



PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL, ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO: UMA ANÁLISE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SOBRE O NOVO CÓDIGO FLORESTAL

Helcínkia Albuquerque dos Santos*
Pedro Augusto Macedo de França**

RESUMO:

Este artigo investiga as possíveis posturas do Judiciário em face da judicialização, abordando o ativismo judicial e a autocontenção. Realiza um estudo principiológico da decisão do Supremo Tribunal Federal que analisou a constitucionalidade de diversos dispositivos do Novo Código Florestal. Busca identificar quais os valores podem se colocar em rota de colisão e a solução encontrada pelo Judiciário para resolver a lide. Concluiu que, segundo o STF, a proteção ambiental não se sobrepõe ao princípio democrático, havendo tendência à deferência ao processo legislativo e à autocontenção em matéria de Direito Ambiental.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional; Ativismo judicial; Autocontenção; Vedação ao retrocesso ambiental; Princípio democrático

CONSTITUTIONAL PRINCIPIOLOGY, ACTIVISM AND SELF-CONTAINMENT: AN ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION ON THE NEW FOREST CODE

ABSTRACT:

This article investigates the possible positions of the Judiciary in the face of judicialization, addressing judicial activism and self-restraint. Conducts a principle study of the decision of the Supreme Court that analyzed the constitutionality of various provisions of the New Forest Code. It seeks to identify which values can be on a collision course and the solution found by the Judiciary to resolve the dispute. It concluded that, according to the STF, environmental protection does not override the democratic principle, with a tendency towards deference to the legislative process and self-restraint in matters of Environmental Law.

Keywords: Constitutional Jurisdiction; Judicial activism; Self-restraint; Prohibition of environmental setback; Democratic principle

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal adotou expressamente em seu artigo 1º um modelo de organização calcado no Estado Democrático do Direito. Trata-se de tendência predominante

* Advogada e Docente do Centro Universitário UNINORTE. Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. helcinkia@gmail.com

** Procurador do Estado do Acre. Professor do Centro Universitário U`VERSE. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. pedroafranca@yahoo.com.br



na cultura ocidental, que congrega os ideais de constitucionalismo e democracia, conclamando normas pertinentes à separação dos poderes, supremacia constitucional e soberania popular. Nesse panorama, o exercício do poder somente se legitima quando efetivado em consonância com os ditames da Constituição. Destarte, Executivo, Legislativo e Judiciário devem se conformar ao texto constitucional, respeitando tanto os limites materiais quanto formais de sua atuação.

Tratando-se de modelo que tem como premissa a supremacia constitucional, certo é que nenhuma norma jurídica será válida se contrariar a Constituição. Necessária se faz, portanto, a existência de mecanismos de controle, aptos a avaliar a compatibilidade dos atos normativos em relação ao texto constitucional. Assim, ganha relevo a jurisdição constitucional, cujo entendimento restrito aponta para a possibilidade de que o Poder Judiciário venha a exercer o controle de constitucionalidade, isto é, uma análise se os atos infraconstitucionais encontram compatibilidade com o parâmetro superior (Constituição). Tratando-se de uma constituição rígida, dotada de superioridade hierárquica formal e material, há necessidade de que os atos infraconstitucionais a respeitem sob esses dois prismas.

Ocorre que, é comum que o exercício da jurisdição constitucional possa se colocar em rota de colisão com os preceitos democráticos, haja vista a possibilidade de que decisões dos poderes eleitos, dotadas de legitimidade popular, sejam retiradas do ordenamento por força de ordem judicial, não amparada pelo crivo democrático.

Surgem, nesse cenário, teorias que advogam a maneira pela qual o Poder Judiciário deve se portar diante da judicialização de temas legitimamente deliberados pelos poderes representativos. De um lado, o ativismo judicial conclama uma intervenção mais intensa do judiciário. De outro, a autocontenção impõe a adoção de padrões de conduta que deem deferência ao processo democrático, evitando a declaração de inconstitucionalidade.

A questão ganha contornos mais tênues quando em debate se encontram normas ambientais, dado o potencial conflito valorativo entre a proteção do meio ambiente e a busca por desenvolvimento. Nesse cenário, o presente estudo se debruça sobre a ação declaratória de constitucionalidade 42/DF, bem como sobre quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADI's 4.901/DF; 4.902/DF; 4.903/DF; e 4.937/DF), que discutiam a constitucionalidade de diversos dispositivos do Novo Código Florestal brasileiro.

Foge ao objetivo do presente trabalho analisar cada um dos dispositivos impugnados, mas sim foca-se na análise principiológica utilizada pelo Supremo Tribunal Federal como



fundamento da decisão, bem como na postura adotada pela Corte em face da judicialização da matéria. Assim, busca-se responder as seguintes indagações: quais foram os valores utilizados pelo STF para decidir? A postura adotada expressa noções de ativismo judicial ou de autocontenção?

A metodologia utilizada perpassa adoção de pesquisa bibliográfica, através da revisão teórica das posturas de ativismo judicial e autocontenção, bem como pelo estudo da principiologia constitucional. Após, passa-se a analisar de forma específica o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao exercer o controle de constitucionalidade sobre os dispositivos impugnados do Novo Código Florestal.

1. POSTURAS FRENTE À JUDICIALIZAÇÃO: ATIVISMO JUDICIAL E AUTOCONTENÇÃO

Como regra geral, pode-se afirmar que a jurisdição constitucional brasileira possui caráter amplo, haja vista que adotou um sistema híbrido de controle, abarcando tanto seu exercício pela forma difusa (de competência de qualquer juiz ou tribunal), quanto a forma de controle concentrada, de atribuição privativa do STF em nível federal. Nesse diapasão, a previsão constitucional de um modelo híbrido de controle, em adição à ampliação do rol de legitimados aptos a provocarem o controle concentrado, tem favorecido a ocorrência do fenômeno da judicialização. Ou seja, os mais diversos temas são colocados sob apreciação do Judiciário, ainda que se tratem de matérias tradicionalmente alocadas a outras esferas de poder.

Junte-se a esse cenário o modelo de constitucionalização abrangente trazido pela Constituição de 1988. Trata-se de carta que adotou em seu texto uma extensa positivação de direitos, elencando compromissos com a efetividade de direitos fundamentais e com uma reestruturação social. Tais compromissos tornam a Constituição, para além de estatuto jurídico, também um estatuto político, direcionando a atuação dos poderes (inclusive do Judiciário) para fins determinados, não se limitando a uma atuação restrita a definir procedimentos e mecanismos de atuação entre os poderes.

Nesse panorama, os direitos fundamentais reclamam maior efetividade, haja vista que previstos na Constituição e, por conseguinte, dotados de força normativa que ordena a sua implementação. Tal fato implica em escolhas políticas que, no cenário desenhado, não se limitam aos poderes tipicamente representativos (Legislativo e Executivo), mas tocam



também ao Judiciário. Lado outro, necessário se faz que a estruturação do poder e efetivação das promessas constitucionais não se distanciem dos ideais democráticos e da soberania popular.

Aqui, reside aparente conflito entre constitucionalismo e democracia. Isto é, considerado o arcabouço constitucional que estabelece direitos e deveres fundamentais, muitas vezes valendo-se de uma pluralidade ideológica que conclama princípios por vezes aparentemente antagônicos, é possível a ocorrência de tensão entre as normas constitucionais e as decisões políticas adotadas pelos poderes representativos, ensejando maior questionamento em juízo das normas democraticamente colocadas.

Diga-se que, enquanto a democracia se corporifica pelas escolhas dos poderes eleitos, o constitucionalismo, firme na defesa dos direitos fundamentais e sua necessária efetivação, por vezes, somente se instrumentaliza através da atuação do Poder Judiciário. Esse paradigma faz com que a jurisdição constitucional, em certas circunstâncias, passe a ser encarada por um prisma antidemocrático, pois a decisão de poucos juízes pode prevalecer sobre a vontade popular manifestada nos atos dos representantes eleitos. Assim, enquanto a democracia espelha a vontade da maioria, a jurisdição constitucional se atrela à proteção das minorias, sob a atribuição Poder Judiciário.

Cumprido destacar, contudo, que, para fins de soberania popular, a democracia transcende a ideia formal de decisão da maioria, abarcando também um viés substancial. A este respeito, Bruno Makowiecky Salles destaca:

A democracia é vista, aqui, como um conceito rico e complexo apoiado em duas bases que se contrabalançam: uma base substancial, referente às regras, valores e direitos fundamentais, subtraídos da regra da maioria e cuja tutela é confiada ao Judiciário, e outra formal, ligada à soberania do povo e à delegação de poderes a representantes eleitos, que se funda na regra da maioria e na centralidade do Legislativo (SALLES, 2019, p. 209).

A tensão aparente entre constitucionalismo e democracia requer um estudo do ativismo judicial e da autocontenção, diferentes posturas que podem ser adotadas pelo Judiciário no processo decisório.

Elival da Silva Ramos entende o ativismo judicial como o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional. Para o autor, os limites substanciais aos quais o Judiciário deve obedecer no exercício da jurisdição são os referentes à atividade de interpretação e aplicação que constitui o seu cerne, devendo sempre ser considerado o



conjunto do ordenamento, seja para fixar o sentido das disposições que o integram, seja para estabelecer a adequada relação entre elas (RAMOS, 2015).

Já Luís Roberto Barroso, no artigo científico “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo”, leciona:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...) Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (BARROSO, 2010, p. 10/11).

O ativismo judicial pode se manifestar no âmbito interpretativo, mediante a criação voluntária do Direito por parte dos juízes em detrimento da legislação ou mesmo dos precedentes. Também, manifesta-se no seio institucional por meio de violação à separação dos poderes, sobretudo pela interferência indevida nas atribuições do Executivo e Legislativo. Em ambas as formas, o papel do Judiciário transcende a função clássica jurisdicional.

Nessa concepção, o ativismo judicial se configura quando o juiz deixa de aplicar a lei ou os precedentes, substituindo-os por sua vontade pessoal e convicções íntimas, bem como quando passa a criar regras, impondo seus valores e preferências, fazendo-o tal qual o exercício de uma função legislativa, voltada inclusive para fatos pretéritos.

Numa postura ativista, o Judiciário assume caráter proativo, realizando condutas que, em tese, seriam típicas de outros poderes, sem permissivo constitucional para tanto. Por conseguinte, identifica-se uma politização do Poder Judiciário, o qual passa a estabelecer as diretrizes da política estatal, não se limitando a realizar a aplicação das normas já colocadas pelo Legislativo.

Em contraponto ao ativismo, tem-se a autocontenção. Trata-se de tendência judicial que se caracteriza por maior prudência e deferência às decisões dos poderes eleitos. Carlos Alexandre de Azevedo Campos a identifica como “a filosofia adjudicatória ou mesmo a prática decisória que consiste em retração do poder judicial em favor dos outros poderes políticos, seja por motivos de deferência político-democrática, seja por prudência político-institucional” (CAMPOS, 2014, p. 178).



A postura judicial da autocontenção defende que o Judiciário tem por dever pautar-se de forma mais moderada, evitando adentrar em matérias que estejam fora do eixo tipicamente jurídico. Neste viés, a autocontenção judicial adota por premissa a ideia da relevância do processo legislativo dentro de um sistema jurídico, havendo deferência pelos processos democráticos, na medida em que as leis espelham matérias previamente debatidas nas casas legislativas pela representatividade popular.

Pela adoção da autocontenção, Luís Roberto Barroso anota que os juízes e tribunais: a) evitam a aplicação direta da Constituição a casos que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, esperando a manifestação do legislador ordinário; b) usam parâmetros rigorosos e conservadores para decretar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e c) evitam participar da elaboração das políticas públicas (BARROSO, 2020).

Para Ronald Dworkin, a autocontenção pode ser explicada da seguinte maneira:

O programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco (DWORKIN, 2002, p. 215).

Constata-se, dessa forma, que a autocontenção se coloca como um comportamento oposto ao ativismo, haja vista que o próprio Poder Judiciário opta pela deferência à aplicação da lei, valorizando atuação do Poder Legislativo. Os juízes autocontidos possuem maior resistência em ultrapassar a função jurisdicional. Verifica-se, pois, tendência de aplicação mais efetiva da presunção de constitucionalidade das leis, ficando a declaração de inconstitucionalidade adstrita aos casos de manifesta contrariedade à Constituição.

Existem ainda eixos teóricos distintos que marcam a atuação judicial, guiando os magistrados para tendências ativistas ou autocontidas, a depender do referencial adotado. Pela corrente do substancialismo, tem-se maior possibilidade de controle do resultado material das decisões judiciais. Há, pois, um objetivo de promoção de conteúdo, sobretudo de cunho principiológico. Nesta concepção, cabe ao Judiciário atuar para dar efetividade a valores e princípios constitucionais e morais.

Aqui, enquadram-se os direitos fundamentais, razão pela qual o referencial em apreço denota necessidade de concretização dos direitos fundamentais por meio de decisões



judiciais, ainda que tal atividade implique em criação do Direito por parte do Judiciário, pois a legitimidade da decisão seria decorrência de sua conformação material com a Constituição. Essa concepção flerta com a postura ativista acima identificada.

No viés do procedimentalismo, por sua vez, há certa inclinação à prevalência do Legislativo, na medida em que se preocupa mais com a forma pela qual tomam-se as decisões, valorizando-se o procedimento, o rito a ser seguido no processo decisório.

A teoria do minimalismo judicial (Cass Sunstein) advoga que, em termos procedimentais, a Corte minimalista deve decidir de forma estreita. Significa que não se deve dizer além do necessário para resolver a lide, evitando teorizações que pudessem obstruir futura deliberação política. Em termos substanciais, o minimalismo se liga à proteção de conteúdos que refletem direitos básicos da democracia, tais como liberdade e participação política.

Sobre o minimalismo judicial, Bruno Makowiecky Salles destaca:

O Minimalismo Judicial pode ser caracterizado como uma forma de Autocontenção, mas daí não resulta que juízes minimalistas não estejam dispostos a invalidar leis ou atos executivos inconstitucionais. Eles rejeitam a Autocontenção como crença geral e nem sempre aderem à regra da maioria. Dificilmente, porém, os minimalistas aliar-se-ão ao Ativismo, uma vez que protegem os precedentes judiciais e são cautelosos em impor seus valores sobre a sociedade. A prática minimalista envolve duas principais características: estreiteza (*narrowness*) horizontal da decisão e pouca verticalidade na análise (*shallowness*), com a exposição apenas das razões necessárias à justificação do resultado (*holding*) (SALLES, 2019, p. 286/287).

A teoria do minimalismo se associa, nesse aspecto, à concepção de virtudes passivas de Alexander Bickel. As virtudes passivas se tratam de técnicas de não-decisão, em que o Tribunal evita decidir determinados temas constitucionais, provocando a deliberação de instâncias democráticas. Promove-se, desta maneira, um diálogo entre o Poder Judiciário e as demais instituições. Reservam-se para o âmbito judicial os casos em que seja necessária uma fundamentação baseada em princípios duradouros, relegando as conveniências para o âmbito político.

Com base nos fundamentos teóricos apontados, passa-se na sequência a abordar o caso concreto objeto deste estudo, buscando identificar, através de noções de principiologia constitucional, os valores envolvidos no julgamento, bem como a postura do Supremo Tribunal Federal diante da judicialização do Novo Código Florestal.



2. PRINCIPIOLOGIA, VALORES CONSTITUCIONAIS E O NOVO CÓDIGO FLORESTAL

2.1 Noções gerais de principiologia

Em julgamento comum, o Supremo Tribunal Federal decidiu a ação declaratória de constitucionalidade 42/DF, bem como quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADI's 4.901/DF; 4.902/DF; 4.903/DF; e 4.937/DF). Nessas ações, fora debatida, de forma conjunta, a constitucionalidade de uma série de dispositivos da Lei n.º. 12.651/2012, que alterou o marco regulatório da proteção da flora e da vegetação nativa no Brasil, estabelecendo um novo Código Florestal¹.

¹ Pela relevância do tema, é válido transcrever os principais tópicos da ementa da decisão do STF no julgamento ação declaratória de constitucionalidade 42/DF, bem como quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADI's 4.901/DF; 4.902/DF; 4.903/DF; e 4.937/DF). Confira-se: EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO AMBIENTAL. ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO. DEVER DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM OUTROS VETORES CONSTITUCIONAIS DE IGUAL HIERARQUIA. ARTIGOS 1º, IV; 3º, II E III; 5º, CAPUT E XXII; 170, CAPUT E INCISOS II, V, VII E VIII, DA CRFB. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. JUSTIÇA INTERGERACIONAL. ALOCAÇÃO DE RECURSOS PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA GERAÇÃO ATUAL. ESCOLHA POLÍTICA. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. EXAME DE RACIONALIDADE ESTREITA. RESPEITO AOS CRITÉRIOS DE ANÁLISE DECISÓRIA EMPREGADOS PELO FORMADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS. INVIABILIDADE DE ALEGAÇÃO DE “VEDAÇÃO AO RETROCESSO”. NOVO CÓDIGO FLORESTAL. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. 1. O meio ambiente é tutelado constitucionalmente pela regra matriz do artigo 225, caput, da Constituição, que dispõe que “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. 2. O meio ambiente assume função dúplice no microsistema jurídico, na medida em que se consubstancia simultaneamente em direito e em dever dos cidadãos, os quais paralelamente se posicionam, também de forma simultânea, como credores e como devedores da obrigação de proteção respectiva. 3. O homem é parte indissociável do meio ambiente, uma vez que, por intermédio das interações genéticas biologicamente evolutivas que se sucederam nos últimos milhares de anos, o meio ambiente produziu a espécie humana, cuja vida depende dos recursos nele contidos. Nesse ponto, nem os mais significativos avanços tecnológicos permitirão ao homem, em algum momento futuro, dissociar-se do meio ambiente, na medida em que a atividade humana inventiva e transformadora depende da matéria nele contida, sob todas as suas formas, para se concretizar. 4. A capacidade dos indivíduos de desestabilizar o equilíbrio do conjunto de recursos naturais que lhes fornece a própria existência tem gerado legítimas preocupações, que se intensificaram no último século. Afinal, recursos naturais têm sido extintos; danos irreversíveis ou extremamente agressivos à natureza tornaram-se mais frequentes; disfunções climáticas são uma realidade científica; diversas formas de poluição se alastram pelos grandes centros, entre outras evidências empíricas do que se cognomina crise ambiental. Nesse ínterim, o foco no crescimento econômico sem a devida preocupação ecológica consiste em ameaça presente e futura para o progresso sustentável das nações e até mesmo para a sobrevivência da espécie humana. O homem apenas progride como ser biológico e como coletividade quando se percebe como produto – e não como proprietário – do meio ambiente. (...)16. Meio ambiente e Desenvolvimento Econômico encerram conflito aparente normativo



A temática atrai o estudo da principiologia constitucional. Fausto Santos de Moraes recorda a possibilidade de realização gradual da otimização dos comandos presentes em princípios jurídicos. O autor recorda que, para Alexy, os princípios são estabelecidos como valores, pressupondo ordens contrárias para sua realização. Assim, o autor aduz que os princípios são realizados gradualmente por restrição aos princípios contrários, sendo que os princípios jurídicos estariam relacionados com o âmbito normativo, como razões para um dever ser (MORAIS. 2018).

O autor arremata sedimentando que, para Alexy, o princípio jurídico apresenta-se como comando a ser otimizado a partir de diferentes situações fáticas e jurídicas. Fausto aduz que, para Alexy, a pergunta pelos princípios jurídicos seria colocada a partir de uma indeterminação semântica do texto constitucional, conduzindo à necessidade de hierarquização de diferentes critérios de valoração jurídica conflitantes entre si, proporcionando ao intérprete uma abertura significativa (semântica e estruturalmente) que deve ser preenchida pela jurisprudência (MORAIS, 2018).

Ao final da obra, Fausto Santos de Moraes, contudo, identifica uma indevida recepção da teoria de Alexy pelo Supremo Tribunal Federal. O autor aduz que, na corte constitucional brasileira, a proporcionalidade teria assumido um caráter de enunciado performático, escondendo os reais motivos da decisão na consciência do intérprete. Dessa maneira, o autor chega à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal adotou uma forma *sui*

entre diversas nuances, em especial a justiça intergeracional, demandando escolhas trágicas a serem realizadas pelas instâncias democráticas, e não pela convicção de juízes, por mais bem-intencionados que sejam. (REVESZ, Richard L.; STAVINS, Robert N.

“Environmental Law”. In: Handbook of Law and Economics. A. Mitchell Polinsky; Steven Shavell (ed.). V. 1. Boston: Elsevier, 2007. p. 507) 17. A Jurisdição Constitucional encontra óbice nos limites da capacidade institucional dos seus juízes, notadamente no âmbito das políticas públicas, cabendo ao Judiciário a análise racional do escrutínio do legislador, consoante se colhe do julgado da Suprema Corte Americana FCC v. Beach Communications, Inc. 508 U.S. 307 (1993), em que se consignou que “a escolha do legislador não está sujeita ao escrutínio empírico dos Tribunais e pode se basear em especulações racionais não embasadas em provas ou dados empíricos” (“Legislative choice is not subject to courtroom factfinding and may be based on rational speculation

unsupported by evidence or empirical data”). (...)19. O Princípio da vedação do retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo. (...)21. O Código Florestal ostenta legitimidade institucional e democrática, sendo certo que a audiência pública realizada nas presentes ações apurou que as discussões para a aprovação da Lei questionada se estenderam por mais de dez anos no Congresso Nacional. Destarte, no âmbito do Parlamento, mais de 70 (setenta) audiências públicas foram promovidas com o intuito de qualificar o debate social em torno das principais modificações relativas ao marco regulatório da proteção da flora e da vegetação nativa no Brasil. Conseqüentemente, além da discricionariedade epistêmica e hermenêutica garantida ao Legislativo pela Constituição, também militam pela autocontenção do Judiciário no caso em tela a transparência e a extensão do processo legislativo desenvolvido, que conferem legitimidade adicional ao produto da atividade do Congresso Nacional.



generis do princípio da proporcionalidade desenvolvido por Robert Alexy, dada a inexistência de critério intersubjetivo que indique a noção do princípio jurídico sopesado, restando prejudicada a compreensão da origem e escolha de tais princípios (MORAIS, 2018).

Gustavo Zagrebelsky destaca a função valorativa do Direito, sobretudo numa sociedade pluralista. Para o autor, tem-se que:

No resulta muy difícil comprender que la dimensión del derecho por principios es la más idónea para la superveniencia de una sociedade pluralista, cuya característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores. Prueba elocuente de ello es la tendencia, más o menos conscientemente adoptada por la mayor parte de las jurisdicciones constitucionales, a concebir todo contenido de las Constituciones (incluidos los derechos fundamentales) como declaraciones de valores (ZAGREBELSKY, 2003, p. 125)²

Com base nessas premissas teóricas, passa-se, na sequência, a identificar os valores envolvidos no julgamento das ações que questionaram os dispositivos do Código Florestal.

2.2 Proteção ambiental x desenvolvimento

Com base nas noções teóricas acima demonstradas, cumpre destacar que, no acórdão analisado, o STF consignou, já na ementa do julgado (ADC 42/DF, ADI's 4.901/DF; 4.902/DF; 4.903/DF; e 4.937/DF), que “o desenho institucional das políticas públicas ambientais suscita o duelo valorativo entre a tutela ambiental e a tutela do desenvolvimento, tendo como centro de gravidade o bem comum da pessoa humana no cenário de escassez” (BRASIL, 2019). Nota-se, portanto, que a lide fora decidida em torno de um aparente conflito normativo entre o desenvolvimento econômico e a necessidade de preservação do meio ambiente.

Recorde-se que, em seu art. 225, a Constituição elenca o meio ambiente como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e

² Tradução livre: “Não resulta muito difícil compreender que a dimensão do direito por princípios é a mais idônea para a superveniência de uma sociedade pluralista, cuja característica é o contínuo reequilíbrio através de transações de valores. Prova eloquente disso é a tendência, mais ou menos conscientemente adotada pela maior parte das jurisdições constitucionais, de conceber todo o conteúdo das Constituições (incluídos os direitos fundamentais) como declarações de valores”.



à coletividade o dever defendê-lo e preservá-lo. Trata-se de legítimo direito fundamental, que deve ser protegido em consonância com a ideia de sustentabilidade.

Para além da proteção constitucional ao meio ambiente prevista no art. 225, recorde-se que a Constituição também alocou a defesa do meio ambiente enquanto princípio da atividade econômica (art. 170, VI). Assim o fez pela necessidade de conciliação entre proteção do meio ambiente e desenvolvimento, haja vista que, comumente, a produção econômica tem o condão de provocar alterações ambientais, tanto por questões agrícolas quanto industriais. Por conseguinte, a proteção ambiental se revela condição do exercício da atividade econômica, propiciando a utilização da propriedade privada de forma a transcender a órbita individual.

Não por acaso, o Supremo dispôs, no acórdão objeto deste estudo, que “não se deve desprezar que a mesma Constituição protetora dos recursos ambientais do país também exorta o Estado brasileiro a garantir a livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170) e o desenvolvimento nacional (art. 3º, II)”. Para além, o STF também trouxe à baila os objetivos da República Federativa do Brasil que circundam o debate, com destaque para a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III; art. 170, VII), a proteção da propriedade (art. 5º, caput e XXII; art. 170, II), a busca do pleno emprego (art. 170, VIII; art. 6º) e a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII; art. 170, V) (BRASIL, 2019).

Dessas lições, é possível constatar que, ao consagrar a defesa do meio ambiente enquanto princípio da ordem econômica, a Constituição condiciona a atividade econômica à observância das diretrizes e regras ambientais. Por conseguinte, pode-se afirmar que o desenvolvimento previsto pela Constituição deve ser cotejado com as normas de proteção ao meio ambiente. Constata-se, destarte, que o art. 170 da Constituição elenca princípios condicionantes do processo econômico e do desenvolvimento, buscando ponderar o objetivo de lucro inerente ao sistema capitalista³ com o respeito às normas ambientais³.

³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;



Assim, embora a proteção ambiental e a necessidade de desenvolvimento possam se colocar em aparente rota de colisão, tal fato não faz da Constituição um texto ambíguo ou contraditório. Noutra giro, tão somente expressa valores constitucionais que devem ser harmonizados.

2.3 Proibição do retrocesso x democracia

Outro aspecto enfrentado pelo STF durante o exercício da jurisdição constitucional sobre o Novo Código Florestal diz respeito a um aparente conflito normativo entre a proibição do retrocesso em matéria ambiental e o princípio democrático. A questão perpassa pela adoção de uma postura ativista ou de autocontenção por parte da Corte, conforme explanado no primeiro tópico. Antes, contudo, necessário tecer comentários sobre o princípio da vedação do retrocesso em matéria ambiental.

Num prisma inicial, a vedação do retrocesso social abarcaria a temática ambiental. Para Canotilho, o princípio da proibição de retrocesso social sedimenta-se como núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas que deve ser garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios possam anular, revogar ou aniquilar o núcleo essencial (CANOTILHO, 2003).

O princípio da vedação do retrocesso em matéria ambiental não encontra previsão expressa na Constituição. Torna-se, então, passível de se questionar como um princípio não expresso pode ser aplicado no ordenamento jurídico sem que tal fato configure indevida criação judicial do Direito. Em resposta, Laurence e Michael Dorf entendem que aplicação de um valor implícito no ordenamento jurídico não torna a decisão judicial ilegítima, haja vista que seu fundamento de validade e legitimidade pode ser extraído dentro da estrutura geral do resto da Constituição. Nas palavras dos autores, tem-se que:

Cuando un juez escribe sobre el “valor central” de esta cláusula o aquella de la Constitución, de la forma em que el Juez Bork lo hizo en el caso Ollman, nos está sugiriendo que existe un término medio entre el texto literal de la

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.





Constitución y la esfera puramente subjetiva de los valores propios del juez. Como lo comentamos antes, una forma de identificar el valor central o los valores implícitos en una cláusula constitucional es localizar tal cláusula dentro de la estructura general del resto de la Constitución, es decir, preguntar si las conductas que son exigidas o proscritas por la Constitución presuponen alguna postura sin la que tales exigencias textuales se vuelven incoherentes (TRIBE, DORF, 2020, p. 128)⁴

Assim, numa primeira linha de raciocínio, a existência do princípio da vedação do retrocesso em matéria ambiental seria decorrente do reconhecimento do meio ambiente enquanto direito fundamental, atraindo a aplicação do art. 60, § 4º, da Constituição, o qual elenca os direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas. Ainda neste viés, as cláusulas pétreas não se restringem aos direitos individuais, mas abarcam todos os direitos fundamentais.

Outrossim, a vedação do retrocesso estaria amparada na necessidade de se garantir a sustentabilidade, sem comprometimento do meio ambiente para as gerações futuras. Michel Prieur entende que a vedação do retrocesso se coloca como um princípio constitucional implícito. Para o autor, tal princípio se impõe ao legislador em nome da garantia constitucional dos direitos adquiridos, da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana e, também, do princípio de efetividade máxima dos direitos fundamentais (PRIEUR, 2011).

Michel Prieur argumenta ainda que a redução ou revogação das regras de proteção ambiental teria como efeito impor às gerações futuras um ambiente mais degradado. O autor leciona que:

A mudança da regra que conduz a uma regressão constitui um atentado direto à finalidade do texto inicial. O retrocesso em matéria ambiental não é imaginável. Não se pode considerar uma lei que, brutalmente, revogue normas antipoluição ou normas sobre a proteção da natureza; ou, ainda, que suprima, sem justificativa, áreas ambientalmente protegidas (PRIEUR, 2011, p. 18).

Há que se considerar, no entanto, que a adoção de um princípio implícito que veda qualquer alteração jurídica desfavorável à proteção ambiental deve ser ponderada à luz de outros valores igualmente relevantes. No caso, o princípio democrático, decorrente das

⁴Em vernáculo: Quando um juiz escreve sobre o "valor central" desta cláusula ou da Constituição, como fez o ministro Bork no caso Ollman, está sugerindo que existe um meio-termo entre o texto literal da Constituição e a esfera puramente subjetiva dos próprios valores do juiz. Como discutimos antes, uma forma de identificar o valor central ou os valores implícitos em uma cláusula constitucional é localizar tal cláusula dentro da estrutura geral do restante da Constituição, ou seja, perguntar se os comportamentos que são exigidos ou proibidos pela Constituição eles pressupõem alguma postura sem a qual tais demandas textuais se tornam incoerentes.



escolhas legitimamente realizadas pelo povo por intermédio de seus representantes eleitos, pode-se colocar em rota de colisão com o princípio da vedação do retrocesso em matéria ambiental. Tal fato ocorre na medida em que uma nova legislação, ainda que *prima facie* seja antagônica a uma maior proteção ambiental, nasce como fruto de um regular processo legislativo, deliberado por representantes do povo e que, por conseguinte, presume-se legítimo.

Tal fato fora considerado pela Suprema Corte Brasileira ao exercer a jurisdição constitucional sobre os dispositivos impugnados do Novo Código Florestal. O STF ponderou que as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores. Dessa forma, o entendimento firmado pela corte constitucional deu-se no sentido de que não seria adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (art. 225, *caput*, CRFB), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de “retrocesso ambiental”, ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas (BRASIL, 2019).

Ainda no julgamento em questão, o Supremo Tribunal Federal assentou que, num panorama de desenvolvimento sustentável, a proteção ao meio ambiente não equivale a uma visão estática dos bens naturais. Assim, para a Corte, não haveria proibição de toda e qualquer mudança ou interferência em processos ecológicos ou correlatos. Sedimentou-se, desta forma, que preservar os recursos naturais para as gerações futuras não significa a total ausência de impacto antrópico na natureza (BRASIL, 2019).

O relator do processo, Ministro Luiz Fux, afirmou em seu voto que, ao se promover o engessamento das possibilidades de escolhas na formulação de políticas públicas, em nome de uma suposta “vedação ao retrocesso” sem base no texto constitucional, restaria configurada uma violação ao núcleo básico do princípio democrático. Para o ministro, tal fato se equivale à transferência de forma indevida ao Poder Judiciário de funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo. Por conseguinte, entendeu por refutar a aplicação da tese de “vedação ao retrocesso” para anular opções validamente eleitas pelo legislador (BRASIL, 2019).

Ainda em seu voto, o ministro relator Luiz Fux frisou não ser possível a substituição de escolhas democraticamente realizadas no Congresso Nacional pelas conveniências particulares dos que foram derrotados naquele debate. Arrematou sedimentando não competir



ao Poder Judiciário sobrepor-se arbitrariamente ao Legislativo, poder ao qual compete a função de formular políticas públicas mediante escolhas democráticas e não vedadas inequivocamente pelo texto constitucional (BRASIL, 2019).

Como argumento de reforço da legitimidade democrática da norma legal impugnada, a decisão do STF ressaltou que a aprovação do Código Florestal foi fruto de amplo debate, que se estendeu por mais de dez anos no Congresso Nacional. A decisão frisou que mais de 70 (setenta) audiências públicas foram promovidas com o intuito de qualificar o debate social em torno das principais modificações relativas ao marco regulatório da proteção da flora e da vegetação nativa no Brasil.

Por conseguinte, a Corte concluiu que, além da discricionariedade epistêmica e hermenêutica garantida ao Legislativo pela Constituição, a transparência e a extensão do processo legislativo desenvolvido também se mostraram determinantes em prol da autocontenção do Judiciário no caso em tela, na medida em que conferiram legitimidade adicional ao produto da atividade do Congresso Nacional (BRASIL, 2019).

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que, ao exercer a jurisdição constitucional no julgamento das ADI's 4.901/DF; 4.902/DF; 4.903/DF; e 4.937/DF e ADC 42, o Supremo Tribunal Federal rechaçou o entendimento de que sempre deve prevalecer a norma mais favorável ao meio ambiente. Ademais, para além da proteção ambiental, foram reconhecidos outros interesses legítimos, ainda que sua efetivação não implique em grau máximo de proteção ambiental.

O STF entendeu que o princípio da vedação do retrocesso deve ser sopesado com outros valores constitucionais, como a livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170) e o desenvolvimento nacional (art. 3º, II). Por conseguinte, a proteção ambiental não se sobrepõe ao princípio democrático, não sendo possível efetivar a transferência ao Judiciário das funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo.

Conclui-se também que, ao analisar uma possível antinomia entre o princípio da vedação do retrocesso e a democracia, o STF, como regra geral, optou por dar deferência ao processo legislativo, priorizando o princípio democrático espelhado pela manutenção das decisões tomadas no âmbito do Poder Legislativo.



Tal posicionamento reflete uma postura de autocontenção da Corte sobre a temática ambiental, a qual fora levada a efeito no julgamento em questão. Já na ementa do julgado, o Supremo Tribunal Federal sedimentou que a Jurisdição Constitucional encontra óbice nos limites da capacidade institucional dos seus juízes, notadamente no âmbito das políticas públicas, cabendo ao Judiciário a análise racional do escrutínio do legislador. Ainda, de forma expressa, a decisão final prolatada fixou o entendimento no sentido de que a capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe auto-contenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado por suas próprias escolhas (BRASIL, 2019).

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil Contemporâneo*. Revista Jurídica da Presidência, v.12, n. 96. Brasília, Fev/Mai2010. p. 5-43. ISSN 1808-2807. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2010v12e96-230>. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230/219>. Acesso em: 15 dez 2020.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 mar 2021.

BRASIL, 2019. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADC 42/DF, ADI's 4.901/DF; 4.902/DF; 4.903/DF; e 4.937/DF.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. 2014. Editora Forense.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2ª reimpressão, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. 2 ed. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

PRIEUR, Michel et ali. *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2011.





RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos*. 2ª edição. São Paulo. Saraiva. 2015.

SALLES, Bruno Makowiecky. *Acesso à justiça e equilíbrio democrático: Intercâmbios entre civil law e common law*. Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica. Em dupla titulação com a Università Degli Studi di Perugia – UNIPG. 2019.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Interpretando la constitución*. Lima: Palestra, 2020.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003. Original: *Il Diritto Mitte: legge, diritti, giustizia*.