

A possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente

XIMENA CARDOZO FERREIRA

Promotora de Justiça Titular da Promotoria Especializada de Taquara, RS.
Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela UFRGS.

1 – A OBRIGATORIEDADE DE ATUAÇÃO DO ESTADO PARA CONCREÇÃO DA ORDEM *SOCIOAMBIENTAL* CONSTITUCIONAL

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social se deu através da consagração dos chamados direitos sociais, econômicos e culturais, que reclamam do Estado mais que a abstenção necessária ao respeito dos já reconhecidos direitos-liberdade (notadamente os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei), mas também uma atuação positiva no sentido de assegurar a sua concretização.

Com efeito, ao contrário da não-intervenção reclamada pelos direitos consagrados no Estado Liberal, ao Estado Social incumbe atuação pró-ativa no sentido de assegurar a fruição dos novéis direitos sociais pelos destinatários, diante de sua qualificação de direitos prestacionais (exigem prestações estatais positivas para sua implementação).

No âmbito dos direitos sociais, a atuação estatal voltada à garantia de sua fruição pelos cidadãos não se restringe ao campo legislativo: incumbe ao legislador dotar o sistema de regramentos que possibilitem o alcance das normas constitucionais, mas também compete à Administração Pública (Poder Executivo) criar mecanismos de implementação desses direitos e garantias. E a forma de concretização dos direitos sociais estabelecidos na Constituição Federal de 1988 é a elaboração e implementação de *políticas públicas*.

Mas o que são, efetivamente, políticas públicas?

Consistem em metas, diretrizes ou objetivos que direcionam a atividade estatal. Trata-se aqui, a toda evidência, do processo político de escolha de prioridades para o governo.

Cláudio Oliveira de Carvalho¹ assim conceitua:

Políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Esboçam as políticas públicas o próprio planejamento estatal que tem por finalidade o atingimento do interesse público: portanto, não se trata de eleição pura e simples de prioridades governamentais, mas de concreção da opção já levada a efeito pelo legislador (constituente ou ordinário).

Para a elaboração de tais metas, a serem contempladas em planos de ação executiva, pois, devem legislador e administrador ter presentes os objetivos de igualdade e justiça social da República, que formam a base da Ordem Social Constitucional.

As normas constitucionais, portanto, servem como guia e instrumento para o legislador, ao passo que os mecanismos utilizados pelo administrador são tanto os regramentos constitucionais como os textos infraconstitucionais que estejam em consonância com a ordem instituída. As políticas públicas necessárias à concretização de direitos sociais consagrados na Constituição Federal são, no mais das vezes, contempladas em legislação ordinária, incumbindo ao administrador sua aplicação e regulamentação.

No plano do Direito Ambiental impende seja reconhecida a existência de *suficiente* legislação ordinária – além do artigo-capítulo constitucional – para a proteção do ambiente e salvaguarda da sadia qualidade de vida. Padece o ordenamento jurídico nacional, contudo, de *deficiência de implementação*, o que levou Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin a cogitar do surgimento de um *Estado teatral*². Senão vejamos:

Infelizmente, nem sempre o Estado conjuga, com igual ênfase, atuação legislativa e implementadora. É comum o Poder Público legislar, não para aplicar, mas simplesmente para aplacar, sem resolver, a insatisfação social. É o *Estado teatral*, aquele que, ao regular a proteção do meio ambiente, mantém uma situação de vácuo entre a lei e a implementação. Um Poder Público que, na letra fria do texto normativo, não se importa

¹ “Políticas Públicas e Gestão Urbana-Ambiental”, Revista de Direito Ambiental 26, p. 278.

² “O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental”, publicado nos Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, São Paulo, Volume I, p. 338, com grifos no original.

em bravejar, mas que fácil e rapidamente amansa diante das dificuldades da realidade político-administrativa e de poderosos interesses econômicos, exatamente os maiores responsáveis pela degradação ambiental. A teatralidade estatal é a marca dessa separação entre lei e implementação, entre a norma escrita e a norma praticada. O resultado é uma *Ordem Pública Ambiental* incompleta.

E prossegue o autor quanto à obrigatoriedade de atuação do Poder Público para implementação do Direito Ambiental:

Logo, implementar não é poder; é dever.

E que não paire qualquer dúvida: o Estado tem a obrigação constitucional e legal de intervir em matéria ambiental. Não é uma faculdade. A Constituição Federal trata do tema na forma de obrigação estatal, não de inócua recomendação, tanto no caput do art. 225 (“*impondo-se ao Poder Público...*”, grifei), como na abertura do seu parágrafo primeiro (“*incumbe ao Poder Público*”, grifei). Por sua vez, a Lei nº 6.938/81 elenca, como um dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente, a “ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerado o meio ambiente como patrimônio público a ser *necessariamente* assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo” (art. 2º, inciso I, grifei).³

Cumpra observar, ainda, que nessa seara muitos são os danos causados pelo Poder Público, por ação ou omissão, direta ou indiretamente. A este estudo interessa precisamente o não-agir da Administração Pública – *a omissão administrativa na elaboração e implementação de políticas públicas na área ambiental*. Álvaro Luiz Valery Mirra a tal problemática se refere na obra “Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente”, aduzindo que em inúmeras situações o Estado se omite no cumprimento de seu dever de adotar as medidas necessárias à proteção de bens e recursos ambientais⁴. Diz o autor:

Inúmeros são os exemplos que, pela sua gravidade, acarretam conflitos importantes, os quais, com frequência cada vez maior, chegam aos tribunais. Ilustram bem essa realidade os seguintes casos: a) a poluição de rios e corpos d’água pelo lançamento de efluentes e esgotos urbanos e industriais sem o devido tratamento; b) a degradação de ecossistemas e áreas naturais de relevância ecológica; c) o depósito e a destinação final inadequados de lixo urbano; d) o abandono de bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro.

Assim, repise-se, o tema das políticas públicas impõe-se como crucial no âmbito do Estado Social de Direito democrático instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Fundamentais, na busca

³ Ob. cit., p. 342, com grifos no original.

⁴ Ob. cit., p. 395.

da concretização da Ordem Social, a elaboração e a efetiva implementação de políticas públicas voltadas a possibilitar a fruição das garantias constitucionalizadas, mormente em se tratando de direitos prestacionais.

Notadamente em relação ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a inação estatal impedirá, certamente, seu alcance pela coletividade destinatária – destas ou das futuras gerações. Imperiosa, portanto, a atuação do Estado para a garantia do direito consagrado no artigo 225 da Constituição brasileira, *mediante elaboração e implementação de políticas públicas adequadas à salvaguarda do ambiente*, garantindo, assim, a dignidade da pessoa humana (da qual é pressuposto a sadia qualidade de vida) eleita como fundamento da ordem instituída.

2 – A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NECESSIDADE DE CONTROLE

O agir administrativo na seara ambiental está permeado de deveres de conservação do ambiente natural, impostos pela ordem constitucional vigente e também pela legislação infraconstitucional recepcionada (como é o caso da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei Federal nº 6.938/81) e editada em conformidade com a Constituição de 1988.

Tais previsões constitucionais e ordinárias possuem, por evidência, coercitividade adequada à garantia de sua observância pelo governante de turno, de forma a possibilitar o controle de seus atos. E tal se dá diante da constatação de que, embora haja predominância do cumprimento espontâneo das normas no meio social, não se pode olvidar a possibilidade de sua inobservância⁵, fazendo-se necessária a coercibilidade ínsita às regras jurídicas de direito objetivo.

Mais se afirma dita conclusão no que concerne aos direitos sociais assegurados constitucionalmente, cujo efetivo gozo pelos destinatários pressupõe uma atuação positiva do Estado. Cria a norma constitucional, portanto, direito do cidadão a uma prestação estatal, que pode ser exigida inclusive judicialmente, visto que, pelo *princípio da inafastabilidade da jurisdição* (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), o controle jurisdicional é princípio estruturante do Estado de Direito.

⁵ Conforme Hugo Nigro Mazzilli, “O Acesso à Justiça e o Ministério Público”, p. 12.

O tema, portanto, vem dotado de contornos práticos: *como dotar de eficácia as normas constitucionais e legais criadoras de direitos sociais ante a inércia estatal na elaboração e/ou implementação de políticas públicas?*

O princípio da inafastabilidade da jurisdição⁶, a coercitividade natural ao Direito e a própria *supremacia da Constituição* induzem à afirmação da possibilidade de controle da Administração Pública quando sua ação ou omissão venha de encontro à pretensão constituinte de assegurar a dignidade, o bem-estar e a justiça social visados pela Ordem Social, razão pela qual impende sejam afastados os recorrentes óbices apresentados à efetivação de tal controle.

3 – FREQUENTES OBJEÇÕES AO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 – Separação de poderes

O argumento mais utilizado como forma de impedimento da atuação controladora dos atos (e *não-atos*) administrativos é o sistema de separação de poderes insculpido no artigo 2º da Constituição Federal. De fato, sustentam os partidários dessa visão que não seria possível exercer controle externo da Administração Pública – pelo Poder Judiciário, de regra – em virtude do óbice criado pela tripartição do Poder.

Em primeiro lugar, cumpre observar que a tripartição concebida por Aristóteles (*A Política*) e aprimorada por Montesquieu (*O Espírito das Leis*) visava à contenção do Poder (o poder contém o poder) e evitava a concentração do Poder estatal em único órgão.

Nesse sentido a lembrança de Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁷:

A teoria clássica da divisão dos poderes, construída com um claro acento anti-hierarquizante e com a finalidade de implodir a concepção mono-hierárquica do sistema político (...). Ou seja, não se trata de um princípio para a organização do sistema estatal e de distribuição de competências, mas um meio de se evitar o despotismo real

⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta, em seu *Curso de Direito Administrativo*, 2001: “Tendo-se em conta que a proteção judicial – a dicção do direito no caso concreto – é a forma pela qual se garante a legitimidade, a dizer, é o meio por cuja via se assegura a consonância dos comportamentos com os ditames normativos, resulta inconfutável o asserto de que o cânone do art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional é não só um princípio, mas, dentre eles, certamente dos mais assinalados, por se constituir em pedra de toque da ordenação normativa brasileira”.

⁷ “O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?” Revista Trimestral de Direito Público 9, p. 41.

(...). Nesse sentido, o princípio não era de separação de poderes, mas de *inibição* de um pelo outro de forma recíproca; (...).

Com efeito, João Paulo Bachur⁸ lembra que o fundamento da divisão era a proteção do cidadão, em diametral oposição à monarquia, constituindo a *pedra de toque* do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX.

Assim, o modelo tripartite deve ser conformado, em tempos atuais, à forma de Estado a que se encontra vinculada: no Estado Social, diferentemente do ocorrido no Estado Liberal, impõe-se o controle de um Poder sobre o outro como forma de concretização dos objetivos buscados pela ordem constitucional, mormente diante da nova feição prestacional do Estado.

Ademais, como bem observa Maria Paula Dallari Bucci⁹,

As instituições do poder e a repartição tradicional de atribuições entre os Poderes Legislativo e Executivo foram concebidas [*no Estado Liberal*] em torno da autoridade do Estado e não conformadas ao caráter prestacional e de gestão que a administração assume hoje.

Mais adequado, portanto, falar-se atualmente em tripartição de *funções estatais*, sob o entendimento que o Poder estatal é uno¹⁰, atuando cada uma das funções administrativa, legislativa e judiciária como forma de controle e contenção da outra, no concebido projeto de *checks and balances* imprescindível ao Estado de Direito democrático.

Nessa esteira se manifesta Derly Barreto e Silva Filho¹¹:

Pode-se dizer, assim, que o valor atual da tese de Montesquieu está, essencialmente, nos princípios de integração e de equilíbrio. Desta forma, sem olvidar o objetivo da teoria clássica da tripartição funcional do Poder – que foi conter o abuso do Poder, visando à proteção da liberdade do indivíduo em face do Estado –, ela teve de se ajustar aos imperativos da vida social moderna, conferindo a cada órgão estatal competência em função das exigências de colaboração e de controle, que caracterizam o equilíbrio que persegue o chamado sistema de freios e contrapesos.

⁸ “O Controle Jurídico de Políticas Públicas”, p. 676.

⁹ “Políticas Públicas e Direito Administrativo”, p. 89.

¹⁰ Assim expressa Alex Sandro Teixeira da Cruz: “Em verdade, já a idéia de divisão de poder parece equivocada. O poder do Estado, a nós outros se afigura, é algo indivisível, não fragmentável, que não pode ser cindido em porções e entregue, cada qual, a um segmento integrante de sua conformação orgânica. O poder do Estado é sempre único, sendo tão-só repartido o exercício de funções, subsumidas em sua finalidade última: o alcance do bem-comum”. In “O Ministério Público: Quarta Função do Estado”, texto disponibilizado na *Intranet* do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Portal dos Membros, acesso em 13 de setembro de 2004.

¹¹ “Controle Jurisdicional dos Atos Políticos do Poder Executivo”. Revista Trimestral de Direito Público 8/123.

Com efeito, dessume-se do artigo 2º da Constituição Federal a opção pela *independência* dos Poderes, que devem ainda ser *harmônicos entre si*, não havendo falar em separação estrita destes, diante das interferências necessárias à busca do perfeito equilíbrio destinado a evitar abusos ou sobreposições e propiciar o atingimento dos fins do Estado.

Diante da atual conformação do Estado, portanto, não pode a separação de poderes – leia-se *repartição do Poder estatal em funções atribuídas a distintos órgãos* – obrar como empecilho à realização dos objetivos firmados na Carta Política de 1988. Necessário se faz, pois, o reconhecimento da possibilidade de interferência de um Poder (órgão) em outro, de forma a viabilizar o efetivo controle dos atos públicos¹².

Tal necessidade impõe-se, ademais, como meio de evitar a hipertrofia de uma função estatal em detrimento de outra: a consagrar-se a idéia da vedação do controle dos atos administrativos estar-se-ia operando odioso engessamento das funções legislativa e judicial, supervalorizando indevidamente a função governamental (executiva), que estaria imune à fiscalização externa e, com isso, autorizada inclusive à prática de atos inconstitucionais, nocivos ao Estado de Direito.

Nesse sentido ainda a lição de Derly Barreto e Silva Filho¹³:

Vetar a apreciação jurisdicional dos atos políticos é romper com o equilíbrio no qual se nutre o princípio da tripartição funcional do Poder, porque a Constituição não atribuiu ao órgão executivo o poder de autojulgar-se; é estabelecer o predomínio do Poder Executivo sobre os demais Poderes, pois a discricionariedade imanente ao ato político, uma vez isenta de controle judicial, descambaria no arbítrio; é possibilitar violações de direitos individuais e coletivos através da onipotência descomedida do órgão executivo; é restringir o acesso à Justiça, excluindo da apreciação jurisdicional eventual lesão ou ameaça a direito.

¹² Francisco Dias Teixeira, em artigo intitulado *O Ministério Público e o Poder* (Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. II - n° 7, p. 11-37 - abr./jun. 2003), argumenta: “Com efeito, Legislativo, Executivo e Judiciário não são *Poderes*, conforme apregoa a Lei Maior (até porque o Poder é uno), mas são órgãos de exercício do Poder; e não “da” União, mas do povo, ou da nação (porque o Poder não pertence à União, mas se exerce “na” União, e também nos estados e nos municípios exerce-se o Poder). É de se observar, também, que o Poder Legislativo, o Poder Executivo e Poder Judiciário, na condição de órgãos da estrutura do Estado, não são independentes, mas somente autônomos entre si. *Independência* pode-se dizer apenas de seus agentes, e no que diz respeito a suas convicções no desempenho das funções que lhes cabem, nos limites da Constituição e das leis, pois, aí, expressam a Soberania, que, ao fim e ao cabo, requer uma pessoa natural que lhe dê voz e ação. Mas os órgãos burocráticos são autônomos entre si, porque se fossem independentes, cada um erigir-se-ia em Estado.”

¹³ Ob. cit., p. 131.

O que se pretende afirmar, por certo, tampouco é o contrário: não se pretende sobrepor o Poder Judiciário ao Executivo, visto que aquele também não está *acima do bem e do mal*. Busca-se, ao contrário, possibilitar os controles recíprocos entre as funções estatais, de forma a garantir que os atos de Estado sejam emanados em conformidade com os ditames legais e constitucionais, impedindo-se, com isso, a violação dos valores do Estado de Direito democrático.

O Judiciário, ao analisar atos executivos, não pode, por certo, substituir a vontade do administrador pela sua própria: cabe-lhe apenas conformar a atuação administrativa aos preceitos da ordem jurídica, somente invalidando atos eventualmente violadores de normas cuja observância é obrigatória.

Assim se manifesta Sérgio de Andréa Ferreira¹⁴:

É certo que o juiz não vai substituir ao legislador, ao administrador, no núcleo do poder discricionário. Mas não o estará fazendo se verificar que, diante de uma aparente legalidade extrínseca, na verdade esteja diante de uma grande injustiça, de um procedimento administrativo desarrazoado, ilógico, contrário à técnica, à economicidade, à logicidade, que são os parâmetros do controle jurisdicional, neste campo específico da chamada legitimidade.

No mesmo sentido Álvaro Luiz Valery Mirra, em artigo já citado:

Saliente-se que ao se admitir a determinação aos governos, por intermédio de ações judiciais, da adoção de determinadas medidas destinadas à preservação do meio ambiente (...), não se estaria atribuindo ao Judiciário o poder de criar políticas ambientais, mas tão-só o de *impor a execução* daquelas já estabelecidas na Constituição, nas leis ou adotadas pelo próprio governo (...).

Não ha cogitar, portanto, de intromissão indevida de um Poder na esfera de atribuições de outro. O que se pretende com a sindicabilidade dos atos administrativos é afirmar a possibilidade do exercício de *controle finalístico*, a fim de que se garanta o respeito à ordem jurídica estabelecida pela atuação governamental.

No dizer de José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala¹⁵:

A autorização judicial da atividade de controle dos atos da Administração Pública não se dirige apenas à avaliação da legalidade do ato impugnado, da conformação do ato à lei, mas precipuamente à sua conformação e pertinência com os objetivos constitucionais traçados pelo texto republicano, no sentido de vincular a conduta do administrador público.

¹⁴ Citado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, "Políticas Públicas: A responsabilidade do administrador e o Ministério Público", p. 102.

¹⁵ "Direito Ambiental na Sociedade de Risco". Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 217.

Esta foi a solução eleita também pelo mesmo Superior Tribunal de Justiça, um ano antes, nos autos do REsp. 88.776, quando se reconheceu a necessidade de uma interpretação flexível da cláusula da separação dos poderes na atividade de controle dos atos da Administração Pública.

Com efeito, no aresto mencionado, o Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou:

Processo civil. Ação civil pública. Danos ao meio ambiente causado pelo Estado. Se o Estado edifica obra pública – no caso, um presídio – sem dotá-la de um sistema de esgoto sanitário adequado, causando prejuízos ao meio ambiente, a ação civil pública é, sim, a via própria para obrigá-lo às construções necessárias à eliminação dos danos; sujeito também às leis, o Estado tem, nesse âmbito, as mesmas responsabilidades dos particulares. Recurso especial conhecido e provido.¹⁶

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também tem se manifestado nesse sentido, como são mostras os seguintes julgados, que grifamos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Liminar – Concessão – Lixo do Município – Destinação de forma adequada – Preservação pelo Judiciário que não significa interferência no Executivo – Fixação de multa cominatória – Admissibilidade – Verificação dos requisitos exigidos à concessão – Decisão confirmada – Recurso não provido.¹⁷

*A determinação judicial para que seja cumprida a lei não pode ser entendida como ingerência descabida na Administração Municipal, devendo ser mantida a sentença que condenou a municipalidade a usar os meios judiciais e extrajudiciais para repelir a turbação, o esbulho e a indevida utilização das áreas públicas invadidas por particulares que a ocuparam de forma desordenada, causando graves danos ao patrimônio público e aos interesses coletivos.*¹⁸

Também entendendo pela inexistência de afronta à divisão de funções estatais se manifestou aquela Corte no Agravo de Instrumento nº 129.575-1, julgado em 21-3-90, relator o Desembargador Jorge Almeida, e na Apelação Cível nº 242.913-1, julgada em 20-9-95, relator o Desembargador José Osório, em cujos votos assim consta, respectivamente:

A reserva exclusiva e de forma absoluta do monopólio de identificar o direito pelo legislador advém de desatualizada compreensão do princípio da separação dos Poderes, reservando ao juiz o modesto papel de agente aplicador do Direito, colocando a função jurisdicional aos estreitos limites de uma simples máquina de silogismo.

¹⁶ REsp 88776/GO, Relator(a) Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 19/05/1997, DJ 09.06.1997, p.25501.

¹⁷ Agravo de Instrumento nº 221.677-1, julgado em 7-3-95, rel. Des. Vasconcellos Pereira.

¹⁸ Ap. 261.800-2/3, julgado em 3-10-95, rel. Des. Ribeiro Machado.

Afasta-se também a crítica de que teria havido invasão por parte do Judiciário da esfera exclusiva de atribuições do Executivo. O Judiciário apenas fez cumprir o preceito claro do artigo 46 das Disposições Transitórias da Constituição Estadual.

José Renato Nalini, citado por Álvaro Mirra¹⁹, dirige-se aos magistrados:

Tranqüilizem-se os juízes: não estão a invadir seara alheia. Apenas cumprem o papel que lhes preordenou a própria ordem constitucional e suprem a omissão do Poder Público, incapaz de satisfazer integralmente a todos.

Dessa forma, incumbe ao Judiciário não a obrigação de criar uma política pública inexistente, em substituição à Administração omissa: compete-lhe tão-somente determinar o cumprimento e a execução de obrigação pública já fixada, apenas não-implementada pelo Executivo²⁰.

Assim, verifica-se que inexistente óbice à sindicabilidade judicial dos atos administrativos, provocando o controle jurídico, em especial o de políticas públicas, o aumento da responsabilidade do governo, incrementando o entrosamento entre os poderes estatais e aperfeiçoando o sistema político nacional²¹, visto que é da própria lógica da separação de funções a detenção de um poder pelo outro, sem que se possa cogitar de ingerência indevida²².

3.2 – Democracia

Utilizado também como obstáculo à sindicabilidade judicial dos atos administrativos, a pretensa *falta de legitimidade democrática* do Poder Judiciário, ao argumento de que não são seus membros eleitos por voto popular, tampouco pode ser refúgio de descomprometida Administração Pública.

De fato os juízes não são alçados a seus cargos públicos pela via eletiva – e tal circunstância deve ser motivo de *júbilo* ao sistema democrático brasileiro. Formada a partir de concursos públicos, a magistratura brasileira exerce seu *munus* público de forma independente de quaisquer pressões político-partidárias, desimportando sob a égide de qual governo federal ou local é empossada ou encontra-se em atividade.

¹⁹ “O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente”. Revista de Direito Ambiental n° 15, p. 77.

²⁰ Conforme artigo de Álvaro Mirra, p. 80.

²¹ João Paulo Bachur, ob. cit., p. 677.

²² Odeter Medauar, “Direito Administrativo Moderno”, p. 480.

A democracia brasileira, dessa forma, não se cinge à representatividade em que se funda a eleição dos integrantes do Poder Legislativo e Executivo. Tampouco se esgota no exercício do sufrágio popular, evidenciado o amadurecimento do sistema jurídico-político para abarcar também formas de democracia participativa.

Ademais, não obstante sejam os governantes eleitos pelo voto da maioria, tal não se consubstancia em garantia de atuação de linear conformidade com os interesses dos representados. Inúmeros são os casos de divergência entre o interesse público e o interesse governamental, segundo leciona Renato Alessi quando distingue entre o interesse público primário (da coletividade) e o interesse público secundário (do ente estatal).

Tal dissenso é acentuado no tema das políticas públicas, visto que nem sempre as metas pretendidas pela coletividade são implantadas pelo administrador público. Nesse sentido o magistério de João Paulo Bachur²³:

No entanto, o controle jurídico de políticas públicas se insere em um contexto substancialmente diverso dessa democracia individualista, embora tal visão ainda persista. Trata-se da democracia das sociedades de massa, na qual o indivíduo sucumbe ante os múltiplos grupos de pressão, destacando-se as oligarquias políticas enquanto focos centralizados de poder, pontuais e relativamente autônomos, o que, por sua vez, só faz exacerbar a discrepância entre a vontade representante e a vontade representada.

Acrescenta o autor:

Nessa esteira, é necessário considerar que as eleições não são suficientes para eximir os governantes de controle sobre o poder político exercido, a não ser em uma linha de argumentação efetivamente muito mal-intencionada. Em segundo lugar, não se trata o controle pelo Poder Judiciário de uma patologia, mas sim de uma adequação institucional à ideologia do Estado Democrático Constitucional.

Vedar-se o controle judicial das políticas públicas, segundo o mesmo doutrinador, consistiria *mansa e crassa demagogia*, visto que tornaria o governante imune à responsabilização perante o eleitorado e afastaria a possibilidade de efetivação de direitos garantidos pela Ordem Social Constitucional. Seria, pois, real afronta à democracia.

A atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, portanto, longe de constituir afronta à democracia, conduz ao respeito do próprio princípio

²³ Ob. cit., p. 674.

democrático, possibilitando o acesso da coletividade aos serviços e ações públicos essenciais, como bem ilustra Luís Roberto Barroso²⁴:

Embora sua escolha não se dê por via eletiva – e parece bem que seja assim –, também os juízes exercem um poder representativo. Não compromete a legitimidade do regime democrático que uma parcela do poder público, pela natureza de sua destinação, seja atribuída a cidadãos escolhidos por critérios outros que não o sufrágio político.

De outra parte, consoante lembrado por Clèmerson Merlin Clève, garantias como o devido processo legal, a necessidade de motivação das decisões judiciais e a recorribilidade destas, bem como a publicidade de suas manifestações e a vinculação à Constituição constituem meios distintos de atribuição de *legitimidade* à atuação do Poder Judiciário²⁵.

3.3 – Discricionariedade administrativa

Talvez a linha de argumentação mais utilizada pelos que pretendem afastar do controle externo os atos e omissões administrativas, a *discricionariedade* que reveste o agir da Administração Pública tem servido muitas vezes como instrumento legitimador de afrontas ao ordenamento jurídico nacional, razão pela qual merece especial tratamento neste estudo.

A teoria administrativista clássica divide os atos administrativos em vinculados e discricionários, segundo as opções de atuação colocadas à disposição do administrador pela legislação de regência.

Em Direito Administrativo é cediço que à Administração Pública incumbe fazer o que a lei determina ou autoriza, não sendo dado ao administrador atuar fora das hipóteses legalmente previstas. Alguns atos, porém, exigem que certa margem de liberdade seja concedida ao governante, sob pena de engessamento da máquina administrativa e obstrução do alcance dos fins últimos do Estado (notadamente o interesse público).

Tal espectro de liberdade, contudo, não pode ser tomado pelo administrador sem responsabilidade, nem pode servir de instrumento de legitimação de atuação contrária à ordem instituída, sob pena de converter-se em arbítrio não desejado pelo Estado de Direito.

²⁴ Citado por Cássio Casagrande, “Ministério Público, Ação Civil Pública e a Judicialização da Política – Perspectivas para o seu estudo”. Boletim Científico ESMPU, Brasília, A. I – nº 3, p. 21-34 – Abr./Jun. 2002. No mesmo sentido Urbano Ruiz, “A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a Administração a desenvolver políticas públicas”, Revista Brasileira de Ciências Criminais 36, p. 254.

²⁵ “O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais”, p. 6.

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶ esclarece:

Em suma: tanto nas hipóteses de vinculação quanto nas de discricção, a lei propõe igualmente, um comportamento que satisfaça de maneira “cabal” o interesse público estampado em sua finalidade. Em ambos os casos a adstrição ao dever de produzir o ato precisamente adequado à satisfação do escopo normativo é idêntica. A diferença entre os casos de vinculação e discricção reside em que, na vinculação, o comportamento que levará à plena satisfação da finalidade legal está predefinido e na discricção sua definição é posterior, já que vai depender das situações pois não foi estabelecido em abstrato.

Afigura-se possível, portanto, o controle externo dos atos, mesmo dotados de discricionariedade administrativa, visto que não estão estes infensos à conformação aos princípios de legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência que devem reger a atuação da Administração Pública. A discricionariedade, se existente, será sempre *vinculada aos princípios constitucionais*²⁷.

Em matéria de direitos sociais impende reconhecer a *vinculação* da Administração Pública aos fins buscados pela ordem constitucional vigente, que pretende deliberadamente, em matéria ambiental, a preservação da qualidade de vida e a proteção do ambiente natural contra ações degradadoras. Assim, o agir administrativo está umbilicalmente ligado a tais pressupostos, sendo vedada qualquer atuação de ente estatal tendente a gerar danos ambientais ou a não evitar que estes sejam produzidos por terceiros. Incumbe à Administração Pública, pois, não somente *não poluir*, mas também *evitar que a poluição*²⁸ *seja levada a efeito por qualquer administrado*²⁹.

²⁶ Ob. cit., p. 35.

²⁷ Diomar Ackel Filho (“Discricionariedade administrativa e ação civil pública”, Revista dos Tribunais, nº 657, julho 1990, p. 51-59), reforça que “inclusive em casos em que a conduta administrativa é discricionária, como na hipótese singular de fazer algum melhoramento público, tal, v.g., uma passarela em local onde existem muitos atropelamentos, o que se traduz em carência de bem comum e obrigação do Poder Público, realidade social assentada em dados objetivos, que pode ser avaliada pelo Poder Judiciário, sem que se constitua tal ação intromissão indébita em outro Poder, como já se viu, mas apenas controle externo da ação da Administração, e da sua ação consoante a moralidade, bem como igualdade, justiça, racionalidade e proporcionalidade, princípios basilares de Direito Público”. Para um estudo aprofundado da vinculação dos atos discricionários aos princípios que regem a Administração Pública, o que não é objeto deste trabalho, ver FREITAS, Juarez, “O Controle dos Atos Administrativos” (São Paulo: Malheiros Editores, 1997) e BUCHMANN, Willian, “Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa no Estado Democrático de Direito”, artigo publicado na Revista do Ministério Público nº 51, p. 33.

²⁸ No escólio da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (artigo 3º, inciso III), poluição é “a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetam desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energias em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos”.

²⁹ No desempenho de sua função fiscalizatória.

Para tanto, visando à concreção da Ordem *Socioambiental* Constitucional, deve a Administração Pública elaborar e implementar políticas públicas eficazes para assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Não há falar, portanto, em possibilidade de deliberação da Administração Pública sobre a *oportunidade* ou a *conveniência* em implementar políticas públicas já determinadas pela Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça já assim se pronunciou:

O STJ tem entendido que o Município tem o poder-dever de agir no sentido de regularizar loteamento urbano ocorrido de modo clandestino, para impedir o uso ilegal do solo. O exercício dessa atividade é obrigatório e vinculado (REsp 194732/SP e REsp 124.714/SP). Em se tratando de dever, é possível ao Judiciário compelir o Município ao respectivo exercício.³⁰

A discricionariedade garantida ao administrador consiste tão-só em eleger a *melhor forma* de consecução dos objetivos já delineados pelo texto constitucional e pelas normas infraconstitucionais de integração. E diante do princípio constitucional da *eficiência*, a que está jungida a Administração Pública pelo *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, impende reconhecer que tal escolha tampouco estará imune ao controle externo, visto que é imposição constitucional que a atuação administrativa se dê da *melhor* (mais eficiente) forma a alcançar o objetivo visado. Na inolvidável lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, diante do caso concreto *a Administração Pública deve adotar a melhor opção, e não qualquer uma*:

O dever jurídico que se põe para a Administração é necessariamente o de escolher a melhor solução – e não qualquer solução comportada, *in abstracto*, pelo âmbito de liberdade que lhe deferiu a norma legal. Em outras palavras, existe para a Administração um “dever jurídico de boa administração”.³¹

Na esteira desse entendimento, Luís Roberto Gomes³²:

De vital importância é que, tendo o princípio da eficiência galgado o *status* de norma constitucional através da EC nº 19, de 4 de junho de 1998, que o incluiu como princípio da Administração Pública no *caput* do art. 37, reforçou-se a possibilidade de controle da omissão administrativa, haja vista que esta só deverá ser aceita sem resmungo pelo administrado se, entre as soluções possíveis, for a melhor ou a única viável.

³⁰ Excerto do acórdão do REsp nº 292.846/SP, julgado em 7-3-2002, rel. Min. Humberto Gomes de Barros.

³¹ Ob. cit., p. 32.

³² “O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no direito ambiental”. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 104.

Este autor refere caso de ação judicial envolvendo o Município de Torres/RS, ajuizada pelo Ministério Público Federal, em que o Juízo assim consignou:

A defesa e preservação do meio ambiente não se inserem entre políticas públicas que pudessem ser eleitas pelos atuais mandatários políticos. Elas têm necessariamente de constar de todas as plataformas eleitorais e de todas as atuações administrativas. Não se fala em oportunidade ou conveniência de realizar uma obra pública que defenda ou preserve o equilíbrio ecológico.³³

Assim, em matéria de políticas públicas, esclarece Luiza Cristina Fonseca Frischeisen³⁴ que a discussão, no âmbito do controle externo da Administração, não se dará quanto ao dever do administrador, mas sim quanto aos meios que está usando para a implementação de políticas públicas, se o escolhido era o melhor, o mais adequado, o mais razoável para possibilitar o eficaz exercício dos direitos sociais. A omissão, portanto, não se coloca entre as opções razoáveis da Administração para a consecução das normas da ordem social constitucional (...)

Note-se que, ainda que se adote a clássica divisão entre atos discricionários e vinculados e que se situem os atos administrativos relativos às políticas públicas dentre os primeiros, não estarão infensos ao controle de *legalidade* – entendida esta não somente como a adstrição à forma e à competência, mas também e principalmente à *finalidade* que a legislação pretende atingir.

Não existe, portanto, segundo sustentamos, *discricionariiedade pura*³⁵ a impedir a sindicabilidade de qualquer ato administrativo, ainda que afeto à categoria de *ato político*. Todo e qualquer ato da Administração Pública está submetido à ordem constitucional e legal vigente, devendo obediência aos objetivos e fundamentos traçados pelo legislador constituinte e ordinário.

Nesse sentido Derly Barreto e Silva Filho³⁶:

Portanto, todo e qualquer ato praticado pelo Governo – seja político ou não (tanto faz a denominação que se lhe dê ou a configuração que tenha) – sujeita-se à Constituição; subordina-se aos requisitos formais e materiais nela postos. Em consequência, como

³³ Processo nº 96.0003092, Juiz Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, julgado em 5-1-2000. Revista de Direito Ambiental 22/333.

³⁴ Ob. cit., p. 114.

³⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso, no artigo “A Ação Civil Pública como Instrumento Judicial das Chamadas Políticas Públicas”, in MILARÉ, Édis. Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 776, sustenta: “Hoje já vai se formando um consenso no sentido de que, dada a indisponibilidade do interesse público, torna-se pequena a margem de *efetiva discricção* nos atos e condutas da Administração Pública, quase se podendo falar que os atos discricionários hoje já estão sujeitos a uma sorte de...*liberdade vigiada!*”

³⁶ Ob. cit., p. 131.

cabe ao Poder Judiciário velar pela constitucionalidade das ações estatais, nenhuma questão, mesmo política, pode ser subtraída de sua apreciação.

Leciona Odete Medauar³⁷:

O texto de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o poder público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de mais parâmetros da atuação, mesmo discricionária, da Administração, tais como o princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade. O princípio da publicidade, por sua vez, impõe transparência na atuação administrativa, o que enseja maior controle.

José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala³⁸ vão pela mesma senda, reconhecendo uma crescente *contaminação democrática na reconstrução da teoria dos atos administrativos*,

limitando cada vez mais o significado do espaço reservado à discricionariedade do administrador público, mediante o controle do dever de fundamentação, que evidencia a imposição do dever de publicização de suas opções, fato que, com precisão, atribui novas feições democráticas à qualidade das decisões.

E, analisando aresto da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça³⁹, que negou a pretensão deduzida sob o argumento da discricionariedade administrativa, criticam os autores:

A decisão, lamentavelmente, afasta-se dos contornos de atualização do conteúdo liberal do Estado de direito, que cede espaço à crescente *afirmação dos direitos fundamentais*, no espaço da teoria constitucional contemporânea, para revelar a autenticidade da proposta do Estado democrático de direito, e a sua imposição perante o problema dos *limites da discricionariedade das autoridades públicas*.⁴⁰

Wallace Paiva Martins Júnior, na obra já referida⁴¹, expõe com precisão:

Compelir o Município a obrigação de não fazer consistente na cessação da atividade nociva à qualidade de vida, de despejo de efluentes ou esgotos domésticos *in natura* nas águas, ou de obrigação de fazer consistente na prestação de atividade devida, de efetuar o lançamento desses esgotos submetidos ao prévio tratamento e na conformidade dos padrões ambientais estabelecidos é, em última análise, impor-lhe o

³⁷ Ob. cit., p. 480.

³⁸ Ob. cit., p. 132.

³⁹ STJ – 1ª Turma – rel. Min. José Delgado – DJU 21.9.98, p. 00070.

⁴⁰ Ob. cit., p. 215.

⁴¹ “Despoluição das águas”, RT 720, p. 65.

dever de cumprimento da lei, de preservação do ambiente e de combate a prevenção à poluição para cessar atividade nociva ao meio ambiente e prestar atividade devida decorrente de lei.

Depara-se a questão diante do poder-dever vinculado, não de uma opção administrativa discricionária porque o ordenamento jurídico é enfático ao exigir da administração pública a realização de um dado ato, de conteúdo (objeto) explícito na norma, seja por prestação negativa (abster-se de poluir), seja por prestação positiva (submeter a prévio tratamento), que, em resumo, fundem-se numa única e prioritária preocupação material de evitar a poluição das águas.

Tratando do mesmo tema, Erika Bechara⁴² sustenta que o artifício da discricionariedade seria admissível

se houvesse duas ou mais maneiras de se impedir poluição por esgoto *in natura* e o Poder Público optasse por uma delas. Mas não é o caso, já que as opções são, como referido no item anterior: (a) impedir que o esgoto seja produzido ou (b) tratar o esgoto produzido e impedir a poluição. (...) Daí porque concluirmos que impedir a poluição dos cursos d'água pelo lançamento de esgoto *in natura* é um poder-dever do Poder Público, é um ato vinculado.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo adota tal entendimento, consoante se infere do corpo do acórdão lavrado do julgamento da Apelação Cível nº 241.625-1/4, julgada em 2-5-96, relator o Desembargador Soares Lima:

Antes de mais nada, convém dizer que o direito à saúde e ao saneamento constitui garantia constitucional, e sua preservação, *em tese*, pelo Judiciário não significa interferência no Executivo.

Depois, dentro dessa mesma linha de raciocínio, a discricionariedade do Poder Público não permanece isenta de apreciação judicial. (...) Dúvida não sucede no tocante às limitações do conteúdo discricionário da Administração, a fim de harmonizá-lo com o superior princípio da moralidade e conferir-lhe a missão de servir ao bem comum do povo. Enfim, a opção que cabe ao administrador adotar é a tendente a alcançar soluções enquadradas na legalidade, com vistas postas no interesse público, mormente se difusos e correlacionados com incontornável interesse social.

Ante o exposto, sob pena de comprometimento da Ordem *Socioambiental* instaurada pela Constituição de 1988, possível o controle das políticas públicas, mormente no que concerne à sua deficiência de implementação pela Administração Pública, não

⁴² “Tratamento do esgoto doméstico pelo Poder Público: discricionariedade ou vinculação?”, artigo nos Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, volume I, São Paulo.

podendo o argumento da discricção administrativa figurar como óbice ao atingimento dos fins visados pelo Estado Social de Direito.

Andreas J. Krell⁴³, a propósito, alerta que

a invocação pouco refletida da orientação jurisprudencial, segundo a qual descabe ao Poder Judiciário invadir o mérito da decisão administrativa, acaba excluindo da apreciação judicial uma série de situações em que ela seria possível.

Assim, arredar do Poder Judiciário o exame da legitimidade dos atos ou omissões administrativas em matéria de políticas públicas é, sem sombra de dúvida, obstaculizar a concretização dos direitos sociais insculpidos na Constituição *cidadã*.

3.4 – Vinculação orçamentária

Também bastante disseminada encontra-se entre nós a tese da inoponibilidade à Administração Pública de determinações que constituam ingerência em planejamento financeiro, diante da rigidez orçamentária com que lidam os governantes no sistema jurídico pátrio.

Evidentemente, as políticas públicas estão atreladas às disposições contidas nas leis orçamentárias (planos anuais ou plurianuais), diante de sua caracterização como metas a serem alcançadas pela Administração Pública. Nesse sentido o artigo 165 da Constituição Federal.

Por essa razão, salienta Luís Roberto Gomes⁴⁴ que

tratando-se de despesas de valor considerável, como, por exemplo, às necessárias à implementação de um sistema de tratamento de lixo ou de efluentes despejados em curso d'água, mormente aquelas em que o investimento ultrapassa um exercício financeiro, dever-se-á velar pela compatibilidade com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias, com a lei orçamentária anual e com a própria Lei Complementar nº 101/2000, a fim de se resguardar o equilíbrio das contas públicas, como quer o ordenamento jurídico.

Essa circunstância, porém, não altera a possibilidade de controle externo da Administração, apenas constitui – isto sim – fator a ser considerado no exercício do controle finalístico, principalmente da omissão administrativa na implementação de políticas públicas.

⁴³ “Discricionariade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 25.

⁴⁴ Ob. cit., p. 139.

Lúcia Valle Figueiredo⁴⁵ anuncia:

O orçamento não é uma peça livre para o Administrador. Há valores que são priorizados pelas Constituições Federal e Estadual. Aqui, também, por vezes, o administrador não tem qualquer discricionariedade, pois, do contrário, seria lhe dar o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades e de urgência que, no Brasil e no Estado de São Paulo, foi constitucionalmente fixada. Nessa linha de raciocínio, vejo como possível a acumulação de pedidos em ação civil pública, um referente à obrigação de não fazer (deixar de lançar efluentes não tratados) e outro pertinente à inclusão da respectiva despesa no orçamento do ano seguinte.

No mesmo sentido pondera Luiz Renato Topan⁴⁶:

O Estado trabalha vinculado a um orçamento. Portanto, quando se condena o Estado a atuar e esta atuação gera a necessidade de uma obra pública, deve-se perquirir, no momento procedimental próprio, se aquele ente estatal possui verba em seu orçamento compatível. Se existirem fundos próprios e suficientes para a feitura da obra almejada, será o Poder Público condenado de imediato (logicamente dentro dos prazos técnicos do caso concreto) a realizar tal obra. Porém, se o orçamento daquele ano não comportar mais a magnitude desta obra, o ente estatal será inicialmente condenado a incluir no próximo orçamento verba específica à obra pleiteada, sendo em seqüência condenado à realização propriamente dita da obra.

Em relação a tais considerações, cumpre observar que, em primeiro lugar, embora se refira Luiz Renato Topan a obra pública, a necessidade de empenho de recursos pode se dar de outras formas na implementação de políticas públicas, como na instituição de serviços ou na contratação de pessoal, por exemplo. Em segundo lugar, convém atentar para o fato de que o doutrinador aduz que a necessidade de previsão orçamentária será levada em conta *no momento procedimental próprio*, o que por si só afasta o argumento contrário ao ajuizamento de demanda coletiva visando à implementação de políticas públicas. Por fim, a expressão *em seqüência* deve ser lida como sucessivamente, na *mesma* decisão judicial.

Importante referir, outrossim, a posição de Clèmerson Merlin Clève sobre o problema orçamentário, na direção da necessidade de

compelir o Estado a contemplar no orçamento dotações específicas para tal finalidade, de modo a, num prazo determinado, resolver o problema do acesso do cidadão a

⁴⁵ Citada por Rodolfo de Camargo Mancuso in "Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores", p. 44.

⁴⁶ "O Ministério Público e a Ação Civil Pública Ambiental no Controle dos Atos Administrativos", Revista Justitia, 56 (165), Jan./Mar. 1994, p. 54.

esses direitos [sociais]. Desta forma, tratar-se-ia de compelir o Poder Público a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias (evitando, assim, os remanejamentos de recursos para outras finalidades), assim como de obrigar o Estado a prever na lei orçamentária os recursos necessários para, de forma progressiva, realizar os direitos sociais.⁴⁷

Bem postos tais elementos, impõe-se considerar a questão orçamentária no momento da exigência de concretização de direitos sociais através da implementação de políticas públicas. Tal necessidade, porém, não funcionará como obstáculo à pretensão deduzida contra o ente público responsável⁴⁸; apenas determinará a observância das etapas fundamentais à obtenção dos resultados buscados: inexistindo recursos suficientes no orçamento do órgão estatal para a concreção das atividades exigidas, a determinação de seu cumprimento passará, necessariamente, pela previsão de verbas para o exercício seguinte ou, ainda, pela formalização de crédito adicional, nas hipóteses admitidas pela legislação de regência.

O Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de interferência judicial no orçamento do ente público, como são mostras os seguintes julgados, cujas ementas grifamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.
2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.
3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.
4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.
5. Recurso especial provido.⁴⁹

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.

⁴⁷ Ob. cit., p. 8.

⁴⁸ Nesse sentido já se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no julgamento da Apelação Cível nº 597101260, no que foi seguido (e referido) pela 2ª Vara da Justiça Federal de Joinville/SC nos Autos nº 2001. 72.01.002827-3, sentença de 6-12-2002.

⁴⁹ REsp 429570/GO, DJU 22-3-2004, p. 00277, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma.

2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.
4. Recurso especial provido.⁵⁰

Não se pode ignorar, contudo, a *reserva parlamentar* em matéria orçamentária, legitimando-se o legislador à decisão sobre a afetação dos recursos públicos, o que lhe possibilita inclusive a supressão de rubricas propostas pelo administrador. Deve-se objetar, porém, que a liberdade de conformação do Poder Legislativo também está adstrita à efetivação das garantias constitucionais, inclusive à cláusula de *vedação de retrocesso*⁵¹, o que também submete sua conduta – foras das hipóteses de imunidade – a controle finalístico de constitucionalidade, que pode ser exercitado conjuntamente com a imposição de condutas à Administração Pública.

Cumprindo observar, ademais, a impossibilidade de aplicação, em relação às políticas públicas asseguradoras de direitos *socioambientais*, do princípio da *reserva do possível*. Trasladada do Direito Alemão sem as devidas adequações, a tentativa de obstar a determinação de *facere* ao Poder Público nessa seara, ao argumento da dependência da efetiva disponibilidade de recursos financeiros do órgão responsável, implica verdadeira afronta ao ordenamento jurídico brasileiro, que elegeu como prioridade máxima a garantia da existência digna aos cidadãos, para o que é imprescindível a concretização da Ordem *Socioambiental* Constitucional.

Também não se pode objetar com a incidência da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), visto que o próprio diploma legal prevê que “não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente” (artigo 9º, parágrafo 2º). Assim, não há cogitar de vedação de assunção de obrigações que impliquem realização de deveres constitucionais, como é o caso da implementação das políticas públicas que asseguram a fruição dos direitos constitucional e legalmente definidos.

⁵⁰ REsp 493811/SP, DJU 15-3-2004, p. 00236, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma.

⁵¹ Sobre o tema ver SARLET, Ingo Wolfgang. “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Leciona J. J. Gomes Canotilho (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Coimbra: Almedina, 1998): “O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado”.

Nesse sentido esclarece Luís Roberto Gomes⁵², aduzindo que a responsabilização por crime definido na Lei de Responsabilidade Fiscal não seria possível por estar o administrador atuando *no estrito cumprimento do dever legal*, além de inexistir *dolo* na conduta:

Quanto à responsabilização criminal, como a *mens legis* [da LRF] é a punição do administrador desleal com a coisa pública, que age com vontade finalisticamente dirigida à lesão das finanças públicas, o que certamente não faria aquele que celebra termo de ajustamento de conduta, cumpre ordem judicial ou recomendação do Ministério Público, ajustando sua conduta e implementando obrigação que lhe manda a ordem jurídica em prol da sociedade, patente a inexistência de infração penal, por manifesta atipicidade. Ademais, além da ausência de dolo, não há crime quando assim age o administrador, pela ausência de ilicitude, haja vista que nessas circunstâncias age “no estrito cumprimento do dever legal” (CP, art. 23, inc. III), (...)

Por fim, cumpre acrescentar que tampouco é óbice ao acolhimento de pretensão que implique empenho de verbas públicas na implementação de políticas públicas a ausência de lei ou disposição constitucional específica quanto ao percentual de receita a ser aplicado em determinado setor, como ocorre com a manutenção e o desenvolvimento do ensino (artigo 212 da Constituição Federal)⁵³. Tratando-se de outro direito social constitucionalmente assegurado, compete ao Poder Público, consoante já afirmado, envidar esforços no sentido de sua concretização, por meio de delimitação e implantação de políticas públicas adequadas, aplicando os recursos necessários a seu atingimento.

4 – CONCLUSÕES ARTICULADAS

1. O Estado Social de Direito brasileiro está comprometido com a realização das finalidades de igualdade e justiça sociais eleitas na Constituição de 1988, cabendo ao Poder Público a missão de concretizar os direitos concretizados na Ordem *Socioambiental* – dentre eles o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – através do instrumento das políticas públicas.

2. Impende sejam encontradas vias de controle do agir administrativo, de forma a possibilitar a superação da inércia estatal na implementação de políticas públicas da área ambiental.

3. Argumentos como separação de poderes, falta de legitimidade democrática, discricionariedade administrativa ou falta de previsão orçamentária

⁵² Ob. cit., p. 149.

⁵³ Nesse sentido se manifesta Luís Roberto Gomes, ob. cit., p. 131.

não podem conduzir à negação de direitos assegurados pela Carta Constitucional, razão pela qual devem ser superados para possibilitar o controle da Administração Pública, sob pena de malferimento do sistema constitucional instituído.

5 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade administrativa e ação civil pública. *Revista dos Tribunais*, nº 657, julho 1990, p. 51-59.

BACHUR, João Paulo. O controle jurídico de políticas públicas. *Revista da Faculdade de Direito*, ano I, vol. 97, p. 647-682. São Paulo, 2002.

BECHARA, Érika. Tratamento do esgoto doméstico pelo Poder Público: discricionariedade ou vinculação? *Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental*, volume I, São Paulo.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos. O Estado teatral e a implementação do Direito Ambiental. *Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental*, São Paulo, Volume I, p. 338.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, nº 133, jan./mar. 1997, p. 89-98.

CARVALHO, Cláudio Oliveira de. Políticas públicas e gestão urbana-ambiental. *Revista de Direito Ambiental* n. 26, p. 277-289.

CASAGRANDE, Cássio. Ministério Público, ação civil pública e a judicialização da política – perspectivas para o seu estudo. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. I, n. 3, p. 21-34, abr./jun. 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 13 de setembro de 2004.

CRUZ, Alex Sandro Teixeira da. *O Ministério Público: Quarta Função do Estado*. Disponibilizado na Intranet do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Portal dos Membros, acesso em 13 de setembro de 2004.

FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à Divisão dos Poderes: um princípio em decadência? *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.9, 1995, p. 40-48.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: O Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental*. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Ação Civil Pública como Instrumento Judicial das Chamadas Políticas Públicas*. In: MILARÉ, Édís. *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 753-798.

- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Despoluição das Águas. *Revista dos Tribunais*, vol. 720, p. 58-72.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 2ª ed. Ampliada e revisada. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1993.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. 2ª ed., atualizada. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental* n° 15, p. 61-80.
- MORATO LEITE, José Rubens e AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- NALINI, José Renato. O juiz e a proteção dos interesses difusos. *Revista dos Tribunais*, n. 680, p. 260-275.
- RUIZ, Urbano. A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a administração a desenvolver políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n° 36, p. 251-256, outubro/dezembro, 2001.
- SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle jurisdicional dos atos políticos do Poder Executivo. *Revista Trimestral de Direito Público* 8, p. 123.
- TEIXEIRA, Francisco Dias. O Ministério Público e o Poder. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. II, n. 7, p. 11-37, abr./jun. 2003.
- TOPAN, Luiz Renato. O Ministério Público e a ação civil pública ambiental no controle dos atos administrativos. *Revista Justitia*, São Paulo, 56 (165), jan./mar. 1994. p. 46.