguladoras personalidade jurídica, patrimônio e receita própria para executar atividades típicas da administração pública (BRASIL, 1967).

A Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, preconiza que a natureza jurídica das Agências é de autarquia por não haver subordinação direta hierárquica, por haver independência administrativa²⁰, normativa, decisional (em colegiado), financeira, patrimonial, de gestão de recursos humanos, técnica, estabilidade de seus dirigentes, mandatos fixos,

¹⁹*Independent regulatory commissions* estadunidenses, *autorités administratives indépendantes francesas*, *autorità indipendenti italianas*, *administraciones independientes espanholas*, *régies canadenses*, *ambetswerk suecas* e *finlandesas*, os *ministerialfreien Raums* germânicos. Neste mesmo raciocínio, com o processo de unificação europeia, tornou imprescindível a regulação independente, como a Agência Europeia para a Segurança da Aviação (EASA) e a Autoridade Europeia de Segurança Alimentar (EFSA), ambas criadas pelo Conselho da Europa, bem como a Agência Europeia de Segurança Marítima (EMSA), em 2002, e o Grupo Europeu de Reguladores de Redes e Serviços de Comunicação Eletrônica (ERG), também em 2002, além do Grupo Europeu de Reguladores de Eletricidade e Gás (ERGEG), em 2003, e, todos com propósitos de desenvolver as atividades de mercado.

²⁰Sabe-se que diversos fatores podem afetar a imparcialidade e a independência das agências brasileiras, fenômeno este, denominado de *institutional by pass*, isto é, influências institucionais para que a vontade política prevaleça sobre a vontade reguladora (independente e isenta) (WEDY, 2016).

publicidade dos atos e criação de mecanismos de *accountability* (BRASIL, 1998).

Entre nós, surgiram as Agências Reguladoras²¹ e foram disciplinados novos modelos para Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) e para a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

O regime especial destas é diferenciado, o que permite concessão de privilégios específicos visando aumentar sua autonomia comparativamente e com as autarquias comuns, principalmente garantindo a autonomia econômico-financeira, a qual é indispensável para uma atuação desvinculada de questões políticas e partidárias.

[...] é desnecessário, com efeito, enfatizar que as agências reguladoras somente terão condições de desempenhar adequadamente seu papel se ficarem preservadas de ingerências externas inadequadas, especialmente por parte do Poder Público, tanto no que diz respeito a suas decisões político-administrativas quanto a sua capacidade financeira. Constatada a evidência, o ordenamento jurídico cuidou de estruturá-las como autarquias especiais, dotadas de autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira (BARROSO, 2012, p. 121).

A fiscalização das agências reguladoras pode se dar através dos Tribunais de Contas, Ministério Público, e pelo Poder Judiciário, além da participação e controle popular, que é uma importante ferramenta para se determinar a eficiência e a capacidade de desenvolvimento de uma instituição e da Administração Pública (NORTH, 2001).

(...) se o Estado abdicasse totalmente do poder de interferir na prestação de serviços públicos privatizados e na correspondente estrutura empresarial, correria o risco de assistir, passivamente, ao colapso de setores essenciais para o País, como o setor elétrico e o de telecomunicações. O Estado necessita, ainda, impedir práticas anticoncorrenciais, o que não pode, de forma nenhuma, ser deixado ao encargo da ‘mão invisível’ do mercado. **Existe, também, a necessidade de proteção dos interesses dos usuários e de assegurar a universalização dos serviços públicos, possibilitando que eles sejam prestados aos milhões de excluídos existentes no Brasil (pessoas sem acesso a saneamento básico, energia elétrica, meios de transporte coletivo, telefones etc.).** (SUNDFELD, 2006, p. 120, grifo nosso).

Ao permitir que a sociedade possa interferir na atuação das agências independentes, se dá oportunidade para intervenção de usuários, populações atingidas e sociedade empresarial e técnica para contribuir, em um espaço comum, pelo debate de ideias, propositura de planejamentos, espaços de reclamações, ouvidorias, denúncias, sobreposição de grupos de pressão, consultas públicas, direito de petição (DOMINGUES, 2005).

Por fim, instituições como o Congresso, a Presidência da República e as agências reguladoras estariam em condições de oferecer, no geral, respostas melhores do que aquelas que os juízes tenderiam a produzir, porquanto isolados, com capacidade técnica e base de

²¹As Agências Reguladoras brasileiras são autarquias de regime especial: ANEEL, ANP, ANATEL, ANVISA,

ANA, ANS, ANCINE, ANTT, ANTAQ e ANAC, ANM.
dados limitados, o que lhes proporcionaria tão somente uma visão dogmática ou parcial em áreas nas quais há grande necessidade de expertise técnica ou de avaliação livre entre múltiplas e complexas variáveis políticas (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002).

4 Análise Jurisprudencial: o argumento das Capacidades Institucionais nas decisões do TJMA em decisões de matéria ambiental

Após o estudo teórico sobre a teoria das Capacidades Institucionais passa-se à análise das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Tal análise é cogente para que se possa avaliar se os pressupostos desta teorização são utilizados como fundamentação nas decisões do referido Tribunal.

Assim, busca-se responder o seguinte questionamento: os desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão consideram, em casos concretos de matéria ambiental, os pressupostos essenciais da teoria das Capacidades Institucionais de Cass Sunstein e Adrian Vermeule?

Caso a hipótese seja corroborada, é possível assumir que não há, nas fundamentações das decisões em matéria ambiental, do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, análise do tipo consequencialista, conforme os pressupostos propostos por Cass Sunstein e Adrian Vermeule.

Em resumo ao estudado sobre a teoria em questão, a análise jurisprudencial avaliou a existência de referências a tais pressupostos, quais sejam:

- a) respeito às habilidades e limitações reais das instituições ao tomar decisões;
- b) leitura funcionalista da separação dos poderes;
- c) reconhecimento de uma margem real de incerteza jurídica;
- d) análise consequencialista dos efeitos sistêmicos (efeitos agregados e reativos);
- e) necessária comparação das instituições com base das informações reais do contexto empírico destas;
- f) avaliar os custos e benefícios de se alocar poder decisório a determinada instituição com base em comparações com os custos e benefícios de se ter outra instituição decidindo a mesma questão.

4.1 Metodologia e Campo Amostral da Pesquisa Jurisprudencial

O presente estudo ajusta-se à chamada linha jurídico-dogmática²², já que trata da análise de uma categoria jurídica, projetando-a, também, para além do ordenamento jurídico,

²² GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa.; DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 21.

isto é, pensando-a no mundo concreto dos fatos, a fim de verificar a sua efetividade, para posteriormente, teorizá-la.

Ademais, a investigação é do tipo jurídico-prospectiva, uma vez que “[...] parte de premissas e condições vigentes para detectar tendências futuras [...]”²³ do instituto jurídico e, por consequência, também jurídico-propositiva, como o são, naturalmente, as pesquisas na seara das Ciências Sociais Aplicadas²⁴.

Para tal desiderato, recorreu-se à plataforma do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, sendo este, o campo de estudo explorado para a verificação da utilização, pelo Poder Judiciário Estadual, dos pressupostos da teoria das Capacidades Institucionais, em decisões que versam sobre matéria ambiental.

Mister fixar como marco temporal o período posterior ao ano de 2012, considerando que o marco legal da legislação ambiental brasileira é o Código Florestal, Lei nº 12.651/2012 (BRASIL, 2012). Ademais, para que o campo amostral não seja demasiado volumoso, considerou apenas o período compreendido entre 2014 e 2019, ou seja, o período de cinco anos. Período este considerado razoável para verificação da aplicação da teoria das Capacidades Institucionais.

Quanto à técnica para análise dos dados oriundos da jurisprudência, em tal lapso temporal indicado, recorre-se à técnica da análise de conteúdo, de acordo com a teoria de Bardin (1977), pela qual constitui-se como uma técnica de pesquisa usada para descrever e interpretar o conteúdo de toda classe de documentos e textos, conduzindo a descrições sistemáticas, qualitativas ou quantitativas, ajudando a reinterpretar as mensagens e a atingir uma compreensão de seus significados num nível que vai além de uma leitura comum, mas alcança o dito e o não-dito dos raciocínios utilizado nas fundamentações.

O objetivo da utilização desta metodologia é uma busca teórica e prática, e busca identificar significados especiais no campo das investigações sociais.

Entretanto, analisando-se os conteúdos das decisões julgou-se necessário o uso da técnica da análise do discurso de Pêcheux (2006), para identificar as intenções, e as ideologias materializadas na linguagem e os significados produzidos pelos discursos entre os interlocutores, já que superando-se a ideia do sujeito pragmático, que tem imperiosa necessidade de homogeneidade lógica e de pequenos sistemas lógicos portáteis, utilizou-se os

²³GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa.; DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 28.

²⁴Id. Ibid.

dados surgidos nas incoerências, elipses, descrição de espaços vazios, negações e interrogações.

A coleta de dados na fase de exploração do campo, tem a intenção de se avaliar a interação entre a ciência do direito e o mundo empírico.

O conjunto de dados foi analisado de forma quantitativa e qualitativa, que não se opõem. Ao contrário, se complementam, pois, a realidade abrangida por eles interage dinamicamente, excluindo qualquer dicotomia.

Assim, os dados quantitativos pretendem demonstrar quantidade de decisões no lapso temporal proposto e a análise do conteúdo das decisões quanto aos critérios técnicos e legais utilizados na fundamentação jurídica pela identificação, nas decisões, dos indicadores eleitos para verificação da existência de utilização dos pressupostos defendidos na teoria das Capacidades Institucionais.

Tal pesquisa apoia-se na hipótese de que, como afirmado, não há, nas fundamentações das decisões em matéria ambiental, do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, análise do tipo consequencialista, conforme os pressupostos propostos por Cass Sunstein e Adrian Vermeule.

Para verificar se esta hipótese se sustenta, realizou-se uma busca por decisões que utilizassem o argumento das capacidades institucionais como razão de decidir no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, no período de 31 de janeiro de 2014 à 31 de janeiro de 2019.

Buscou-se por decisões que contivessem as expressões usualmente utilizadas na linguagem da teoria das Capacidades Institucionais, ou ainda, termos que mantenham relação com a teoria.

4.2 Eleição dos Indicadores

A busca deu-se, em um primeiro momento, à seleção de um campo amostral e genérico, ou seja, o primeiro campo, que chamar-se-á de “Campo Amostral Base (CAB)”.

Este campo foi obtido a partir da inserção, no campo “busca de jurisprudência”, do termo “meio ambiente”, no qual apurou-se o total de 339 (trezentos e trinta e nove) acórdãos (ANEXO A). Assim, esta pesquisa, sem equívoco, está restrita às decisões que versam sobre matéria ambiental, em exclusividade, afastando, portando, outros ramos do direito.

Utilizando-se o CAB, refinou-se a busca, através da ferramenta “procurar”, para inserir os termos que identificam a tese ora estudada, de forma direta, quais sejam: 1) “capacidades institucionais” e 2) “capacidade institucional”, cruzando-se os resultados e

eliminando-se aqueles duplicados, na plataforma de referência. Não foram encontrados acórdãos.

Tendo por base o CAB passou-se a inserir na ferramenta “procurar”, termos correlatos aos já utilizados, os quais guardam relação direta com os pressupostos defendidos pelos autores da teoria estudada, bem como o objeto do presente estudo, mas, que apenas de forma indireta, se relacionam à teoria, quais sejam:

- a) “judicialização”;
- b) “consequencialismo”;
- c) “empirismo”;
- d) “premissas empíricas”;
- e) “expertise”;
- f) “efeitos econômicos”;
- g) “efeitos econômicos e sociais”;
- h) “ativismo”;
- i) “passivismo”;
- j) “escolhas trágicas”;
- k) “minimalismo”;
- l) “silêncio”;
- m) “correção funcional”;
- n) “erros sistêmicos”;
- o) “erros interpretativos”;
- p) “desenvolvimento econômico”;
- q) “desenvolvimento social”;
- r) “técnico”;
- s) “custo”;
- t) “atividade econômica”;
- u) “licenciamento”.

Assim, chegou-se à Base de Dados Inicial (BDI), formado pela quantidade de acórdãos (devidamente identificados) em que os termos retro mencionado foram utilizados em sua fundamentação:

- a) silêncio – 2 acórdãos (405602016, 579662013);
- b) desenvolvimento econômico – 1 acórdão (484832017);
- c) desenvolvimento social – 2 acórdãos (0802967-39.2017.8.10.0000 e 167772016);
- d) técnico – 23 acórdãos (0808778-43.2018.8.10.0000, 0804737-33.2018.8.10.0000,

0802328-52.2017.8.10.0022, 0803049-36.2018.8.10.0000, 0802735-90.2018.8.10.0000, 514102017, 0803790-13.2017.8.10.0000, 0803530-33.2017.8.10.0000, 356332017, 354092017, 353882017, 351352017, 351132017, 0802566-40.2017.8.10.0000, 325232017, 0800137-77.2017.8.10.0040, 0800510-11.2017.8.10.0040, 137032017, 7842017, 491942016, 200792016, 177042016, 205922014);

e) custos – 7 acórdãos (0804737-33.2018.8.10.0000, 0809267-14.2017.8.10.0001, 0800005-62.2017.8.10.0026, 0804691-55.2017.8.10.0040, 19602018, 0800495-84.2017.8.10.0026 e 0802562-77.2017.8.10.0040);

f) atividade econômica – 2 acórdãos (137032017 e 343082016); e

g) licenciamento – 12 acórdãos (0803049-36.2018.8.10.0000, 54212018, 557722017, 432242017, 0803530-33.2017.8.10.0000, 324872017, 576352016, 135162016, 547612015, 264562015, 46302015, 23592014).

Quanto aos demais termos, estes não foram localizados como fundamentação dos acórdãos. Portanto, a BDI é composta por 54 (cinquenta e quatro) acórdãos.

4.3 Possíveis Limitações da Metodologia Empregada

O recorte feito não é isento de possíveis críticas e limitações em relação à utilização dos pressupostos da teoria das Capacidades Institucionais como critério de decisão por parte dos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Em primeiro lugar, é possível que o argumento das capacidades institucionais seja utilizado por Desembargadores sem que tenham citado diretamente essa expressão, isto é, é possível que a avaliação das condições institucionais, pelo método comparativo e sistêmico, para que decisões de segunda ordem sejam tomadas, tenham sido feitas sem utilização do rótulo do argumento. Ou mesmo, que tenham usado termos correlatos que sejam diversos dos termos correlatos buscados pela pesquisa.

Assim, poder-se-ia argumentar que as conclusões da pesquisa estariam incompletas. Entretanto, considera-se que a pesquisa consegue alcançar seu objetivo, qual seja, o diagnóstico de um problema, e não verificar qual é a sua real extensão.

Além disso, parece pouco provável que o julgador pudesse considerar os pressupostos da teoria das capacidades, para decidir realizando análises comparativas de capacidades institucionais, preocupando-se com os efeitos sistêmicos, dinâmicos e cogitando a escolha das segundas melhores decisões, sem se referir às expressões que são as marcas da

teoria de Sunstein e Vermeule.

Ainda, esta pesquisa não se preocupou em avaliar se os desembargadores do tribunal de Justiça do Estado do Maranhão são conhecedores ou não da teoria das Capacidades Institucionais, já que o objetivo é verificar se os julgadores se preocuparam em avaliar questões que são defendidas por Cass Sunstein e Adrian Vermeule como indispensáveis à boa decisão judicial.

Por fim, é preciso notar que a plataforma jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão apresenta algumas limitações. Ao longo da pesquisa, identificou-se que algumas palavras se encontravam divididas por espaços ou que alguns caracteres estavam trocados. No entanto, esses problemas, apesar de potencialmente limitarem o universo de casos encontrados, não parecem limitar as conclusões da pesquisa.

4.4 Análise das Fundamentações

Passou-se à análise da fundamentação contidas nas decisões prolatadas pelos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, conforme metodologia do item 4.2. aplicada, que gerou a Base de Dados Inicial, composta por 54 (cinquenta e quatro) acórdãos.

Como explicitado, utilizou-se da técnica da análise de conteúdo (BARDIN, 1977) para descrever e interpretar o conteúdo das decisões, conduzindo descrições sistemáticas, qualitativas e quantitativas, buscando interpretar e compreender os dados para além de sua literalidade, buscando alcançar, inclusive, as entrelinhas.

A partir disso, julgou-se necessário o uso da técnica da análise do discurso (PÊCHEUX, 2006), para identificar as intenções e ideologias dos discursos e das linguagens, bem como os dados surgidos nas incoerências, elipses, omissões, negações, interrogações, etc.

Desta forma, para averiguar se foram observados os pressupostos do argumento das capacidades institucionais, buscou-se, nas 54 decisões, que envolvem matéria de direito ambiental, os seguintes padrões:

- a) análise dos dados reais do desempenho institucional;
- b) análise da legislação que regulamenta as instituições para verificação de sua competência e habilidade para decidir o assunto objeto de decisão;
- c) comparação entre as instituições para concretização da necessidade de análise simétrica das mesmas;
- d) utilização do método de comparação entre as instituições para atingir a verificação

- das consequências da decisão;
- e) menção a normas de competência;
- f) quais instituições, e, em específico, seus atores, foram considerados mais aptos a decidir e as razões dessa opção;
- g) por fim, verificou-se se o uso das expressões pesquisadas foi utilizado para argumentar da forma proposta por Sunstein e Vermeule.

4.5 Resultados

Além da busca pelos termos correlatos aos pressupostos, verificou-se os julgados quem contém, em sua fundamentação, termos de forma coincidentes, que são:

- a) Meio Ambiente e silêncio: processos nº 405602016 e 579662013;
- b) Meio Ambiente e desenvolvimento econômico: processo nº 484832017;
- c) Meio ambiente e desenvolvimento social: processos nº 0802967-39.2017.8.10.0000 e 167772016;
- d) Meio Ambiente, técnico e atividade econômica: processos nº 0808778-43.2018.8.10.0000, 0804737-33.2018.8.10.0000, 0802328-52.2017.8.10.0022, 0803049-36.2018.8.10.0000, 0802735-90.2018.8.10.0000, 0803790-13.2017.8.10.0000, 356332017, 354092017, 353882017, 351352017, 351132017, 0802566-40.2017.8.10.0000, 325232017, 0800137-77.2017.8.10.0040, 0800510-11.2017.8.10.0040, 137032017, 77842017, 491942016, 200792016, 177042016, 205922014 e 514102017;
- e) Meio Ambiente e custos: processos nº 0804737-33.2018.8.10.0000, 0809267-14.2017.8.10.0001, 0800005-62.2017.8.10.0026, 0804691-55.2017.8.10.0040, 19602018, 0800495-84.2017.8.10.0026, 0802562-77.2017.8.10.0040;
- f) Meio Ambiente, técnico e atividade econômica: processos nº 137032017 e 343082016: técnico e atividade econômica.
- g) Meio ambiente, técnico, atividade econômica e licenciamento ambiental: processos nº 0803049-36.2018.8.10.0000, 46302015, 135162016, 264562015, 547612015, 576352016, 324872017, 0803530-33.2017.8.10.0000, 23592014, 432242017, 557722017, 54212018.

Pela análise das decisões, em relação à verificação da fundamentação com base nos pressupostos da teoria das Capacidades Institucionais, foi possível apurar que:

- a) alguns processos não se referem, em verdade, a matéria do interesse deste estudo²⁵. Verifica-se sua incidência destes na “Base de Dados Inicial” (BDI) apenas por erros da ferramenta “buscar”, ou, ainda, pelo texto fazer remissões a questões diferentes de direito ambiental, tais como “meio ambiente da criança” e “criança em desenvolvimento”²⁶;
- b) assim, a “Base de Dados Final” (BDF) (ANEXO A), restou composta por 29 (vinte e nove) decisões;
- c) de forma geral, é possível afirmar que em nenhum dos casos estudados foi possível observar qualquer tipo de referência ao funcionamento fático das instituições;
- d) não foi localizado, em nenhuma das decisões o uso das expressões “capacidades institucionais” e “capacidade institucional”;
- e) não foi localizada nenhuma referência aos autores Sunstein e Vermeule;
- f) nos poucos casos em que se verificou a existência dos termos correlatos aos pressupostos do argumento, ou seja, em que houve algum tipo de desenvolvimento da teoria, isso é feito de forma incompleta e assimétrica.
- g) são pouquíssimos os casos que de fato verificam elementos institucionais que potencialmente capacitariam certas instituições²⁷;
- h) não foram localizadas decisões que chegaram a esboçar uma tentativa de comparação entre instituições decisoras;
- i) algumas decisões foram fundamentadas em mera menção à normas de competência legal²⁸;
- j) observou-se que em alguns julgados há referência à capacidade apenas em relação à capacidade técnica²⁹;
- k) quanto às decisões sobre quais instituições deveriam dar respostas aos problemas enfrentados, nota-se que, nos casos pesquisados, não é possível dizer que o julgador considerou este critério ao decidir;
- l) não se identificou nenhuma tentativa de comparações sobre posturas decisórias;

²⁵Processos nº 0802967-39.2017.8.10.0000, 167772016, 0808778-43.2018.8.10.0000, 0802735-90.2018.8.10.0000, 0803790-13.2017.8.10.0000, 0802566-40.2017.8.10.0000, 325232017, 0800137-77.2017.8.10.0040, 0800510-11.2017.8.10.0040, 0809267-14.2017.8.10.0001, 0800005-62.2017.8.10.0026, 0804691-55.2017.8.10.0040, 19602018, 0800495-84.2017.8.10.0026, 0802562-77.2017.8.10.0040 e 0802328-52.2017.8.10.0022.

²⁶Processo nº 0802967-39.2017.8.10.0000.

²⁷Processo nº 0803049-36.2018.8.10.0000.

²⁸Processos nº 0803049-36.2018.8.10.0000, 557722017, 576352016, 547612015.

²⁹Processos nº 579662013, 137032017, 46302015, 514102017.

- m) apenas em 5 processos houve considerações sobre possíveis efeitos globais para fundamentar a decisão³⁰;
- n) apenas em um processo³¹ a decisão foi fundamentada analisando a competência de uma instituição administrativa (consórcio municipal) para optar por manter uma decisão institucional tomada (agência reguladora), considerando-se aspectos de competência e capacidade em virtude de legislação;
- o) quanto às decisões que envolviam leis e atos do Executivo, se defendeu intervenções judiciais para sanar falhas deliberativas do Executivo, na linha de John Hart Ely, sem considerações sobre as capacidades do Judiciário, para tanto³²;
- p) quanto às decisões que envolviam leis e atos do Executivo se defendeu intervenções judiciais para sanar falhas deliberativas do Executivo e Legislativo, na linha de John Hart Ely, sem considerações sobre as capacidades do Judiciário para tanto³³;
- q) com base nas variáveis procuradas e nas conclusões dos capítulos anteriores sobre o que significa argumentar com base em capacidades institucionais e quais são os problemas de operacionalização comuns, não houve verificação de casos em que o Judiciário cogitou não decidir sobre alguma questão ambiental proposta;
- r) não houve identificação de algum caso em que o Judiciário examinou os próprios limites, méritos ou deméritos para decisão;
- s) verificou-se a existência de decisões³⁴ em que o judiciário decidiu com base no critério analisado por alguma instituição (SEMA ou IBAMA) para fundamentar sua decisão. Entretanto, não cogitou que esta instituição deveria decidir a questão;
- t) verificou-se que em um processo³⁵ que o judiciário decidiu com base no critério exclusivamente técnico (laudos periciais) para considerar se houve infração ambiental;
- u) verificou-se que em um processo³⁶, menção à definição de posturas institucionais em cenários de possíveis sobreposições de competências;

³⁰Processos nº 484832017, 356332017, 353882017, 351132017 e 0803049-36.2018.8.10.0000.

³¹Processo nº 0804737-33.2018.8.10.0000.

³²Processos nº 264562015, 547612015, 576352016, 324872017, 557722017, 54212018, 177042016, 46302015, 491942016 e 484832017.

³³Processo nº 23592014.

³⁴Processos nº 200792016, 491942016, 77842017, 137032017 e 0803049-36.2018.8.10.0000.

³⁵Processo nº 432242017.

³⁶Processo nº 0803049-36.2018.8.10.0000.

- v) não houve menção sobre os efeitos dinâmicos vinculados aos fundamentos das decisões, entretanto, em um processo³⁷, avaliou-se os efeitos futuros pelo perigo à ordem e economia pública, risco de dano ao interesse público e desenvolvimento do turismo; Apenas em um processo³⁸ houve menção sobre consideração dos efeitos líquidos globais associados à decisão do Poder Judiciário;
- w) apenas em um processo³⁹ considerou-se a análise de consequências, custos e benefícios da decisão;
- x) não houve menção sobre empiria, comparação e foco no resultado agregado em matéria ambiental;

³⁷ Processo nº 0803530-33.2017.8.10.0000.

³⁸ Processo nº 135162016.

³⁹ Processo nº 0803530-33.2017.8.10.0000.

5 Considerações Finais

Em 1972, quando instalado o Clube de Roma, publicado o relatório denominado “Os Limites do Crescimento” e estabelecidas as discussões sobre o direito ao meio ambiente equilibrado, deu-se o marco sobre desenvolvimento econômico e preservação ambiental. Tais discussões estudos foram as bases para a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, resultando na Declaração de Estocolmo e, depois, no Relatório Brundtland.

Desde então, os países de uma forma geral, reconhecem o direito ao meio ambiente equilibrado como um direito essencial ao desenvolvimento humano e ao desenvolvimento econômico, ao passo que diversos documentos internacionais tiveram como objeto a regulamentação entre os povos com vistas a assegurar tal direito

Acompanhando esta tendência, o Brasil, ao longo desse processo incorporou acordos, tratados e convenções, e unindo tais normas ao ordenamento jurídico. Tal incorporação, além de proporcionar a modificação de legislação interna, também provocou a necessidade de modificação de interpretação das normas já existentes, e ainda, influenciou intrinsecamente o legislador na construção de importantes leis ambientais posteriores, como a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) e o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA).

O direito a um meio ambiente saudável e equilibrado é um direito fundamental garantido constitucionalmente, do qual o direito brasileiro deve ocupar-se em tutelar de forma efetiva, sob pena da inviabilidade da própria manutenção da vida e da vida saudável aos seres vivos.

Por ter efeitos transfronteiriços, os impactos ambientais merecem atenção de todos os países, conforme determinado no princípio da cooperação internacional. Neste raciocínio o ordenamento jurídico pátrio preocupa-se com a tutela ambiental, e, para este desiderato, repartiu competências entre união, estados e municípios para legislar e fiscalizar os recursos ambientais.

Pela repartição da competência entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a tutela do meio ambiente é concretizada e deve ser implementada, de forma contínua através de todos os Poderes e sociedade.

Os ideais democráticos devem ser perseguidos, no sentido de que o Poder Legislativo promova edição de leis ou delegação para criação das mesmas, que visem à proteção dos recursos naturais, o Poder Executivo aplique tais leis fazendo o equilíbrio da proteção com a utilização racional de tais recursos, e, ainda, o Poder Judiciário atue de forma a avaliar

aplicação correta das leis e políticas públicas.

Entretanto, o que ocorre atualmente no Brasil é que o Poder Judiciário socorre, de uma maneira paliativa, omissões do poder legislativo (legislação ou falta dela) e do executivo (execução de políticas públicas).

De acordo com o conceito de capacidades institucionais de Cass Sunstein e Adrian Vermeule a regulação das distorções do mercado deveria ser feita por órgãos especializados, considerando condições técnicas de Estado, e não de Governo.

Os órgãos especializados, à exemplo do que ocorre em outros países, restariam separados como Estado-regulador do Estado-empresário dando o indispensável tratamento isonômico entre atores públicos e privados já que estariam afastados das constrações próprias da luta partidária, indicações e pedidos políticos, bem como do próprio ciclo eleitoral, proporcionando melhores condições de resistência às pressões e interesses particulares, garantindo assim, maiores chances de autonomia, principalmente, quanto à este último, pela garantia do autofinanciamento e mandatos fixos e não *ad-nutum*.

A opção pelas agências reguladoras como instituições capazes de decidir sobre questões ambientais coaduna-se com a teoria das capacidades institucionais, posto que para Cass Sunstein e Adrian Vermeule, há que se superar a falácia do nirvana.

De outro giro, para que não ocorra o nirvana das agências, tal como descreveu Eskridge Junior, o Poder Judiciário deve analisar pressupostos de comparação entre instituições e decidir, por vezes, não o mérito do caso concreto, mas, sim, quem está mais habilitado para decidi-lo.

O argumento das capacidades institucionais, entretanto, não deve se prestar a servir de mero fundamento de declinação avocação de competência ou mesmo ofender o princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, estar descolada de elementos fáticos para embasar juízos empíricos ou não comparar instituições.

Também, não deve se prestar a fundamentar a mera necessidade de haver pareceres técnicos que subsidiem decisões judiciais ou legitimar discricionariedade técnica.

A proteção dos recursos naturais é uma atividade complexa, haja vista a necessidades de conhecimentos técnicos como física, química, biologia e direito. A complexidade resta evidenciada quando se pondera o limite da possibilidade de exploração ambiental frente às necessidades humanas e o princípio fundamente do desenvolvimento econômico.

Desta feita, o cerne da questão residia em como decidir, o que ponderar, teorizar e refletir. Entretanto, pela Teoria das Capacidades Institucionais, propõe-se uma mudança de questionamento: não estaria mais em vistas o que decidir, mas, sim, quem decidir.

Cabe sempre, ao judiciário, decidir sobre questões ambientais? Este Poder não pode se afastar em decidir? Estaria ele sempre habilitado a manifestar-se? E, se não ele, quem?

De acordo com as recentes interpretações do processo constitucional civil do ordenamento jurídico, para que haja obediência ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, há que se observar, entre outros quesitos, o da adequação.

Portanto, resta concluir que quando não for adequado que o Poder Judiciário se manifeste não há ofensa ao princípio da inafastabilidade pois, não há que se falar em omissão por eventual silêncio judicial.

Outrossim, decisões responsáveis que pretendam afastar-se de induções, devem ser prolatadas por instituições capazes de avaliar questões técnicas, contextualizadas, concretas e que possam fazer uma análise consequencialista da decisão, superando a mera teorização e atingindo-se o conhecimento empírico.

Isso é o que Cass Sunstein e Adrian Vermeule consideram a opção *pela second best choice*, em vez da *first best choice* (como a teoria de Ronald Dworkin), por tratarem-se, simplesmente, de instituições reais e decisores reais.

A virada institucional, portanto, admite que a capacidade da instituição em avaliar questões, e no recorte do presente artigo, as questões ambientais, devam ser avaliadas por instituições capazes, que para ambos os autores, são as agências federais independentes norte-americanas.

Analisando-se o modelo norte-americano de regulação das matérias, inclusive as ambientais, pelo método comparativo, (haja vista que os institutos do licenciamento ambiental, bem como o da desregulamentação tiveram origem neste sistema), procurou-se extrair elementos legais para otimização e contribuição ao ordenamento jurídico brasileiro de proteção ambiental.

Na concepção de William Eskridge Junior, ao tratar sobre a atividade hermenêutica jurídica, a interpretação deve ser feita a partir de uma perspectiva dinâmica, na medida em que o judiciário deva fazê-la desde que a voz do povo seja ouvida nas circunstâncias de tensão entre as leis e as circunstâncias sociais fáticas em situação de mutação. Pensamento que se coaduna com a previsão legal da participação popular nas agências reguladoras, tais quais as audiências públicas e a presença do *amicus curiae*.

A teoria das Capacidades Institucionais opõem-se às teorias não-interpretativistas que ignoram os juízes do mundo real que estão sujeitos a erros e não avaliam os custos de decisão, mas, que consideram que os decisões devam perseguir um ideal de juiz Hércules bem como a aproximação das condições do cenário ideal (*“first-best”*) mas que não atingiria os

melhores resultados por não considerarem as limitações do mundo real.

Ao se chocar isso com a realidade vivida pela maioria dos juízes e dos tribunais – principalmente no Brasil – a concepção teórica esbarra na capacidade e na possibilidade de seres humanos adentrarem em profundas reflexões filosóficas e, ao mesmo tempo em tempo hábil, conceder uma proteção judicial eficiente.

A viragem institucional e a necessária consideração sobre questões de segunda ordem – as questões institucionais – parece um bom começo para uma concepção intermediária da prática constitucional muitas vezes ainda entrincheirada em argumentou ou justificativas ambivalentes. No entanto, ela permite uma margem decisória mais segura ao decisor e permite que a realidade institucional ganhe espaço maior.

Ainda que dependente de questões empíricas e de um contínuo fluxo de informações, a concepção prática da interpretação constitucional traz a lume questões importantes que são rechaçadas e inadequadamente – por vezes estrategicamente - de que a atuação judicial, mormente nas questões de ampla dissidência moral, ocorre em meio político e no contexto institucional interativo. Reconhecer isso é ponto inicial para superar a obsessão pela última palavra ou pelo fato que tudo cabe ao Poder Judiciário.

Não se pode afirmar de modo genérico qual a melhor concepção, mas sabe-se que encaminhar a discussão sob um ponto de vista estritamente ambivalente ou de peso argumentativo não é o caminho mais adequado. Tanto concepções normativas como positivas da prática constitucional são adequadas e se interrelacionam. Todas têm o seu valor, cabendo ao contexto político-institucional decisório indicar qual a melhor postura do julgador/decisor.

Concluiu-se, portanto, que as agências federais autônomas norte- americanas são instituições capazes de planejar, fiscalizar, monitorar, incentivar, inibir, legislar e executar, medidas necessárias à proteção ambiental, mas, que não há, no Brasil, agência representativa de tal modelo, principalmente, pelas diferenças tão profundas que separam as estruturas de organização estatal de bases *civil law* e *commom law*.

A teoria das capacidades institucionais, não obstante servir de fundamentação em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, só pode ser utilizada da forma em que é proposta pelo modelo de Sunstein e Vermeule, caso houvesse, no Brasil, agências verdadeiramente independentes.

Contudo, não são independentes diante do Poder Judiciário, conforme o sistema de unidade de jurisdição, trazido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e não são independentes diante do Poder Legislativo, diante dos artigos 49, X, e 70 da Constituição Federal.

Entretanto, o que ocorre atualmente no Brasil é que o Poder Judiciário socorre, de uma maneira paliativa, omissões do Poder Legislativo (legislação ou falta dela) e do Poder Executivo (execução de políticas públicas).

De acordo com o conceito de capacidades institucionais, de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, a regulação das distorções do mercado deveria ser feita por órgãos especializados, considerando condições técnicas de Estado, e não de Governo.

Os órgãos especializados, à exemplo do que ocorre em outros países, restariam separados, como Estado-regulador, do Estado-empresário, dando o indispensável tratamento isonômico entre atores públicos e privados, já que estariam afastados das constrições próprias da luta partidária, indicações e pedidos políticos, bem como do próprio ciclo eleitoral, proporcionando melhores condições de resistência às pressões e interesses particulares, garantindo assim, com maiores chances de autonomia, principalmente pela garantia do autofinanciamento e mandatos fixos e não *ad-nutum*.

Comparando-se os modelos das agências no sistema brasileiro e norte-americano, observam-se diferenças entre os dois sistemas, de modo a inviabilizar a aplicação integral do modelo de independência regulatória ambiental no Brasil.

Assim, o modelo norte-americano fundamenta-se em uma constituição sem distribuição de competências tão pormenorizada como a brasileira, o que lhe confere maior flexibilidade; a fundamentação do direito nas *stare decisis* (jurisprudência quase legislativa); não é baseado na hiperconstitucionalização, sendo, as questões, resolvidas empiricamente; a elaboração das normas das agências norte-americanas está sujeita a um procedimento de participação popular, previsto no *Administrative Procedure Act*; as leis norte-americanas são ricas em *standards* (conceitos jurídicos indeterminados, diretrizes, a serem preenchidos, no vazio, pelas normas baixadas pelas agências).

O direito brasileiro é rico em conceitos determinados. Ademais, no modelo norte-americano, a regulação pelas agências deu-se no período do Estado-intervencionista e tinha o objetivo de diminuir o poder do presidente, enquanto no Brasil, deu-se na era das privatizações, quando se diminuía o Estado-intervencionista e, ao revés, aumentou o poder do presidente.

A função normativa das agências existentes hoje no Brasil é menos ampla do que a das agências norte-americanas, já que apenas podem regular diplomas de nível hierárquico inferior às normas estatais, inclusive aos regulamentos baixados pelo Chefe do Poder Executivo, não podendo, de forma alguma, inovar na ordem jurídica.

Sobre o sistema de proteção ambiental, não há, no Brasil, um sistema regulatório

autônomo. Ao contrário disto, o Brasil possui um sistema complexo tradicional e burocrático da administração direta e pouco eficiente enquanto competências delegadas para administração indireta, o que pode explicar, em parte, a dificuldade de regulação e fiscalização dos recursos ambientais, de um lado, e a demora de conclusão dos processos ambientais em sede administrativa.

A proposta de regulação das atividades econômicas em matéria ambiental representa uma espécie de correção às deformações e desequilíbrio próprios do regime capitalista, um alinhamento do modo de funcionamento do aparelho do Estado, em sua acepção clássica e burocrática, e ainda, uma melhor fiscalização do uso dos recursos ambientais e oportunidades de planejamento e estudos prospectivos, afastando influências partidárias, particulares, ou decisões de governo, ao revés de decisões de Estado.

O desenvolvimento e consolidação das agências independentes em matéria ambiental dependem da utilização do direito como ferramenta de implementação dessas instituições, com perspectiva de superação do senso comum dos juristas, para que haja maior conhecimento sobre efeito econômico de leis/decisões judiciais, superação da crença exagerada no poder das normas (se consideradas isoladamente) e que os direitos humanos não sejam usados apenas como retórica e travestidos de proteção ambiental, mas, que efetivamente sejam lavados à sério e promovam o desenvolvimento, com fundamento em princípios democráticos.

Da análise da regulação no ambiente norte-americano e no brasileiro, embora sendo ordenamentos tão díspares, pode se extrair fórmulas aplicáveis ao ordenamento jurídico pátrio como a teoria do procedimento (*procedural model*) (participação dos interessados no processo de tomada de decisões, e a doutrina do "preenchimento dos detalhes", pelo que seja válida a delegação quando o Legislativo determina as condições estruturais da legislação, incumbindo ao delegado apenas preencher os detalhes concretos

De acordo com a Teoria Chevron quando o texto normativo for claro e específico os juízes devem se aproximar do seu sentido literal, e nas situações em que o texto normativo sofrer problemas de ambiguidade ou vagueza, os juízes devem prestar deferência às interpretações das agências administrativas. Adiciona-se, a isto, a necessária análise dos custos das decisões e de seus potenciais equívocos. Critérios estes, possivelmente negligenciados, pelas teorias perfeccionistas de primeira ordem, que não tecem considerações sobre a falibilidade do decisor e da instituição.

Quanto ao objetivo desta pesquisa, este foi alcançado pela pretensão de investigar-se se os pressupostos da teoria das capacidades institucionais são observados nas decisões do

tribunal de justiça do Estado do Maranhão, no que concerne às decisões que tratam sobre matéria ambiental.

Quanto à hipótese submetida buscou-se responder se os desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão consideram, em casos concretos de matéria ambiental, os pressupostos essenciais da teoria das Capacidades Institucionais de Cass Sunstein e Adrian Vermeule.

Para tal desiderato, recorreu-se à plataforma do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão para analisar 54 (cinquenta e quatro) acórdãos sobre matéria ambiental.

Caso a hipótese seja corroborada ao final, é possível assumir que não há, nas fundamentações das decisões em matéria ambiental, do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, análise do tipo consequencialista, conforme os pressupostos propostos por Cass Sunstein e Adrian Vermeule, e que o argumento das capacidades institucionais tem solidez quanto à preferência das agências reguladoras como entes institucionalmente capazes, em uma perspectiva de comparação, para decidir casos controvertidos em matéria ambiental sem que haja ofensa ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional.

Quanto ao propósito de a pesquisa ser jurídico-propositiva, propõem-se implementar a estrutura das agências reguladoras no Brasil, a exemplo dos resultados obtidos em outros países, por possibilitar a regulação dos serviços públicos dentro de uma perspectiva de iniciativa privada, ambiente em que se exige, cada vez mais, eficácia e melhor aplicação dos recursos orçamentários, com análises de custo benefício, com influência apenas indireta do Estado.

Conclui-se, ainda, que no sistema de proteção ambiental, não há, no Brasil, um sistema regulatório autônomo. Ao contrário disto, o Brasil possui um sistema complexo tradicional e burocrático da administração direta e pouco eficiente enquanto competências delegadas para administração indireta, o que pode explicar, em parte, a dificuldade de regulação e fiscalização dos recursos ambientais, de um lado, e a demora de conclusão dos processos ambientais em sede administrativa.

A proposta de regulação das atividades econômicas em matéria ambiental representa uma espécie de correção às deformações e desequilíbrio próprios do regime capitalista, um alinhamento do modo de funcionamento do aparelho do Estado, em sua acepção clássica e burocrática, e ainda, uma melhor fiscalização do uso dos recursos ambientais e oportunidades de planejamento e estudos prospectivos, afastando influências partidárias, particulares, ou decisões de momento (de governo).

Em relação à própria estrutura regulatória, que haja análise de planejamento e dos

custos da administração para as transações comerciais, haja comprometimento com o planejado e haja garantia de transparência e promoção das liberdades.

Por fim, o desenvolvimento e consolidação das agências independentes em matéria ambiental dependem da utilização do direito como ferramenta de implementação dessas instituições, com perspectiva de superação do senso comum dos juristas, para que haja maior conhecimento sobre efeito econômico de leis/decisões judiciais, superação da crença exagerada no poder das normas (se consideradas isoladamente) e que os direitos humanos não sejam usados apenas como retórica e travestidos de proteção ambiental, mas que efetivamente sejam lavados à sério e promovam o desenvolvimento, com fundamento em princípios democráticos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, F. D. M. Teoria da regulação. *In*: CARDOZO, J. E. M.; QUEIROZ, J. E. L.; SANTOS, W. B. S. (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.
- ANTUNES, P. B. **Direito ambiental**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- ARGUELHES, D. W.; LEAL, F. Dois problemas de operacionalização do argumento das “capacidades institucionais”. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, 2016.
- ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977.
- BARROSO, L. R. Apontamentos sobre as agências reguladoras. *In*: MORAES, A. (org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2012.
- BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. 2005. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm. Acesso em: 9 jun. 2017.
- BELLAMY, R. **Political constitutionalism: a republican defence of the constitutionality of democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- BENJAMIN, H. **Direito ambiental no Brasil e nos Estados Unidos**. São Paulo: [s. n], 2001.
- BICKEL, A. Foreword: the passive virtues. **Harvard Law Review**, v. 75, 1961.
- BLIM, E. F. Divergências científicas e metodológicas no direito público e no ambiental. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 49, n. 193, jan./mar. 2012.
- BOURDIEU, P. A opinião pública não existe. **Les Temps Modernes**, n. 318, jan. 1973. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3363336/mod_resource/content/1/A_Opini%C3%A3o_P%C3%BAblica_N%C3%A3o_Existem_Pierre_Bourdieu%29.pdf. Acesso em: 14 jun. 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). Presidência da República. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto nº 5.975, de 30 de novembro de 2006**. Regulamenta os arts. 12, parte final, 15, 16, 19, 20 e 21 da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965... Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-206/2006/Decreto/D5976. Acesso em: 14 jun. 2017.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992a**. Atos Institucionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso

em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992b**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto nº 8.892, de 27 de outubro de 2016**. Cria a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_atos2015-2018/2016/decreto/D8892.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto-lei nº 6.016, de 22 de novembro de 1943**. Dispõe sobre a imunidade dos bens, rendas e serviços das autarquias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del6016.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção de vegetação nativa... Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 7.343, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente... Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989**. Dispõe sobre a extinção de órgão e entidade autárquica, cria o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7735.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 8.028, de 12 de abril de 1990**. Dispõe

sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8028compilada.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 830, de 23 de setembro de 1949**. Reorganiza o Tribunal de Contas da União. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0830.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos... Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9433.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999a**. Dispõe sobre processo e julgamento de ação direta de inconstitucionalidade... Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9869.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999b**. Dispõe sobre processo e julgamento de arguição... Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, §1º. Incisos I, II, III e IV da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF [nº] 309 MC-REF/DF**. Brasília, DF, 25 de setembro de 2014. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7356937>. Acesso em: 14 jun. 2017.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHEVRON U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, U.S., v. 467, n. 837, 1984.

CINTRA, A. C. A.; DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CLÈVE, C. M.; LORENZETTO, B. M. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. **Rev. Direitos Fundam. Democ.**, v. 19, n. 19. 2016.

THE CLUB OF ROME. **History**. [Website]. 2019. Disponível em:
<http://www.clubofrome.org/about-us/history/>. Acesso em: 14 jun. 2017.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Direito administrativo comparado**. São Paulo: Busgtsky; Edusp, 1972.

DIDIER, F. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte

geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. As agências reguladoras e desenvolvimento. *In*: BARRAL, W. (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005.

DWORKIN, R. “Constitutionalism and Democracy”. **European Journal of philosophy**, 1995. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-0378.1995.tb00035.x/abstract>. Acesso em: 10 jun. 2017.

DWORKIN, R. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, R. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014b.

DWORKIN, R. **A virtude soberana**: a teoria e a prática sobre a igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, R. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, R. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014a.

ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESKRIDGE JUNIOR, W. N. No frills textualism. **Harvard Law Review**, v. 119, 2006.

ESKRIDGE JUNIOR, W. N. The new textualism. **UCLA Law Review**, v. 37, 1990.

FERNANDES, B. G. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FRIEDMAN, B. The politics of judicial review. **Texas Law Review**, v. 84, p. 257-337, 2003. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877328. Acesso em: 30 maio 2017.

FRIEDMAN, B. **The will of the people**: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the constitution. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009. (eBook).

GAROUPA, N.; GINSBURG, T. **Judicial reputation**: a comparative theory. Chicago: Chicago University Press, 2015.

GOMES, F. L. Regulação estatal e o pré-sal: por uma proposta de modelagem institucional voltada à promoção do direito fundamental ao desenvolvimento econômico mediante a otimização dos contratos de partilha de produção. 2015. 210 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015. Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/15677/1/Tese%20Doutorado%20Filipe%20Lobo%20Gomes%20-%20Versao%20Digital.pdf>. Acesso em: 30 maio 2017.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUERRA, S. Função de regulação e sustentabilidade. **Revista Direito à Sustentabilidade: UNIOESTE**, v. 1, n. 1, 2014.

GUSTIN, M. B. S.; DIAS, M. T. F. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, K. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mar. 2013. ISSN 2238-177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: 10 dez. 2017.

HUTT, J. B.; WELLER, M. Enforcement and liability. *In*: SULLIVAN, T. F. P. (org.). **Environmental law handbook**. 23. ed. Maryland: Bernan Press, 2017.

JORDÃO, E. **Controle judicial de uma administração pública complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016.

KRAMER, L. **The people themselves**: popular constitutionalism and judicial review. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LEAL, F. Regulando a incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 3, n. 3, 2016.

MARANHÃO. Assembleia Legislativa. **Lei nº 10.451, de 12 de maio de 2016**. Cria o Programa de Desenvolvimento Sustentável do Extrativismo no âmbito do Estado do Maranhão. Disponível em: <http://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=320504>. Acesso em: 14 jun. 2017.

MARANHÃO. Secretaria de Transparência e Controle. **Lei Ordinária Estadual nº 5.405, de 8 de abril de 1992**. Institui o Código de Proteção de Meio Ambiente... Disponível em: <http://www.stc.ma.gov.br/legisla-documento/?id=1823>. Acesso em: 14 jun. 2017.

MARANHÃO. Secretaria de Transparência e Controle. **Lei Ordinária Estadual nº 9.412, de 13 de julho de 2011a**. Regulamenta a Compensação Ambiental no âmbito do Estado Maranhão. Disponível em: <http://www.stc.ma.gov.br/legisla-documento/?id=4486>. Acesso em: 14 jun. 2017.

MARANHÃO. Secretaria de Transparência e Controle. **Lei Ordinária Estadual nº 9.413, de 13 de julho de 2011b**. Regulamenta o art. 241 da Constituição do Estado do Maranhão a Compensação Ambiental no âmbito do Estado Maranhão. Disponível em: <http://www.stc.ma.gov.br/legisla-documento/?id=4487>. Acesso em: 14 jun. 2017.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.

MARUM, J. A. O. Meio ambiente e direitos humanos. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 116-137, out./dez. 2002.

MAZZUOLI, V. O. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 97-123, abr./jun. 2004.

MEADOWS, D. H.; MEADOWS, D. L.; RANDERS, J.; BEHRENS TERCEIRO, W. W. **The limits to growth e a report for The Club of Rome's project on the predicament of mankind**. New York: Universe Books, 1972.

MENDES, C. H. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTIBELLER FILHO, G. **O mito do desenvolvimento sustentável**. 1999. 266 f. Tese (Doutorado em Ciências Humanas, Sociedade e Meio Ambiente) – Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/81183/137926.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 abr. 2017.

NORTH, D. C. **Instituciones, cambio institucional y desempeño económico**. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

NOVELINO, M. O STF e a opinião pública. **Revista do Ministério Público**, n. 146, abr./jun. 2016. Disponível em: https://www.uniceub.br/media/907179/O_STF_e_a_Opini%C3%A3o_P%C3%BAblicaMarcelo_Novelino.pdf. Acesso em: 3 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A ONU e o Meio Ambiente**. [2018?]. <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente>. Acesso em: 14 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolução [nº] 217 A (III): Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 14 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo. 1972**. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&I=en>. Acesso em: 14 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”**. 1988. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em: 14 jun. 2017.

PÊCHEUX, M. **O discurso: estrutura ou acontecimento**. 4. ed. Campinas, SP: Pontes Editores, 2006.

POSNER, R. **Economic analysis of law**. 6. ed. New York: Aspen, 2003.

POST, R. C.; SIEGEL, R. B. "**Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**". [S. l.: s. n.], 2007. (Faculty Scholarship Series, 169). Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169. Acesso em: 12 mar. 2017.

ROSENFELD, M. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity: an introduction. **14 Cardozo Law Review**, n. 497, p. 1-37, 1993. Disponível em: <https://larc.cardozo.yu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1137&context=faculty-articles>. Acesso em: 12 mar. 2017.

RUIZ, J. J. Los principios fundamentales del derecho internacional ambiental. *In*: CASELLA, P. B. (coord.) **Dimensão internacional do Direito**. São Paulo: LTr, 2000. p. 243-264.

SIEGEL, R. B. "**Constitutional culture, social movement conflict and constitutional change: the case of the facto ERA**". [S. l.: s. n.], 2006. (Faculty Scholarship Series, Paper 1097).

SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SUNDFELD, C. A. Introdução às agências reguladoras. *In*: _____. (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17-38.

SUNSTEIN, C. R. Foreword, the supreme court, 1995 term: leaving things undecided. **Harvard Law Review**, 1996. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=10256>. Acesso em: 22 jan. 2018.

SUNSTEIN, C.; VERMEULE, A. **Interpretation and institutions**. Chicago: University Chicago Law and Economics, 2002. (Olin Working Paper, n. 156; University Chicago Public Law Research Paper, n. 28). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245. Acesso em: 20 jan. 2018.

TUSHNET, M. **Taking the constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

UNITED NATIONS ORGANIZATION. General Assembly. **Report of the United Nations Conference on Environment and Development: Annex I: Rio Declaration on Environment and Development**. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <https://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf5126-1annex1.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

VERMEULE, A. **Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006. cap. 6.

VERMEULE, A. **Mechanisms of democracy: Institutional Design Writ Small**. Cambridge: Oxford University Press, 2007.

WALDRON, J. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, J. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WEDY, G. **Um histórico sobre o direito ambiental nos Estados Unidos**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-11/ambiente-juridico-historico-direito-ambiental->

estados-unidos. Acesso em: 10 jul. 2018.

YOUNG, K. G. **Constituting economic and social rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ANEXO A – Base de Dados Final

BASE DE DADOS FINAL

1) Número do Processo: 405602016

Órgão: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

EMENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER E INDENIZATÓRIA. TUTELA DE URGÊNCIA. APREENSÃO DE APARELHO DE SOM. DIREITO AO SILÊNCIO. PODER GERAL DE CAUTELA. PEDIDO DE ADITAMENTO À INICIAL FORMULADO ANTES DO FIM DA FASE DE SANEAMENTO. ALEGAÇÃO DECISÃO EXTRA PETITA. INSUBSISTENTE. PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. MANUTENÇÃO. IMPROVIMENTO. Na hipótese de medida de nítido reforço à eficácia da tutela de urgência anteriormente concedida, nada obsta que o juiz a determine por considerá-la adequada para a efetivação da tutela provisória almejada (CPC, art. 297, caput, c/c 298), ainda que não haja pedido de aditamento da inicial nesse sentido. Trata-se, nessa situação, do mero uso do poder geral de cautela do juiz. In casu, para além do uso do poder geral de cautela, a decisão de urgência foi proferida depois de provocação consubstanciada em pedido do autor, feito após o alegado desrespeito da primeira medida provisória concedida e formulado rigorosamente nos termos constantes na nova tutela provisória. Rejeitam-se, portanto, as alegações recursais de que a decisão a quo viola o artigo 329 do CPC e de que foi proferida extra petita. O STJ consagra o entendimento de que: "O direito ao silêncio é uma das manifestações jurídicas mais atuais da pósmodernidade e da vida em sociedade, inclusive nos grandes centros urbanos. [...] O fato de as cidades, em todo o mundo, serem associadas à ubiquidade de ruídos de toda ordem e de vivermos no país do carnaval e de inumeráveis manifestações musicais não retira de cada brasileiro o direito de descansar e dormir, duas das expressões do direito ao silêncio, que encontram justificativa não apenas ética, mas sobretudo fisiológica." (REsp 1051306/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 10/09/2010). No caso dos autos, não se verifica desproporcionalidade da medida judicial (**aprensão de aparelho de som**), a qual visa, deveras, à restituição da higidez do meio ambiente circundante ao estabelecimento comercial dos agravantes até que sobrevenha a decisão de mérito da demanda. Agravo improvido. (AI 0405602016, Rel. Desembargador(a) KLEBER COSTA CARVALHO, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 30/03/2017, DJe 05/04/2017).

2) Número do Processo: 579662013

Órgão: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

EMENTA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. AGRAVO RETIDO. CONVERSÃO DA AÇÃO CAUTELAR PARA O RITO ORDINÁRIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE. LEI DO SILÊNCIO. ADEQUAÇÃO. LAUDO EXPEDIDO POR ÓRGÃO OFICIAL. RECURSO IMPROVIDO. I - É plenamente possível a conversão da ação cautelar para o rito ordinário, conforme a aplicação inversa do disposto no §7º do art. 273 do CPC. A decisão preservou o pedido e a causa de pedir inicialmente deduzidos, não implicando em prejuízo processual para qualquer das partes litigantes. AGRAVO RETIDO IMPROVIDO. II - A perícia, determinada de ofício pelo Magistrado e realizada por órgão oficial especializado (Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Recursos Naturais do Estado do Maranhão - SEMA), concluiu que o estabelecimento da apelada, localizado em zona diversificada, não está causando poluição sonora. III - A prova pericial em referência é, sem dúvida, documento apto a comprovar a adequação acústica da apelada nos níveis de som fixados na Lei do Silêncio, vez que emitido por órgão competente para tanto, militando em seu favor a presunção de veracidade dos documentos públicos, nos termos do art. 364 do CPC. IV - Recurso improvido. (ApCiv no(a) AI 008560/2011, Rel. Desembargador(a) ANGELA MARIA MORAES SALAZAR, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015).

3) Número do Processo: 484832017

Órgão: QUINTA CÂMARA CÍVEL

EMENTA DIREITO PROCESSO CIVIL, CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL. APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE ASSENTAMENTO URBANO EM ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. RECARGA DE AQUÍFERO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. MANIFESTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ASSENTAMENTO RECENTE. MEIO AMBIENTE SADIO. PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. PROTOCOLO DE SAN SALVADOR. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. UNANIMIDADE. I. Ação civil pública intentada pela Defensoria Pública Estadual visando

regularização fundiária no Residencial Maria Aragão I. II. Assim, em que pese o direito à moradia esteja previsto como direito fundamental social, tal circunstância não pode atropelar normas de proteção ambiental da área vindicada nainicial, especialmente porque a repercussão ecoa para além daquela comunidade. III. Proteção ao meio ambiente. Previsão em instrumentos internacionais. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (adotado em 19/12/1966, em vigor em 1976 e tendo o Brasil aderido ao Pacto por meio do Decreto nº 591, de 06/07/1992): Art. 1º - Todos os povos têm o direito a dispor deles mesmos. Em virtude desse direito, eles determinam livremente o seu estatuto político e dedicam-se livremente ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito Internacional. Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus meios de subsistência; Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais celebrado em 1988 e posteriormente ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 3.321/1999): Art. 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. IV. Deste modo, levando em consideração a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para implantação de políticas públicas com o objetivo de assegurar a efetividade do direito à moradia e a imprescindibilidade de proteção da área de recarga de aquífero em que ocorrera o assentamento irregular, entendendo que deve prevalecer este último, pois intimamente relacionado à própria sobrevivência das presentes e futuras gerações. V. Área de recarga de aquífero. Impossibilidade de regularização fundiária. VI. Sentença reformada. VII. Apelação conhecida e provida. Unanimidade. (ApCiv 0484832017, Rel. Desembargador(a) RAIMUNDO JOSÉ BARROS DESOUSA, QUINTA CÂMARA CÍVEL, julgado em 19/03/2018, DJE 23/03/2018).

4) Número do Processo: 0804737-33.2018.8.10.0000

EMENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO. TEMPLO RELIGIOSO. ENQUADRAMENTO NA CATEGORIA DE USUÁRIO COMERCIAL. PREVISÃO EM REGULAMENTAÇÃO DO CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL. EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO RECONHECIDO. RECURSO PROVIDO. 1. A conduta da parte agravante consubstanciada no enquadramento da parte agravada na categoria comercial está amparada na Resolução nº 02 de 24 de julho de 2014, da Câmara Reguladora do Consórcio formado pelos Municípios de São José de Ribamar e Paço do Lumiar, não constituindo-se, por consequência, como ato ilícito, tendo em vista tratar-se de exercício regular de um direito reconhecido, nos termos do art. 188, I, do Código Civil. 2. À luz dos requisitos do art. 300, I, do CPC, não vislumbra-se evidência de probabilidade do direito da parte autoral, ora agravada, na medida em que inexistente prova da ilegalidade na conduta da requerida, a qual limitou-se a cobrar pelos serviços prestados de acordo com o valor da tarifa definida pelo consórcio público municipal. 3. Recurso provido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Kleber Costa Carvalho, Jorge Rachid Mubárack Maluf e Angela Maria Moraes Salazar. São Luís (MA), 10 de setembro de 2018. Desembargador Kleber Costa Carvalho Relator RELATÓRIO Trata-se de agravo de instrumento interposto por Brk Ambiental – Maranhão S.A. em face de decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara do Termo Judiciário de Paço do Lumiar que, nos autos da ação declaratória de nulidade de serviços c/c repetição de indébito, indenização por danos morais e tutela provisória de urgência movida contra si por Igreja Evangélica Assembleia de Deus em São Luís, que deferiu parcialmente “o pedido de tutela de urgência tão somente para determinar à requerida BRK AMBIENTAL MARANHÃO que, no prazo de 05 dias, providencie o reenquadramento da unidade consumidora da autora de “comercial” para “residencial”, bem como se abstenha de realizar a cobrança e/ou inscrição da autora nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito referente às faturas até então emitidas com o enquadramento de “comercial”, devendo providenciar a exclusão, em igual prazo, caso a tenha realizado. Determinou ainda que a demandada BRK AMBIENTAL MARANHÃO, no prazo de 20 dias, realize vistoria no hidrômetro do imóvel da autora, a fim de verificar a existência de eventual falha no funcionamento do referido registro e realizar a troca, em 10 dias, se necessário, tudo sob pena de multa de R\$ 200,00 por dia, em caso de descumprimento de qualquer das determinações supra”. Em face da decisão, a BRK AMBIENTAL MARANHÃO interpôs o presente agravo insurgindo-se tão somente no que diz respeito a determinação de reenquadramento da agravada de consumidor “comercial” para “residencial”. Defende que a despeito de não ser exercida num templo religioso a atividade comercial, mas apenas para fins de faturamento, o valor da tarifa a ser dele cobrada será a mesma de um imóvel comercial, conforme determina o §4º, do artigo 77, da Resolução nº 02 de 24 de julho de 2014, da câmara reguladora do Consórcio formado pelos Municípios de São José de Ribamar e Paço do Lumiar. Assim, conclui que não há qualquer cobrança indevida, tendo a agravante enviado ao agravado fatura de consumo correspondente a categoria de consumo correspondente ao que

está previsto no regulamento, restando caracterizada o exercício regular de direito (art. 188, CC). Tendo demonstrado o *fumus boni iuris*, requer a concessão de tutela antecipada recursal para suspender os efeitos da decisão agravada, indicando como *periculum in mora* os prejuízos advindos da obrigação de prestar serviço ao agravado em valores inferiores ao que determina o regulamento da concessão, o que certamente implicará em desequilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão firmado com o poder público municipal. Deste modo, requer a esse Egrégio Tribunal: (i) a concessão de efeito suspensivo ao presente agravo tornando ineficaz a decisão recorrida até o julgamento definitivo do presente agravo; e, após regular processamento do recurso; (ii) que seja o presente agravo conhecido e provido para reformar a decisão agravada, para que seja indeferido o pedido de enquadramento do agravado na categoria residencial. Liminar de indeferida por ausência de *periculum in mora*. Sem contrarrazões, conforme certidão de ID Num. 2298098 - Pág. 1. Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça consignou inexistir interesse ministerial no feito. É o relatório. VOTO Presente os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso e passo a apreciar o mérito. Cinge-se a controvérsia em definir se a unidade consumidora da Igreja Evangélica Assembleia de Deus em São Luís, ora agravada, deve enquadrar-se na condição de unidade residencial ou comercial. A decisão agravada determinou o reenquadramento da unidade consumidora da autora de “comercial” para “residencial”. Inconformada, a agravante defende que a despeito de não ser exercida num templo religioso a atividade comercial da agravada, o valor da tarifa a ser dele cobrada, apenas para fins de faturamento, deverá ser a mesma de um imóvel comercial, conforme determina o §4º, do artigo 77, da Resolução nº 02 de 24 de julho de 2014, da câmara reguladora do Consórcio formado pelos Municípios de São José de Ribamar e Paço do Lumiar. Assisti razão à agravante. De início, cumpre enfatizar que, de acordo com os artigos art. 8º e 9º, II, da Lei nº 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, a elaboração da composição do valor da remuneração pela prestação de serviços públicos de saneamento básico é matéria de competência do poder executivo do ente federativo titular do serviço, ente responsável pela prestação direta ou delegada do serviço. Note-se que o art. 8º da Lei nº 11.445/2007 possibilita aos titulares dos serviços públicos de saneamento básico a delegação da organização, da regulação, da fiscalização e da prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, devendo os entes federativos organizarem-se em forma de consórcio público. Quando a prestação dos serviços públicos de saneamento básico é prestada por entidade que não integre a administração do titular, tal como no presente caso, a delegação depende da celebração de contrato, no bojo do qual constará cláusula relativa aos critérios técnicos para cálculo do valor da remuneração pelo serviço prestado, bem como para seu reajuste ou revisão, in verbis: Art. 10. A prestação de serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária. (...) Art. 10-B. Sem prejuízo do disposto nesta Lei e na Lei nº 11.107, de 2005, as cláusulas essenciais do contrato de concessão, estabelecidas nos art. 23 e art. 23- A da Lei nº 8.987, de 1995, serão reproduzidas nos contratos de programa para prestação de serviços de saneamento básico, exceto na hipótese de absoluta incompatibilidade devidamente motivada pelo titular do serviço público. Não por outro motivo, o art. 11, III, c/c o respectivo §2º, IV, da Lei nº 11.445/2007, estabelece que é condição de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes instituídas pela indigitada lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização, devendo tais normas regulamentarem as condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, em regime de eficiência, incluindo o sistema de cobrança e a composição de taxas e tarifas e a sistemática de reajustes e de revisões de taxas e tarifas. Na mesma esteira, o art. 23, da Lei nº 11.445/2007 preconiza que: Art. 23. A entidade reguladora editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos: (...) IV - regime, estrutura e níveis tarifários, bem como os procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão; V - medição, faturamento e cobrança de serviços; A sobredita regulação tem como um de seus objetivos definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária, por meio de mecanismos que induzam a eficiência e a eficácia dos serviços e que permitam o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários, consoante assevera o art. 22, da Lei nº 11.445/2007. Os critérios para a fixação da remuneração da prestadora de serviço devem, portanto, observar a sustentabilidade econômico-financeira da contrato por meio da cobrança da menor tarifa possível ao usuário (modicidade tarifária), consoante as regras dispostas no art. 29 e 30 da Lei nº 11.445/2007, in verbis: Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada por meio de remuneração pela cobrança dos serviços, na forma estabelecida a seguir, e, quando necessário, por outras formas adicionais como subsídios ou subvenções: I - abastecimento de água e esgotamento sanitário - na forma de taxas, tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos, conjuntamente; Art. 30. Observado o disposto no art. 29, a estrutura de remuneração e de cobrança dos serviços públicos de saneamento básico considerará os seguintes fatores: I - categorias de usuários, distribuídas por faixas ou quantidades crescentes de utilização ou de consumo; II - padrões de uso ou de qualidade requeridos; III - quantidade mínima de consumo ou de utilização do serviço, visando à garantia de objetivos sociais, como a preservação da saúde

pública, o adequado atendimento dos usuários de menor renda e a proteção do meio ambiente; IV - custo mínimo necessário para disponibilidade do serviço em quantidade e qualidade adequadas; V - ciclos significativos de aumento da demanda dos serviços, em períodos distintos; e VI - capacidade de pagamento dos consumidores. Vê-se, portanto, que no referido diploma legislativo inexistia óbice legal para o enquadramento da parte agravada como entidade comercial para fins de faturamento do serviço prestado, tendo em vista a necessidade de buscar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de prestação dos serviços de acordo com as categorias de usuários estabelecidas, o qual deverá observar a necessidade de não comprometer o plano de metas de expansão da infraestrutura, o estímulo à pesquisa, ao desenvolvimento e à utilização de tecnologias apropriadas, a adoção de soluções graduais e progressivas e a melhoria da qualidade com ganhos de eficiência e redução dos custos para os usuários. À vista desta discricionariedade administrativa a entidade de regulação resolveu enquadrar os templos religiosos, para fins de faturamento, na categoria de usuários comerciais, conforme determina o §4º, do artigo 77, da Resolução nº 02 de 24 de julho de 2014, da Câmara Reguladora do Consórcio formado pelos Municípios de São José de Ribamar e Paço do Lumiar: “Art. 77. As economias atendidas com serviços de abastecimento de água e/ou de esgotamento sanitário são classificadas nas seguintes categorias: (...) III – comercial, serviços e outras atividades: economia em que seja exercida atividade comercial ou de prestação de serviços, ou outra atividade não prevista nas demais categorias; (...) §4º Ficam incluídas na categoria comercial, serviços e outras atividades, as associações esportivas, recreativas, sociais, estabelecimentos hospitalares, de educação, órgãos de comunicação, templos, sindicatos e congêneres, bem como qualquer outra economia que não se enquadre nas demais categorias, inclusive indústrias que não utilizem, predominantemente, a água em seu processo produtivo.” (grifo nosso) Destarte, ao menos em sede de tutela antecipada, não antevejo prova inequívoca da ilegalidade perpetrada pela parte agravante ao enquadrar a parte agravada na condição de usuária comercial. Isso porque, a princípio, o enquadramento na categoria de usuário comercial está amparado na Resolução nº 02 de 24 de julho de 2014, da Câmara Reguladora do Consórcio formado pelos Municípios de São José de Ribamar e Paço do Lumiar, não constituindo-se, por consequência, como ato ilícito, tendo em vista tratar-se de exercício regular de um direito reconhecido, nos termos do art. 188, I, do Código Civil. Em suma, considerando os requisitos do art. 300, I, do CPC não vislumbro evidência de probabilidade do direito da parte autoral, ora agravada, na medida em que inexistia prova da ilegalidade na conduta da requerida, que limitou-se a cobrar pelos serviços prestados o valor da tarifa definida pelo poder público municipal. Ante o exposto, DOU PROVIMENTO para, reformando a decisão agravada, seja indeferido o pedido de enquadramento do agravado na categoria residencial. É como voto.

5) Número do Processo: 0803049-36.2018.8.10.0000

Órgão: 6ª Câmara Cível

EMENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICENÇA AMBIENTAL. IMÓVEL RURAL INSERIDO EM ZONA DE AMORTECIMENTO DA RESERVA BIOLÓGICA GURUPI.

INEXISTÊNCIA DE ÁREA CONSOLIDADA. I. Não é dado ao Judiciário imiscuir-se na função do órgão ambiental e deferir a Licença requerida pelo ora agravante, mormente porque o processo de licenciamento ambiental está submetido a uma série de critérios técnicos específicos, cabendo exclusivamente ao órgão competente a sua avaliação. II. Os argumentos lançados pelo agravante de que a área que pretende explorar consiste em área consolidada e situada em vértice oposto à reserva Biológica do Gurupi não se sustentam quando confrontadas com as manifestações técnicas anexadas aos autos, que afirmam que o imóvel está totalmente inserido na Zona de Amortecimento da REBIO, além de não possuir área consolidada, nos termos do art. 3º, IV, da Lei n.º 12.651/2012, estando o imóvel intacto, sem uso agrícola que justifique a sua Regularização por meio de uma Licença Única Ambiental de Regularização – LUAR. III. Muito embora o agravante se refira em concessão de licença para limpeza da área do empreendimento, na verdade o que se busca é a supressão de vegetação nativa, que está vinculada à concessão da Licença Única Ambiental, consoante art. 33, da Portaria n.º 13/2013 SEMA. IV. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 0803049- 36.2018.8.10.0000, ACORDAM os Senhores Desembargadores da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão: “A Sexta Câmara Cível, por votação unânime e de acordo com o parecer ministerial, conheceu e negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator”. Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Aníldes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, José Jorge Figueiredo dos Anjos e Luiz Gonzaga Almeida Filho. São Luís/MA, 04 de outubro de 2018. DES. JOSÉ JORGE FIGUEIREDO DOS ANJOS Relator RELATÓRIO Trata-se de AGRAVO DE INSTRUMENTO interposto por RAPHAEL GALLETI em face da decisão prolatada pela MM Juíza de Direito, Dra. Alexandra Ferraz Lopez, titular do 2º Cargo da 7ª Vara da Fazenda Pública desta Capital que, nos autos da AÇÃO ORDINÁRIA ajuizada pelo ora agravante, indeferiu a tutela de urgência pleiteada. Em suas razões recursais, o agravante alega que é legítimo proprietário de um imóvel rural, denominado Fazenda Santa Luzia, com área de 1.046.3553 ha, registrado no Cartório de Registro de Imóveis de Bom Jardim. Afirma que em 16/08/2012 procedeu-se a instituição de Reserva Legal, estabelecendo-se percentual mínimo de área que não poderia ser utilizada sem a autorização da SEMA. Para a área permitida, aduz que

solicitou e obteve do Município de Bom Jardim/MA, em 27/07/2016, certidão de uso e ocupação do solo e que, posteriormente, na data de 05/12/2016, visando implementar empreendimento agrossilvipastoril em uma pequena parte de sua área, deu início a processo de regularidade junto à Secretaria de Estado do Meio Ambiente – SEMA. Assevera que o agravado, com base na Portaria n.º 050/2016, resolveu suspender todos os procedimentos de regularização de áreas como a apresentada pelo agravante, contrariando o artigo 14, da Resolução n.º 237/97 do CONAMA, que estabelece prazo máximo de 6 meses para conclusão do procedimento de licença ambiental. Após fazer distinção entre imóvel rural e empreendimento, pontua que suspender o procedimento instaurado com base na informação de que a licença seria para “imóvel” instalado em distância inferior ao que seria permitido, afigura-se indevida, uma vez que, na espécie, o que se pretende é a limpeza da área para futura instalação de um empreendimento de apenas 209.2711 ha, o que corresponde tão somente a 20% (área consolidada) de sua propriedade rural. Ressalta, ainda, que o empreendimento será instalado no vértice oposto à Reserva do Gurupi. Dessa forma, alega que o agravado, na manifestação técnica, equivocou-se em analisar a distância entre a reserva e a área do imóvel ao invés de considerar a área pretendida para o empreendimento. Sustenta que ao longo de todo o período de tramitação do requerimento da Licença Ambiental de Regularização, ou seja, de 05 de dezembro de 2016 a 13 de março de 2018, nunca foi apresentada justificativa plausível para a não emissão da Licença, assim como não foi emitida carta de pendências. Requer a concessão de efeito ativo ao presente agravo, para determinar a imediata concessão da tutela vindicada, a fim de permitir a limpeza da área do empreendimento agrossilvipastoril e, no mérito, seja dado provimento ao presente agravo, tornando definitiva a tutela deferida. Em decisão de ID 1869003, indeferi a tutela de urgência formulada no presente agravo de instrumento. Contrarrazões apresentadas no ID 1998979. A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desprovemento do recurso (ID 2158883). É o relatório. VOTO Por encontrarem-se presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, o presente recurso merece ser conhecido. Entretanto, na hipótese dos autos, entendo que as razões da agravante não devem prosperar. Explico. De acordo com o art. 1º, da Resolução n.º 237/97, do CONAMA, entende-se por licença ambiental “o ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental”. Diferentemente do que ocorre nas licenças administrativas, na licença ambiental há certa discricionariedade técnica, não estando a análise do órgão ambiental vinculada ao simples cumprimento de requisitos, tendo em vista a relevância do bem jurídico tutelado. Dessa forma, não é dado ao Judiciário imiscuir-se na função do órgão ambiental e deferir a Licença requerida pelo ora agravante, mormente porque o processo de licenciamento ambiental está submetido a uma série de critérios técnicos específicos, cabendo exclusivamente ao órgão competente a sua avaliação. Compulsando os autos, verifico que a Manifestação Técnica de ID 1817979 pag. 17 informa que “o Imóvel Rural localiza-se a 1.579 metros de distância do perímetro da REBIO GURUPÍ e totalmente inserida na sua zona de amortecimento, considerando um Buffer de 10 km. Observou-se ainda que o imóvel rural não possui área rural consolidada, ou seja, em 22 de julho de 2008 a totalidade da cobertura do solo era de VEGETAÇÃO NATIVA, fato este verificado também considerando a imagem de 2015 em que o imóvel rural permanece com vegetação nativa em sua totalidade. Quando da verificação no SICAR observou-se que o imóvel rural possui área embargada pelo IBAMA”. – grifamos. Dessa forma, os argumentos lançados pelo agravante de que a área que pretende explorar consiste em área consolidada e situada em vértice oposto à reserva Biológica do Gurupi não se sustentam quando confrontadas com as manifestações técnicas anexadas aos autos, que afirmam que o imóvel está totalmente inserido na Zona de Amortecimento da REBIO, além de não possuir área consolidada, nos termos do art. 3º, IV, da Lei n.º 12.651/2012, estando o imóvel intacto, sem uso agrícola que justifique a sua Regularização por meio de uma Licença única Ambiental de Regularização – LUAR. No Ofício 132/2018 de ID 1998984, a Superintendência de Recursos Florestais conclui informando que: “O empreendedor alegou possuir uma área de uso agrícola consolidado para regularização ambiental, o que não é verdade, pois fora constatado que a área encontrava-se com Vegetação Nativa nos anos de 2008, 2015 e 2017, conforme manifestação técnica e anexos. Sendo necessário nesses casos a solicitação de uma Licença única Ambiental – LUA e Autorização de Supressão de Vegetação – ASV com a apresentação do Inventário Florestal. Informa-se, ainda, que o processo será indeferido em razão de apresentação de informações enganosas.” Sobreleva ressaltar, ainda, que a Reserva Biológica do Gurupi, em cuja zona de amortecimento está inserido o imóvel do agravante, é uma Unidade de Conservação Federal, que possui o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) como seu órgão gestor. Assim, considerando solicitação constante em Ofício do ICMBio, datado de 03/06/2016, no sentido de que a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Recursos Naturais – Sema, procedesse à suspensão temporária dos processos de Licenciamento Ambiental, Planos de Manejo Florestal Sustentável e Autorizações de Supressão de Vegetação na Zona de Amortecimento da Reserva Biológica do Gurupi, é que a SEMA publicou a Portaria n.º 050, de 23 de agosto de 2016, nos seguintes termos: PORTARIA N.º 050, DE 23 DE AGOSTO DE 2016. O SECRETÁRIO DE ESTADO DE MEIO AMBIENTE E RECURSOS NATURAIS, no uso das atribuições que lhe confere o inciso II do art. 69

da Constituição Estadual e, considerando o que dispõe a Lei Estadual nº. 5.405/92, regulamentada pelo Decreto Estadual nº. 13.494/93, e ainda, observadas as normas gerais pertinentes ao procedimento de Licenciamento Ambiental; Considerando o Ofício SEI nº 9/2016-REBIO Gurupi/ICMBio, datado de 03.06.2016, o qual encaminha o Documento Técnico 008/ 2016 REBIO Gurupi, acerca do Licenciamento Ambiental de Planos de Manejo Florestal Sustentável e de Supressão de Vegetação no entorno da Reserva Biológica do Gurupi; Considerando que a Informação Técnica tem o objetivo de apresentar análises e recomendações nos processos de Licenciamento Ambiental que envolvem Planos de Manejo Florestal Sustentável - PMFS e desmatamentos na Zona de Amortecimento da REBIO Gurupi; Considerando a solicitação constante do Ofício referenciado, no sentido de que esta Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Recursos Naturais- Sema, proceda à suspensão temporária dos processos de Licenciamento Ambiental, Planos de Manejo Florestal Sustentável e Autorizações de Supressão de Vegetação na Zona de Amortecimento da Reserva Biológica do Gurupi - REBIO-Gurupi/ICMBio; Considerando que a Zona de Amortecimento estabelecida em seu Plano de Manejo publicado através da Portaria IBAMA 167/2002 possui os limites: Ao norte Terra Indígena Alto Turiaçu, ao leste Terras Indígenas Awa e Caru, a sudeste com a estrada de Ferro Carajás, ao sul as margens dos igarapés Ipanema e do Rio Verde, a oeste até a divisa do Estado do Pará e num raio de 10 km na sua porção norte; RESOLVE: Art. 1º - Suspender temporariamente os processos de Licenciamento Ambiental, Planos de Manejo Florestal Sustentável e Autorizações de Supressão de Vegetação infra relacionados, cujas Licenças e/ou Autorizações já foram emitidas, na Zona de Amortecimento da Reserva Biológica do Gurupi - REBIOGurupi, bem como os que ainda se encontram em tramitação. Portanto, o que se percebe é que a suspensão do licenciamento ambiental procedida pela SEMA foi determinada pelo órgão gestor da REBIO do Gurupi, não cabendo ao Judiciário interferir na esfera de competência administrativa. Por fim, muito embora o agravante se refira em concessão de licença para limpeza da área do empreendimento, na verdade o que se busca é a supressão de vegetação nativa, que está vinculada à concessão da Licença Única Ambiental, consoante art. 33, da Portaria n.º 13/2013 SEMA, in verbis: Art. 33º. A Supressão de Vegetação nativa será vinculada a concessão da Licença Única Ambiental - LUA. Portanto, restando ausentes os requisitos autorizadores da medida de urgência pleiteada, irretocável a decisão prolatada pelo juízo a quo. Em face do exposto, CONHEÇO E NEGO PROVIMENTO ao presente agravo de instrumento, mantendo-se integralmente os termos da decisão recorrida. É O VOTO. Sala das Sessões da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 04 de outubro de 2018. Des. JOSÉ JORGE FIGUEIREDO DOS ANJOS Relator 1Lei 12.651/2012, art. 3º, inc. IV – área rural consolidada: área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvopastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de posuio.

6) Número do Processo: 514102017

Número do acordo: 2196872018 Órgão: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Ementa APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PESCADOR. CONSÓRCIO ESTREITO DE ENERGIA. ACIDENTE AMBIENTAL. MORTANDADE DE PEIXES. IMPACTO NA ATIVIDADE PESQUEIRA. INEXISTENTE. FATO ISOLADO. AUSÊNCIA DE DANO CONTÍNUO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CONCESIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. TERMO INICIAL DA DATA DO ACIDENTE. DIREITO DO AUTOR PRESCRITO. SENTENÇA MANTIDA.

APELO IMPROVIDO. A pretensão do autor é calcada na construção da hidrelétrica em Estreito/MA (CESTE) e reforçada pela ocorrência do dano ambiental, situações que teriam impactado a atividade pesqueira com consequências patrimoniais e morais. É incontestável a ocorrência da mortandade de peixes no Rio Tocantins, a qual, segundo Parecer Técnico n.º 14/2011 exarado pelo IBAMA-TO ocorreu após a realização dos testes em turbinas da Usina Hidrelétrica do Estreito - UHE, nos dias 26 e 27 de março de 2011, quando de sua conclusão. Contudo, a morte de alguns peixes, nos anos de 2012, 2013 e 2014, não ficou comprovada ter ocorrido por responsabilidade do apelado ou se decorrente de algum evento da natureza, da mudança do meio ambiente, da falta de chuva, da poluição, etc. Logo, não há que se falar em dano contínuo, posto o que se pleiteia decorreu de um único fato, devendo ficar bem claro que as consequências desse evento, não obstante tenham condão de modificar a fauna do rio, não comprovam efetivamente de que tenha interferido ou venha a prejudicar definitivamente a atividade pesqueira alegada pelo autor a ponto de causar-lhes uma diminuição constante na renda. Levando em conta que o acidente, causa do pedido indenizatório, ocorreu em março/2011 e que a presente ação somente fora proposta em 25/07/2016, após o lapso temporal de 05 (cinco) anos, tem-se prescrito o direito do autor, pelo que irretroatável a sentença de base. Apelo conhecido e improvido (ApCiv 0514102017, Rel. Desembargador(a) JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 08/03/2018, DJe 15/03/2018).

7) Número do Processo: 0803530-33.2017.8.10.0000

Órgão: Tribunal Pleno

EMENTA AGRAVO INTERNO. SUSPENSÃO DE LIMINAR. DEFERIMENTO DO PLEITO. LESÃO À ORDEM E ECONOMIA PÚBLICA. CONFIGURAÇÃO. OBRA NECESSÁRIA AO DESENVOLVIMENTO

DO TURISMO DA REGIÃO. RISCO DE DANO INVERSO AO INTERESSE PÚBLICO. MANUTENÇÃO DA ORDEM DE SUSPENSIVIDADE. NÃO PROVIMENTO. I – Potencial risco à ordem e às finanças públicas advindos da paralisação de obra necessária ao desenvolvimento do turismo na região de município e consequente configuração dos requisitos autorizadores da suspensão de liminar; II – ante aos argumentos inábeis a promover a modificação da situação, imperiosa a manutenção da ordem de suspensividade; III – não provimento. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, Presidiu o julgamento o Desembargador Cleones Carvalho Cunha. Votaram os Senhores Desembargadores CLEONES CARVALHO CUNHA, TYRONE JOSÉ SILVA, JOSÉ DE RIBAMAR CASTRO, MARCELINO CHAVES EVERTON, JOSÉ LUIZ OLIVEIRA DE ALMEIDA, JOSE DE RIBAMAR FROZ SOBRINHO, JOSÉ BERNARDO SILVA RODRIGUES, RAIMUNDO NONATO MAGALHÃES MELO, JAIME FERREIRA DE ARAÚJO, PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA, MARCELO CARVALHO SILVA, JOSÉ JOAQUIM FIGUEIREDO DOS ANJOS, ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR, JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO, JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF. Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça Dr. FRANCISCO DAS CHAGAS BARROS DE SOUSA São Luís, 22 de novembro de 2017. RELATÓRIO AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE LIMINAR N.º 0803530-33.2017.9.10.0000 – Montes Altos Agravante: José Francisco da Silva Advogado: Dr. Josenildo Galeno Teixeira (OAB/MA 11.086) Agravado: Município de Sítio Novo Advogado: Dr. Lucas Aurélio Furtado Baldez (OAB/MA 14.311) Relator: Des. Cleones Carvalho Cunha R E L A T Ó R I O José Francisco da Silva interpôs o presente agravo interno visando à reforma da decisão prolatada por esta Presidência que, deferindo o pleito do Município de Sítio Novo/MA, suspendeu a liminar exarada pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Montes Altos no Procedimento Cautelar n.º 3224- 19.2016.8.10.0102, em que fora determinado ao ora agravado que se abstinisse de realizar qualquer atividade na propriedade do agravante, sob pena de multa pessoal em caso de descumprimento, fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Nas razões do presente agravo interno, o recorrente, em princípio, salienta a ocorrência de litispendência, pois o ente municipal, no mesmo dia em que ajuizou a suspensão de liminar em tela, teria interposto recurso de agravo de instrumento, sobre o mesmo assunto e causa de pedir, o que considera ato de litigância de má-fé, nos termos do art. 77 do CPC/2015. Ressalta que a licença ambiental, embora verdadeira, não autoriza o Município de Sítio Novo a invadir propriedade particular e APP (Área de Preservação Permanente), e muito menos a degradar o meio ambiente sem qualquer respaldo técnico ou jurídico, motivo pelo qual deveria ser cassada. Afirma que a obra vem sendo executada freneticamente pelo então prefeito municipal no único intuito de permitir que a orla ligue sua casa às margens do açude à avenida e acrescenta que, para obter fundos da União por intermédio do Ministério de Turismo, teria o recorrido maquiado a verdadeira situação do açude. Segue aduzindo que a empresa vencedora foi a Construset Construtora, no entanto o agravado continuaria a execução da obra utilizando-se de caçambas e tratores próprios. Destaca ser pessoa idosa, que sofre de pressão alta, e seu estado de saúde teria sido agravado após o recorrido ter iniciado as obras dentro de sua propriedade. Mediante tais argumentos, requer, ao final, a revogação em caráter definitivo da decisão que suspendeu a liminar de base; que seja o agravado condenado em litigância de má fé no valor de 10 (dez) salários mínimos; que seja concedido a gratuidade de justiça nos termos da Lei 1060/50; bem como seja julgado procedente o presente agravo, para considerar preventa a Segunda Câmara do Tribunal de Justiça, revogando-se, assim, a decisão ora guerreada. É o essencial a relatar. VOTO O recurso é tempestivo, o agravante se encontra devidamente representado e, tendo sido deferida assistência gratuita em primeiro grau, despicienda é a reiteração do pedido, restando, portanto, atendidos os requisitos de admissibilidade recursal, razão pela qual dele conheço. Como é cediço, a Lei 8.437/92, em seu art. 4º, caput e §1º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão da execução de liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, no processo cautelar, na ação popular e na ação civil pública, em caso de manifesto interesse público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. De fato, em se tratando de suspensão de liminar, compete tão somente a verificação do potencial lesivo a um dos bens tutelados por lei, sendo tal incidente medida de exceção e, sob essa ótica, a cognição da Presidência do Tribunal é restrita e vinculada, não comportando análise aprofundada do *meritum causae* da demanda. Todavia, conforme amplamente esclarecido na decisão agravada, em que pese o cabimento do pedido suspensivo ser, em princípio, alheio ao *meritum causae*, precedentes jurisprudenciais também tem entendido que para aferição de quaisquer dos valores protegidos pelas normas de regência, poderá ser realizado um juízo mínimo de delibação do mérito. No caso em análise, verifiquei merecer acolhimento o pedido formulado pelo Município de Sítio Novo, considerando como justificada a suspensão pretendida porque, a despeito dos fundamentos invocados, a prevalência da liminar de primeira instância, neste momento, acarretará dano maior aos bens jurídicos tutelados pelas normas que regulamentam o presente incidente processual. Esclareci o potencial risco à ordem e às finanças públicas advindos da imediata paralisação do início da obra, a qual tem como objetivo melhorar a acessibilidade ao que é apontado como o principal açude da cidade e tido como um dos importantes logradouros públicos do município de Sítio Novo. Nesta senda, considere que acaso mantida a liminar, incorre-se no risco de ter rompido o contrato de convênio com o governo federal, trazendo sérias consequências, porquanto a municipalidade será privada de obra necessária ao desenvolvimento do

turismo da região, denotando, assim, risco de dano inverso ao interesse público. Ora, se a suspensão da execução de ato judicial constitui, no universo de nosso sistema normativo, providência de caráter excepcional, impõe-se o máximo rigor na averiguação dos pressupostos autorizadores da medida de contracautela. Com efeito, observei que, a amparar seu pleito suspensivo, o agravado anexou aos autos contrato de repasse de recurso público federal na ordem de R\$ 487.500,00 (quatrocentos e oitenta e sete mil e quinhentos reais), celebrado por intermédio do Ministério do Turismo e da Caixa Econômica, bem como apontou para a existência de processo de licenciamento na Secretaria Estadual de Meio Ambiente em que foi concedida a Dispensa de Licenciamento Ambiental n.º 1015064/2017, além de tramitar proposta de indenização ao particular através da respectiva ação de desapropriação. De outra parte, sabe-se que em razão da cognição vinculada a que se submete o incidente de suspensão de liminar, também há restrição da matéria a ser apreciada em eventual agravo interno interposto em face da decisão proferida, que só deve utilizar argumentos suficientes a afastar a possibilidade, ou não, de lesão à ordem, saúde, economia ou segurança pública. Ocorre que, em suas razões, o agravante basicamente se limitou a arguir impropriamente suposta ocorrência de litispendência e a aduzir que o ente público ora agravado teria agido com má-fé processual ao ajuizar o vertente pedido de suspensão após o relator do agravo de instrumento, também por ele interposto, ter proferido despacho no sentido de ouvir a parte contrária antes de proceder à análise do efeito suspensivo recursal. E, quanto a este argumento, devo assentar ser plenamente viável a apreciação do pedido de suspensão de liminar, ainda que interposto agravo de instrumento contra a decisão de primeiro grau, pois, nos termos do § 6º do artigo 4º da Lei 8.437/1992, o agravo não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão, já que enquanto este se limita a examinar o interesse público ou a flagrante ilegitimidade, destinando-se a evitar grave lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas, o agravo de instrumento, por sua vez, enfrenta o próprio mérito da concessão da liminar ou da tutela antecipada, sendo possível até mesmo o ajuizamento simultâneo dos dois remédios processuais, consoante reiterada jurisprudência do STJ, in verbis: RECURSO ESPECIAL. CONCESSÃO DE LIMINAR EM PRIMEIRO GRAU. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. INTERPOSIÇÃO ANTERIOR DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. - A anterior interposição de agravo de instrumento contra a decisão de primeiro grau que concede medida liminar não impede o ajuizamento do pedido de suspensão. - A negativa de seguimento ao agravo de instrumento sem o exame do mérito recursal não afasta a competência do tribunal de origem para apreciar e julgar o pedido de suspensão da liminar deferida em primeiro grau, objeto do referido recurso. Recurso especial improvido. (REsp 1282495/PR, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 16/03/2012). No mesmo sentido: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. MEDIDA CAUTELAR. ACÓRDÃO EM PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. DECISÃO COM NATUREZA POLÍTICA. NÃO CABIMENTO DO APELO EXTREMO. OMISSÃO INEXISTENTE. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que não cabem embargos de declaração para que o STJ enfrente matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 2. Esta Corte Superior posicionou-se de forma clara adequada e suficiente no sentido de não ser cabível o recurso especial de decisões proferidas no âmbito do pedido de suspensão de segurança, uma vez que o apelo extremo visa combater argumentos que digam respeito a exame de legalidade, ao passo que o presente pedido de suspensão ostenta juízo político. Ademais, "ainda que o pleito, no recurso especial, recaia sobre questões formais no procedimento de suspensão de liminar, tal fato não possui o condão de alterar a natureza jurídica da decisão que concede ou nega a suspensão. Eventuais irregularidades formais constituem ilegalidade a ser enfrentada na via mandamental, e não no recurso especial" (AgRg no REsp 1207495/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 26/04/2011). 3. O art. 4º da Lei nº 8437/92 determina que "compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas". 4. No presente caso, foi apresentada pelo Distrito Federal para suspender a eficácia de decisão proferida pelo Juiz de Direito da Vara de Falências e Recuperações Judiciais, Insolvência Civil e Litígios Empresariais do Distrito Federal, nos autos de Ação de Recuperação Judicial, no sentido de excluir da Concorrência Pública nº 01/2011 - ST as linhas operadas pela empresa LOTAXI - Transportes Urbanos Ltda. A suspensão da licitação em relação às linhas operadas pela empresa recorrente inviabilizaria o processo licitatório, pois impediria a implantação do novo modelo de transporte público, no qual o DF seria geograficamente dividido em bacias ou lotes. Sendo a ordem do juiz de base apta a causar grave lesão à ordem pública, o ente público procurou o caminho da suspensão da segurança para impedir tal ato. Ou seja, a suspensão de segurança não foi utilizada como sucedâneo recursal, mas sim como instrumento legal apto a coibir decisão judicial flagrantemente prejudicial ao interesse público e apta a causar grave lesão à ordem e à economia públicas. 5. Ademais, o §6º do artigo 4º da Lei nº 8.437/92 é imperativo ao afirmar que "a interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder

Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo", ou seja, o alcance do recurso de agravo de instrumento e da suspensão de segurança são distintos, uma vez que nessa última, o Presidente do Tribunal exercerá juízo não meramente jurídico, mas principalmente um juízo político, decidindo sobre a ocorrência de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, para suspender ou não os efeitos da decisão judicial. 6. Não houve análise do fato superveniente alegado, a uma porque tal fato (existência do Decreto nº 33.556/12) não é novo, datado de 1º de março de 2012, a duas porque o recurso especial sequer foi conhecido, o que impediria a análise de tal ponto. Mesmo que assim não fosse, o referido Decreto determina a continuidade da prestação de serviços de transporte coletivo público durante o período de transição para as novas concessões, enquanto o objeto do recurso especial é bem distinto: pretende-se que a linhas atualmente operadas pela recorrente sejam simplesmente excluídas da licitação, inviabilizando o certame. Dessa forma, o "fato novo" não influenciaria em nada o julgamento dos autos. 7. Por meio dos aclaratórios, é nítida a pretensão da parte embargante em provocar rejuízo da causa, situação que, na inexistência das hipóteses previstas no art. 535 do CPC, não é compatível com o recurso protocolado. 8. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no REsp 1379717/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2013, Dje 18/11/2013) Devo observar, ainda, não serem passíveis de análise nesta via incidental as alegações do agravante de ser pessoa idosa, com o estado de saúde agravado pelas circunstâncias, ou mesmo que o ente federativo recorrido, no afã de obter recursos, teria procedido a uma "verdadeira maquiagem" da situação do açude, bem como que a obra vem sendo executada freneticamente pelo então prefeito no único intuito de permitir que a orla ligue sua casa às margens do açude à avenida. Nesse diapasão, para ensejar a reconsideração do julgado, via agravo interno, é necessário que o agravante ilida a demonstração efetiva da lesão aos bens protegidos pela Lei n.º 8.437/92, ônus, saliente-se, o qual não se desincumbiu, pois, nas razões do presente agravo interno, utilizou-se de premissas que não afastam a convicção da ocorrência de dano inverso, sendo insuficientes a desconfigurar a conclusão pautada por esta Presidência, e devidamente fundamentada, ressalte-se, de que a proteção de um único bem privado dificultará a destinação social da área em litígio, mostrando-se, portanto, os argumentos utilizados como inábeis a promover a modificação do julgado vergastado. Ante tudo quanto foi exposto, reafirmo os argumentos demonstrados no decisum ora recorrido e, rejeitando o pedido de reconsideração, mantendo a decisão agravada regimentalmente, submetendo, porém, a matéria ao julgamento deste Colendo Tribunal Pleno, nos termos do que dispõe o art. 539 do RITJ/MA. Sala das Sessões Plenárias do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, de outubro de 2017.

8) Número do Processo: 356332017

[Ementa APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PESCADOR. CONSÓRCIO ESTREITO DE ENERGIA. ACIDENTE AMBIENTAL. MORTANDADE DE PEIXES. IMPACTO NA ATIVIDADE PESQUEIRA. INEXISTENTE. FATO ISOLADO. AUSÊNCIA DE DANO CONTÍNUO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TERMO INICIAL DA DATA DO ACIDENTE. DIREITO DO AUTOR PRESCRITO. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO. A pretensão do autor é calcada na construção da hidrelétrica em Estreito/MA (CESTE) e reforçada pela ocorrência do dano ambiental, situações que teriam impactado a atividade pesqueira com consequências patrimoniais e morais. É incontestável a ocorrência da mortandade de peixes no Rio Tocantins, a qual, segundo Parecer Técnico n.º 14/2011 exarado pelo IBAMA-TO ocorreu após a realização dos testes em turbinas da Usina Hidrelétrica do Estreito - UHE, nos dias 26 e 27 de março de 2011, quando de sua conclusão. Contudo, a morte de alguns peixes, nos anos de 2012, 2013 e 2014, não ficou comprovada ter ocorrido por responsabilidade do apelado ou se decorrente de algum evento da natureza, da mudança do meio ambiente, da falta de chuva, da poluição, etc. Logo, não há que se falar em dano contínuo, posto o que se pleiteia decorreu de um único fato, devendo ficar bem claro que as consequências desse evento, não obstante tenham condão de modificar a fauna do rio, não comprovam efetivamente de que tenha interferido ou venha a prejudicar definitivamente a atividade pesqueira alegada pelo autor a ponto de causar-lhes uma diminuição constante na renda. Levando em conta que o acidente, causa do pedido indenizatório, ocorreu em março/2011 e que a presente ação somente fora proposta em 25/07/2016, após o lapso temporal de 05 (cinco) anos, tem-se prescrito o direito do autor, pelo que irretratável a sentença de base. Apelo conhecido e improvido. (ApCiv 0356332017, Rel. Desembargador(a) JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 19/10/2017, DJe 27/10/2017).

9) Número do Processo: 192752018

Órgão: TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL Ementa APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL (ARTS. 54, C/C, 15, INCISO II, ALÍNEAS "A", "C", "D" E "I" DA LEI Nº 9.605/98). CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 71, CP). PRESCRIÇÃO. ABSOLVIÇÃO. REDUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FORMA CULPOSA. ATENUANTES (ART. 14, I E IV DA LEI Nº 9.605/98). I. A emissão de som, quando em desacordo com os padrões

estabelecidos, provocará a degradação da qualidade ambiental. A conduta narrada na denúncia mostra-se plenamente adequada à descrição típica constante nos arts. 54, caput, c/c 15, inciso II, alíneas "a", "c", "d" e "i" da Lei n. 9.605/1998, pois descreve a emissão de ruídos acima dos padrões estabelecidos pela NBR 10.151, causando, por conseguinte, prejuízos à saúde humana, consoante preconiza a Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA nº 01/1990; II. Em que pese o fato da denúncia não ter sido expressamente recebida, foi promovida a intimação dos apelantes, que, em relação ao 1º apelante, ocorreu em 10.04.2010 e, em relação ao 2º apelante, em 20.04.2010. Nestes termos, não há que se falar em prescrição retroativa, assim como, o termo inicial de contagem da prescrição intercorrente é a data da publicação da sentença (30.01.2018), portanto, no caso, a prescrição não se concretizou; III. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Sentença escoreta, com fundamentação idônea. Tese absolutória insubsistente. Pleito de redução das penas sem efeito prático, tendo em vista a substituição por penas restritivas de direitos. Pena de multa dimensionada de forma idônea; IV. Ante o termo de ajustamento de conduta e a reiteração da conduta combatida, afastada qualquer discussão em torno da culpa. O dolo resta configurado pela continuidade delitiva (art. 71, CP) entre os anos de 2007 e 2015; V. Não se aplicam ao delito sob análise as atenuantes do art. 14, I e IV da Lei nº 9.605/98, haja vista que o baixo grau de escolaridade não obsta ao homem médio concluir que a emissão de sons em volume acentuado, além de incomodar a vizinhança, pode causar mal à saúde. Ademais, não impor empecilhos à vistoria e perícia que foram realizadas, não significa, necessariamente, colaboração com a instrução processual. Conduta oposta é que deveria ser sopesada negativamente para fins de majoração da pena. VI. Apelos conhecidos e desprovidos. (ApCrim 0192752018, Rel. Desembargador(a) JOSEMAR LOPES SANTOS, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 05/11/2018, DJe 09/11/2018).

10) Número do Processo: 353882017

Órgão: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL Ementa APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PESCADOR. CONSÓRCIO ESTREITO DE ENERGIA. ACIDENTE AMBIENTAL. MORTANDADE DE PEIXES. IMPACTO NA ATIVIDADE PESQUEIRA. INEXISTENTE. FATO ISOLADO. AUSÊNCIA DE DANO CONTÍNUO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CONCESIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. TERMO INICIAL DA DATA DO ACIDENTE. DIREITO DO AUTOR PRESCRITO. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO. A pretensão do autor é calcada na construção da hidrelétrica em Estreito/MA (CESTE) e reforçada pela ocorrência do dano ambiental, situações que teriam impactado a atividade pesqueira com consequências patrimoniais e morais. É incontestável a ocorrência da mortandade de peixes no Rio Tocantins, a qual, segundo Parecer Técnico n.º 14/2011 exarado pelo IBAMA-TO ocorreu após a realização dos testes em turbinas da Usina Hidrelétrica do Estreito - UHE, nos dias 26 e 27 de março de 2011, quando de sua conclusão. Contudo, a morte de alguns peixes, nos anos de 2012, 2013 e 2014, não ficou comprovada ter ocorrido por responsabilidade do apelado ou se decorrente de algum evento da natureza, da mudança do meio ambiente, da falta de chuva, da poluição, etc. Logo, não há que se falar em dano contínuo, posto o que se pleiteia decorreu de um único fato, devendo ficar bem claro que as consequências desse evento, não obstante tenham condão de modificar a fauna do rio, não comprovam efetivamente de que tenha interferido ou venha a prejudicar definitivamente a atividade pesqueira alegada pelo autor a ponto de causar-lhes uma diminuição constante na renda. Levando em conta que o acidente, causa do pedido indenizatório, ocorreu em março/2011 e que a presente ação somente fora proposta em 25/07/2016, após o lapso temporal de 05 (cinco) anos, tem-se prescrito o direito do autor, pelo que irratável a sentença de base. Apelo conhecido e improvido. (ApCiv 0353882017, Rel. Desembargador(a) JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 19/10/2017, DJe 27/10/2017).

11) Número do Processo: 351352017

Órgão: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Ementa APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PESCADOR. CONSÓRCIO ESTREITO DE ENERGIA. ACIDENTE AMBIENTAL. MORTANDADE DE PEIXES. IMPACTO NA ATIVIDADE PESQUEIRA. INEXISTENTE. FATO ISOLADO. AUSÊNCIA DE DANO CONTÍNUO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CONCESIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. TERMO INICIAL DA DATA DO ACIDENTE. DIREITO DO AUTOR PRESCRITO. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO. A pretensão do autor é calcada na construção da hidrelétrica em Estreito/MA (CESTE) e reforçada pela ocorrência do dano ambiental, situações que teriam impactado a atividade pesqueira com consequências patrimoniais e morais. É incontestável a ocorrência da mortandade de peixes no Rio Tocantins, a qual, segundo Parecer Técnico n.º 14/2011 exarado pelo IBAMA-TO ocorreu após a realização dos testes em turbinas da Usina Hidrelétrica do Estreito - UHE, nos dias 26 e 27 de março de 2011, quando de sua conclusão. Contudo, a morte de alguns peixes, nos anos de 2012, 2013 e 2014, não ficou comprovada ter ocorrido por responsabilidade do apelado ou se decorrente de algum evento da natureza, da mudança do meio ambiente, da falta de chuva, da poluição, etc. Logo, não há que se falar em dano contínuo, posto o que se pleiteia decorreu de um único fato, devendo ficar bem claro que as consequências desse evento, não obstante tenham condão de

modificar a fauna do rio, não comprovam efetivamente de que tenha interferido ou venha a prejudicar definitivamente a atividade pesqueira alegada pelo autor a ponto de causar-lhes uma diminuição constante na renda. Levando em conta que o acidente, causa do pedido indenizatório, ocorreu em março/2011 e que a presente ação somente fora proposta em 25/07/2016, após o lapso temporal de 05 (cinco) anos, tem-se prescrito o direito do autor, pelo que irretratável a sentença de base. Apelo conhecido e improvido. (ApCiv 0351352017, Rel. Desembargador(a) JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 19/10/2017, DJe 27/10/2017).

12) **Número do Processo: 351132017**

Órgão: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL Ementa APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PESCADOR. CONSÓRCIO ESTREITO DE ENERGIA. ACIDENTE AMBIENTAL. MORTANDADE DE PEIXES. IMPACTO NA ATIVIDADE PESQUEIRA. INEXISTENTE. FATO ISOLADO. AUSÊNCIA DE DANO CONTÍNUO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CONCESIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. TERMO INICIAL DA DATA DO ACIDENTE. DIREITO DO AUTOR PRESCRITO. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO. A pretensão do autor é calçada na construção da hidrelétrica em Estreito/MA (CESTE) e reforçada pela ocorrência do dano ambiental, situações que teriam impactado a atividade pesqueira com consequências patrimoniais e morais. É incontestável a ocorrência da mortandade de peixes no Rio Tocantins, a qual, segundo Parecer Técnico n.º 14/2011 exarado pelo IBAMA-TO ocorreu após a realização dos testes em turbinas da Usina Hidrelétrica do Estreito - UHE, nos dias 26 e 27 de março de 2011, quando de sua conclusão. Contudo, a morte de alguns peixes, nos anos de 2012, 2013 e 2014, não ficou comprovada ter ocorrido por responsabilidade do apelado ou se decorrente de algum evento da natureza, da mudança do meio ambiente, da falta de chuva, da poluição, etc. Logo, não há que se falar em dano contínuo, posto o que se pleiteia decorreu de um único fato, devendo ficar bem claro que as consequências desse evento, não obstante tenham condão de modificar a fauna do rio, não comprovam efetivamente de que tenha interferido ou venha a prejudicar definitivamente a atividade pesqueira alegada pelo autor a ponto de causar-lhes uma diminuição constante na renda. Levando em conta que o acidente, causa do pedido indenizatório, ocorreu em março/2011 e que a presente ação somente fora proposta em 25/07/2016, após o lapso temporal de 05 (cinco) anos, tem-se prescrito o direito do autor, pelo que irretratável a sentença de base. Apelo conhecido e improvido. (ApCiv 0351132017, Rel. Desembargador(a) JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 19/10/2017, DJe 27/10/2017).

13) **Número do Processo: 137032017**

Órgão: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Ementa ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA REJEITADA DE PLANO. CONCESSÃO, PELO SECRETÁRIO DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS NATURAIS DO MARANHÃO, DE LICENÇA PRÉVIA AMBIENTAL COM POSTERGAÇÃO DE EIA/RIMA E SEM CERTIDÃO DE USO E OCUPAÇÃO SOLO. CONLUÍO ENTRE O SECRETÁRIO E SERVIDORES DA SECRETARIA COM REPRESENTANTES DA EMPRESA REQUERENTE, PARA BENEFICIÁ-LA EM DETRIMENTO DOS INTERESSES PÚBLICOS. SUBSTANCIOSO RELATÓRIO AMBIENTAL SIMPLIFICADO-RAS. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NÃO CONFIGURADO. APLICAÇÃO DO ART. 11, I E II, DA LEI Nº 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO. Correta se acha a sentença apelada que, ao apreciar as defesas preliminares apresentadas pelos réus ora apelados, nos autos da ação civil por ato de improbidade administrativa nº 53858-36.2013.8.10.0001 - 58.934 /2013, que lhes foi proposta pelo Ministério Público Estadual ora apelante, por suposta concessão indevida, pelo Secretário de Estado do Meio Ambiente e Recursos Naturais do Maranhão, de licença prévia ambiental, em conluio dele próprio e de outros servidores da Secretaria com representantes da empresa beneficiária, em contrariedade às normas legais e apenas para garantir o êxito da atividade econômica desta, sem EIA/RIMA e sem certidão de uso e ocupação do solo, com respaldo no art. 17, 8º, da Lei nº 8.429/92, rejeitou de plano a ação, ante a inexistência de indícios, por mínimos que fossem, da prática de qualquer ato doloso a configurar atentado contra qualquer dos princípios regentes da administração pública de modo a caracterizar qualquer dos atos de improbidade administrativa tipificados no art. 11, I e II, da Lei nº 8429/92, considerando que a licença em apreço foi concedida com base em um substancial Relatório Ambiental Simplificado - RAS, que fornece todos os detalhamentos do projeto aptos à emissão do juízo provisório de admissibilidade de sua compatibilidade com a preservação do meio ambiente, posto que elaborado com base nos trabalhos do estudo de impacto ambiental que já se achavam em andamento para a confecção do EIA/RIMA, não tendo havido a dispensa desse Instrumento mas apenas a sua postergação para momento posterior, e com base na Lei do Município de São Luís nº 3.253/92, alterada pela Lei nº 4.548/2005, que estabelece que a certidão de uso e ocupação do solo somente deve ser expedida mediante a apresentação da licença de meio ambiente concedida pelo órgão competente, tendo havido ainda parecer técnico que não pode ser qualificado como superficial e parecer jurídico de legitimidade indiscutível, não havendo que se falar tenha

havido ato descuidado da preservação do meio ambiente ou resultante de conluio entre os réus servidores públicos, incluindo-se aí o próprio Secretário de Estado, e os representantes da empresa requerente da licença, para beneficiar os interesses privados desta, em detrimento dos interesse públicos. Apelação improvida. (ApCiv 0137032017, Rel. Desembargador(a) JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 21/06/2018 , DJe 28/06/2018).

14) Número do Processo: 77842017

Órgão: QUARTA CÂMARA CÍVEL

Ementa EMENTA-AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO SONORA. LEGITIMIDADE DO MP. INEXISTÊNCIA DE PERDA DE OBJETO. CARACTERIZAÇÃO DO DANO AMBIENTAL. PROCEDÊNCIA. 1. O Ministério Público possui legitimidade para ingressar com ação civil pública visando tutelar o meio ambiente, nele compreendido o direito difuso à não poluição sonora. 2. Não há falar em perda de objeto e, conseqüentemente, ausência superveniente de interesse processual quando a matéria já se encontra judicializada e o réu apenas informa que tem cumprido as determinações judiciais que lhe foram impostas. 3. Comprovados, por meio de laudos técnicos, níveis de ruído acima do permitido pela legislação, impõe-se a adoção de medidas que visem reduzir a poluição sonora. 4. Apelação e Remessa conhecidas e desprovidas. Unanimidade. (ApCiv no(a) AI 024388/2004, Rel. Desembargador(a) PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA, QUARTA CÂMARA CÍVEL, julgado em 20/02/2018).

15) Número do Processo: 491942016

Órgão: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Ementa PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEPÓSITO DE LIXO A CÉU ABERTO. DANO AMBIENTAL CONFIGURADO. RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. NECESSIDADE. RESPONSABILIDADE DO ENTE MUNICIPAL. PROVIDO PARCIALMENTE. 1. Devidamente comprovado que o ente municipal mantinha local impróprio para o recolhimento de lixo, em área pública sem qualquer preparação prévia e que houve dano ambiental, mostrava-se necessária a intervenção do Ministério Público e do Poder Judiciário. 2. Expor uma comunidade aos riscos trazidos por um "lixão" aberto é desrespeito à dignidade dos seus moradores (saúde público) e descaso com o meio ambiente. 3. À Administração Pública cabe a responsabilidade pelo gerenciamento desses resíduos, com a aplicação dos recursos técnicos recomendados à sua eliminação e adaptação às novas orientações. 4. Decisão parcialmente reformada tão somente dos itens que sejam difíceis de cumprimento imediato pela municipalidade. 5. Agravo de instrumento provido parcialmente. (AI 0491942016, Rel. Desembargador(a) LOURIVAL DE JESUS SEREJO SOUSA, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 16/11/2017 , DJe 24/11/2017).

16) Número do Processo: 200792016

Órgão: QUINTA CÂMARA CÍVEL

Ementa EMENTA APELAÇÃO CÍVEL.AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM VIRTUDE DE DANO AMBIENTAL A MANGUEZAIS, DECORRENTE DE LANÇAMENTO DE RESÍDUOS LÍQUIDOS. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A DEMANDA. MANUTENÇÃO. APELAÇÃO IMPROVIDA. I -Busca a apelante a reforma da sentença que condenou-lhe a recuperar área de manguezal degradada, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), e a pagar pelos danos ambientais extrapatrimoniais causados, o valor equivalente a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). II - O caso amolda-se à necessidade de proteção ambiental, direito difuso, de interesse da coletividade, de modo que a concessão da suspensividade buscada serviria tão somente para postergar o cumprimento de medidas de reparação do dano por parte da apelante, o que iria de encontro ao objeto principal da demanda, qual seja, a restauração do ecossistema ao status quo ante, não podendo, portanto, o interesse privado da empresa se sobrepor ao interesse público. Efeito suspensivo indeferido. III - Não restou demonstrado nos autos a alegada recuperação da área degradada, e o Ministério Público, além de pleitear a reparação dos danos, formulou pedido de indenização, caracterizando assim no resultado útil apto a justificar o julgamento do mérito da ação. Ademais, o artigo 3º da Lei nº 7.347/1985 trata da possibilidade de a ação civil pública ter por objeto "a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer", o que não impede o pleito indenizatório formulado pelo Parquet, como quer levar a crer a apelante, razão pela qual rejeito as preliminares de falta de interesse de agir, bem como de impossibilidade jurídica do pedido. IV - O magistrado a quo analisou, detalhadamente, a existência do parecer técnico nº 19/2010/SMCQA/SEMA, diferentemente do que alegou a apelante, tendo o julgador, inclusive, baseando-se neste relatório para rechaçar os argumentos de reparação dos danos, os quais foram apresentados pela apelante em sede de contestação. Preliminar de nulidade por ausência de fundamentação afastada. V - Quanto ao mérito, constata-se, dos documentos apresentados pela Secretaria Estadual do Meio Ambiente, laudo de vistoria nº 55/2008, de fls. 113/115 e laudo de constatação nº 01/2009 (fls. 83/87), evidenciando o lançamento, por parte da apelante, de resíduos de óleo nos manguezais e o dano pelo ressecamento das árvores. VI - O parecer técnico nº 19/2010 destaca que "Embora constatando-se uma redução gradual na quantidade de óleos e graxas do solo do mangue,

os resultados ainda são insuficientes para permitir uma reposição completa da estrutura ambiental do local." (fl. 244), o que por si só contraria a alegação da apelante de que tal parecer consignou que a área afetada foi devidamente recuperada. VII - A conduta em análise adéqua-se ao que dispõe o art. 3º, III, "e"[1] da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (nº 6.938/81), conforme mencionou o Ministério Público em sua inicial, vez que tal dispositivo aduz ser poluição "a degradação da qualidade ambiental que resulta de atividades que direta ou indiretamente lancem matérias em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos", o que ocorreu no caso em tela: lançamento de resíduos de óleo nos manguezais. VIII - A condenação da empresa pelos danos patrimoniais é de extrema relevância, sobretudo considerando que a determinação de obrigar a recuperar a área degradada nem sempre é suficiente para retornar o bem degradado ao status quo ante. Cabe ao juiz fixar tal indenização ao fazer uma análise estimativa, levando em consideração o caráter punitivo, o porte econômico da empresa ré e a gravidade da lesão causada, o que entendo ter sido devidamente observado em primeiro grau, que o fixou em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). IX - Apelação improvida. (ApCiv 0200792016, Rel. Desembargador(a) JOSÉ DE RIBAMAR CASTRO, QUINTA CÂMARA CÍVEL, julgado em 27/06/2016, DJe 01/07/2016).

17) Número do Processo: 177042016

Órgão: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Ementa PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEPÓSITO DE LIXO A CÉU ABERTO. DANO AMBIENTAL CONFIGURADO. RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. NECESSIDADE. RESPONSABILIDADE DO ENTE MUNICIPAL. 1. Devidamente comprovado que o ente municipal mantinha local impróprio para o recolhimento de lixo, em área pública sem qualquer preparação prévia e que houve dano ambiental, mostrava-se necessária a intervenção do Ministério Público e do Poder Judiciário. 2. Expor uma comunidade aos riscos trazidos por um "lixão" aberto é desrespeito à dignidade dos seus moradores e descaso com o meio ambiente. 3. O município deve ser obrigado, como agente poluidor, à reparação dos prejuízos causados ao meio ambiente e à população em geral, consistente na realização de obras voltadas à recuperação da área degradada, sem prejuízo da efetiva instalação de um novo depósito de lixo, respeitando-se a legislação que trata do tema (Lei nº. 12.305/2010). 4. À Administração Pública cabe a responsabilidade pelo gerenciamento desses resíduos, com a aplicação dos recursos técnicos recomendados à sua eliminação e adaptação às novas orientações. 5. Sentença mantida. 6. Remessa desprovida. (RemNecCiv 0177042016, Rel. Desembargador(a) LOURIVAL DE JESUS SEREJO SOUSA, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 27/07/2017, DJe 04/08/2017).

18) Número do Processo: 205922014

Órgão: QUINTA CÂMARA CÍVEL

Ementa APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA E O DANO. IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. I - Inexiste nexo de causalidade entre o suposto fato narrado pelo Apelante e a conduta do Apelado, uma vez que os documentos carreado aos autos, não comprovam que enchente que causou danos ao autor foi em decorrência da limpeza no rio promovido pelo requerido. II - Ademais conforme, consignou a magistrada de base "... para comprovar suas alegações o autor juntou fotos e um suposto Laudo Técnico do IBAMA (fls. 13/15), laudo este feito em papel comum, sem timbre e símbolo do órgão, bem como sem assinatura dos supostos engenheiros responsáveis, Massayki Sugimoto, João de Deus e Lucas Mendes". III - Por outro lado, em sede de contestação o requerido colacionou às fls. 161/162 laudo de Constatação de Vistoria Técnica, onde foi atestado que a obra realizado pelo Apelado não gerou impacto significativo ao meio ambiente. Da mesma forma, colhe-se do autos fls.202/378, que o Inquérito Civil instaurado pela Promotoria de Justiça do Meio Ambiente para apurar o suposto crime de dano ambiental cometido pelo Apelado, foi arquivado. IV - Destarte, não houve a comprovação de ato ilícito cometido pelo requerido do ora Apelado, inexistindo, assim, consequentemente, o dever de indenizar. Logo a sentença atacada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos. (ApCiv 0205922014, Rel. Desembargador(a) RAIMUNDO JOSÉ BARROS DE SOUSA, QUINTA CÂMARA CÍVEL, julgado em 09/03/2015, DJe 12/03/2015).

19) Número do Processo: 343082016

Órgão: PRIMEIRAS CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS

Ementa MANDADO DE SEGURANÇA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRELIMINAR AFASTADA. AUTO DE INFRAÇÃO. ILEGALIDADE. EMBARGO DA ATIVIDADE ECONÔMICA DA EMPRESA. OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. I - A documentação acostada aos autos é suficiente para análise do pedido inicial, dispensando a necessidade de dilação probatória. Preliminar rejeitada. II - Considerando que a penalidade imposta à impetrante de "embargo de obra ou atividade e suas respectivas áreas", diverge da sanção descrita na autuação que prevê a aplicação de multa simples, nos termos do inciso II, do art. 3º

do Decreto nº 6.514/2008, que elenca as sanções administrativas cabíveis em sede de proteção ao meio ambiente, bem como ausente a abertura de procedimento administrativo para apurar eventual descumprimento do Termo de Compromisso Ambiental, resta demonstrada a ofensa a direito líquido e certo da impetrante. (MSCiv 0343082016, Rel. Desembargador(a) JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF, PRIMEIRAS CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, julgado em 19/05/2017, DJe 26/05/2017).

20) Número do Processo: 54212018

Órgão: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Ementa CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MATADOURO PÚBLICO MUNICIPAL. Controle judicial de políticas públicas. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES HIGIÊNICO-SANITÁRIAS E DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. NECESSIDADE DE INTERDIÇÃO DEFINITIVA DOS ESTABELECIMENTOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA, MANTENDO- SE A CONDENAÇÃO Do MUNICÍPIO à REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA E AO PAGAMENTO DO PASSIVO AMBIENTAL A SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. DANO MORAL COLETIVO. AUSÊNCIA DE PROVAS. EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO. 1. O Controle Judicial de Políticas Públicas não implica em violação ao Princípio da Separação de Poderes, quando a atuação do Poder Judiciário visa garantir a efetivação do núcleo mínimo dos direitos fundamentais, o chamado mínimo existencial. 2. restou comprovado nos autos que o matadouro público do Município de PIO XII não respeita as condições sanitárias essenciais e, ainda, que está funcionando sem a licença ambiental, desrespeitando integralmente o que diz a legislação ambiental, conforme a Lei nº 6.938/ 81 e a Resolução nº 237 da CONAMA. 3. Deve ser mantida a condenação de fechamento definitivo do matadouro público, bem como a condenação do ente municipal à reparação da área degradada, além do pagamento do passivo ambiental, eis que o referido matadouro não respeita as condições mínimas de infraestrutura, higiene e salubridade, o que prejudica o meio ambiente ecologicamente equilibrado e, por consequência, o direito essencial da qualidade de vida. 4. Dano moral coletivo afastado, vez que não restou evidenciado que a coletividade tenha experimentado algum sofrimento psíquico ou angústia desproporcional e impactante em razão dos danos ambientais causados. 5. Apelação conhecida e PARCIALMENTE provida. (ApCiv no(a) AI 007559/2016, Rel. Desembargador(a) JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 01/11/2018, DJe 12/11/2018).

21) Número do Processo: 557722017

Órgão: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Ementa CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. REMESSA OFICIAL. DISPOSIÇÃO INADEQUADA DE RESÍDUOS SÓLIDOS. QUESTAO INCONTROVERSA. CONDENAÇÃO EM OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA COMINATÓRIA. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. 1. É cediço que a CF/88 estabelece, no art. 225, que todos possuem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo o Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo, para que seja assegurado o interesse coletivo. Sem dúvida, ao Poder Judiciário cabe, embora excepcionalmente, a imposição da implantação de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando a omissão perpetrada comprometa a própria integridade dos direitos sociais igualmente protegidos pela Carta Magna vigente. 2. Também é fato incontroverso que o Município réu promove, ilegalmente, o descarte, a céu aberto, de resíduos sólidos diretamente sobre o solo, formando o "lixão". Ante a ausência de licenciamento e conseqüente falta de técnicas protetivas apropriadas ou cautela no tratamento dos rejeitos domésticos, coloca-se em risco o meio ambiente e a saúde da população. 3. Por outro lado, a existência de local adequado para pôr lixo não é só medida ambiental, mas de saúde pública, a requerer toda a atenção das autoridades competentes. Saliencia-se que o município possui a responsabilidade pela saúde pública e de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, razão pela qual se mostram acertadas as condenações presentes na sentença de primeiro grau. 4. Remessa não provida. (RemNecCiv 0557722017, Rel. Desembargador(a) JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 23/08/2018, DJe 30/08/2018).

22) Número do Processo: 432242017

Órgão: QUARTA CÂMARA CÍVEL

Ementa APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUPOSTOS DANOS AMBIENTAIS. SENTENÇA NULA. 1. Na base tratou-se de Ação Civil Pública promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL em face da L. N. CONSTRUÇÕES e COMÉRCIO LTDA., objetivando condenar a apelante a promover a "recuperação da área com a retirada do aterro feito, além de revegetar a área com espécies nativas e colocar cerca de proteção que impeça a ação de terceiros, conforme plano que deverá apresentar e licenciar junto ao Órgão Estadual de Meio Ambiente (...)". além de condenar a parte demandada a "solicitar e submeter-se a novo licenciamento ambiental que contemple todas as intervenções já executadas, considerando-se o perímetro da matrícula nº 61.310". 2. Em suas razões recursais, folhas 995/1048, Preliminarmente, a Apelante sustenta, em síntese, a ocorrência de julgamento ultra petita, pois o Magistrado de base, segundo sua ótica, teria ultrapassado

os pedidos deduzidos na inicial. 3. Aduz o apelante que "o Magistrado inseriu na condenação condomínio diverso do objeto da causa, sendo necessária a delimitação da causa de pedir e do pedido pelo Tribunal, conforme prevê o art. 1.013, § 3º do CPC." 4. Continua asseverando que todo o pedido inicial feito pelo Ministério Público se referia ao Condomínio Lara Liotto II e que após a contestação, ocorreu a inclusão do pedido referente a outro Condomínio, Golden Green. 5. Com efeito, da análise dos autos, observo que somente após a contestação apresentada, folhas 266/281, já na fase de instrução, o Ministério Público direcionou a responsabilidade civil pelos danos ambientais discutidos nos autos à construção do Condomínio Golden Green, a despeito dos fatos e fundamentos deduzidos não apenas na inicial, como também em grande parte do curso do procedimento, estarem relacionados a outro empreendimento, conhecido como Lara Liotto II. 6. Diante dos argumentos expostos, acolho a preliminar suscitada pela Apelante para decretar a nulidade da sentença recorrida, por não ser congruente com os limites do pedido e da causa de pedir. 7. Estando o processo em condições de imediato julgamento, aplico a dicção do artigo 1.013, §3º, inciso II, do Código de Processo Civil passo a analisar o mérito recursal. Com relação ao condomínio objeto da Ação (Lara Liotto II), restou comprovado pelos Laudos Periciais anexados aos autos, que a construção deste não causou nenhum dano ambiental passível de punição. Também não restou provado danos causados ao meio ambiente pela construção do condomínio Gonden Green. 8. Acolho a preliminar e, adentrando no mérito recursal, dou provimento ao Apelo, para julgar improcedente a Ação Civil Pública de Obrigação de Fazer ajuizada pelo Ministério Público Estadual, contrariando o parecer da Procuradoria Geral de Justiça. (ApCiv 0432242017, Rel. Desembargador(a) MARCELINO CHAVES EVERTON, QUARTA CÂMARA CÍVEL, julgado em 12/06/2018, DJe 15/06/2018).

23) Número do Processo: 324872017

Órgão: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Ementa PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MATADOURO PÚBLICO MUNICIPAL. DANO À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. APELO PARCIALMENTE PROVIDO, DE ACORDO COM O PARECER MINISTERIAL. I - O direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados (art.6º c/c art.196, da CF/88), e os matadouros destinam-se ao abate de animais para consumo, listados no Anexo 1 da Resolução Nº. 237/1997 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA como "atividades ou empreendimentos sujeitas ao licenciamento ambiental" e estão sujeitos à Lei nº 7.889/1989, a qual dispõe sobre inspeção sanitária e industrial dos produtos de origem animal; ao art. 10, da Lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente; e ao art. 6º, inc. I, c/c art. 18, §6º, inc. II, e art. 39, inc. VIII, Código de Defesa do Consumidor. II - Ante a inércia do Município Apelante, que não adotou as medidas atinentes à regularização do matadouro municipal, e uma vez demonstrados o efetivo risco e dano ambientais, bem como a sua precariedade, o qual não possui condições higiênicas-sanitárias adequadas para funcionamento, deve ser mantida a sentença nesta parte, que determinou o seu fechamento. III - Em relação ao dano moral, entendo que estão presentes os requisitos caracterizadores, ante a violação dos direitos constitucionais à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos direitos relativos à defesa do consumidor, acima mencionados. IV- No tocante ao quantum indenizatório, o valor a ser arbitrado deve levar em consideração a dupla função da indenização, devendo analisar a capacidade econômica do ofensor e ofendido para que não haja desproporção na condenação, nem enriquecimento ilícito. No caso em apreço, o quantum de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) fixado na sentença deve ser reduzido para R\$100.000,00 (cem mil reais), em consonância com os princípios da razoabilidade e a proporcionalidade. V - Apelo parcialmente provido, de acordo com o parecer ministerial. (ApCiv 0324872017, Rel. Desembargador(a) MARIA DAS GRAÇAS DE CASTRO DUARTE MENDES, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, julgado em 28/08/2018, DJe 03/09/2018).

24) Número do Processo: 576352016

Órgão: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Ementa CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. DISPOSIÇÃO INADEQUADA DE RESÍDUOS SÓLIDOS. QUESTÃO INCONTROVERSA. CONDENAÇÃO EM OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA COMINATÓRIA. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. 1. É cediço que a CF/88 estabelece, no art.225, que todos possuem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo o Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo, para que seja assegurado o interesse coletivo. Sem dúvida, ao Poder Judiciário cabe, embora excepcionalmente, a imposição da implantação de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando a omissão perpetrada comprometa a própria integridade dos direitos sociais igualmente protegidos pela Carta Magna vigente. 2. Também é fato incontroverso que o Município réu promove, ilegalmente, o descarte, a céu aberto, de resíduos sólidos diretamente sobre o solo, formando o lixão. Ante a ausência de licenciamento e conseqüente falta de técnicas protetivas apropriadas ou cautela no tratamento dos rejeitos domésticos, coloca-se em risco o meio ambiente e a

saúde da população. 3. Por outro lado, a existência de local adequado para pôr lixo não é só medida ambiental, mas de saúde pública, a requerer toda a atenção das autoridades competentes. Salienta-se que o município possui a responsabilidade pela saúde pública e de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, razão pela qual se mostram acertadas as condenações presentes na sentença de primeiro grau. 4. Apelo não provido. (ApCiv 0576352016, Rel. Desembargador(a) JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 01/06/2017, DJe 08/06/2017).

25) Número do Processo: 135162016

Órgão: PRIMEIRAS CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS

EMENTA: DIREITO AMBIENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL E OUTORGA DE USO DE RECURSOS HÍDRICOS. EMBARGOS À ATIVIDADE E APLICAÇÃO DE MULTA. LEGALIDADE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE. SEGURANÇA DENEGADA. I - Conforme artigo 70 da Lei Federal nº 9.605/98, "considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente". II - Não possuindo o estabelecimento impetrante regular licença ambiental para seu funcionamento, além de outorga de uso de recursos hídricos, em desrespeito às normas legais, é possível sua interdição como medida acautelatória em razão dos riscos à população e ao meio ambiente, bem como aplicação de multa. III - Assim, enquanto não regularizada a situação administrativamente, há de prevalecer o embargo às atividades desenvolvidas pelo impetrante, tendo em vista que, nos termos do artigo 15 - B, do Decreto nº 6.514/2008, "a cessação das penalidades de suspensão e embargo dependerá de decisão da autoridade ambiental após a apresentação, por parte do autuado, de documentação que regularize a obra ou atividade" IV - "O princípio da precaução, consagrado formalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - Rio 92 (ratificada pelo Brasil), a ausência de certezas científicas não pode ser argumento utilizado para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental. Na dúvida, prevalece a defesa do meio ambiente. (REsp 1285463/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 06/03/2012) V - Segurança denegada, de acordo com o parecer ministerial. (MSCiv 0135162016, Rel. Desembargador(a) MARCELO CARVALHO SILVA, PRIMEIRAS CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, julgado em 02/09/2016, DJe 16/09/2016).

26) Número do Processo: 547612015

Órgão: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Ementa CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA. INTEMPESTIVIDADE. REMESSA. DISPOSIÇÃO INADEQUADA DE RESÍDUOS SÓLIDOS. QUESTÃO INCONTROVERSA. CONDENAÇÃO EM OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA COMINATÓRIA. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. 1. É cediço que a CF/88 estabelece, no art. 225, que todos possuem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo o Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo, para que seja assegurado o interesse coletivo. Sem dúvida, ao Poder Judiciário cabe, embora excepcionalmente, a imposição da implantação de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando a omissão perpetrada comprometa a própria integridade dos direitos sociais igualmente protegidos pela Carta Magna vigente. 2. Também é fato incontroverso que o Município réu promove, ilegalmente, o descarte, a céu aberto, de resíduos sólidos diretamente sobre o solo, formando o "lixão". Ante a ausência de licenciamento e consequente falta de técnicas protetivas apropriadas ou cautela no tratamento dos rejeitos domésticos, coloca-se em risco o meio ambiente e a saúde da população. 3. Por outro lado, a existência de local adequado para pôr lixo não é só medida ambiental, mas de saúde pública, a requerer toda a atenção das autoridades competentes. Salienta-se que o município possui a responsabilidade pela saúde pública e de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, razão pela qual se mostram acertadas as condenações presentes na sentença de primeiro grau. 4. Não obstante o lixão esteja instalado em outra localidade, e não mais no Bairro São Sebastião, e supostamente estar atendendo o cumprimento da obrigação de fazer, é certo que o Relatório de Fiscalização às fls. 113 descreve que a empresa Shallon lança o lixo a céu aberto, traduzindo-se em atividade que é executada sem o mínimo planejamento para abrigar os resíduos sólidos de forma menos agressiva ao meio ambiente, bem como não há tratamento para o chorume líquido liberado pelo lixo, que contamina o solo e a água, porquanto não é difícil encontrar ratos e insetos circulando livremente e os resíduos ficam a céu aberto. 5. Logo, a medida que se impõe é a construção de aterro sanitário, como medida de sanar as irregularidades no lixão desta cidade, bem como causar o menor impacto ambiental possível, não havendo que se modificar a sentença de base. 6. Apelo não conhecido. Remessa conhecida e improvida. (ApCiv 0547612015, Rel. Desembargador(a) JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016).

27) Número do Processo: 264562015

Órgão: QUINTA CÂMARA CÍVEL

EMENTA REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ESCOAMENTO DO PRAZO PARA FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES ACERCA DE PROCEDIMENTOS DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA. DIREITO À INFORMAÇÃO DE INTERESSE COLETIVO. SENTENÇA MANTIDA. REMESSA IMPROVIDA. I - Verifica-se das fls. 11/32 que o impetrante, na qualidade de Deputado Estadual, formulou os requerimentos por meio dos Ofícios de fls. 11/32, no período de 07 a 15 de agosto de 2012, perante às autoridades impetradas acerca de processos de licenciamento ambiental, bem como que não foram prestadas as informações solicitadas, eis que o Secretário Municipal de Meio Ambiente, ora requerido, oficiou tão somente solicitando a prorrogação do prazo, com base nas fls. 77/109. II - O mencionado pedido de prorrogação foi a única resposta dada pela autoridade coatora, o que demonstra a veracidade das alegações do requerente acerca da omissão da administração municipal com relação as informações públicas, as quais devem ser disponibilizadas a qualquer cidadão, sobretudo considerando que o pleito adveio de Deputado Estadual, dentre as quais está a atribuição de fiscalizar a gestão da coisa pública. III - Todavia, como bem ponderou o togado singular "não existe na lei a necessidade de se aguardar a manifestação do interessado quanto à possibilidade de prorrogação desse prazo, devendo o órgão responsável tomar as providências necessárias para a análise do pedido", razão pela qual a Secretaria Municipal de Meio Ambiente, de fato, omitiu-se sem justificar o lapso temporal decorrido desde os requerimentos formulados pelo impetrante. IV - Havendo, portanto, prova da solicitação das informações de interesse público por meio dos ofícios juntados aos autos pelo impetrante, bem como que o impetrado inobservou o prazo fixado pela Lei nº 12.527/2011, configura-se a ilegalidade do ato, assegurando a este o direito à resposta das requisições formuladas por meio dos Ofícios apresentados. V - Remessa improvida. (RemNecCiv 0264562015, Rel. Desembargador(a) JOSÉ DE RIBAMAR CASTRO, QUINTA CÂMARA CÍVEL, julgado em 10/04/2017, DJe 18/04/2017).

28) Número do Processo: 46302015

Órgão: QUINTA CÂMARA CÍVEL

Ementa PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MATADOURO PÚBLICO MUNICIPAL. PERIGO À SAÚDE. NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UM NOVO - MEDIDA QUE SE IMPÕE. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO. I - Os Matadouros estão listados no Anexo 1 da Resolução nº 237/1997 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA como "atividades ou empreendimentos sujeitas ao licenciamento ambiental" e que estão sujeitos à Lei nº 7.889/1989, que dispõe sobre inspeção sanitária e industrial dos produtos de origem animal, que prevê, no art. 2º, inc. V, a interdição, total ou parcial, do estabelecimento, quando se verificar, mediante inspeção técnica realizada pela autoridade competente, a inexistência de condições higiênicas-sanitárias adequadas à produção e comércio de produtos de origem animal. II - No presente caso, observa-se dos autos, às fls. 116/120, por meio do Relatório de Vistoria elaborado pela Agência Estadual de Defesa Agropecuária do Maranhão - AGED e realizado em 09/10/2013, que o Matadouro Municipal de Mirador "está totalmente fora dos padrões higiênicos-sanitários exigidos pelo Regulamento de Inspeção Industrial e Sanitária de Produtos de Origem Animal - RIISPOA, aprovado pelo Decreto Federal nº 30.691/62 (?) NÃO ESTÁ APTO para funcionar, pois expõe o produto final a perigos físicos, químicos e biológicos, conseqüentemente pondo em risco a saúde do consumidor". III - Nesse sentido, o Matadouro do Município de Mirador constitui grave problema de saúde pública, afrontando frontalmente a Constituição Federal, nos moldes do seu art. 6º, c/c art. 196. IV- Apelo improvido. (ApCiv 0046302015, Rel. Desembargador(a) JOSÉ DE RIBAMAR CASTRO, QUINTA CÂMARA CÍVEL, julgado em 17/04/2017, DJe 25/04/2017).

29) Número do Processo: 23592014

Órgão: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Ementa CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESOLUÇÃO Nº 003/2013 DO CONSELHO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE DO MARANHÃO - CONSEMA. EXCLUSÃO DA PARTICIPAÇÃO DO MUNICÍPIO NO PODER DE DECISÃO ACERCA DE SUA COMPETÊNCIA LICENCIADORA. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO CAUTELAR DOS EFEITOS RESOLUÇÃO Nº 003/2013-CONSEMA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA QUE NÃO ESGOTA O OBJETO DA LIDE. NÃO INCIDÊNCIA DA VEDAÇÃO CONTIDA NA Lei nº 8.437/92. 1. A alegação de impossibilidade de manejo da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade formulada pelo Estado do Maranhão foi enfrentada e afasta pelo Juiz da causa com base na orientação jurisprudencial do STF, que admite o controle "incidenter tantum, o controle difuso de inconstitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público", pelo que, por esses mesmos fundamentos, rejeita-se essa alegação. 2. Quanto à alegada vedação legal de concessão da tutela antecipada que esgote no todo em parte o objeto da ação (Lei nº 8.437/92) também deduzida pelo Estado do Maranhão de igual modo não prospera, porquanto a pretensão do agravante de suspensão dos efeitos da Resolução nº 003/2011 da CONSEMA não esgota sequer em parte o objeto da ação, uma vez que os pedidos

deduzidos na inicial não se limitam à mera suspensividade da norma em alusão, restando, pois, as questões de fundo a serem enfrentadas pelo Magistrado da causa. Consoante entendimento doutrinário externado por Sarah Carneiro Araújo (fls. 248/249), a exclusão da participação municipal no poder de decisão acerca de sua competência licenciadora aparentemente representa uma afronta à própria competência material comum firmada pelo Constituição Federal de 1988. A busca pelo fortalecimento dos Sistemas Ambientais Municipais e das Políticas Ambientais Locais parece ter sido deixada de lado pela Lei Complementar n. 140/11, que, contraditoriamente, tem como objetivo harmonizar as políticas e ações administrativas para evitar a sobreposição de atuação entre os entes federativos, de forma a evitar conflitos de atribuições e garantir uma atuação administrativa eficiente. Mostra-se razoável, manter-se, por medida de cautela, a estabilidade do exercício das funções de licenciamento e de fiscalização na forma como vinham sendo anteriormente realizadas pelos entes públicos envolvidos na presente lide, a partir de convênio firmado entre eles que, a despeito de não haver sido carreado aos autos pelas partes, trata-se de fato público e notório cuja existência independe de prova, e ainda, porque a própria Resolução 003/2013 - CONSEMA, em seu artigo 13, também menciona a existência de Termo de Cooperação. Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido. (AI 0023592014, Rel. Desembargador(a) JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 10/04/2014, DJe. 29/04/2014).