

Controle
judicial
de políticas
públicas:
*estudo sobre a
constitucionalização
do direito ao
meio ambiente*

Cristiano Lange
dos Santos

LAPRUS
Laboratório de Políticas Públicas e Sociais

Φ editora fi





A obra que é revelada ao grande público trata, com propriedade linguística e responsável enfrentamento jurídico, de tema relevante, necessário e de grande proveito para a comunidade jurídica, propondo-se a uma análise da possibilidade e dos limites de controle judicial das políticas públicas, especialmente frente à omissão do Estado executivo no âmbito do meio ambiental.

Trabalhando com autores clássicos e inovadores, o autor parte de uma realidade por todos nós constatada, mas que culminamos por no mais das vezes negligenciar, que diz com o destrato que o meio ambiente sofre por atuação do próprio homem, maior interessado na sua manutenção e cuidados.

Destacando o papel de “ação” do Estado no trato da coisa pública, denuncia que, não raro, é o próprio Estado responsável pela degradação vedada, ao que se agrega, com agravamento e ampliação da ofensa, a omissão em impedir atos nocivos ao meio ambiente, praticados à absoluta revelia de qualquer intervenção ou fiscalização daquele que detém entre suas funções exatamente o dever constitucional de tutelar o meio ambiente.

Prof. Dra. Elaine Harzheim Macedo

LAPUS
Laboratório de Políticas Públicas e Sociais

www.lappus.org.br

editora fi
www.editorafi.org



Ilustração de capa: Conferência mundial ECO-92, Rio de Janeiro, 1992

**Controle judicial de
políticas públicas:**
*estudo sobre a constitucionalização do
direito ao meio ambiente*

LAPUS
Laboratório de Políticas Públicas e Sociais

www.lappus.org.br

Cristiano Lange dos Santos

**Controle judicial de
políticas públicas:**
*estudo sobre a constitucionalização do
direito ao meio ambiente*

Porto Alegre |
2014

Φ editora fi

Direção editorial, diagramação e capa: Lucas Fontella Margoni
Imagem da capa: Conferência mundial ECO-92, Rio de Janeiro,
1992



Todos os livros publicados pela
Editora Fi estão sob os direitos da
[Creative Commons 3.0](https://creativecommons.org/licenses/by/3.0/br/)
[http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/br/](https://creativecommons.org/licenses/by/3.0/br/)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SANTOS, Cristiano Lange dos
Controle judicial de políticas públicas: estudo sobre a
constitucionalização do direito ao meio ambiente [recurso
eletrônico] / Cristiano Lange dos Santos -- Porto Alegre, RS:
Editora Fi, 2014.
267 p.

ISBN - 978-85-66923-30-8

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Meio Ambiente. 2. Direitos Ambientais. 3. Políticas Públicas.
4. Intervenção Estatal. 5. Ética. I. Título

CDD-170

Índices para catálogo sistemático:

1. Ética 170

Prefácio

O meio acadêmico abre novos mundos para seus frequentadores, irradiando, pela ebulição das reflexões, indagações e possíveis respostas, irresignações, teses, combates e propostas em seu seio produzidas, a um universo de destinatários cujo número é impensável de definir.

O ir e vir do pensar e do verbalizar passa a constituir um patrimônio de propriedade universal, não pertencendo a ninguém e a todos pertencendo, o que, talvez, seja o maior tributo que a academia possa prestar à humanidade.

Para um professor, não há nada mais recompensador que apresentar um aluno, um orientando, um colega de debates, e o seu trabalho, sendo difícil, senão impossível, distinguir o homem e sua obra, que se confundem numa unidade criadora.

A obra que ora é revelada ao grande público trata, com propriedade linguística e responsável enfrentamento jurídico, de tema relevante, necessário e de grande proveito

para a comunidade jurídica, propondo-se a uma análise da possibilidade e dos limites de controle judicial das políticas públicas, especialmente frente à omissão do Estado executivo no âmbito do meio ambiental.

Trabalhando com autores clássicos e inovadores, o autor parte de uma realidade por todos nós constatada, mas que culminamos por no mais das vezes negligenciar, que diz com o destrato que o meio ambiente sofre por atuação do próprio homem, maior interessado na sua manutenção e cuidados.

Destacando o papel de “ação” do Estado no trato da coisa pública, denuncia que, não raro, é o próprio Estado responsável pela degradação vedada, ao que se agrega, com agravamento e ampliação da ofensa, a omissão em impedir atos nocivos ao meio ambiente, praticados à absoluta revelia de qualquer intervenção ou fiscalização daquele que detém entre suas funções exatamente o dever constitucional de tutelar o meio ambiente.

O fenômeno (ação ou omissão ao meio ambiente pelo Estado), que se inclui no âmbito das políticas públicas e, portanto, da intervenção direta da Administração Pública, culminou por autorizar ou gerar a intervenção do Poder Judiciário, ocorrendo o que a doutrina estabeleceu por denominar de *judicialização da política*, abrindo-se um novo espaço de dúvidas e questionamentos: qual o limite da intervenção judicial frente à omissão do Poder Público? Estará o Poder Judiciário preparado e habilitado, institucional e tecnicamente, a solver tais conflitos? Quais os meios processuais adequados? Qual a extensão da decisão judicial e sua executabilidade? E o dogma da separação de poderes? Como enfrentar esta intervenção frente às funções específicas de cada poder e o paradigma do Estado democrático de Direito?

Par a par a tão instigantes questões, a leitura do livro *Controle judicial de políticas públicas: estudo sobre a constitucionalização do direito ao meio ambiente* flui de forma

cativante, prendendo o leitor aos temas discutidos e criando um clima de interação entre o que lê e aquele que escreveu.

Está de parabéns a comunidade jurídica, está de parabéns o autor, Cristiano Lange dos Santos, está envaidecida esta professora que embora em nada tenha contribuído para a construção da obra, teve o privilégio de conviver com o autor durante o período de sua elaboração e, quando muito, partilhado algumas ideias e propostas de caminhos possíveis para o aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos e judiciais dos quais o operador e o pesquisador se valem para alcançar seus propósitos.

Deliciem-se com a leitura!

Prof. Dra. Elaine Harzheim Macedo

Sumário

1. Introdução	15
2. Estado, constituição e políticas públicas.....	25
2.1 A inter-relação entre Estado, Constituição e Políticas Públicas	25
2.1.1 <i>Estado, Constituição e Políticas Públicas: Uma Relação de Interdependência.....</i>	<i>26</i>
2.2 Do Estado Liberal ao Estado Social: A Emergência da Intervenção Estatal	49
2.3 Estado Social-Intervencionista: A Intervenção Estatal na Realização das Prestações Fáticas Como Direitos da e para Coletividade.....	54
2.3.1 <i>A intervenção Estatal na Economia e nas Relações Sociais: a Planificação Como uma Vertente das Políticas Públicas</i>	<i>62</i>
2.4 Políticas públicas: ontologia, criação e aspectos existenciais desse instituto num contexto de crise do orçamento público estatal	69
2.4.1 <i>Políticas Públicas: Uma Conceituação Metajurídica.....</i>	<i>72</i>
2.4.2 <i>Estado Democrático de Direito e as Políticas Públicas: A Intervenção Estatal Fundada na Democracia-Participativa.....</i>	<i>83</i>
2.4.3 <i>Atores do Policy Cycle: Os Legitimados para Implementação das Políticas Públicas.....</i>	<i>92</i>
2.4.4 <i>Da criação à Avaliação das Políticas Públicas: Breves Considerações Sobre o Policy Cycle.....</i>	<i>96</i>

3. A constitucionalização do meio ambiente e políticas públicas 105

3.1 Meio ambiente: Algumas Considerações Sobre a Inter-relação Antagônica Homem *Versus* Natureza..... 105

3.2 Direito ao Meio Ambiente: Reconhecimento No Âmbito Internacional..... 114

3.2.1 *Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de Estocolmo*..... 115

3.2.2 *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*..... 119

3.3 A Constitucionalização do Direito ao Meio Ambiente 125

3.3.1 *O Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado* 129

3.3.2 *Poder público e coletividade: “Deveres Fundamentais” de Agir na Defesa e Preservação do Meio Ambiente*..... 144

3.3.3 *As “Normas-Objetivo” e A Efetividade do Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado* 164

4. O controle jurisdicional das políticas públicas em matéria de meio ambiente 173

4.1 O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: Noções Introdutórias..... 173

4.2 Controle Jurisdicional das Políticas Públicas Ambientais..... 181

4.3 A Problemática da Atuação do Poder Judiciário no Controle Jurisdicional 189

4.3.1 *A relativização do princípio da “separação de poderes”: mito ou reprodução acrítica do direito?*..... 190

4.3.2 *Tese Substancialista: A Postura Intervencionista do Poder Judiciário* 210

4.3.3	<i>ADPF 45: Um Paradigma de Possibilidade “do” e “no” Controle Jurisdicional das Políticas Públicas Em Sede do Supremo Tribunal Federal.....</i>	215
4.3.4	<i>Da Relativização da Insindicalidade dos Atos Administrativos Discricionários.....</i>	224
	Referências.....	248

**Controle judicial de
políticas públicas:**
*estudo sobre a constitucionalização do
direito ao meio ambiente*

1

Introdução

O presente trabalho procede a uma análise jurídica da possibilidade de controle judicial das políticas públicas, quando se caracterizar a omissão administrativa em matéria de meio ambiente, tema que tem provocado muitas controvérsias na doutrina e na jurisprudência.

Há de ser ressaltado que os recursos naturais – que são finitos – têm sido constantemente agredidos por conta dos empreendimentos humanos, não apenas pela iniciativa privada, mas especialmente por parte dos poderes públicos, considerados os maiores poluidores, que com suas ações ou omissões comprometem a manutenção das bases mínimas para a efetivação dos direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.¹

1 FUKS, Mario. Arenas de ação e debates públicos: conflitos ambientais e a emergência do meio ambiente enquanto problema social no Rio de

Com efeito, o entendimento da intervenção estatal por meio das políticas públicas caracteriza-se pelo fato de ser considerada o “Estado em ação”, motivo pelo qual o papel da Administração Pública deve ser de agir de acordo com o princípio da legalidade, sem ignorar o da juridicidade uma vez que é determinação constitucional para implementar ações, programas, metas e buscar ao fim melhores resultados práticos das intervenções estatais. Ressalte-se que, atualmente, as políticas públicas se tornaram instrumento central no planejamento e estruturação de qualquer atuação por parte da Administração Pública moderna, focada na realização programada e eficiente das ações públicas, com vistas a mitigar os impactos ambientais causadores de inúmeras consequências danosas à saúde humana e ao equilíbrio dos ecossistemas naturais.

Entretanto, merece ser sublinhado que nem sempre foi assim, haja vista que as políticas públicas são consideradas um instituto recente, com poucas análises e estudos específicos sobre o tema, ainda mais em se tratando de ciência jurídica. As políticas públicas, no entanto, não podem ser compreendidas abstratamente como um instituto da ciência política, pois se deve relacioná-las com as demais ciências sociais, especialmente a jurídica, de maneira a colaborar para a abertura dogmática que tem sofrido o direito nessas últimas décadas.

Dessa forma, pretende-se neste trabalho buscar compreender um pouco mais do instituto das políticas públicas, desenvolvendo uma abordagem jurídico-normativa – tão amplamente realizada pelas ciências jurídicas sobre a questão normativa – a fim de entendê-las como uma temática transdisciplinar comum aos demais ramos das ciências, aproximando-as, dessa maneira, das ciências sociais.

Com efeito, destaca-se que, com tal desiderato, utilizaram-se na pesquisa as mais diversas fontes doutrinárias sobre a temática das políticas públicas, partindo desde a área da administração até a sociologia, mas sempre com o objetivo de compreendê-las melhor, perfazendo, pois, uma reflexão multidisciplinar sobre esse recente mecanismo de ação estatal.

Para compreender o instituto das políticas públicas é preciso entender o modo como e por que foi estruturada, buscando conceber também a sistemática dos elementos histórico-conjunturais relacionados para sua criação no início do século passado, muito embora sua estruturação e, sobretudo, sua extensão tenham se dado logo após a Segunda Guerra.²

Para tanto, no presente trabalho se objetiva fazer um recorte jurídico de modo a delimitar a questão a uma abordagem centrada partindo do Estado Moderno, na concepção estatal, pela qual o Estado se encontra submetido ao direito, “regido por leis, um Estado sem confusão de poderes.”³

Deve ser observado que não se pode falar em políticas públicas sem questionar sobre o paradigma de Estado adotado pelo modelo constitucional, porque da sua conformação constitucional, intervencionista ou não, dependerá o papel a ser desenvolvido pelas políticas públicas

2 HOWLETT Michael; RAMESH Michael. Come studiare le politiche pubbliche. Bologna: Il Mulino, 2003, p. 5. Do mesmo modo, SANTOS, Marília Lourildo dos. Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006, p. 75; GUERRERO, Omar. Políticas públicas: interrogantes. Revista de Administración Pública _ Políticas Públicas, n. 84, enero/ junio 1993, p. 86.

3 CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina.2003, p. 93.

nesse contexto de concretização constitucional. Do mesmo modo, procura-se enfatizar a questão ambiental, a fim de recuperar as motivações para sua constituição e elaboração naquele determinado contexto histórico e se chegar à atual fase de constitucionalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Dessa forma, é preciso entender que o paradigma de Estado naquele determinado momento histórico-constitucional apresenta-se diretamente ligado à sua forma de intervenção econômico-social, porquanto representa sua natureza jurídica de inter-relação com a sociedade nas relações de poder. Por isso a importância de se abordar a questão numa perspectiva também estatal.

Nesse sentido, Gilberto Bercovici entende que “a falta de reflexão mais aprofundada sobre o Estado”⁴ constitui-se, na atualidade, num dos grandes problemas dos estudos jurídicos e constitucionais do país. Para o autor, é impossível se pensar em políticas públicas sem se repensar o papel desempenhado pelo Estado e pela Constituição na implementação de suas ações à coletividade. Do mesmo modo, Leonel Ohlweiler observa que “no processo de construção de políticas públicas haverá de ser problematizado o papel a ser desenvolvido pelo Estado e, em especial, pela Administração Pública.”⁵

Diante dessa questão, para atingir os objetivos delineados neste trabalho, de se analisar a possibilidade de sindicabilidade judicial das políticas públicas quando caracterizada a omissão administrativa em matéria de meio ambiente, o trabalho divide-se em três capítulos, sendo o primeiro, mais específico, sobre os paradigmas de Estado e sua relação com as políticas públicas; no segundo, procura-

4 BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. *Revista Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, 2003, p. 180.

5 OHLWEILER, Leonel. A construção e implementação de políticas públicas: desafios do direito administrativo moderno. Mimeo.

se fazer uma contextualização do direito fundamental ao meio ambiente e, no capítulo final, busca-se analisar a questão do controle judicial das políticas públicas, apresentando decisões do Supremo Tribunal Federal e a doutrina especializada no tema.

É de se destacar que no capítulo inicial procura-se estudar a inter-relação entre os paradigmas de Estado, a Constituição e as políticas públicas, quando se refere à intervenção estatal, buscando compreender o processo de intervenção estatal para a resolução de questões econômicas envolvendo o mercado e o Estado, ou mesmo conflitos sociais envolvendo tão-somente as pessoas individualmente. Basta referir que a Constituição é o elemento constitutivo do paradigma de Estado adotado e as políticas públicas, por sua vez, são instrumentos diretos para a consecução dos objetivos constitucionais através do instrumental oferecido pela Administração Pública.

Assim, reitera-se que a intervenção estatal deve ser realizada por meio das políticas públicas, porque se caracteriza pelo fato de ser considerada o “Estado em ação”, com vistas a implementar ações, programas, mas, especialmente, a buscar melhores resultados e eficiência às intervenções estatais.

Evidencia-se que a Administração Pública deve estar sempre em ação, em constante movimento, para o fim de implementar os processos articuladores das políticas públicas – não apenas ambientais ou socioambientais - para a manutenção dos índices de qualidade de vida da coletividade e da possibilidade de regeneração dos ecossistemas, mas também respeitando os preceitos normativos constitucionais predeterminados aos direitos materiais prestacionais como políticas públicas efetivas.

Em caso de a Administração Pública não estar em movimento, ou seja, de não-agir (omissão administrativa),

ou, mesmo, de agir em contrariedade às normas constitucional-ambientais, pode ser possível ao Poder Judiciário, com algumas limitações e restrições, compeli-la a implementar políticas públicas eco ou socioambientais com a finalidade de impedir degradações maiores ou a ampliação dos passivos ambientais, não apenas direta ou indiretamente ao meio ambiente, mas também à coletividade humana como um todo, haja vista haver a repercussão direta desses naquela, de modo a influenciar na qualidade de vida das pessoas.

Destaque-se, no entanto, que tal disposição deve ser manejada com restrições pelos magistrados, na medida em que a sindicabilidade não pode suprimir a política, muito menos a importância dos Poderes Executivo e Legislativo no planejamento e desenho das políticas públicas.

Diante dessas questões, procura-se apresentar um rápido cenário do sistema de implementação das políticas públicas denominado de *policy cycle*, seus atores e legitimados para a elaboração dos programas, passando pelo processo de formação das políticas públicas. Deve ser sublinhada, mesmo com uma certa antecipação ao texto, a multiplicidade de atores para a implementação das políticas públicas, dentre os quais se destaca o Poder Judiciário como um legitimado no *policy cycle*.⁶ Tal razão é óbvia, uma vez que o paradigma de Estado adotado pelo Brasil é o Democrático de Direito, mesmo que seja ignorado por uma parte da doutrina e jurisprudência, que ainda insiste em perceber um Poder Judiciário reduzido diante de questões fundamentais, o que muitas vezes compromete a concretização dos direitos fundamentais previstos como o baluarte do sistema jurídico.

Esse contexto é o pano de fundo para o controle jurisdicional, na medida em que exige uma postura criativa

6 BOBBIO, Luigi. A participação dos juízes nas políticas públicas para resolução dos conflitos coletivos. Debatendo Políticas Públicas. 2014, p.28.

por parte do Poder Judiciário, como forma de romper com a clássica compreensão das atribuições judiciais, baseada na passividade e insensibilidade para com as questões sociais e complexas que atingem toda a coletividade e o sistema normativo, mas também sobretudo por conta do princípio da cooperação ambiental (*Kooperationsprinzip*) entre os Poderes Públicos e demais movimentos sociais na defesa e proteção dos bens ambientais.

No segundo capítulo procura-se discutir o processo de evolução, desde a simples possibilidade de o meio ambiente vir a se transformar num direito positivado até sua efetiva constitucionalização com status de direito fundamental. Nesse sentido, apresenta-se uma superficial análise desse direito a partir das discussões enfrentadas pela filosofia, no que tange ao antagonismo existente na relação entre o homem e a natureza para a adoção do modelo de desenvolvimento que se encontrava – e ainda se encontra – baseada numa condição de dominação dos recursos naturais pelo homem. Tal concepção evoluiu para a concepção antropocêntrica alargada.

Procura-se percorrer a trajetória internacional realizada pelo direito ao meio ambiente através da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de Estocolmo, realizada em 1972, até a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, ou seja, vinte anos depois, apresentando as discussões referentes ao tema das políticas públicas eco e socioambientais. Relata-se o caminho realizado da mera preocupação ambiental até a positivação como direito dos instrumentos internacionais à constitucionalização desse bem jurídico como efetivo direito fundamental às presentes gerações (intrageneracional) e às gerações futuras (intergeracional), previsto na Constituição Federal de 1988.

Ainda no mesmo capítulo faz-se uma análise específica sobre o conteúdo materializado no direito fundamental ao meio ambiente sadio, positivado na Constituição Federal, apresentando os desdobramentos para a questão. Do mesmo modo, embora o objeto de estudo seja a possibilidade de controle judicial de políticas públicas, pretendeu-se, ainda que rapidamente, analisar uma política pública que trabalhe a lógica inversa, ou seja, que desenvolva preventivamente as questões do meio ambiente, enquadrando-as numa política pública socioambiental.

Pretende-se no capítulo final analisar a possibilidade do controle judicial das políticas públicas quando configurada a omissão administrativa em matéria de meio ambiente. A Administração Pública, a partir do momento em que o direito ao meio ambiente foi considerado direito fundamental, tal qual se observa pela interpretação da Constituição Federal de 1988, precisa protegê-lo e respeitá-lo, sob pena de plena violação dos preceitos constitucionais. Por isso, o Poder Judiciário precisa ser acionado em caso de omissão ou violação dos direitos fundamentais, porque se trata do guardião dos preceitos constitucionais, devendo sempre zelar pelo respeito aos macrofundamentos da ordem jurídico-constitucional. Deve aqui ser ressaltado novamente que tal possibilidade não deve ser utilizada aleatoriamente, mas somente quando houver violação, ou possível violação em iminência a ser realizada, por ação ou omissão aos direitos fundamentais, no caso específico, do meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob pena de uma politização indevida da justiça.

Entretanto, merece ser referido que os principais óbices apresentados pela doutrina e pela jurisprudência para julgar pela impossibilidade do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário reside no princípio da “separação de poderes”, bem como na insindicabilidade dos atos administrativos.

Deve ser destacado que inúmeros pedidos judiciais de controle das políticas públicas em situações de omissão administrativa são negados sob o argumento do princípio da “separação dos poderes”, ou da discricionariedade administrativa, quando se tratar de atos administrativos discricionários oriundos da Administração Pública.⁷

Com esse propósito, busca-se reexaminar o princípio da separação dos poderes, apresentando seus fundamentos e limites atuais diante do paradigma de Estado “Democrático” de Direito. Seria o princípio da separação de poderes um mito ou se trata de reprodução acrítica do direito? Nesse aspecto, como pano de fundo faz-se uma abordagem do papel desempenhado pelo Poder Judiciário nos paradigmas de Estado, bem como suas atribuições quanto a tais questões num Estado Democrático de Direito.

Para responder à questão, colaciona-se a posição da doutrina, apresentando também algumas jurisprudências dos tribunais superiores, mas destacando especialmente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45, considerado o *leading case*, no qual o Supremo Tribunal Federal consagrou a possibilidade do controle sobre a questão, permitindo expressamente a possibilidade de haver o controle quando se tratar de direitos fundamentais.⁸

Do mesmo modo, apresenta-se como outro óbice para o controle jurisdicional das políticas públicas a (in)sindicabilidade dos atos administrativos discricionários – baseados na oportunidade e conveniência – por parte do

7 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 252.083, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Turma, DJ 26.03.2000. REsp 63128- GO, Rel. Min. Adhemar Maciel, Sexta Turma, DJ 20.05.1996. Resp 169.876, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 21.09.1998.

8 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45. Extraído do site: <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 12 dez. 2013.

Poder Executivo, apresentando a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal no que se refere à matéria do controle judicial de políticas públicas em matéria de meio ambiente.⁹

Por fim, pretende-se apresentar as posições jurisprudenciais mais recentes e vanguardistas sobre a matéria, comentando de forma superficial os argumentos apresentados, de modo a reforçar a possibilidade de haver tal controle como uma maneira de se preservarem os preceitos constitucionais relativos à defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

9 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AG.REG. no RE 678.171 – DF. Rel. Min. Dias Toffoli. Extraído do site: www.stf.jus.br, Acesso em: 10 jun. 2014.

2

Estado, constituição e políticas públicas

2.1 A inter-relação entre Estado, Constituição e Políticas Públicas

É importante destacar a inter-relação existente entre o paradigma de Estado, a Constituição e as políticas públicas como o instrumental do “Estado em ação”, ordenado especialmente pelas normativas constitucionais, para se entender a funcionalidade de ambos os institutos de maneira a efetivar os preceitos constitucionais.

Para tanto, neste capítulo busca-se analisar o desenvolvimento dos paradigmas de Estado, no que se refere à sua ação ou intervenção estatal, em matéria de meio ambiente, para posteriormente se entenderem os fatores da criação e origem, além dos atores e do ciclo de criação do instituto das políticas públicas.

2.1.1 Estado, Constituição e Políticas Públicas: Uma Relação de Interdependência

O Estado pode ser concebido de acordo com Max Weber, para o quem “un instituto político de actividad continuada, cuando y em la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legitimo de la coación física para mantenimiento de la orden vigente.”¹⁰ Por sua vez, a Constituição pode ser compreendida numa conceituação ocidental como a “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.”¹¹

Tais compreensões desses institutos são importantíssimas, por serem condicionadores da implementação das políticas públicas, como interdependentes com a concepção de paradigma de Estado sempre identificado pela conformação político-normativa adotada pelo modelo constitucional, no qual se inter-relacionam, num processo contínuo e permanente, uma vez

10 WEBER, Max. *Economia y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 44.

11 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p. 52.

que “tal Constituição, tal Estado”¹² ou “Estado segundo a Constituição.”¹³

Para Joaquim José Gomes Canotilho, a “Constituição pretende ‘dar forma’, ‘constituir’, conformar um dado esquema de organização política.”¹⁴ Destaca-se, dessa forma, a importância da Constituição – como processo de “constituir” – e da concepção de Estado, de tal maneira que as políticas públicas se configurem em importantes instrumentos materiais que reflitam suas intenções – modos de agir estatais – ao estabelecer abstenções por parte do Estado (direitos negativos) ou simplesmente a reclamar prestações materiais positivas por parte deste (direitos prestacionais), sem o que se corre sério risco de se esvaziarem os objetivos, finalidades e tarefas normalmente previstas constitucionalmente.

É importante destacar também a necessidade de (re)construção e conformação de uma outra sociedade na chamada “realidade social”, num processo dinâmico de cooperação entre a normatização constitucional e a aplicação societal, fundada nos princípios políticos e programas

12 CANOTILHO, J.J. Gomes. Estado adjetivado e teoria da constituição. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n.3, 2003, p. 457. No mesmo sentido, BERCOVICI, Gilberto. Desigualdades regionais, Estado e Constituição. São Paulo: Max Limonad. 2003.p. 271. “Estado e Constituição são objetos de estudos indissolivelmente vinculados.”

13 Pode ser utilizada como exemplo a promulgação da Emenda 19/99, ao qual alterou significativamente a estrutura da Administração Pública brasileira. Vide BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Reformas do Estado para a cidadania. A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP, 1998.

14 CANOTILHO, Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 87.

constitucionais como forma da concretização dos ideários constitucionais.

Essa relação entre o direito e o paradigma de Estado tem sido, para Maria Paula Dallari Bucci, “uma primeira dificuldade em se trabalhar com políticas em direito”¹⁵. Aqui deve ser entendido o termo política como o processo de fazer as políticas – programa de ações do Estado – que objetivem o interesse coletivo para o bem-estar de todos.¹⁶

Essa questão tem permeado inúmeras discussões a respeito do papel atribuído às políticas públicas de acordo com o paradigma estatal adotado, porquanto tais características compreendem a forma de ação do Estado na escolha do objeto para a resolução de problemas e ou conflitos a serem atacados/resolvidos por uma ou mais ação(ões) pública(s) estatal(is).

15 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 245.

16 COMPARATO. Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, a. 35, n. 138, p. 39-48. abr./jun. 1998, p. 44. No mesmo sentido, REGONINI, Gloria. *Capire Le politiche publice*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 300. “politiche siano Il prodotto della política: degli orientamenti ideologici delle coalizioni di governo, degli assetti istituzionali, del numero dei partiti, delle loro, caratteristiche organizzative.” “Tradução livre do autor: políticas é o produto da política: os ordenamentos ideológicos das coalizões de governo, dos acordos institucionais, do numero de partidos e das características organizativas.” Pode-se ainda ser concebida numa outra perspectiva, de acordo com Max Weber a política pode ser compreendida como a “*aspiración a la participación em el poder, o la influencia sobre la distribución de poder, ya sea entre Estado o, em el interior de um Estado, entre los grupos humanos que comprende, lo qual corresponde también esencialmente al uso lingüístico.*” WEBER, Max. *Economia y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 1056. Para LAHERA, P. Eugenio. *Política e políticas públicas*. Santiago-Chile: Cepal-Naciones Unidas, 2004. (Série Políticas sociales) p. 15. “La política es la ‘esfera de la decisión social’, particularmente en democracia.”

De acordo com Joaquim José Gomes Canotilho, (“o Estado não está só, mas sempre acompanhado de ‘adjetivos’¹⁷) na sua conformação materialmente pretendida, para a persecução dos princípios e valores plasmados na Constituição, dando plena efetividade aos seus planos e pretensões político-sociais. O autor aborda a relação direta existente entre a Constituição e o paradigma de Estado como substantivo e a concepção à qual denomina de “adjetivos”, ressaltando que “talvez os adjetivos do Estado façam luz sobre as qualidades da Constituição, talvez os qualificativos de constituição adiantem alguma coisa sobre os atributos do Estado.”¹⁸ Para o constitucionalista português, o paradigma de Estado é a faceta constituída a partir de uma Constituição democraticamente legitimada, sendo indissociáveis quando se objetiva materializar em ações públicas os valores constitucionais.¹⁹

Pretende-se, assim, argumentar aqui que há uma clara compatibilidade entre a concepção de paradigma de Estado constituído pela opção constitucionalmente escolhida e a sua forma de ação representada pelo instrumento das políticas públicas, relacionando a clássica concepção de que a política pública busca colocar o “governo em ação”.²⁰ Tal problemática levou Christopher

17 CANOTILHO, J.J. Gomes. Estado adjetivado e teoria da constituição. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n.3, 2003, p. 456.

18 CANOTILHO, op. cit., p. 457.

19 CANOTILHO, op. cit., p. 457.

20 SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul.-dez. 2006, p. 26. No mesmo sentido, HOWLETT, Michel; RAMESH, M. Come studiare le politiche pubbliche. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 8: “Quando parliamo di politiche pubbliche, parliamo delle azione dei governi.” Tradução livre do autor:

Ham e Michael Hill a sustentar que “há uma exigência em atribuir maior relevo à explicação das políticas públicas centradas sob o Estado.”²¹

É possível afirmar, dessa forma, que o Estado é o principal agente na consecução/implementação das políticas públicas, mas suas ações/intervenções devem estar sempre orientadas pela conformação político-ideológica adotada pelo modelo constitucional, que determinará o enfoque para uma ação/atuação ou intervenção com maior ou menor intensidade no melhoramento de níveis econômicos, nas relações com o mercado (espaço da troca econômica), nas questões sociais ou na defesa dos recursos ambientais, para a resolução das demandas predeterminadas, buscando-se associá-las a metas e objetivos de acordo com os axiomas inspiradores da Constituição.²²

Tais formas de atuação estatal dependem da conformação político-ideológica adotadas pelo substantivo Estado e com o “adjetivo” escolhido, mas configuradas pelo modelo constitucional na conformação que as tarefas estatais são complementadas por meio das políticas públicas na realização de benefícios materiais estatais que buscam alcançar as finalidades previstas constitucionalmente.²³

Para Gilberto Bercovici, “o papel político do Estado é central no processo de formação de políticas

“quando falamos de políticas públicas, estamos falando de ações de governo.”

21 HAM, Christopher; HILL, Michael. *Introduzione all'analisi delle politiche pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 61.

22 MASCAREÑO, Carlos. *Las políticas públicas ante las realidades emergentes*. Notas para la discusión. CDC. [online]. ene. 2003, vol.20, no.52. p.7-38. Disponível no site: http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S1012-25082003000100003&script=sci_arttext Acesso em: 23 fev 2014.

23 HÖFLING, Eloísa de Mattos. *Estado e políticas (públicas) sociais*. Cadernos Cedes, São Paulo, ano XXI, n. 55, nov., 2001, p. 31.

públicas”²⁴, já que a identificação das prioridades públicas está, a princípio, fundamentada em decisões políticas desenvolvidas pelo próprio Estado, devendo ser compartilhada em conjunto com a pluralidade dos atores sociais envolvidos, considerando, é claro, as concepções e valores irradiados dos preceitos constitucionais.

Por oportuno, deve ser referido que, de acordo com Patrícia Helena Massa-Arzabe, “hoje é indissociável à noção de Estado a ação sobre os rumos da sociedade, ação esta que deve estar direcionada a buscar o aprimoramento da vida em comum.”²⁵

No mesmo sentido, Celina Souza complementa ao afirmar a relação existente entre as políticas públicas e o Estado, porque “repercutem na economia e nas sociedades, daí por que qualquer teoria da política pública precisa também explicar as inter-relações entre Estado, política, economia e sociedade.”²⁶

Por fim, deve ser considerada a posição de Michael Howlett e M. Ramesh, segundo os quais “um modo de aproximar-se do processo de política pública é examinar a natureza do regime político”²⁷ E complementam ao afirmarem que “a classificação do regime político pode

24 BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n.3, 2003, p. 173.

25 ARZABE, Patrícia Helena Massa. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 51.

26 SOUZA, Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, 2006, p. 25. No mesmo sentido, SANTOS, Hermílio. Políticas públicas, estado e sociedade. Civitas – Revista de Ciências Sociais, Porto Alegre, v. 5. n. 1, jan./ jun. 2005, p. 5-9.

27 HOWLETT, Michel; RAMESH, M. Come studiare le politiche pubbliche. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 11.

constituir-se apenas um ponto de início na análise das políticas públicas porque não explica completamente como as características do regime se manifestam sem simples políticas.”²⁸

Assim, percebe-se que, de acordo com a concepção estatal, considerando o “adjetivo” escolhido para o substantivo Estado, pode haver uma implicação maior e mais acentuada na elaboração/implementação/realização das políticas públicas insculpidas na Constituição.²⁹ Dessa forma, no caso da concepção do Estado com o “adjetivo social”, deverá haver mais concentração das ações públicas estatais na realização de políticas públicas em áreas estratégicas para o melhoramento dos níveis de qualidade de vida da coletividade, como, por exemplo, maiores investimentos nas áreas de saúde, moradia, educação, emprego e geração de renda, meio ambiente, que envolvam bem-estar à população. No caso do Estado com adjetivo “liberal”, este procura se abster de interferências ou ações estatais, omitindo-se em tais atividades, o que significa que ainda assim está realizando políticas públicas, já que essa omissão estatal também pode ser considerada uma pretensão

28 HOWLETT; RAMESH, op. cit., p. 11.

29 CANOTILHO, Estado Adjetivado e Teoria da Constituição. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003. O constitucionalista português apresenta algumas adjectivações, não tão tradicionais como o “estado de direito, estado democrático, estado autoritário, estado social, estado liberal, estado intervencionista”, com o objetivo de demonstrar que o “Estado não está só”, mas sempre acompanhado de adjectivos, quais sejam, “estado subsidiário, estado sobrecarregado, estado dispensador de serviços, estado activo, estado econômico, estado-arena, estado desobediente, estado aberto, estado cooperativo, estado protector, estado garantidor, estado desfronteirizado, estado internacional, estado cosmopolítico, estado ponderador, estado cooperativo, estado ecológico, estado argumento.” p. 456.

planejada por parte do Estado, mas de acordo com as diretrizes políticas orientadoras dessa concepção, fundadas na plena liberdade econômica por parte do mercado, sem qualquer intervenção estatal nas relações econômicas.

Desse modo, para uma melhor compreensão e entendimento dos paradigmas de Estado, seja qual for o “adjetivo” escolhido pela Constituição, a fim de comprovar a inter-relação desses institutos com a implementação/realização das políticas públicas, é fundamental focar a análise dessas concepções tão-somente numa perspectiva limitada à possibilidade ou não de haver controle jurisdicional das omissões administrativas em matéria de meio ambiente, permitindo a “sindicabilidade” das chamadas “políticas públicas” eco ou socioambientais por parte do Poder Judiciário.

Para tanto, com o objetivo de analisar posteriormente tal problemática, ainda de que se tenha conhecimento de que o instituto das políticas públicas foi criado no paradigma do Estado Liberal, mas difundido de forma crescente no Estado Social-Intervencionista, para buscar maior eficiência e otimização dos recursos públicos no período do pós-guerra, procura-se fazer uma apertada síntese dos paradigmas de Estado moderno, todos pós-constitucionais. Assim, inicia-se pela constituição do Estado Liberal, passando pelo *Welfare State*, até se chegar à instituição do Estado Democrático de Direito, este considerado como o ápice das relações entre o Estado e a sociedade, a fim de se compreender o conjunto de motivações relacionadas entre o Estado (Administração Pública) e a sociedade civil que justifiquem o surgimento do objeto de análise deste capítulo: as políticas públicas implementadas pelo Poder Público de preservação e conservação do meio ambiente.

Aliás, é importante destacar que, a partir de agora, adotar-se-á a intervenção de acordo com a conceituação de Eros Roberto Grau, para quem há uma diferenciação terminológica entre ação e intervenção estatal:

Intervir é atuar em área de outrem: atuação, do Estado, no domínio econômico, área de titularidade do setor privado, é intervenção. Atuação do Estado além da esfera no público – isto é, na esfera do privado – é intervenção. De resto toda a atuação estatal pode ser descrita como um ato de intervenção na ordem social.³⁰

Destaca-se que, muito embora se utilize a terminologia “intervenção” para atuação no domínio econômico, esta pode ser utilizada para alterações/modificações nas relações sociais de âmbito privado.

Ainda no mesmo sentido, rejeitando a ideia de que o Estado é invariável e estático nas suas concepções e paradigmas, desde que de acordo com a conformação político-ideológica de um com outro e na conexão com a realidade social concreta, assevera Gilberto Bercovici que:

Não se pode construir uma Teoria do Estado com critérios de universalidade para todos os tempos e situações. O Estado deve ser entendido historicamente vinculado às relações político-ideológicas e de poder que o conformam.³¹

Ressalte-se que essa criação metafísica recente, dentro de um contexto histórico muito mais amplo de tempo

30 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 74. Ainda no mesmo sentido, vale a pena conferir a posição de SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do estado intervencionista*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 99.

31 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad. 2003. p. 49.

organizacional, transmutou-se constantemente num período de tempo relativamente pequeno. Em cerca de duzentos anos, passou-se do Estado Absolutista ao Estado de Direito e do Estado Liberal ao Estado Social, que redundou no atual paradigma de Estado Neoliberal. Evidencia-se, desse modo, que “o conteúdo e os instrumentos próprios desta forma estatal se alteram, se reconstroem e se adaptam a situações diversas.”³²

Em vista de tais mudanças e transformações, pretende-se aqui analisar as características estruturais dos paradigmas de Estado pós-constitucionais, a começar pelo Estado Liberal, passando pelo Estado Social-Intervencionista até a emergência do Estado Democrático de Direito, no que se refere à matéria de preservação e conservação do meio ambiente por parte de tais concepções estatais.

Deve ser destacado, como já mencionado anteriormente, que os paradigmas de Estado são conformados pelos modelos constitucionais (“o Estado não está só”). Assim, mesmo não havendo a positivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nas constituições anteriores ao pós-guerra (no Brasil somente em 1988), pretende-se no presente capítulo compreender superficialmente diante de que contexto a temática do meio ambiente estava inserida em tais paradigmas de Estado.

2.1.1.1 O Estado Liberal: A Legitimidade do Estado Pretendida Para os Interesses do Mercado

32 MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 37.

Com o propósito de compreender as formas de intervenção estatal no mercado e nas relações sociais, bem como as formas de realização das prestações materiais positivas (direitos prestacionais) ou negativas (direitos negativos) por parte do Estado para posteriormente entender as políticas públicas com enfoque na proteção e conservação do meio ambiente, adotar-se-á a proposta apresentada por Jorge Reis Novais, o qual dividiu tal problemática de caracterização em separações de acordo com as características do paradigma do Estado Liberal.³³

Para Jorge Reis Novais os pressupostos do paradigma do Estado Liberal designam-se em três separações:

A separação entre a política e a economia, segundo a qual o Estado se deve limitar a garantir a segurança e a propriedade dos cidadãos, deixando a vida econômica à dinâmica da auto-regulação de acordo com o mercado; b) separação entre Estado e moral, segundo a qual a moralidade não é assunto que possa ser resolvido pela coação externa ou assumida pelo Estado; c) a separação entre o Estado e a sociedade civil, segundo a qual essa última é o local em que coexistem as esferas morais e econômicas dos indivíduos, relativamente às quais o Estado é mera referência comum tendo como única tarefa a garantia de uma paz social que permita o desenvolvimento da sociedade civil de acordo com suas próprias regras.³⁴

Deve ser ressaltado que todas as separações apresentadas entre política e economia, Estado e moral,

33 Tal divisão vislumbrando o liberalismo a partir de núcleos distintos, moral, político e econômico, também pode ser encontrada na obra de STRECK, Lênio Luis; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

34 NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito. Do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 59.

Estado e sociedade civil apresentam-se como consequências diretas ao contexto atual, sobretudo do caso brasileiro, de não participação democrática da sociedade no espaço público e dos próprios poderes públicos, especialmente do Poder Judiciário, na realização das políticas públicas, independentemente da temática envolvida, objeto que será analisado posteriormente. Atenta-se, para o momento, em buscar entender as características do Estado Liberal, sem jamais olvidar que o paradigma estatal anterior a esse “era a de um Estado que preservava privilégios absolutistas, protecionismo mercantilista e corrupção por toda a parte.”³⁵

Pode-se afirmar, por conseguinte que a mudança estatal ocorrida estruturou-se objetivando uma verdadeira revolução àquilo que o modelo anterior de Estado tanto procurou proibir: a livre-iniciativa individualista, constituindo-se, portanto, na antítese do Estado absolutista como modelo baseado no poder individual e ilimitado do monarca, representada na expressão *ex parti principis*, fundada na legitimidade dinástica³⁶, do “poder e vontade sem limites”, personificando a figura do rei com a do instituto do Estado.³⁷

35 ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias do welfare state. Lua Nova _ Revista de cultura e política, n.24, set. 1991. p. 86.

36 LAFER, Celso. O significado da república. In: Ensaios liberais. São Paulo: Siciliano. 1991, p. 18. Vejam-se também NOVAIS, Contributo para uma teoria do estado de direito. Do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito, 2006, p. 36; DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 24. ed. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 70; STRECK, Lênio; MORAES, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria geral do estado. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 46.

37 Interessante relembrar a celebre frase de Luiz XIV, monarca francês, chamado de Rei Sol: “L’État cest moi” – o Estado sou eu. Observa-se que o princípio da “separação de poderes”, objeto de análise do capítulo

2.1.1.2 Estado Liberal: Dicotomia da Política e Economia Num *Status Negativus*

O Estado Liberal pode ser caracterizado, sobretudo, pelo seu caráter não intervencionista, de *status negativus*, por possibilitar aos indivíduos ampla autonomia de atuação no espaço privado e no mercado, garantindo a plena competitividade e concorrência de todos contra todos indistintamente. De acordo com Lênio Streck e José Luis Bolzan de Moraes, “o ponto de encontro de várias vontades individuais, onde são estabelecidas as relações contratuais, é o mercado, que se auto-organiza constantemente.”³⁸

Essa auto-organização singular foi o motivo fundamental para os pensadores liberais sustentarem como desnecessária a intervenção estatal na área das relações privadas, já que a competição entre os próprios indivíduos e a “mão divina da providência”, expressão utilizada por Adam Smith³⁹, regulariam o mercado completamente. Fernando Facury Scaff, ao abordar tal paradigma de Estado, observa que “decorre daí um dos principais instrumentos do capitalismo liberal, que é a liberdade para contratar. As relações têm de ser livres porque todos os homens nascem iguais.”⁴⁰

Os princípios da abstenção estatal, da plena competitividade e da concorrência no *État Gendarme* são considerados os pilares do paradigma liberal, como uma

terceiro, pretendia acabar com o excesso de concentração de poderes a cargo de uma única pessoa, dividindo-o em três poderes distintos.

38 STRECK; MORAES, Ciência política e teoria geral do estado, 2001, p. 55.

39 SMITH, Adam. A riqueza das nações – investigação sobre a natureza e suas causas. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

40 SCAFF, Fernando Facury. Responsabilidade civil do estado intervencionista. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 73.

tentativa da construção de um modelo adequado ao funcionamento do capitalismo concorrencial, fundamentados nas ideias e no pensamento do economista inglês Adam Smith ao pregar, insistentemente, a ordem natural como fundamento essencial à liberdade do mercado. O expoente desse pensamento sustentava:

Deixe-se cada qual, enquanto não violar as leis da justiça, perfeita liberdade de ir me busca de seu próprio interesse, a seu próprio modo, e faça com que tanto seu trabalho como seu capital concorram com os de qualquer outra pessoa ou categoria de pessoas.⁴¹

De acordo com o economista inglês, considerado o idealizador do liberalismo econômico, o *laissez-faire* como fundamento do livre mercado, este deveria ser regulado somente pela “mão invisível”, garantindo que os agentes detentores dos meios de produção produzissem apenas e exclusivamente aqueles bens e serviços de que a sociedade necessitasse, controlando, portanto, a oferta e a procura, sem a menor intervenção por parte do Estado.

Lênio Streck e José Luis Bolzan de Moraes denominam o Estado Liberal de “o (não) Estado” ou o “anti-Estado”, porque “o papel do Estado é negativo, no sentido da proteção dos indivíduos. Toda a intervenção do Estado que extrapole estas tarefas é má, pois enfraquece a independência e a iniciativa individuais.”⁴²

Percebe-se, dessa forma, diante de tais características, que em tal paradigma de Estado o meio ambiente (recursos naturais) era tratado como apenas mero instrumento de apropriação por parte dos homens, não se

41 SMITH, op. cit., p. 47.

42 STRECK; MORAES, *Ciência política e teoria geral do estado*, 2001, p. 56.

constituindo num direito correlacionado a outro (saúde, bem-estar), muito menos, autonomamente como verdadeiro direito ecológico à sadia qualidade de vida humana, vindo a ser consagrado constitucionalmente tão-somente após a Segunda Guerra Mundial. O paradigma do Estado Liberal existia tão-somente para “assegurar o livre jogo da concorrência entre os particulares e impedir a invasão das respectivas esferas de autonomia.”⁴³

Laissez faire, laissez passer, de monde va de lui-même apresenta-se como regra principiológica nesse contexto de plena liberdade individual, o qual sustentava que as coisas deveriam correr a seu livre curso, porque somente assim a economia e a sociedade desenvolveriam sua melhor harmonia e crescimento.⁴⁴ No paradigma do Estado Liberal, segundo Jorge Reis Novais,

O bem-estar coletivo resultaram não de uma atividade conscientemente dirigida a atingi-lo, mas antes do livre encontro dos fins individuais, da livre concorrência de produtores e consumidores movidos e dirigidos por uma mão invisível através da procura e oferta de mercadorias.⁴⁵

Percebe-se, por conseguinte, que nessa concepção de Estado absentista a distribuição dos bens ocorria no âmbito das relações entre indivíduos ou grupos em mútua concorrência, sem qualquer ou nenhuma interferência estatal na esfera econômica ou de mercado, deixando que as relações mercadológicas individuais ou de grupos regulassem a relações livremente. Cabe ao Estado apenas a função de

43 NOVAIS, Contributo para uma teoria do estado de direito. Do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito, 2006, p. 69.

44 ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria geral do Estado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 3 ed. 1997. p. 377.

45 NOVAIS, op. cit., p. 60.

facilitar a instauração dos contratos e seu cumprimento na aplicação concreta do princípio *pacta sunt servanda*, bem como de garantir a continuidade de tais negócios contra violências físicas sofridas pelos cidadãos.

Logo, essa proposição liberal concebia o Estado tão-somente para garantir os direitos individuais como verdadeiros “direitos negativos”, tanto que tais direitos foram reconhecidos exatamente nesse momento histórico, numa perspectiva de proteção da vida, da propriedade privada, da liberdade, da igualdade, concebendo-os como direitos naturais dos indivíduos, que nem mesmo o poder estatal poderia violar. Ingo Wolfgang Sarlet compreende que tais direitos de cunho negativo foram, ao longo do tempo, “afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera individual em face de seu poder.”⁴⁶

O objetivo nuclear dos liberais era encontrar garantias de segurança individual a fim de conter e controlar todo e qualquer arbítrio estatal contra o indivíduo, deixando o restante ao livre-arbítrio da iniciativa de cada um.⁴⁷ Utilizaram-se do processo de racionalização do direito formal, por meio da lei, que representaria a expressão da “vontade geral” ou da “vontade de todos”, como uma forma de organizar a economia e garantir aos agentes econômicos que o Estado não interviria nas relações de mercado e sociais, limitando, pois, o poder do Estado.

46 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 50. Tais direitos também podem ser chamados de direitos de primeira geração (dimensão), por garantir os direitos individuais (vida, patrimônio, liberdade), p. 50.

47 ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria geral do Estado. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997. 376.

Essa proposta de racionalização do direito, segundo Max Weber, encontra-se fundamentada numa concepção da reserva legal-racional,

Aquela decorrente do estatuto, sendo seu tipo mais puro “a dominação burocrática”, onde qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma; ou seja, obedece-se não à pessoa em virtude do seu direito próprio, mas à regra estatuída, que estabelece ao mesmo tempo a quem e que medida se deve obedecer.⁴⁸

Dessa forma, a criação do instituto da norma-legal-racional como uma garantia de abstração geral com as características de generalidade e abstração, cuja pretensão deveria prevalecer para todas as pessoas indistintamente, rompeu com o princípio do particularismo jurídico, significando que “ninguém está acima da lei, estando todos sujeitos a ela”⁴⁹. Contudo, assegurou “a primeira garantia correspondente ao liberalismo político e, concomitantemente, é posta a serviço da preservação do mercado (= liberalismo econômico; liberdade econômica em suas diversas faces, liberdade pública e liberdade privada.)”⁵⁰. Essa racionalidade jurídica materializada pela norma-legal-racional apresentava-se como uma segurança da burguesia contra invasões e interferências estatais nas relações de mercado ao garantir a total abstenção do Estado nas questões envolvendo tais temáticas, motivo pelo qual ele fora legitimado.

48 WEBER, Max. Os três tipos de puros de dominação legítima. In: COHN, Gabrie (Org.). Sociologia. São Paulo: Ática, 1986, p. 128.

49 DAHRENDORF, Ralf. O conflito social moderno. Um ensaio sobre a liberdade política. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; São Paulo: Edusp, 1992, p. 52.

50 GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 38.

Os direitos fundamentais, o princípio da separação de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) com o império da lei e o princípio da legalidade são consequências diretas dos princípios estruturais do paradigma de Estado Liberal.⁵¹

Evidencia-se, assim, que o meio de organização da economia capitalista e do Estado Liberal é realizado pelo princípio da norma-legal-racional assentado no direito formal, como uma técnica de racionalização do poder estatal, com vistas a limitar o arbítrio estatal contra violações às esferas de individualidade. De forma contrária, também poderia usar do exercício do poder do Estado – o monopólio do uso do poder da força – contra os descumpridores das prescrições normativas, como maneira de legitimar os interesses do Estado na preservação de tais liberdades individuais.

Eloísa de Mattos Hofling sintetiza claramente o dilema desse paradigma estatal, “na medida em que o Estado, no capitalismo, não institui, não concede a propriedade privada, não tem o poder de interferir nela.”⁵²

As interferências desse paradigma de Estado, de acordo com Fernando Facury Scaff, ocorriam somente “sob três aspectos: para a manutenção da ordem, da segurança e da paz, em nível de política externa, para que internamente fosse possível ocupar todo o tempo e pessoal disponível com atividades econômicas.”⁵³ É o Estado-Polícia.

51 CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 109.

52 HÖFLING, Eloísa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. Cadernos Cedes, São Paulo, ano XXI, n. 55, nov. 2001, p. 36.

53 SCAFF, Responsabilidade civil do estado intervencionista, 2001, p. 71.

No mesmo sentido, Gosta Esping-Andersen explicita a questão da negativa apresentada pela burguesia para a não interferência estatal nas relações, visto que “a intervenção do Estado só asfíxiaria o processo igualizador do comércio competitivo, e criaria monopólios, protecionismo e ineficiência; o Estado sustenta a classe, o mercado tem a potencialidade de destruir a sociedade de classes.”⁵⁴

De fato, esse paradigma estatal baseado na dominação da ordem racional-formal fora legitimado tão-somente para garantir a “segurança jurídica” na proteção da vida e na liberdade individual contra violências físicas, assim como nos modos de produção e do mercado, abstendo-se de interferir na esfera dos negócios privados e na propriedade para apenas assegurar cumprimento das relações econômicas, além de não poder realizar outras finalidades para as quais foram instituídas, senão aquelas de impedir a violência física interna e externa do Estado.

Assinala Cristiane Derani que a legitimidade estatal é realizada pela própria sociedade, já que “o Estado faz aquilo que a sociedade quer que ele faça”⁵⁵. Dessa forma, esse paradigma de plena liberdade econômica estava baseado num objetivo legitimado pelo poder político da burguesia, que determinava as ações do Estado de acordo com suas pretensões e interesses político-econômicos. Segundo Jorge Reis Novais,

Como modo de produção que institucionaliza a concorrência de todos contra todos, o capitalismo não permite a representação dos interesses do conjunto através da simples

54 ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias do welfare state. Lua Nova. Revista de cultura e política. n. 24, set, 1991, p. 86.

55 DERANI, Cristiane Política pública e a norma jurídica. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 132.

reunião dos capitalistas individuais; nesse sentido a burguesia necessita de autonomizar uma instância de poder, suposta capaz de representar imparcialmente os interesses de classes globais, pelo que esta instância – o Estado – não pode, enquanto tal, envolver-se na cadeia de produção.⁵⁶

Denota-se que tal proposta de neutralidade política do paradigma de Estado Liberal gerou fortes e graves consequências, de maneira a constituir uma forma de dominação de classe por aqueles que detinham o poder econômico, qual seja, a burguesia. Nesse sentido, explica Gosta Esping-Andersen que “os liberais temiam com razão o sufrágio universal, pois era provável que este politizasse a luta pela distribuição, pervertesse o mercado e alimentasse ineficiências. Muitos liberais concluíram que a democracia usurparia ou destruir o mercado.”⁵⁷ Do mesmo modo, Ralf Dahrendorf assinala que “os direitos políticos são os ingressos para a vida pública.”⁵⁸

Por isso, a democracia como conceito clássico de sufrágio ou baseado no modelo representativo como processo de participação política nas decisões do Estado era insistentemente refutada pela burguesia, porque representava uma ameaça à manutenção do poder por eles exercida nesse período, podendo, inclusive, perverter as relações do mercado com a participação frente ao Estado.

56 NOVAIS, Contributo para uma teoria do estado de direito. Do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito, 2006, p. 64.

57ESPING-ANDERSEN, As três economias do welfare state. Lua Nova, 1991, p. 86.

58 DAHRENDORF, Ralf. O conflito social moderno. Um ensaio sobre a liberdade política. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; São Paulo: Edusp, 1992, p. 53.

Do mesmo modo, o caráter abstencionista do Estado, a necessidade de acumulação de capital e riqueza buscada pela iniciativa privada e a ausência de regulamentação normativa de preservação e conservação do meio ambiente permitiram a plena degradação dos recursos naturais nesse paradigma de Estado. Para Annelise Monteiro Steigleder, o paradigma de Estado Liberal, “ao legitimar e fortalecer a propriedade privada, concorreu decisivamente para a apropriação quantitativa e qualitativa dos recursos naturais, assegurando a transformação da natureza em bens jurídicos a serem inseridos no mercado.”⁵⁹

Diante disso, pôde-se perceber que o meio ambiente como bem jurídico a ser tutelado representava pouco ou quase nada nesse paradigma de Estado, salvo se estivesse confundido com a questão da propriedade privada, caso em que poderia ser representada como forma de apropriação econômica geradora de riqueza à burguesia detentora dos processos de acumulação do capital e de dominação política.

2.1.1.3 Estado Liberal: Da Dicotomia Entre a Esfera Pública e a Esfera Privada à Plena Separação do Estado e da Sociedade Civil

Nesse paradigma de Estado mínimo apresenta-se de forma clara a dicotomia existente entre a esfera pública e a esfera privada, assegurada pelo Estado através da reserva da lei, a fim de garantir a proteção dos indivíduos como garantia social contra qualquer ato de violência contra a vida ou integridade física dos indivíduos ou ao seu patrimônio, bem como a qualquer iminência de uma agressão à vida ou

59 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental. As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 45.

propriedade. Assim, o Estado “Leviathan” poderia agir, inclusive, com o uso da força coativa de maneira a repreender tal atitude.⁶⁰

Para Jorge Reis Novais, “garantida, assim, a paz externa e a segurança interna, toda a ação política superveniente se revela não só supérflua como eventualmente prejudicial, na medida em que surge como ingerência perturbadora de uma ordem natural.”⁶¹ Na mesma direção, Celso Lafer entende que

Esses direitos de garantia, de cunho individualista, são um dado importante para a convergência da ética com a política, pois a interação entre governantes e governados por eles disciplinada enseja um controle “ex parti populi” da gestão “ex parti principis” do todo político-econômico e social.⁶²

É importante frisar que tais direitos negativos, os quais não poderiam ser transgredidos pelo poder absoluto do Estado, num primeiro momento deveriam representar a independência e a garantia de que os indivíduos pudessem participar efetivamente do espaço público, como um *locus* acessível a qualquer sujeito, tal como assegurado nas relações com o mercado. Entretanto, não seria possível admitir que a base do Estado e da sociedade civil tivesse como fundamento uma relação de direito privado, baseada

60 Sobre a dicotomia entre esfera pública e privada vide BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política. 4 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 15.

61 NOVAIS, Contributo para uma teoria do estado de direito. Do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito, 2006, p. 61.

62 LAFER, Celso. Os direitos do homem e a convergência da ética e da política. Ensaios Liberais, São Paulo: Siciliano, 1991, p. 40.

tipicamente nas questões privadas entre indivíduos, como no caso dos contratos.

Verifica-se, dessa forma, a clara divisão existente entre a esfera pública, que estava relacionada às coisas do Estado, tais como a segurança pública, a cidadania, a representação política, e a esfera privada, relacionada às coisas dos indivíduos, tais como a vida, liberdade, a propriedade, o mercado, como direitos intangíveis de interferência por parte do Estado. Essa clivagem entre a esfera pública e a esfera privada é resultante dos princípios e ideais liberais apregoados como limitadores da ingerência do poder estatal na seara dos interesses individuais privados.

Joan Subirats, ao abordar tal problemática da separação entre o Estado e a sociedade, referiu que no paradigma de Estado com adjetivo “liberal” a sociedade “era um conjunto de individuos aislados, que se consideraban iguales ante la ley e cuyas relaciones se basaban em reglas internas propias, no violables por la actividad de los poderes públicos.”⁶³

A desestruturação do modelo de Estado de Direito Liberal, em razão da necessidade da intervenção estatal em determinados setores, que beiravam a condições extremas de miséria e pobreza, ao menos com a sua intervenção normativa, conduziu a que a dimensão da lei e do direito fosse revista, de modo que ele não poderia mais se sustentar apenas como um instrumento de garantia da preexistência da autonomia privada ou de direitos subjetivos em face de toda a comunidade.

Ainda assim, é importante referir que, de acordo com Lênio Streck e José Luis Bolzan de Moraes, “percebe-se que o grau zero de intervenção é o ideal nunca alcançado, pois sempre houve políticas estatais de algum tipo ou,

63 SUBIRATS, Joan. Notas acerca del Estado, la Administración y las políticas publicas. Revista de Estudios Políticos, n.59, enero/mar. 1988, p. 173.

porque, como se percebe, o Estado Liberal requer qualidades e pressupostos igualitários, além de uma competição equilibrada, concretizadas em sede legislativa.”⁶⁴ Isso, no entanto, não representa que a Administração Pública nada tenha feito de forma concreta e positiva; ao contrário, continuou a prestar os serviços públicos essenciais à coletividade, como, por exemplo, a preservação da ordem, a segurança pública, a paz, o funcionamento da justiça.

Nesse sentido, Fernando Facury Scaff entende que “o Estado Liberal, mesmo quando agia apenas para manutenção da ordem, da segurança e da paz, intervinha no domínio econômico.”⁶⁵. Denota-se que as questões envolvendo problemas sociais não eram objeto de preocupação por parte do Estado, sendo-o somente quando houvesse transgressão das normas garantidoras da inviolabilidade do patrimônio individual. Para o autor, isso significaria o “ponto zero de intervenção”⁶⁶, mas, ainda assim, representa uma intervenção estatal na consecução dos problemas sociais, mesmo que seja com a criminalização a fim de evitar tais práticas sociais.

2.2 Do Estado Liberal ao Estado Social: A Emergência da Intervenção Estatal

O paradigma do *État Gendarme* restou sucumbido por várias questões, dentre as quais o fato de ter primado por uma “postura ultra-individualista, assentada em

64 STRECK; MORAIS, Ciência política e teoria geral do estado, 2001, p. 62.

65 SCAFF, Responsabilidade civil do estado intervencionista, 2001, p. 90.

66 SCAFF, op. cit., p. 90.

um comportamento egoísta; uma concepção individualista e formal da liberdade, onde há o direito mas não o poder de ser livre”⁶⁷, gerando sérias consequências, especialmente nas relações econômicas e sociais.

Lênio Streck e José Luis Bolzan de Moraes creditam o desenvolvimento do *État Providence* a duas razões: a primeira “de ordem política, através da luta pelos direitos individuais (primeira geração) pelos direitos políticos e, finalmente pelos direitos sociais”⁶⁸; a segunda, de “natureza econômica, em razão da transformação da sociedade agrária em industrial”.⁶⁹

Entretanto, há todo um contexto envolvido para a transformação do paradigma do Estado Liberal para o Estado Social, no qual se podem relacionar numa perspectiva histórica-política a concepção do liberalismo, que gerou a “formação de grandes aglomerados urbanos, como decorrência da Revolução Industrial, e o excesso de mão-de-obra, que estimulava a manutenção de péssimas condições de trabalho, com ínfima remuneração.”⁷⁰

Com isso, para o proletariado _ categoria que se tornara a maioria da população _ inexistiam condições mínimas de moradia, saúde, saneamento, condições de trabalho, previdência social, porque no paradigma do Estado Liberal os indivíduos conduzidos pelo mercado primaram sempre pelo acúmulo de capital, buscando a motivação econômica em detrimento ao bem-estar das pessoas e da justiça social. Pode-se destacar ainda a ocorrência e término da Primeira Guerra Mundial, acelerando a derrocada do

67 STRECK; MORAIS, Ciência política e teoria geral do estado, 2001. p. 62.

68 Op. cit., p. 71.

69 Op. cit.

70 DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 278.

modelo de Estado Liberal e impelindo o Estado a uma intervenção decisiva na vida econômica, em função de fracionamento de bens de consumo.⁷¹

Celso Lafer, comentando a questão, centra-se numa perspectiva eminentemente econômica, apresentando outras motivações causadas estritamente pelo mercado para a derrocada do Estado Liberal:

1. O mercado não cria bens públicos, entre os quais está a ordem; 2. O mercado não lida com as externalidades: os efeitos de decisões que afetam terceiros que não tiveram parte nas decisões, é o caso, por exemplo, de decisões de investimento que acarretam a poluição; 3. O mercado não soluciona os problemas dos erros dos consumidores; que é o que ocorre quando ele escolhe meios impróprios para a realização de seus desejos, influenciado, por exemplo, pela propaganda comercial; 4 o mercado não contém embutido na sua lógica, um mecanismo redistributivo que elimine ou atenua a desigualdade dos pontos de partida. É por isso que o mercado, por si só, não é suficiente para estruturar a ordem social.⁷²

É de ser apresentado ainda como um fator preponderante que o fato de a venda da força de trabalho ser considerada como uma mercadoria qualquer acelerou o processo de desmoroamento, porquanto houve um processo de “mercadorização” desse direito como se fosse uma mercadoria a ser negociada no mercado a qualquer preço, sem qualquer intervenção no sentido da sua regulação ou proteção por parte do Estado.

Para Fernando Facury Scaff, “o trabalhador não vende sua força de trabalho porque quer, mas por ter de

71 NOVAIS, Contributo para uma teoria do estado de direito. Do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito, 2006, p. 182.

72 LAFER, contratualismo e pacto social. Ensaio Liberais, 1991, p. 86.

utilizá-la para sua sobrevivência.”⁷³ Dessa forma, pelo fato de haver oferta excessiva de mão-de-obra no mercado, reduziu-se o trabalho humano à “quase-escravidão”, comprovando a completa dominação econômica sofrida pelos direitos em razão da atuação do mercado, no qual se buscava incessantemente a maximização dos lucros, com a minimização dos custos da mão-de-obra, mesmo que tais objetivos causassem a violação dos direitos dos trabalhadores.

Deve ser referido, apenas a título de reflexão, que, se com os direitos trabalhistas associados diretamente à própria natureza humana o Estado Liberal dispensava esse tipo de tratamento, pode-se imaginar qual seria o tratamento dispensado por esse paradigma de Estado no que se trata do direito ao meio ambiente. De acordo com André Borges, “a mercantilização do trabalho, isto é, do próprio homem, envolve a liquidação de todas as formas orgânicas de vida, com a destruição das relações de vizinhança, parentesco, profissão e credo.”⁷⁴

E foi nesse momento de grandes mudanças socioeconômicas tão prejudiciais aos direitos e interesses das massas de proletariados e, ao contrário, tão benéfica aos desejos capitalistas da burguesia que se exigiu do Estado uma ação, qual seja, a de intervir no mercado quando necessário para a modificação das estruturas econômicas ou sociais prejudicadas, corrigindo-as de maneira a reduzir os impactos da miséria e da desigualdade social provocados pela autorregulação do mercado.

73 SCAFF, Responsabilidade civil do estado intervencionista, 2001, p. 86.

74 BORGES, André. Ética burocrática, mercado e ideologia administrativa: contradições da resposta conservadora “à crise de caráter do Estado. Dados _ Revista de Ciências Sociais. 2000. Extraído do site www.redalyc.com Acesso em: 22 mar 2012.

Para Dirlei da Cunha Júnior, esse contexto apresentava todas as condições necessárias para mudanças, porque “estava instalado, portanto, o clima político-social propiciador da intervenção do Estado nas relações socioeconômicas travadas pelo indivíduo.”⁷⁵ Jorge Reis Novais complementa ao dizer que

O Estado representativo liberal era incapaz de responder a estes estímulos e corresponder às novas necessidades a partir da mera correção da postura de separação das instâncias política e social; o que a nova época exigia era, não apenas um acréscimo das intervenções do Estado, mas uma alteração radical na forma de conceber as suas relações com a sociedade.⁷⁶

Denota-se que, nessa conjuntura de dificuldades socioeconômicas enfrentadas pela massa de proletariados, a maioria da população, foi necessário (re)dimensionar o papel que o Estado deveria representar e, sobretudo, a quem, por ser considerado caracteristicamente omissivo e ausenteísta com as demandas e necessidades das classes mais desfavorecidas e desprotegidas, mas também como aquele ente que tão-somente legitima as relações mercadológicas de uma classe que detém o poder econômico, servindo apenas aos seus interesses em detrimento dos demais, para um Estado protagonista, a fim de modificar estruturas e condições sociais e econômicas desfavoráveis à coletividade.

75 CUNHA JUNIOR, Dirlei da Cunha. Controle judicial das omissões do poder público. Em busca da dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 204.

76 NOVAIS, Contributo para uma teoria do estado de direito. Do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito, 2006, p. 183.

2.3 Estado Social-Intervencionista: A Intervenção Estatal na Realização das Prestações Fáticas Como Direitos da e para Coletividade

Se o paradigma do Estado Liberal se caracterizava pela sua inação estatal sempre legitimada pelas pretensões e interesses da burguesia nas questões da economia e na área social, o Estado Social, ao contrário, caracterizou-se, dentre outras questões, pela atuação/interferência no mercado e nos conflitos sociais para implementação dos direitos de cunho prestacional, com vistas a garantir uma vida digna e protegida à coletividade, independentemente da capacidade produtiva individual-atomista de cada pessoa.

Essa característica da interferência/atuação estatal pode ser considerada a marca registrada da concepção do Estado Social, conferindo um novo sentido à dicotomia Estado x sociedade, porquanto estreita relações entre tais esferas para redefinir novos vínculos entre eles nessa concepção estatal, aproximando-as para um objetivo em comum: efetivação da justiça social. Para Christopher Ham e Michael Hill,

As atividades políticas do Estado, portanto, são indissolvelmente ligadas ao desenvolvimento econômico da sociedade. Em perspectiva histórica, se pode afirmar que principalmente processos de crescimento das intervenções estatais podem desenvolver em bases as mudanças na economia. 77

Desse fenômeno surge um novo *ethos* político, que resultaria na superação da concepção liberal da separação dicotômica entre o Estado e a sociedade para uma inter-relação de mútua cooperação entre ambas, o que redundou

77 HAM, Christopher; HILL, Michael. Introduzione all'analisi delle politiche pubbliche. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 43.

numa reestruturação total da sociedade. Assim, exigiu-se dos indivíduos atomizados uma nova postura, a de constituir grupos sociais e ou coletivos para pressionar o Estado à realização dos direitos e necessidades de maneira a fazer frente às “contingências naturais e sociais” sem quaisquer distinções de classe, direcionando, portanto, à universalidade da população.

Ainda nesse paradigma de Estado, em função dessa característica de abertura do Estado para a sociedade e para as questões públicas, começaram a surgir os primeiros movimentos em defesa do meio ambiente, associados à questão da saúde humana e da melhora de qualidade de vida, como verdadeiras questões políticas, redundando, posteriormente, na consagração constitucional desse direito com status de direito fundamental, questão que será desenvolvida no próximo capítulo.

Para Jürgen Habermas,

Reacoplar o sistema econômico ao político, que de certo modo repolitiza as relações de produção, cria uma crescente necessidade de legitimação. O aparelho do estado não mais como capitalismo liberal, apenas assegura as condições gerais de condição (no sentido do pré-requisito para a contínua existência do processo de produção) mas agora está ativamente engajado nele.⁷⁸

A superação da fronteira travada entre a sociedade e o Estado representa uma nova forma de conceber essas relações, já que um novo espaço público se abre, legitimando a todos os indivíduos as mesmas oportunidades e direitos, ainda que formalmente previstos, buscando implementar a promessa não cumprida pelo modelo liberal da igualdade material. Jorge Reis Novais entende que essas mudanças

78 HABERMAS, Jürgen. A crise de legitimação no capitalismo tardio. 2 ed. Rio de Janeiro: tempo Brasileiro, 1981, p. 51.

substanciais “traduzem-se inevitavelmente numa nova configuração da esfera da autonomia individual onde, ao lado dos direitos e liberdades clássicos (..) avultam, agora, os chamados direitos sociais indissolúveis das correspondentes prestações do Estado.”⁷⁹

Do mesmo modo, André Borges assinala que “a construção do Estado de Bem-Estar marca a ascensão dos sujeitos políticos capazes de impor seus interesses sobre a lógica pura do mercado a partir das regras universais e pactuadas.”⁸⁰

Dalmo de Abreu Dallari com muita propriedade explica esse novo espaço com o desaparecimento dos limites entre a esfera pública e a esfera privada em relação ao Estado, cujo “antigo mal necessário, passou à condição de financiador, sócio e consumidor altamente apreciado, tendo cada vez mais estimulada sua atitude intervencionista.”⁸¹

Com a emergência do Estado Social-Intervencionista houve uma completa reviravolta político-econômica, se comparado ao paradigma do Estado Liberal, uma vez que os indivíduos nessa concepção estatal se inclinaram a se auto-organizar individual ou coletivamente com vistas a garantir ou ampliar seus interesses num novo *ethos* político, buscando a realização dos direitos sociais por meio do Estado. Para Gosta Esping Andersen,

Quando os direitos sociais adquirem o status legal e prático dos direitos de propriedade, quando são invioláveis, e quando são assegurados com base na cidadania em vez de terem base no

79 NOVAIS, Contributo para uma teoria do estado de direito. Do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito, 2006, p. 187.

80 BORGES, Ética burocrática, mercado e ideologia administrativa: contradições da resposta conservadora “à crise de caráter do Estado. Dados, 2000. Disponível em: www.redalyc.com Acesso em: 22 mar 2012.

81 DALLARI, Elementos de teoria geral do estado, 2003, p. 281.

desempenho, implicam uma “desmercadorização” do status dos indivíduos vis-à-vis o mercado.⁸²

Denota-se, por conseguinte, haver uma preocupação toda especial por parte dessa concepção de Estado com a promoção da igualdade material entre os indivíduos, interferindo sempre que necessário no mercado para a realização dos direitos sociais violados, para o fim de “desmercadorizar” os direitos, de modo a buscar a melhoria das condições de vida dos indivíduos e, conseqüentemente, a justiça social.

É de se destacar que, dentre algumas das principais características do Estado Social, a interferência estatal no domínio econômico é a mais marcante, porque objetiva melhorar as condições de vida dos indivíduos, impondo a necessidade de regulação de alguns princípios liberais e atenuando-os como forma de prevalecer os indivíduos em detrimento do capital, de modo a concretizar a igualdade material proposta pelas constituições com caráter social, mas sem nunca esquecer a preservação da liberdade como condição essencial para a igualdade.

Para Paulo Bonavides, “Estado Social significa intervencionismo”⁸³, exigindo, incondicionalmente, a “presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do individuo, pela impossibilidade em que esta se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas.”⁸⁴ Assim, de acordo com Gilberto Bercovici, esse

82 ESPING-ANDERSEN, As três economias do welfare state. Lua Nova, 1991, p. 101.

83 BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 202.

84 BONAVIDES, op. cit., p. 200.

paradigma de Estado “torna-se o *locus* da luta de classes”⁸⁵ porque nesse espaço – espécie de arena política – se travam todas as discussões, debates e confrontos políticos sobre a implementação dos direitos e das tarefas a serem cumpridas pela própria Administração Pública.

A instituição da concepção do Estado Social como “Estado-Intervencionista” promove a desconstrução do paradigma da acumulação do capital somente entre a burguesia, classe dominante considerada de poucos, para a divisão entre a coletividade, classe explorada, considerada de muitos, como forma de fazer justiça social, na busca do (re)equilíbrio do capital-humano originado pelas relações capitalista-liberal-individualistas. De acordo com Claus Offe, “o que estava em questão nos conflitos de classe já não era mais o modo de produção mas o volume de distribuição, não o controle mas o crescimento.”⁸⁶

Tal exigência de redistribuição do capital impôs uma nova postura do Estado, a de interferir/atuar/intervir nas questões de mercado e individuais, com o objetivo de resolver numa perspectiva coletiva, não mais individualmente, essas demandas. Por esse motivo se consagraram, após muita mobilização social, as primeiras constituições denominadas “sociais”: a Mexicana (1917) e a de Weimar (1919), ambas preocupadas com os direitos sociais (direito ao trabalho, previdência social) e com a justiça social (redistribuição de renda e questões econômicas).

Para Celso Lafer, tais direitos de segunda geração previstos nessas constituições geravam, além do respeito e

85 BERCOVICI, Gilberto. Desigualdades regionais, Estado e Constituição. São Paulo: Max Limonad. 2003. p. 53.

86 OFFE, Claus. A democracia partidária competitiva e o welfare state keynesiano: fatores de estabilidade e desorganização. Problemas estruturais do estado capitalista. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 369.

da reafirmação dos direitos de primeira geração, constituídos nas constituições liberais como “direitos negativos”, a obrigação da implementação das prestações materiais pelo *Welfare State*, servindo como “direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade, e têm como objetivo não a ‘estatização da produção’, mas a ‘socialização do progresso’”.⁸⁷

Os direitos sociais (direitos prestacionais), juntamente com a característica intervencionista, podem ser considerados o ponto central desse paradigma de Estado. E é exatamente nessa concepção de Estado que eles se originam, denominados de “direitos de cunho prestacional”, que, para Andreas Joachim Krell, “não são direitos contra o Estado, mas sim direitos por meio do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais”.⁸⁸ Para Clémerson Merlin Cléve os direitos prestacionais são

Exigentes de uma atuação positiva do poder público, em particular porque o âmbito material definitivo desses direitos depende de uma manifestação legislativa (e material) do Estado. Além disso, esses direitos são insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito), pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos.⁸⁹

87 LAFER, Os direitos do homem e a convergência da ética e da política. Ensaios Liberais, 1991, p. 41.

88 KRELL, Andreas J. Realização dos direitos sociais fundamentais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). Revista de Informação Legislativa, a. 36, n. 144, p. 239-260. out./dez. 1999, p. 240.

89 CLEVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos sociais fundamentais. Crítica Jurídica, Curitiba, n. 22, 17-29, jul/dez.2003. p. 21.

Assim, tais direitos, configurados como prestações econômicas, sociais e culturais, convertem-se no objetivo prestacional do paradigma do Estado Social, pela própria realização estatal desses direitos, atribuindo a si a tarefa de implementá-los com vistas a alcançar, além da igualdade formal – conteúdo de liberdade formal –, um nivelamento social e, principalmente, econômico, que é a igualdade material.⁹⁰

É preciso ter a compreensão de que o paradigma do Estado Social está relacionado com uma sociedade de massa em que “todas as sociedades avançadas do nosso mundo contemporâneo são, de fato, caracterizadas por uma organização econômica cuja produção e consumo apresentam proporções de massa.”⁹¹

Dessa forma, houve uma expansão extraordinária das competências do Estado, especialmente na Administração Pública, com o alargamento da estrutura estatal, cuja presença exigiria participação ativa em quase todos os segmentos onde constassem as necessidades de intervenção estatal, seja nas áreas econômicas, seja nas áreas sociais e culturais. Tal problemática não é diferente com relação à quantidade elevadíssima de ações e intervenções, em face da multiplicação de problemas e demandas coletivas a serem resolvidas estritamente pela Administração Pública, o que causou um alto custo público para o equacionamento e resolução dessas demandas.

Essa perspectiva acrescenta outra compreensão do modelo racional-formal do Estado, de atuação e interferência nas relações “com” e “no” mercado e nas relações sociais, paradigma no qual seria necessária a

90ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria geral do estado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 3. ed. 1997. p. 396.

91 CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 57

superação da ordem racional-formal da lei, baseada na coerção e no uso da força aos indivíduos e à Administração Pública para uma ordem de planejamento e organização às ações de governo, considerando também que o princípio da legalidade pela Administração Pública somente poderá agir sob o impulso da normatização legal. Maria Paula Dallari Bucci denomina-as de *government by policies como aprimoramento do government by law*⁹², que significa a concepção de governo pelas leis, de modo que ambas não possuem caráter eliminatório ou de exclusão, permitindo “conviver” em perfeita sintonia no ordenamento.

Diante disso, da possibilidade de planejamento, segundo Dalmo de Abreu Dallari, houve a necessidade de “controlar os recursos sociais e obter o máximo proveito com o menor desperdício, para fazer face às emergências da guerra, leva a ação estatal a todos os campos da vida social, não havendo mais qualquer área interdita à intervenção do Estado”.⁹³ Dessa forma, revelou-se naquele momento histórico, causado pela recessão econômico-financeira do pós-guerra, uma imperiosa necessidade de o próprio Estado, através da Administração Pública, como ente competente para tanto, fazer o planejamento de suas ações e intervenções num determinado prazo, a ser definido, contabilizando custos e benefícios. Procurou, assim, maiores índices de eficiência administrativa para enfrentamento dos problemas coletivos e as suas devidas correções no decorrer do processo interventivo, antecipando a possibilidade de haver gastos desnecessários, às vezes muito superiores ao planejamento feito anteriormente e que não correspondem às demandas e urgências da população de massa.

92 BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 246.

93 DALLARI, Elementos de teoria geral do estado, 2003, p. 280.

No que pertine à temática ambiental, no paradigma de Estado Social-Intervencionista, continuou marginalizada, com o agravante de nele se buscarem melhores índices de emprego e da maximização dos fatores de produção, a fim de suprir demandas geradas pelo consumo em massa. Tal paradigma de Estado, para Annelise Monteiro Steigleder, pautou-se “pela regra do acúmulo de capitais e produção de riqueza, ignorando a preservação dos recursos naturais como elemento de uso limitado.”⁹⁴

Denota-se, diante de tais considerações, que, apesar de inúmeras modificações estruturais no paradigma de Estado, como o surgimento dos direitos sociais (emprego, moradia) e a forte intervenção estatal na resolução de conflitos, na área de meio ambiente tal modelo estatal continua a ser individualista e calcado na racionalidade de apropriação.

Entretanto, foi exatamente nesse paradigma de Estado que se começou a questionar que modelo de desenvolvimento deveria ser adotado, em face dos problemas da finitude dos recursos naturais e dos processos de produção, que exigiam altos índices de recursos para o suprimento das demandas do mercado de massa, bem como emergiu uma discussão sobre as questões relacionadas ao meio ambiente numa perspectiva internacional.

2.3.1 A intervenção Estatal na Economia e nas Relações Sociais: a Planificação Como uma Vertente das Políticas Públicas

Para a literatura especializada na área, a intervenção do Estado Social na economia e nas relações sociais

94 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental. As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 46.

apresentou três fases distintas: a primeira foi a do intervencionismo, quando da fase de decadência do Estado Liberal, caracterizando-se por medidas esporádicas e circunscritas a situações e ocasiões específicas; a segunda, do dirigismo, quando a atuação estatal passa a ser mais firme e coerente, com atos sistemáticos de ajuda e reforço à iniciativa privada, com objetivos políticos e econômicos predeterminados; a terceira, com a planificação, representando o último e mais acabado estágio de atuação do Estado, inclusive com previsões que abrangem largo período temporal.⁹⁵

Inobstante a apresentação de tais separações em fases, cabe assinalar que Maria Paula Dallari Bucci apresenta uma observação pertinente nesse processo, para o qual “não há um corte temporal separando nitidamente essas fases; o que há são técnicas de intervenção jurídica que vão sendo criadas e modificadas, a ponto de caracterizar novos padrões qualitativos da relação entre o Estado e a sociedade.”⁹⁶

Ainda assim, para melhor compreender essa evolução da intervenção do Estado no mercado (espaço da troca econômica) em busca de melhores condições materiais aos indivíduos, bem como resultando na evolução de meios do Estado para prestar tais prestações materiais positivas, utilizam-se as fases distintas até como forma mais analítica para a compreensão desse processo interventivo, sabendo-

95 SCAFF, Responsabilidade civil do estado intervencionista, 2001, p. 97-98. No mesmo sentido NOVAIS, Contributo para uma teoria do estado de direito. Do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito, 2006, p. 184. De posição contrária GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 151. E também GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 2002.

96 BUCCI, Direito administrativo e políticas públicas, 2006, p. 246.

se que não se trata de uma trajetória linear e bem definida temporalmente nem descontextualizada historicamente, mas de uma construção que objetiva compreender tais características.

Para tanto, a fase inicial, representada pela intervenção direta do Estado, segundo Dirlei da Cunha Júnior, compreendia um “caráter de emergência, com fins econômicos e sociais. Estes para atender a setores limitados, como as de habitação e das relações de trabalho. Aqueles, para solucionar os problemas do pós-guerra de 1914 surgidos com a crise da década de 20.”⁹⁷

Com a segunda fase, do dirigismo estatal, ampliaram-se as áreas de interesse do Estado, abrangendo como essenciais a todas aquelas que contemplassem as necessidades coletivas da sociedade. Eros Roberto Grau explica que as ações do Estado nesse período se fazem “por direção, dirigindo comportamentos, ou por indução, induzindo comportamentos.”⁹⁸ Buscava-se, dessa forma, uma orientação no agir do mercado a fim de resolver problemas pertencentes ao Estado, mas que apresentassem resultados materiais benéficos à coletividade.

A terceira fase, intervencionista, na qual se encontra a planificação ou planejamento, ocorreu após a Segunda Guerra Mundial, quando parte da Europa estava completamente destruída, precisando-se reconstruir rapidamente os países e as sociedades devastadas pela guerra, bem como melhorar o bem-estar social; portanto, “reduzir as carências imediatas por meio de políticas ‘*ad hoc*’ era o

97 CUNHA JUNIOR, Dirlei da Cunha. Controle judicial das omissões do poder público. Em busca da dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 204.

98 GRAU, Eros Roberto. Atividade econômica e regulação. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n.3, 2003, p. 446.

princípio”.⁹⁹ Somente após se poderiam enfrentar os problemas emergenciais e prementes, fazendo o planejamento das futuras ações e intervenções, considerando os conteúdos programáticos mais prolongados. Gilberto Bercovici, sobre o paradigma de Estado “Social-Intervencionista”, assinala que “governar passou a não ser mais a gerência de fatos conjunturais, mas também, e sobretudo, o planejamento do futuro, com o estabelecimento de políticas a médio e longo prazo.”¹⁰⁰

A planificação retoma o poder de controlar as relações mercadológicas para o Estado como um instrumento dotado de força externa aos fenômenos sociais e econômicos, obrigando os agentes privados a obedecer à normatização estatal, como um instrumento de controle das relações de mercado na busca por uma melhor qualidade de vida à coletividade. Dessa forma, a fase da planificação objetivava fazer o planejamento das atividades estatais num período de tempo, curto para os mais emergenciais e mais longo para questões não tão prementes, por meio de um processo coordenado de ações, a fim de alcançar resultados ou metas predeterminadas anteriormente, considerando as condições e panoramas possíveis e imagináveis de oscilações das relações “no” e “sobre” o mercado e das relações sociais na consecução de determinados fins.¹⁰¹

99 VRIES, Michel S. de. Desenvolvimentos na Europa: a idéia das gerações de políticas públicas. *Revista de Administração*, São Paulo, v.34, n.1, 1999, p. 33.

100 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad. 2003.p. 51.

101 A atividade de planejamento foi normatizada na Constituição Federal de 1988. “Artigo 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

É importante frisar que, de acordo com José Eduardo Faria, houve somente duas eras econômicas de fundamental importância para o Estado: a segunda e mais recente seria o processo de globalização, ao passo que a primeira seria a compreendida no pós-guerra, caracterizada pelo planejamento estatal, para o qual

Pela intervenção estatal governamental, pelas inovações conceituais e pragmáticas em matéria de regulação dos mercados, pela utilização do direito como instrumento de controle, gestão e direção, pela participação direta no setor público como agente financiador, produtor e distribuidor de políticas sociais formuladas com o objetivo de assegurar patamares mínimos de igualdade, a partir dos quais haveria espaço para uma livre competição.¹⁰²

Para Gilberto Bercovici, essa fase também teve um papel importante porque “o planejamento coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural ou casuística.”¹⁰³ Complementando esse pensamento, Eros Roberto Grau, com propriedade, observa que “o planejamento é forma de atuação de que lança mão o Estado também ao tratar de outras matérias, não especificamente econômicas, daí os institutos de planejamento urbano e de planejamento metropolitano.”¹⁰⁴

§ 1º a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. (...)”

102 FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 111.

103 BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 145.

104 GRAU, Elementos de direito econômico, 1981, p. 37. No mesmo sentido, REGONINI, Gloria. Capire Le politiche pubbliche. Bologna: Il

Assim, de acordo com a conceituação apresentada, as características da planificação podem ser consideradas pelos seguintes elementos: a) planejamento num espaço de tempo de forma prospectiva; b) processo coordenado de ações para o cumprimento de objetivos; c) avaliação. O planejamento num espaço de tempo de forma prospectiva, de acordo com Juan Martin, pode ter duas visões distintas:

Una, de naturaleza exploratoria, es la que parte del presente y recorre un cierto espectro de futuros posibles. La otra, de carácter normativo, articula una visión del futuro deseable y construye un itinerario de las acciones necesarias para alcanzarlo. Ambas visiones de la prospectiva tienen ventajas y encierran dificultades.¹⁰⁵

Com tal característica se quer buscar um processo racional-decisório de elaborar atuações e intervenções estatais em determinados segmentos num prazo futuro, articulando-as com as demais atuações, preferencialmente as estratégicas, com a finalidade de antecipar incertezas ou percalços conjunturais no decorrer dos prazos previstos, minimizando gastos adicionais e desnecessários por parte da Administração Pública, mas, especialmente, apresentando maior eficiência administrativa nas ações públicas, evitando

Mulino, 2001, p. 37. “negli anni ’20 e ’30 molte università decidono di incoraggiare la ricerca per interventi pubblici con obiettivi meglio definiti e con risultati meglio controllati, soprattutto nei settori della pianificazione territoriale e della lotta contro l’emarginazione urbana.” Também CYMBALISTA, Renato. Política urbana e regulação urbanística no Brasil – conquistas e desafios de um modelo em construção. In: BUCCI, (Org). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico, 2006, p. 279-300.

105 MARTIN, Juan. Funciones básicas de la planificación económica e social. Santiago del Chile: Cepal. 2005. p. 11.

interferências somente em momentos específicos e quando estritamente necessário, denominadas de intervenções *ad hoc*.

Para Juan Martin, o processo coordenado na fase da planificação “se trata de coordenar con un sentido estratégico, para promover determinados resultados de la acción pública en su conjunto”¹⁰⁶ Segundo Maria Paula Dallari Bucci, “há, no entanto, um paralelo evidente entre o processo de política e a atividade de planejamento.”¹⁰⁷ Complementando esse entendimento, Gilberto Bercovici sustenta que “não existe um planejamento neutro, mas sempre guiados por axiomas político-ideológicos consagrados no texto constitucional.”¹⁰⁸

Evidencia-se, portanto, uma relativa aproximação das características da fase da planificação com um comprometimento político fundado nos mandamentos normativos constitucionais, orientando o planejamento prospectivo no processo coordenado por objetivos e pela necessidade de avaliação, que se confundem como substratos diretos do nascedouro embrionário de um novo instituto, para instrumentalizar essas finalidades, que posteriormente viria a ser denominado de “políticas públicas”.

Resta claro, dessa forma, que sem a normatização ou positivação dos direitos ambientais, como constitucionalmente assegurados, certamente não haveria – tanto que não houve antes da Constituição de 1988 – um planejamento com vistas a assegurar e conservar o equilíbrio do meio ambiente à sadia qualidade de vida.

106 MARTIN, op. cit., p. 17.

107 BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 259.

108 BERCOVICI, Desigualdades regionais, estado e constituição, 2003.p. 192.

2.4 Políticas públicas: ontologia, criação e aspectos existenciais desse instituto num contexto de crise do orçamento público estatal

Apresentadas as questões sobre os paradigmas de Estado, pretende-se compreender o contexto e o porquê da criação do instituto das políticas públicas, considerações que passam a ser apresentadas.

Há, de certa maneira, uma uniformização de informações, especialmente na doutrina estrangeira consultada _ espanhola, mexicana e italiana _ sobre a paternidade norte-americana na criação, análise e implementação das políticas públicas.

O cientista político Omar Guerrero é enfático ao afirmar que “es aceptado, por meritos propios, que Lasswel fundó a las políticas públicas.”¹⁰⁹ Segundo o autor, Harold Laswell as imaginou como uma forma de melhorar a ações de governo, diferenciando as políticas públicas, como atos de governo com caráter público, das políticas privadas, como atividades mercadológicas consideradas incertas e improváveis.¹¹⁰ Pretendia-se, inicialmente, “producir conocimientos y métodos de acción para que los gobiernos se desenvuelvan com resultados crecientes de calidad, dentro de estos escenarios.”¹¹¹

109 GUERRERO, Omar. Políticas públicas: interrogantes. Revista de Administración Pública, n. 84, enero, junio, 1993, p. 86.

110 GUERRERO, op. cit., p. 86.

111 GUERRERO, op. cit., p. 84.

Não é diferente a opinião da italiana Glória Regonini ao atribuir aos norte-americanos a criação das políticas públicas:

Os Estados Unidos se vangloriam num claro recorde nessa área, seja no senso cronológico, ou da nacionalidade do pai fundador da disciplina, seja em senso quantitativo, porque a grande maioria dos dados, das revistas, publicações continua a vir daquele país.¹¹²

Ressalta a autora italiana que a criação pelos norte-americanos das políticas públicas “deve muito ao pragmatismo e ao movimento progressista do início do século XX.”¹¹³ No mesmo sentido, Michael Howlett e Michael Ramesh afirmam que as políticas públicas são “uma disciplina relativamente recente, difundida na América do Norte e na Europa após a Segunda Guerra Mundial, quando alguns estudiosos da ciência política começaram a se interessar na conexão entre o governo e os cidadãos.”¹¹⁴

O cientista político mexicano Omar Guerrero foi mais longe ao remontar cronologicamente raízes mais longínquas sobre as políticas públicas, referindo que “a la teoría de la política pública que, desde 1926 y hasta mediados de los cincuenta se constituyó em los Estados Unidos como intento de ruptura epistemológica, frente a dicotomía política-administración.”¹¹⁵

Entretanto, apesar da pequena divergência doutrinária sobre a cronologia correta da criação das políticas públicas, o certo é que foi somente a partir da

112 REGONINI, Capire Le politiche pubbliche, 2001, p. 33.

113 REGONINI, op. cit., p. 34.

114 HOWLETT; RAMESH, Come studiare le politiche pubbliche, 2003, p. 5.

115 GUERRERO, Omar. Políticas públicas: interrogantes. Revista de Administración Pública, n. 84, enero/ jun. 1993, p. 86.

Segunda Guerra Mundial que as políticas públicas se constituíram num objeto de análise científica, justificado pela necessidade de tornar a ação estatal mais eficiente, planejada, programada, mas, especialmente, pela otimização dos poucos investimentos públicos, a fim de modificar situações negativas advindas da guerra.

Para Michael Howlett e M. Ramesh,

depois da guerra, do repovoamento, da reconstrução dos Estados destruídos e da afirmação de nove instituições de governos internacionais, os estudiosos das políticas procuraram uma nova aproximação, que reunisse pesquisas, problemas de justiça e de igualdade, não havendo o debate do desenvolvimento social, econômico e político.¹¹⁶

Entretanto, a partir do pós-guerra houve um interesse todo especial da academia pela análise das políticas públicas, porque exigiam o diálogo constante entre a multidisciplinaridade das ciências, economia, administração pública, sociologia, ciência política, na solução dos problemas sociais (*problem-solving*). A importância teórica das políticas públicas foi tamanha que nas cátedras norte-americanas se constituíram as primeiras cadeiras de *policy science*, com o objetivo de estudar as atividades governamentais na aplicação dos recursos necessários à realização das tarefas estatais.

É importante destacar que na doutrina brasileira pouco se menciona sobre a origem das políticas públicas, de tal maneira que perpassa a ideia de se tratar de objeto científico muito recente e pouco explorado, sem que a ciência tenha se interessado por estudá-la com mais

116 HOWLETT Michael; RAMESH Michael. Come studiare le politiche pubbliche. Bologna: Il Mulino, 2003, p. 6.

objetividade.¹¹⁷ Para Patrícia Helena Massa-Arzabe, as políticas públicas começaram a se constituir em ação estatal, evidenciando-se que o direito “só começa a ser divisado pelos publicistas na segunda metade do século XX.”¹¹⁸

Marília Lourildo dos Santos complementa que “apenas após a 2ª Guerra Mundial, quando, especialmente nos Estados Unidos e Europa, o Estado foi chamado a imiscuir-se em questões, seguridade social e habitação é que o estudo das políticas públicas revelou-se de interesse para o direito.”¹¹⁹

Pelo fato de terem sido muito recentes os estudos sobre essa temática, pouco se desenvolveu sobre a existência das políticas públicas a partir do pós-guerra, sem referir especificadamente sua criação na ordem cronológica nem sua origem, mas tão-somente seu crescimento como ciência e análise de estudo pela academia e pela Administração Pública, a contar desse fato horrendo que maculou a história do século XX.¹²⁰

2.4.1 Políticas Públicas: Uma Conceituação Metajurídica

Destaque-se que o instituto da política pública, por ser um objeto de investigação muito recente no mundo acadêmico-científico, surgido após a Segunda

117 SOUZA, Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, jul./dez. 2006, p. 20-45.

118 ARZABE, Patrícia Helena Massa. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 52.

119 SANTOS, Marília Lourildo dos. Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006, p. 75.

120 BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 245.

Guerra Mundial, está longe de chegar ao consenso entre as ciências que a estudam, até porque se inter-relacionam com várias áreas do conhecimento, da ciência política ao direito, da administração à estatística, da economia à econometria. Assim, apresentam-se as definições mais variadas possíveis, da mais simples à mais complexa, sobre as características e fundamentos mínimos existenciais a respeito do tema.

No entanto, tal como proposto anteriormente, pretende-se analisar esse instituto de acordo com a concepção do Estado no qual está inserido, considerando suas interfaces com relação à intervenção estatal e à forma de participação popular na elaboração das escolhas e ações públicas a serem enfrentadas para a melhoria do meio ambiente das presentes gerações (intragerações) e futuras gerações (intergerações) em caso de omissão por parte do poder público.

Dessa forma, em face da proposta de abordar a temática das políticas públicas numa perspectiva teórico-conceitual não apenas jurídica, e sim metajurídica, pelo fato de esse objeto de análise ser multidisciplinar, permite-se a aplicação de outras abordagens e “olhares”, desde que sempre se realize o diálogo interdisciplinar com as demais ciências e áreas do conhecimento, fazendo outras considerações e análises além da norma jurídica.¹²¹

Maria Paula Dallari Bucci enriquece a questão apresentando de forma clara e objetiva as justificativas da importância de abordar as políticas públicas na perspectiva do direito:

A importância de se teorizar juridicamente o entendimento das políticas reside no fato de que é sobre o direito que se assenta o quadro institucional no qual atua uma política. Trata-se,

121 Sobre essa questão veja NOBRE, Marcos et al. O que é pesquisa em direito?. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

assim, da comunicação entre o Poder Legislativo, o governo (direção política) e a Administração Pública (estrutura burocrática), delimitada pelo regramento pertinente.¹²²

Dessa forma, pela importância das políticas públicas na concepção jurídica, apresentam-se algumas definições sobre as políticas públicas, partindo-se da relação com o Estado Social-Intervencionista.

Thomas Dye, numa concepção não jurídica, entende política pública como “qualquer coisa que o governo escolha entre fazer ou não fazer.”¹²³, definição que é marcada pela simplicidade, uma vez que não fornece maiores elementos para análise, mas somente questiona a escolha do Estado em agir ou não para a resolução ou enfrentamento de alguma demanda. Na definição de Harold Lasswell, também não jurídica e marcada pela simplicidade, questionam-se certos elementos fundamentais que eram desconsiderados (como, quando e quanto) no momento da ação pública estatal, para o qual as políticas públicas “quem consegue o quê, quando e como”¹²⁴

Pode ser apresentada ainda a definição não jurídica de William Jenkins:

um conjunto de decisões inter-relacionadas, tomadas por um ator político ou por um grupo de atores, sobre a seleção dos objetivos e dos meios aptos ao seu alcance no interior de uma situação específica na qual os atores têm, a princípio, o poder de tomar tais decisões.¹²⁵

122 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI (Org.), Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico, 2006, p. 37.

123 HOWLETT, Michel; RAMESH, M. Come studiare le politiche pubbliche. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 8.

124 REGONINI, Capire Le politiche pubbliche, 2001, p. 316.

125 HOWLETT; RAMESH, op. cit., p. 8.

Esta definição é muito mais complexa e adequada porque compreende a política pública como um processo de decisões, como sequência de atos, superando a definição anterior, para a qual se trataria apenas de uma escolha por parte do Estado, mas também por exigir a participação de outros atores sociais, não apenas do Estado (Administração Pública), na elaboração dos objetivos a serem perseguidos pelas políticas públicas para se alcançarem os resultados pretendidos.

Assim, evidencia que houve uma evolução teórico-conceitual das políticas públicas na medida em que assegura a necessidade de haver uma dimensão processual, como uma espécie de cadeia de decisões, não somente uma decisão isolada por parte do Estado, mas também a interação de outros atores sociais nesse processo de tomada de decisões, mesmo que a escolha final seja da própria Administração Pública.

Dessa forma, muito embora exista o acesso à participação nas escolhas das políticas públicas, isso efetivamente não acontece no caso brasileiro, por vários motivos, dentre os quais se pode apresentar a cultura baseada na “tradição ibérica”, que legou sérios obstáculos à participação societal na construção do interesse público.¹²⁶ Essa “não participação” da sociedade civil no *policy cycle* (processo de elaboração das políticas públicas) possibilita à Administração Pública a plena discricionariedade – que também é um óbice ao controle jurisdicional das políticas públicas – em escolher as áreas, temáticas e locais a serem realizadas as ações públicas. Caracteriza-se, assim, o fenômeno denominado por Carlos Mascareño de

126 TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. Estado, democracia e administração pública no Brasil. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004, p.82.

“Estadocentrismo”¹²⁷, haja vista o completo controle exercido pelo poder público dos processos públicos de tomadas de decisões, por configurar a verticalização das decisões, tomadas em razão do esvaziamento da sociedade civil nos processo democrático-participativos de *policy cycle*.¹²⁸

Retomando a conceituação das políticas públicas, é interessante registrar o entendimento de Maria Paula Bucci, que entende se tratar de um processo ou conjunto de atos:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processos de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.(...)

Como tipo ideal a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, a expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.¹²⁹

No mesmo sentido, Leonel Ohlweiler entende que políticas públicas “são programas de ação governamental pensados para uma atividade de coordenação das diversas instâncias administrativas e atividades privadas, de modo a materializar uma determinada idéia de bem,

127 MASCAREÑO, Las políticas públicas ante las realidades emergentes. Notas para la discusión. CDC, enero 2003, p.7-38. Disponível

nosite:http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S101225082003000100003&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev 2014.

128 MASCAREÑO, op. cit.

129BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI (Org), Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico, 2006, p. 39.

fenomenologicamente indicada no texto constitucional.”¹³⁰
Por fim, vale transcrever o conceito elaborado por Cristiane Derani, para quem a “política pública é um conjunto de ações coordenadas pelos entes estatais, em grandes partes por eles realizadas, destinadas a alterar as relações sociais existentes.”¹³¹

Percebe-se, pois, que, apesar de distintas, as definições se aproximam conceitualmente, já que todas incluem, direta ou indiretamente: a) uma ação pública governamental; b) processos coordenados para a consecução de determinados fins, metas ou objetivos sociais; c) indicados constitucionalmente e/ou instituídos através de normas jurídico-formais como orientadoras de sentido dos procedimentos normativos da ação pública estatal; d) a temporalidade, como a prolongação no tempo; e) avaliação.

A política pública, dessa forma, precisa, sempre e necessariamente, ser empreendida pelo Estado, como se verá nas fases de elaboração da *policy cycle*, muito embora possa nascer “na” e “da” sociedade civil como interesse coletivo. Entretanto, para que realmente possa ser materializada concretamente, é recomendável que seja institucionalizada por uma norma especialmente constitucional como um produto formal-racional advindo dos poderes legitimados para tanto (Legislativo e ou Executivo e para o Judiciário como objeto que será analisado posteriormente), com vistas a garantir sua vinculatividade aos propósitos da Administração Pública (princípio da legalidade), para a realização dos mandamentos e tarefas

130 OHLWEILER, Leonel. A construção e implementação de políticas públicas: desafios do direito administrativo moderno. Mimeo, p. 7.

131 DERANI, Política pública e a norma jurídica. In: BUCCI (Org.), Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico, 2000, p. 135.

constitucionais, sempre por conta da exigência formal de atuação positiva à lei.

Maria Paula Dallari Bucci enfrenta essa questão ao sustentar que a política pública, do ponto de vista do direito, pode ser vista como uma lei qualquer sem apresentar as suas principais características, quando, na realidade, trata-se de um programa ou quadro de ação governamental, objetivando “dar um impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública, ou na ordem dos juristas, concretizar um direito.”¹³² No mesmo sentido, Gloria Regonini complementa a questão ao dizer que “políticas sem leis, leis sem políticas”¹³³, significando que uma não exclui a outra, mas juntas se complementam, por orientar, impulsionar e vincular a ação procedimental administrativa à obrigatoriedade na realização das políticas públicas asseguradas pelo instrumento normativo.

Para Maria Paula Dallari Bucci, “as políticas, diferentemente das leis, não são gerais e abstratas, mas ao contrário, são forjadas para a realização de objetivos determinados.”¹³⁴ Por sua vez, Fábio Konder Comparato entende que “a norma geral regula as ações humanas, mas não lhes dá um sentido concreto; delimita o campo da liberdade, pela definição de fronteiras entre o permitido e o proibido, mas não se substitui á vontade individual na escolha de objetivos de vida.”¹³⁵

132 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI (Org.), Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico, 2006, p. 14.

133 REGONINI, Capire Le politiche pubbliche, 2001, p. 26.

134 BUCCI, O conceito de política pública em direito. In: BUCCI (Org.), Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico, 2006, p. 25.

135 COMPARATO. Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. Revista de Informação Legislativa, a. 35, n. 138, p. 39-48. abr/jun. 1998. p. 40.

Complementa o autor:

Uma lei, editada no quadro de determinada política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional, sem que esta última o seja. Inversamente, determinada política governamental, em razão de sua finalidade, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado, sem que nenhum dos atos administrativos praticados ou nenhuma das normas que a regem, sejam, em si, mesmos, inconstitucionais.¹³⁶

Com isso, as políticas públicas não podem ser confundidas com leis, mas podem – e devem _ ser objeto de consagração normativa, protegendo determinados direitos considerados importantes, assim como indicando as tarefas e ações a serem desenvolvidas pela Administração Pública na resolução de determinados objetivos.

É imperativo destacar que somente por meio da lei, ou norma constitucional, como instrumento racional-formal, é possível, em caso de omissão do poder público, o Poder Judiciário compeli-lo ou obrigá-lo a implementar políticas públicas, preventivas ou de reparação, dos direitos violados, no caso em análise do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, objeto do capítulo final.

De acordo com Maria Paula Dallari Bucci, as políticas públicas “são, de certo modo, microplanos ou planos pontuais, que visam a racionalização técnica da ação do Poder Público para a realização de objetivos determinados, com a obtenção de certos resultados.”¹³⁷

Prosseguindo, a política pública deve ser um processo, que representa uma sequência de atos sempre

136 COMPARATO, op. cit., p. 45.

137 BUCCI, op. cit., p. 27.

coordenados com a realização de determinados fins, porquanto institui uma continuidade de manifestações dos mais diversos atores sociais, contrária ou favorável, reducionista ou ampliativa, mas sempre se discutindo os prós e contras da atuação ou implementação da intervenção estatal na realização de determinados fins.

Políticas públicas não podem, portanto, ser confundidas com atos administrativos (vinculados ou discricionários), porque se trata de uma sequência coordenada de atos tendentes à realização de uma finalidade prevista, mas parecem estar situadas num setor intermediário entre a lei e o ato administrativo.¹³⁸

Políticas públicas também precisam ser atos coordenados que devem ser integrados entre temas (meio ambiente, saúde, desenvolvimento), não necessariamente correlatos, e entes (secretarias específicas) na transformação ou modificação de um conjunto ou de estrutura determinada pela atuação estatal. Para Maria Paula Bucci,

Pensar em política pública é buscar a coordenação, seja na atuação dos poderes públicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, seja entre os níveis federativos, seja no interior dos governos, entre as várias pastas e seja ainda considerando a interação entre organismos da sociedade civil e o Estado.¹³⁹

Tal referência denota a importância da construção de políticas públicas integradas entre os poderes públicos e a sociedade civil, sempre procurando interagir em conjunto, de maneira que de nada adianta implementar, por exemplo, uma política pública ecoambientalista de preservação,

138 SANTOS, Marília Lourildo dos. Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006, p. 89.

139 BUCCI, O conceito de política pública em direito. In: BUCCI (Org.), Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico, 2006, p. 44.

reflorestamento e limpeza das matas ciliares próximas a cursos d'água se houver outra política pública permitindo a urbanização e zoneamento sem limites próxima ao entorno.

A implementação de políticas públicas deve ser sempre com a finalidade dirigida a preceitos previstos constitucionalmente, como, por exemplo, a preservação e conservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Isso revela novamente a posição doutrinária constitucionalmente dominante de o caráter dirigente da ação estatal objetivar as determinações constitucionais. Interessante, nessa questão, é citar o posicionamento de Leonel Ohlweiler, para o qual o fundamento das políticas públicas na proposta da Constituição Dirigente “estabelece um conjunto de indicações formais que servem de pano de fundo das ações governamentais.”¹⁴⁰ Tais inclusões de normas formal-rationais, sejam constitucionais, sejam infraconstitucionais, servem como garantias de que, em caso de omissão do poder público, poderá o Poder Judiciário intervir, corrigindo tais omissões para a implementação ou materialização das propostas negociadas e construídas através do diálogo entre os *policy makers* para as políticas públicas elaboradas. Cumpre ao Poder Judiciário sua concretização, seja na fase de formulação, seja de implementação, de modo a exigir seu pleno cumprimento em juízo.¹⁴¹

140 OHLWEILER, Leonel. A construção e implementação de políticas públicas: desafios do direito administrativo moderno. Mimeo, p. 5.

141 BUCCI, O conceito de política pública em direito. In: BUCCI (Org.), Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico, 2006, p. 22. Ver também SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, op. cit.; TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da regulamentação de políticas públicas. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n.3, 2003, p. 187-194; FERREIRA FILHO,

Por fim, destaca-se a análise da política pública sobre a definição do objeto a ser resolvido, no caso a temática ambiental, avaliando-a dentro de um intervalo de tempo mínimo com o objetivo de verificar o alcance dos resultados pretendidos. É a característica chamada de “temporalidade das políticas públicas”, que precisam demandar uma extensão no tempo para a obtenção de resultados mais duradouros.

Pode ser exemplificada com tal característica a adoção da Agenda 21, como caso da implementação de uma política pública socioambiental com vistas à recuperação de uma área degradada por um determinado empreendimento, a qual procura envolver não apenas o poder público, mas toda a comunidade do entorno para participar das discussões sobre como é possível minimizar os passivos ambientais naquele local, assim como construir uma consciência de preservação daquele ecossistema dentro de um período mais longo de tempo.

A análise de políticas públicas tem uma função fundamental, uma vez que é por meio delas que podem ser realizadas as correções e retificações no decorrer ou no término do processo de implementação da política pública instituída com determinada finalidade. Percebe-se, assim, a preocupação com a otimização dos recursos públicos por conta das dificuldades financeiras encontradas pela Administração Pública, bem como pela pretensão de modificação de uma estrutura social a ser alterada por meio da política pública.

Desse modo, a análise ou avaliação das políticas públicas de acordo com as Nações Unidas é considerada como o processo que se destina a determinar sistemática e objetivamente a pertinência, eficiência, eficácia e impacto de todas as atividades à luz de seus objetivos. Trata-se de um

processo organizacional para melhorar as atividades que estão em andamento e auxiliar a administração no planejamento, programação e decisões futuras.¹⁴²

Essa característica pode ser considerada a mais significativa com relação às demais, porque pretende monitorar se o planejamento da política pública foi elaborado adequadamente, assim como se os resultados esperados estão se confirmando; permite, além disso, corrigir ações ou intervenções, bem como fazer alguns acertos no planejamento estrutural de forma a se buscar os objetivos pretendidos no início da elaboração da atuação estatal.

Ultrapassada a análise das políticas públicas no contexto do paradigma do Estado Social-Intervencionista, é importante compreender as características de tal instituto no Estado Democrático de Direito.

2.4.2 Estado Democrático de Direito e as Políticas Públicas: A Intervenção Estatal Fundada na Democracia-Participativa

Ainda analisando a inter-relação entre o paradigma de Estado na conformação das políticas públicas, é preciso ressaltar o Estado com adjetivo “democrático de direito”, cuja dimensão essencial se encontra na legitimação do Estado numa perspectiva democrática, ao (re)distribuir o poder do Estado, que nos demais paradigmas estatais se concentrava nessa figura. Nestes a soberania é transferida do povo para o Estado, invertendo-se para (re)tornar o poder ao povo como verdadeiro legitimado, (re)funcionalizando os

142 BOBBIO, Luigi. A necessidade de avaliação das políticas públicas. *Debatendo Políticas Públicas*. 2014, p.18.

modos de ação/atuação/interferência estatais na concretização das tarefas constitucionalmente indicadas. Pode ser citado exemplificativamente o paradigma da Constituição da República Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo uma nova ordem, fundamentada nos valores da democracia e do respeito aos direitos fundamentais, além de consagrar um paradigma transformador de Estado, no qual os cidadãos devem ser sujeitos desse processo: o Estado Democrático de Direito. Esse paradigma está assentado em dois macrofundamentos: a democracia e o respeito aos direitos fundamentais, uma vez que não há democracia sem o devido respeito à realização dos direitos fundamentais.¹⁴³

Para Lênio Streck e José Luis Bolzan de Moraes, o adjetivo “democrático” vai muito além de uma simples reduplicação das exigências e valores do Estado Social de Direito e permite uma práxis política e uma atuação dos poderes públicos que, mantendo as exigências garantísticas dos direitos e liberdades fundamentais, sirva para uma modificação em profundidade da estrutura econômica e social e uma mudança no atual sistema de produção e distribuição de bens.¹⁴⁴ Quer assim dizer que o Estado Democrático de Direito está relacionado diretamente à efetivação e à realização dos direitos fundamentais como uma imposição estabelecida na própria Constituição, a fim de cumprir seus objetivos e fundamentos.¹⁴⁵

143 STRECK; MORAES, . Ciência política e teoria geral do Estado, 2001, p. 110.

144 STRECK; MORAES, op. cit., p. 40.

145 Art. 3º. “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.”

Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1988 manteve o sistema do processo de democracia representativa – democracia indireta –, caracterizado pela dualidade representante/representado, relação pela qual prevalece a vontade do representante na definição das prioridades, bem como pelo sufrágio eleitoral da escolha dos agentes políticos a fim de ocupar os cargos nos poderes Executivo e Legislativo. Inobstante isso, o constituinte originário inovou ao combinar também o processo democrático participativo — democracia direta — com a finalidade de aproximar o Estado da sociedade civil, fundamentado na legitimidade de que todo poder emanava do povo, suprimindo qualquer relação de mediação política e atribuindo ao cidadão a deliberação e participação diretamente no processo de decisão.¹⁴⁶

Utilizou-se, dessa forma, o elemento de participação política dos cidadãos na esperança de mudança da cultura política do país, já que se vinha de um longo período de exceção à participação política, motivo pelo qual a população se desabituara de participar das escolhas nas decisões políticas e econômicas, influenciando, assim, nos destinos e rumos da nação. Além, é claro, da herança da tradição estadista, patrimonialista e burocrata desenvolvida ao longo dos séculos pela Administração Pública brasileira, cuja consequência gerou uma massa de indivíduos com baixa ou nenhuma cultura cidadã.¹⁴⁷

146 Sobre a questão da participação nos processos decisoriais e a crise de representatividade veja SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996. BOBBIO, Luigi. *La democrazia non abita a Gordio. Studio sui processi decisionali politico-amministrativi*. Milano: Franco Angeli, 2003. BOBBIO, Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política, 1992, p. 116.

147 Ver TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004. Ainda sobre a questão da participação, ver PERUZZO, Sônia Maria

Percebe-se que o conceito de democracia transmutou-se, significando, modernamente, a teoria e prática política que reconhecem o poder como um atributo difuso no povo e do povo.¹⁴⁸ Além da inovação do princípio da democracia participativa, o constituinte originário adotou a concepção de Estado Dirigente, “em que os Poderes não se contentam em produzir leis ou normas gerais, mas guiam efetivamente a coletividade para o alcance de metas predeterminadas.”¹⁴⁹

Ressalte-se que tal proposta de Constituição Dirigente, desenvolvida pelo constitucionalista português Joaquim José Gomes Canotilho, com a promulgação da Constituição da República Portuguesa (1976), obriga os poderes públicos, seja por parte do Poder Executivo, a implementar os direitos prestacionais previstos constitucionalmente, seja por parte do Legislativo, a promulgar constantemente as leis, fixando-as de forma a cumprirem as normas programáticas constitucionalmente previstas sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, com o objetivo de melhorar a condição da vida da população.

Para Joaquim José Gomes Canotilho, a teoria da Constituição Dirigente “problematiza a tendência das leis fundamentais para (1) se transformarem em estatutos jurídicos do Estado e da sociedade; (2) se assumirem como

Krohling. Comunicação nos movimentos populares, a participação na construção da cidadania. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 70-100.

148 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, organização política e constituição: as relações de poder em evolução e seu controle. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). Direito e poder. Nas instituições e valores do público e do privado contemporâneo. Estudos em homenagem a Nelson Saldanha. Manole: Barueri, 2006. p. 270.

149 COMPARATO. Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. Revista de Informação Legislativa, a. 35, n. 138, p. 39-48. abr/jun. 1998, p. 43.

norma (garantia) e tarefa (direção) do processo político-social.”¹⁵⁰

Assinala-se que, segundo o próprio constitucionalista português, o elemento caracterizador da Constituição Dirigente pressupõe uma “filosofia de ação, ou seja, um accionalismo que dirige a produção, reprodução e alteração da sociedade (que não descortina nas teorias positivistas em geral).”¹⁵¹ Ainda assim, segundo ele, “o bloco constitucional dirigente não visa só (como se deduz logo da sua adjectivação) constituir um limite à direção política. A sua função primordial é bem outra: fornecer um impulso diretivo material permanente e consagrar uma ‘exigência’ de atuação.”¹⁵² Tal propósito não elimina o poder de conformação do governo nas tarefas e ações, mas auxilia na construção de uma plataforma de governo já direcionada aos programas constitucionais, apresentando-se, portanto, como uma indicação formal e concreta das políticas a serem realizadas pelo administrador político.

Gilberto Bercovici, no mesmo sentido, referindo-se à Constituição Dirigente assinala que a “Constituição deixa de ser instrumento de governo, definidor de formas e competências para o exercício do poder, insistindo-se na programática (tarefas e fins do Estado).”¹⁵³ Por fim, o autor

150 CANOTILHO, Constituição dirigente e vinculação ao legislador. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas, 1994, p. 170.

151 CANOTILHO, op. cit., p. 458.

152 CANOTILHO, Constituição dirigente e vinculação ao legislador. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas, 1994, p. 464.

153 BERCOVICI. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. . Revista de Informação Legislativa, abr./jun. 1999, p. 38.

sustenta que “a Constituição deixa de ser apenas do Estado, para ser também da sociedade.”¹⁵⁴

Ressalte-se que tais mecanismos constitucionais, juntos, buscam garantir um arcabouço jurídico repleto, a fim de estabelecer e manter padrões democráticos mínimos de uma sociedade e o respeito aos direitos fundamentais, na busca pela redução das desigualdades sociais e pela melhora de condições de vida da população. Percebe-se, portanto, que está havendo a confluência entre o Estado e a sociedade civil,¹⁵⁵ a fim de, conjuntamente, implementarem os objetivos estabelecidos pela Constituição por meio dos instrumentais das políticas públicas. Tal proposta de cooperação entre o Estado (Administração Pública) e sociedade, sem diferenciações sobre a esfera pública e a privada, na consecução e planejamento das ações atuações estatais ocorre numa crescente evolução, que caracteriza o instituto das políticas públicas.

As políticas públicas estão, portanto, apoiadas num sistema constitucional de participação ativa por parte dos sujeitos (individuais ou coletivos), procurando superar o paradigma weberiano da ideia de poder coativo e vontade unilateral por parte da Administração Pública, além de relativizar o aparelho burocrático para que assuma uma postura de diálogo e parceria na orientação das ações e programações futuras de intervenção na realidade, a fim de perseguir os objetivos constitucionais, norteando-se sempre pelos macroprincípios orientadores: a democracia e os direitos fundamentais.

154 *Idem*, p. 38.

155 Sociedade civil pode ser compreendida “como conjunto de relações não reguladas pelo Estado, e portanto como tudo que sobra uma vez bem delimitado a âmbito no qual se exerce o poder estatal.” BOBBIO, Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política, 1992. p. 34.

Para Leonel Ohlweiler, “construir políticas públicas exige a superação da vetusta dicotomização Estado-Sociedade Civil, com todas as dificuldades para bem especificar o termo sociedade civil.”¹⁵⁶ Assim, tal paradigma prevê o aumento da participação societal nas decisões dos espaços públicos na busca pela efetivação das promessas da modernidade, a fim de contribuir para a concretização do conteúdo constitucional. É de se destacar que a proposta de políticas públicas limita a discricionariedade administrativa do poder político de escolha entre outras atuações da Administração Pública, otimizando recursos e priorizando demandas elaboradas pelos próprios cidadãos e interessados de modo a fortalecer a democracia participativa.

Dessa forma, é evidente que as políticas públicas são verdadeiras garantias de democracia participativa, cuja previsão se encontra assegurada constitucionalmente dentre inúmeros outros princípios orientadores do sistema normativo. A política pública constitui-se, assim, num processo de (re)distribuição do poder da Administração Pública como um processo natural pelo qual transfere a legitimidade para cada sujeito interessado no processo de construção de tais políticas. É o chamado “processo de empoderamento (*empowerment*) das comunidades, cuja pretensão é investir nas escolhas decisórias elaboradas pela própria comunidade interessada.

Para Alcindo Gonçalves,

Desloca-se assim o interesse exclusivo da produção de poder para a distribuição de poder, ou seja, o problema da produção de poder para a realização de objetivos coletivos, que pode ser visto como o problema central da análise “técnica” de políticas públicas orientada por considerações de eficácia, somente

156 OHLWEILER, Leonel. A construção e implementação de políticas públicas: desafios do direito administrativo moderno. Mimeo, p. 7.

adquire significado do ponto de vista da ciência política porque se encontra relacionado de maneira complexa à questão da distribuição do poder.¹⁵⁷

Pode-se dizer que as políticas públicas desconstróem a vontade unilateral e o poder central estatal exclusivo e concentrado unicamente no governante político, que se utiliza da “administração máquina”¹⁵⁸ a serviço de interesses eleitoreiros ou patrimonialistas, para distribuir essa parcela de poder de decisão e escolha entre todos os sujeitos participantes, com a finalidade de escolher as demandas através do diálogos.

Complementando, Cristiane Derani explica haver um

movimento histórico de centralização da força política e depois uma abertura, tanto na composição das forças políticas como no poder estatal que abre o seu processo de decisão para aqueles que não estão institucionalmente vinculados às atividades burocráticas.¹⁵⁹

Assim, um novo espaço público se forma, visto que a democracia participativa se constitui numa nova legitimidade, fundada na legítima soberania popular na construção, efetivação e condução dos preceitos previstos constitucionalmente.

157 GONÇALVES, Alcindo. Políticas públicas e ciência política. In: BUCCI, (Org). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico, 2000, p. 93.

158 D’AVILA, Filho P. M; JORGE V. L; COELHO A. F. Acesso ao poder: clientelismo e democracia participativa desconstruindo uma dicotomia. Civitas – Revista de Ciências Sociais, Porto Alegre, v. 4. n. 2, jul.-dez. 2004, p. 214.

159 DERANI, Política pública e a norma jurídica. In: BUCCI (Org), Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico, 2000, p. 134.

Alcindo Gonçalves ressalta ainda que para garantia da prestação dos direitos a prestações “o Estado não tem apenas de ser contido ou neutralizado em certos aspectos da sua atuação, mas também construído de maneira adequada, e o êxito desse processo é condição para sua contenção eficaz.”¹⁶⁰ Nesse sentido, é interessante citar Marcos Perez, para o qual

Do nascimento de um novo modelo de atuação para a Administração Pública, fruto da superação do paradigma weberiano, da ineficiência dos mecanismos tradicionais de atuação da Administração baseados na edição de atos unilaterais imperativos, bem como na fiscalização e imposição de sanções; da necessidade, afinal, de atuar como mediadora dos poderes ativos no tecido social, impulsionando a atuação da sociedade sobre ela mesma, como forma de lograr o atingimento dos escopos do Estado de Bem-Estar erigem-se os institutos da participação popular na Administração Pública.¹⁶¹

Há, de certa forma, um processo de desconstrução do Estado “Leviathan”, não mais como concentrador do poder legítimo do monopólio da força coativa e da tomada de decisões, mas, sim, como um Estado construído e em construção pelos cidadãos que estejam em condição de igualdade com a sociedade, numa esfera de horizontalidade, conduzindo suas ações sempre baseados no diálogo e no consenso entre o Estado e a sociedade civil nos processos de elaboração de políticas públicas.

160 GONÇALVES, Políticas públicas e ciência política. In: BUCCI, op. cit., p. 93.

161 PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, op. cit., p.167.

2.4.3 Atores do *Policy Cycle*: Os Legitimados para Implementação das Políticas Públicas

Para que o processo de “empoderamento” (*empowerment*) das decisões públicas efetivamente ocorra é necessário partir da iniciativa de algum ator (individual ou coletivo), já que nem sempre a Administração Pública – algumas vezes por falta de interesse político – acaba por provocar ou chamar os agentes ou atores a participar do processo público objetivando o impulso à obtenção das metas ou resultados pretendidos materialmente.

Esses indivíduos que participam do processo de implementação de políticas públicas são denominados de *policy makers* ou “atores do processo de *policy*”, podendo-se considerá-los em dois grupos: privados, ainda que com interesse público-coletivo originários da sociedade civil, e públicos estatais, originários dos poderes públicos.¹⁶²

Os grupos privados, ainda que objetivem um interesse público-coletivo, podem ser considerados como sujeitos individualmente aglutinados conjuntamente em grupos com interesses coletivos em comum (associações, entidades, movimentos sociais, movimentos ecológicos, entidades não governamentais, sindicatos, partidos políticos, meios de comunicação).¹⁶³ Por sua vez, os grupos públicos

162 VRIES, Michel S. de. Desenvolvimentos na Europa: a ideia das gerações de políticas públicas. *Revista de Administração*, São Paulo, v.34, n.1, 1999, p. 41. O autor holandês, até por ter uma concepção de políticas públicas fundada na ciência da administração, entende que os atores envolvidos no processo são limitados, não concebendo a pluralidade dos demais. Para ele os atores são os seguintes: políticos, administradores públicos, os grupos de interesse e a indústria.

163 TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004, p. 70. O autor divide a sociedade em três grupos de acordo com o nível de organização social: a) categoria social é o grupo que reúne pessoas que tem apenas algumas características em comum, como, por exemplo,

estatais representam os poderes públicos, seja a Administração Pública direta e indireta, seja o Poder Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público, entre outras entidades que tenham caráter público estatal.

O termo “ator”, segundo Michael Howlett e M. Ramesh, pode representar “seja o Estado que os atores sociais, alguns dos quais são estritamente envolvidos (comprometidos) no processo de policy, enquanto outros estão apenas marginalmente.”¹⁶⁴ Assim, todos os sujeitos-participantes são considerados “atores” do processo de implementação, uns com maior envolvimento e participação, outros com menor, por isso, considerada uma participação “marginal”, exatamente por não ter um comprometimento mais forte na concretização da implementação das políticas públicas.

O ciclo de políticas públicas é composto, dessa forma, por sujeitos-participantes ou atores das mais diversas categorias, independentemente do tipo e grau de participação social,¹⁶⁵ se coletiva ou individualmente, constituindo-se num processo aglutinador de ideias e interesses para se buscar a solução de uma demanda ou alguma meta ou resultado a ser resolvido. Nesse sentido,

gostar de viajar; b) grupo latente: composto por grande conjuntos, representa pessoas que claramente têm algum interesse comum, como estudar na mesma escola, morar na mesma cidade; c) grupo organizado: representa já um grupo de interesse organizado, com mecanismos de decisão e capacidade de ação coletiva, possuindo capacidade de demandar políticas públicas à Administração Pública.

164 HOWLETT; RAMESH, *Come studiare le politiche pubbliche*, 2003, p. 57.

165 Sobre a questão da participação social e suas modalidades, veja-se PERUZZO, Sônia Maria Krohling. *Comunicação nos movimentos populares, a participação na construção da cidadania*. 2 ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

sobre a quantidade de atores no *policy cycle*, observam Michael Howlett e M. Ramesh que o “o número de atores que fazem parte dos policy subsistemas e que participam do processo de policy é de qualquer modo infinito e portanto praticamente impossível de elencar todos.”¹⁶⁶

Suzana Aguilar Fernandes apresenta as condições para se fazer a identificação do que seja um “ator” atuando como sujeito coletivo ou como sujeito individual:

Para que un sujeto colectivo sea identificado como actor tiene que cumplir una condición, que es la de la homogeneidad interna de sus objetivos en un momento específico en el tiempo; si esto no se da, lo que se identificará será a los distintos actores individuales que operan dentro del sujeto colectivo, el cual, a su vez, recibirá el nombre de arena. Un ejemplo ayudará a diferenciar al actor de la arena: un partido es actor si, definiendo el problema de la misma forma, expresa sus objetivos o propuestas de modo unificado; si, por el contrario, dentro del mismo partido coexisten diferentes visiones sobre el problema (que responden a la existencia de familias políticas o simplemente de preferencias individuales heterogêneas)¹⁶⁷

Assim, podem os atores envolvidos, sejam coletivos, sejam individuais, negociar seus interesses, pondo em prática tais desideratos, sempre de acordo com os objetivos que lhes tragam maiores benefícios tanto individual quanto coletivamente.

Denota-se, com isso, a dificuldade de qualificar os legitimados a participar do processo de políticas públicas, uma vez que todos, indistintamente, sejam pessoas individuais, sejam grupos coletivos (partidos políticos, associações, entidades, movimentos sociais, entidades não

166 HOWLETT; RAMESH, op. cit., p. 57.

167 FERNANDES, Suzana Aguilar. Conflictividad medioambiental: actores enfrentados en torno a decisiones relacionadas con el medio ambiente. Observatorio Medioambiental, Madrid, 2003, ano 6, p. 28.

governamentais, os meios de comunicação), sejam os poderes públicos (Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público), não apenas podem, mas “devem obrigatoriamente” participar do processo com vistas a construir o roteiro das ações administrativas a serem enfrentadas no processo a fim de implementar as políticas públicas na solução de determinadas demandas.

Essa pluralidade de *policy makers*, apesar de dificultar o processo de elaboração em razão das distintas gamas de interesses dos atores envolvidos, amplia a legitimidade e provoca o debate para além dos próprios interesses individuais, para uma esfera transcendental às demais em busca dos interesses público-coletivos. É importante destacar que a Constituição Federal de 1988 assegurou o “pluralismo político” como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito,¹⁶⁸ ampliando a legitimação do poder a ponto de reconhecer que “todo poder emana do povo.”

Para Eugenio Lahera, esse debate plural é importantíssimo, já que “la riqueza de una sociedad se mide por su discusión pública, así como por sua capacidad de transformarse a partir de ella,”¹⁶⁹ além de garantir a impossibilidade de predomínio de algum(ns) ator(es) ou

168 Art. 1º. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) V- o pluralismo político.

Parágrafo Único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio dos representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

169 LAHERA, P. Eugenio. Política e políticas públicas. Santiago-Chile: Cepal-Naciones Unidas, 2004. (Série Políticas sociales) p. 13.

sujeito(s) protagonista(s) no processo de implementação das políticas públicas.¹⁷⁰

Entretanto, é importante destacar que a participação dos atores não parece ser tão fácil, porque precisa respeitar as fases e subfases do *policy cycle*, de forma a não interromper ou estagnar o bom andamento do processo de constituição das políticas públicas.

2.4.4 Da criação à Avaliação das Políticas Públicas: Breves Considerações Sobre o Policy Cycle

Deve ser destacado que há uma enorme discussão na literatura, nas mais diversas áreas das ciências, sobre a análise do processo de formação das políticas públicas, divididas em estágios ou fases e subfases, seja no debate sobre a utilização metodológica adequada, seja no processo cíclico da iniciação da elaboração da agenda (*agend setting*) até a avaliação. Para facilitar a compreensão desse processo, até porque, como já foi visto, trata-se de uma dimensão processual, questionava-se se as políticas públicas poderiam ser consideradas apenas num ato ou se num processo de atos. Por isso, alguns teóricos politólogos apresentam o ciclo das políticas públicas como tendo uma dimensão processual numa série de fases ou estágios,¹⁷¹ num ciclo (*policy cycle*) composto das fases sucessivas que se realimenta numa sequência para a formulação de novas políticas públicas.¹⁷²

170 TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. Estado, democracia e administração pública no Brasil. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004, p.71.

171 HOWLETT; RAMESH, Come studiare le politiche pubbliche, 2003, p. 13.

172 DAGNINO, Renato. Metodologia de análise de políticas públicas. GAPI. Unicamp. 2002. Disponível no site:<http://www.nepp.br> Acesso em: 12 ago 2007.

Complementa Klaus Frey que, “ao subdividir o agir público em fases parciais do processo político-administrativo de resolução de problema, o ‘*policy cycle*’ acaba se revelando um modelo heurístico bastante interessante para a análise da vida de uma política pública.”¹⁷³

Ainda assim, sobre a análise dos ciclos das políticas públicas é comum na doutrina a identificação de que os ciclos se concentram, mais ou menos, em três fases consecutivas, sendo todas interdependentes: a formulação, implementação e a avaliação ou controle de impactos das políticas.¹⁷⁴

No mesmo sentido, a título exemplificativo e comparativo, é interessante apresentar o entendimento de Klaus Frey, que ampliou tais fases do *policy cycle* numa análise um pouco mais sofisticada, dividindo-as nas seguintes fases: percepção e definição de problemas, *agenda-setting*, elaboração de programas e decisão, implementação de políticas e avaliação de políticas e a eventual correção da ação.¹⁷⁵ Por sua vez, Eugenio Lahera limita-as em quatro fases, chamando-as de “etapas”, a saber: “*origen, diseño, gestión y evaluación*.”¹⁷⁶

Dessa forma, como se objetiva tão-somente compreender o processo de elaboração (*policy cycle*) das

173 FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Revista Planejamento e Políticas Públicas, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. n.21. jun. 2000. p. 226.

174 FREY, op. cit., p. 226. Ver também SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 20-45. DAGNINO, op. cit.

175 FREY, Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Revista Planejamento e Políticas Públicas, jun. 2000. p. 226.

176 LAHERA, Política e políticas públicas, 2004, p. 10.

políticas públicas, não a ação da política pública em si, faz-se um apanhado das distintas teorias e fases apresentadas pelos autores, enfatizando observações pertinentes à questão do processo de *policy cycle*.

Deve ainda ser destacada a observação de Eugenio Lahera, no sentido de que “estas fases no necesariamente se dan en etapas causales y consecutivas, sino que en momentos analíticos de calidad y duración heterogênea”.¹⁷⁷ É preciso deixar claro que esse processo de elaboração na prática não se desenvolve em etapas fixas e ordenadas, mas, sim, num completo sistema anárquico, cujas fases se constituem muitas vezes sem qualquer planejamento mais estruturado dos atores sociais.

É interessante apresentar uma das primeiras análises sobre o processo de implementação de políticas públicas: a análise de *policy cycle* de Harold Lasswell. De acordo com Michael Howlett e M. Ramesh Harold Lasswell, esse foi um dos primeiros autores politólogos a apresentar uma separação em estágios da *policy cycle*, por isso exatamente é considerado o “pai das políticas públicas”, que as dividiu em “*sette fasi*: 1) *intelligence*, 2) *promotion*, 3) *prescritition*, 4) *invocation*, 5) *aplication*, 6) *termination*, 7) *appraisal*.”¹⁷⁸ Segundo a teoria do autor norte-americano, o processo inicia-se com a fase de *intelligence*, que representa a elaboração de informações e a circulação entre aqueles que fazem parte do processo de decisão. A fase seguinte, a *promotion*, comporta a aprovação de alguma possibilidade de escolha dos participantes. Na terceira fase, a *prescription*, os participantes estabelecem o curso das ações; vindo em outra definição as sanções a serem aplicadas no confronto, que não seguirá as prescrições dos participantes. A *invocation* representa a fase em que se

177 LAHERA, op. cit., p. 11.

178 HOWLETT; RAMESH Come studiare le politiche pubbliche, 2003, p. 14.

apresentam as penalizações no caso de haver falhas nas escolhas apresentadas pelos tomadores de decisão. Finalmente, chega-se à *application*, como aplicação efetiva da materialização concreta à política pública pela burocracia e pelas cortes administrativas. Na sexta fase, a *termination*, demarca-se a finalização da fase política de implementação/aplicação das políticas públicas. Por fim, a *appraisal*, ou avaliação, pretende valorar ou avaliar se os resultados, metas e objetivos foram obtidos com a implementação da política pública.

Devem ser destacadas algumas considerações sobre a proposta de Harold Lasswell. Segundo Michael Howlett e M. Ramesh, um dos defeitos desse modelo é “a falta de lógica interna: de fato a posição da fase de juízo e avaliação se situa após a fase de conclusão, enquanto as políticas devem ser avaliadas antes do encerramento e não depois.”¹⁷⁹

A proposta de Harold Lasswell foi apresentada no início da década de 1950 apenas como um modelo inicial, seguindo-se tantas outras com perspectivas e análises distintas com o passar dos anos, por conta dos melhoramentos da análise de cada fase, ou subfases, pois podem ser examinadas individualmente ou relacionadas às demais fases do *policy cycle*,¹⁸⁰ comparando-as e, assim, ampliando outros fatores, a fim de buscar melhores e resultados mais adequados aos pretendidos. Essa decomposição do modelo em fases ou subfases – ainda que seja um processo não linear – é um fator positivo porque possibilita a análise individualizada de cada fase ou subfase, de modo a constituir-se numa pesquisa mais detalhada sobre

179 HOWLETT; RAMESH, *Come studiare le politiche pubbliche*, 2003, p. 14.

180 HOWLETT; RAMESH, *op. cit.*, p. 16.

elas, bem como facilita a identificação e correção de falhas no decorrer do *policy cycle*.

Ainda assim, apresenta-se a síntese do *policy cycle* dos demais autores, com algumas considerações e observações pertinentes à evolução teórico-conceitual da temática das políticas públicas.

O processo de formulação como fase inicial do processo de elaboração das políticas públicas é concebido, a princípio, de acordo com o paradigma de Estado adotado pela Constituição naquele momento, o que não significa também o descumprimento dos princípios balizadores na condução do procedimento do *policy cycle*. Para tanto, no âmbito de um processo decisório as decisões são definidas e tomadas pelos *policy makers* do processo (Estado e sociedade civil), que pode ser democrático-participativo, num nível de horizontalidade cujas decisões são resultados do consenso e da negociação (Estado Democrático de Direito), ou autoritário e de gabinete, num paradigma distinto daquele da participação popular, num nível de imposição “vertical” pelos representantes da Administração Pública à coletividade.

Após ser formulada, inicia-se a fase de implementação da política pública, cujo único legitimado para sua realização/execução é a Administração Pública, como entidade detentora da capacidade organizativa, assim como do poder de intervir – *strumenti coercitivi*¹⁸¹ – nas relações sociais e econômicas para o fim da realização das prestações materiais exigidas. Nesse sentido, cabe ressaltar a afirmação de Alcindo Gonçalves, para o qual “somente o Estado possui os atributos de legitimidade social, de

181 HOWLETT; RAMESH, Come studiare le politiche pubbliche, p. 95.

permanência e organização jurídico-legal indispensáveis à produção conseqüente e duradoura das políticas públicas.”¹⁸²

Não deve ser esquecida também a questão do financiamento das ações, já que é o Estado (Poder Executivo com a guarda do Poder Legislativo) quem faz o controle e administra o orçamento público, elemento essencial para a concretização das pretensões imaginadas para as políticas públicas, tanto que foi esse um dos propósitos fundamentais para a criação do instituto das políticas públicas, a de “otimização de modo satisfatórios as ações estatais com menores custos públicos.”¹⁸³

Embora essa fase seja de competência exclusiva da Administração Pública, por uma questão de legitimidade para a implementação das tarefas pretendidas, é importante ressaltar que os objetivos da eficiência e eficácia das propostas concretamente na fase de formulação podem ser ampliados efetivamente se os demais atores, especialmente a sociedade civil, impuserem um papel ativo de fiscalização à implementação das medidas interventivas desenhadas na fase anterior, influenciando sobremaneira nos resultados esperados com a realização das políticas públicas.

É importante apresentar a observação feita por Hermílio Santos ao comentar a importância da sociedade civil no processo de formulação das políticas públicas, o qual “tem como pano de fundo uma compreensão da sociedade em que diferentes atores interagem de uma maneira relativamente descentralizada. Isso significa que políticas

182 GONÇALVES, Políticas públicas e ciência política. In: BUCCI (Org.), Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico, 2000, p. 87. No mesmo sentido, DIAS, Jean Carlos. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Método, 2007, p. 42.

183 VRIES, Desenvolvimentos na Europa: a idéia das gerações de políticas públicas. Revista de Administração, 1999, p. 35.

públicas são o resultado de uma complexa interação entre agências estatais e não-estatais,¹⁸⁴

Essa complexa interação entre os *policy makers* (sociedade civil e Estado) procura romper com aquilo que a literatura denominou de “ditadura do Estado” ou “Estadocentrismo”,¹⁸⁵ quando todas as fases, especialmente a da formulação, estão concentradas no poder discricionário do poder público em decidir as ações públicas estatais, para, ao contrário, negociar entre os atores envolvidos o direito de decidir as próximas ações e planejamentos para a realização das políticas públicas. E não é diferente a opinião de Hermínio Santos ao entender que “a formulação via rede não se baseia em comando e ordem, mas em negociação e intercâmbio.”¹⁸⁶

Gilberto Bercovi atenta para o fato da predominância e do domínio na condução do processo de elaboração ao mencionar que “o Poder Executivo se encarrega da formulação e execução das políticas públicas sem qualquer tipo de controle ou fiscalização, desde que não ultrapasse sua competência.”¹⁸⁷

Gloria Regonini, ao abordar a importância do papel desenvolvido pelos *policy makers* nessa fase de implementação, assinala:

184 SANTOS, Hermílio. Perspectivas contemporâneas para a constituição de redes de políticas públicas. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 5. n. 1, jan./jun. 2005, p. 62.

185 MASCAREÑO, Carlos. Las políticas públicas ante las realidades emergentes. Notas para la discusión. CDC. [online]. enero. 2003, vol.20, no.52. p.7-38. Disponível nosite:http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S101225082003000100003&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev 2014.

186 SANTOS, op. cit., p. 62.

187 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad. 2003.p. 302.

De um lado, o avanço de uma política requer um extraordinário empenho e uma enorme coordenação por parte dos grupos de atores, governamentais ou não, que se identificam nos seus objetivos. De outro lado, nessa fase há um espaço enorme para passividade ou uma oposição ativa depois que eles podem entricheirar os destinatários litigiosos.¹⁸⁸

Por fim, quando acabada a fase implementadora, acredita-se que houve a conclusão do ciclo, mas, ainda assim, mesmo no percurso “externo” do *policy cycle*, porque ultrapassa a questão de execução material do processo, ocorre a avaliação da política pública. Essa fase é considerada essencial, na medida em que se devem apresentar os resultados, metas e impactos pretendidos “como produtos sobre um contexto mais amplo e muitas vezes não esperados e desejados – decorrentes de sua implementação são comparados com os planejados.”¹⁸⁹ No caso de tais resultados ou metas não serem satisfatórios, pode haver mudança no curso ou no andamento das ações no *policy cycle*, de maneira a corrigir eventuais desvios de planejamento na fases da formulação e implementação. Klaus Frey destaca que a fase da *evaluation* “trata-se de indagar os déficits de impacto e os efeitos colaterais indesejados para poder deduzir conseqüências para ações e programas futuros.”¹⁹⁰

Do mesmo modo, Luigi Bobbio ressalta a importância da necessidade de avaliação das políticas

188 REGONINI, Capire Le politiche pubbliche, 2001, p. 370.

189 DAGNINO, Metodologia de análise de políticas públicas.

190 FREY, Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Revista Planejamento e Políticas Públicas, jun. 2000. p. 228.

públicas já que ela nasce de uma dúvida se está a produzir os efeitos ou resultados esperados inicialmente.¹⁹¹

191 BOBBIO, Luigi. A necessidade de avaliação das políticas públicas. Debatendo Políticas Públicas. 2014, p.13.

3

A constitucionalização do meio ambiente e políticas públicas

3.1 Meio ambiente: Algumas Considerações Sobre a Inter-relação Antagônica Homem *Versus* Natureza

Percebe-se pela abordagem realizada no capítulo anterior que houve uma constante evolução jurídico-normativa no que tange à inter-relação entre os paradigmas de Estado (Liberal, Bem-Estar e Democrático), as constituições e as intervenções estatais, materializadas pelo instituto das políticas públicas consideradas como o “Estado

em ação”.¹⁹² Atentou-se, ainda, para a criação, conceituação e desenvolvimento das políticas públicas a partir do pós-guerra, bem como das fases de *policy cycle* e dos atores envolvidos no processo de implementação.

Entretanto, como o objeto de investigação do presente trabalho é analisar a (im)possibilidade de controle das políticas públicas em caso de omissão da Administração Pública em matéria de meio ambiente por parte do Poder Judiciário, busca-se constituir paralelos na inter-relação existentes entre o poder público¹⁹³ e a defesa e preservação dos recursos ambientais.

Dessa forma, as políticas públicas ecoambientais¹⁹⁴ promovidas pelo paradigma de Estado “Social-

192 HOWLETT, Michel; RAMESH, M. *Come studiare le politiche pubbliche*, 1995, p. 8.

193 “Poder Público é expressão genérica que se refere a todas as entidades territoriais públicas.” SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 49. Do mesmo modo, CADEMARTORI, Luiz Henrique U. *Discrecionalidade Administrativa no Estado Constitucional de Direito*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 29. Para quem conceitua o Poder Público como “a esfera de atividade estatal que, através dos seus poderes instituídos, interage na ordem social com as prerrogativas que lhe são conferidas pelo ordenamento jurídico, o qual deve visar sempre na sua atuação o interesse público.”

194 Políticas públicas eco-ambientais podem ser conceituadas de acordo com ALEXANDRE, Agripa Faria. O papel dos atores sociais do ambientalismo na reorganização das políticas públicas do Estado brasileiro. Um estudo de caso a partir da análise sobre as diretrizes políticas de investimentos financeiros do Fundo Nacional de Meio Ambiente (1990-2001). *Civitas. Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 5. n. 1, p. 161-183, jan./jun. 2005. Para quem “uma diversidade de formas de intervenção política promovidas por ambientalistas nos contextos marcados por crise de participação política, cultural e de sobrevivência.” E complementa ao sustentar que “pretende-se denominar todas aquelas políticas públicas em que ativistas verdes detêm papel central.” p. 161

Intervencionista”, num contexto pós Conferência Mundial das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de Estocolmo (1972), propõem a modificação da concepção antropocêntrico-utilitarista, a qual promove a dicotomia entre o humano (ser racional) e a natureza (meio ambiente) como forma de (re)organizar e (re)dimensionar o relacionamento entre ambos numa perspectiva de mudança do trato humano com a natureza, assim como de garantir essa modificação plasmando-se em direitos constitucionalmente assegurados à espécie humana.

Deve ser destacado, de início, que o parâmetro conceitual adotado neste trabalho para o meio ambiente é o conceito legal previsto na Política Nacional do Meio Ambiente¹⁹⁵, por realçar a interação e a interdependência entre o homem e a natureza, como um elemento unitário. É a chamada “lei de bases”, que condiciona a vida em todas as suas formas, como o “conjunto de relações e interações” humanas e naturais. Para Annelise Monteiro Steigleder, esse conceito de meio ambiente é um

Conceito sistêmico que visualiza o meio ambiente como uma unidade inter-relacionada, integrada pela natureza original, artificial e pelos bens culturais, pressupondo-se uma interdependência entre todos os elementos que integram o conceito, inclusive o homem, valorizando-se a preponderância da complementariedade recíproca entre o ser humano e o meio

195 “Artigo 3, I, : meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;” (Política Nacional do meio Ambiente, Lei 6.938/81)

ambiente sobre a ultrapassada relação sujeição e instrumentalidade.¹⁹⁶

No entanto, é preciso, inicialmente, fazer uma aproximação entre o homem (ser dotado de “racionalidade”) e a natureza (meio ambiente), partindo do fato de que constitui a maioria dos organismos orgânico-biológicos que a compõem, de forma a demonstrar a existência de relações de dependência entre ambos na conformação do meio (ambiente), seja natural, seja artificial (cultural)¹⁹⁷. Assim, somente após explica-se a importância da necessidade de proteger juridicamente o meio ambiente contra a ação ou omissão humana (antrópica).

Dessa maneira, muito embora os Estados tenham evoluído fantasticamente na regulamentação jurídica das

196 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental. As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro, 2004. p. 99.

197 A Conferência de Estocolmo, de 1972, proclamou que “Los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma.” No mesmo sentido José Afonso da Silva define a classificação proclamada na conferencia para o qual considera: “I- meio ambiente artificial, constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto); II – meio ambiente cultural, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do Homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou; III – meio ambiente natural ou físico, constituído pelo solo, água, o ar atmosférico, a flora; enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam.” SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21.

formas de proteção e garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a partir da Segunda Guerra Mundial, seja internacionalmente, por meio dos tratados e convenções (Conferências de Estocolmo e Rio de Janeiro), seja no âmbito interno, por conta da constitucionalização do direito ao meio ambiente equilibrado (Constituição da República Portuguesa de 1976, Constituição Espanhola de 1978, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), nunca o homem (ser racional) desrespeitou com tanta intensidade tais normas destinadas à tutela ecológica de forma a degradar os recursos naturais quanto na última quadra do século passado.¹⁹⁸

De fato, a responsabilidade pela degradação dos recursos naturais deve ser atribuída exclusivamente ao próprio homem. Ele sempre buscou se proteger de qualquer cobrança pelos seus atos ou omissões causadores de impactos e degradações e também por se colocar no centro das discussões e das tutelas dos ordenamentos jurídicos (concepções antropocêntricas), de modo a pôr questões de conservação e preservação do meio ambiente em segundo plano.

No processo de evolução histórica, o homem, como ser dotado da racionalidade, buscou incessantemente instrumentos tecnológicos que estabelecessem relações com a natureza (meio ambiente), comumente de plena oposição

198 Sobre essa questão veja MACNEILL, Jim, et al. Para além da interdependência. A relação entre a economia mundial e a ecologia da terra. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992. De acordo com o autor houve profundas alterações nas relações entre os países, avançando da “interdependência econômica” para a “interdependência ecológica”, já que a economia dos países depende quase que exclusivamente da utilização adequada dos recursos naturais, geradores de riqueza e de bem-estar.

e dominação, com vistas a utilizá-la sempre de acordo com suas próprias necessidades, aspirações individuais e egoísticas; sempre a transformou conforme interesses estritamente econômicos e capitalistas, objetivando, por fim, a consequente dominação do seu semelhante (ser humano), sem qualquer responsabilidade e cuidado com o *locus* onde vive e também para com as futuras gerações.

Trata-se, nesse primeiro momento, de buscar a superação da concepção ocidental de que o homem deve ser inimigo da natureza (homem versus natureza), porque, quando se trata da necessidade de (inter)ação entre o homem e natureza, revela-se a preocupação com a forma como este concebe sua relação com os recursos naturais, qual seja, de plena exploração e esgotamento.

É importante destacar o relato apresentado pelo filósofo Peter Singer, que enfoca a relação de oposição entre homem e natureza:

De acordo com a tradição ocidental dominante, o mundo natural existe para o benefício dos seres humanos. Deus deu a eles o domínio sobre o mundo natural e não se importa com a maneira como o tratamos. Os seres humanos são os únicos membros moralmente importantes desse mundo. Em si, a natureza não tem nenhum valor intrínseco, e a destruição de plantas e animais não pode configurar um pecado, a menos que, através dessa destruição, façamos mal aos seres humanos.¹⁹⁹

Percebe-se haver duas condições completamente distintas e antagônicas: de um lado, o homem (ser racional) como agente transformador e modificador, sem qualquer limite ou obstáculo às suas pretensões, como o único membro importante do universo a ser preservado; e de outro, a natureza (meio ambiente), como agente passivo e gerador de todas as necessidades humanas, servindo

199 SINGER, Peter. *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 283.

somente aos desejos humanos, mas condicionando-se a utilizar tal poder sem qualquer escrúpulo, desde que não faça uso contra o próprio homem.²⁰⁰

Compreendendo tal processo, chegou-se à óbvia e dolorida conclusão de que o homem precisa ser o “senhorio” da natureza, impondo a ela uma relação de poder e dominação totalmente desnecessária. Pensando e agindo dessa forma, o homem (ser racional) acredita(va) estar “melhorando” sua qualidade de vida (gerações presentes), mas esquece-se de que repassando esses problemas ao planeta (futuras gerações); ignora, que está inserido nesse universo, rodeado de outros organismos que também se complementam, formando, na realidade, uma unidade, um todo, uma relação de complementaridade com a natureza.²⁰¹

Para François Ost,

A modernidade ocidental transformou a natureza em ‘ambiente’: simples cenário no centro do qual reina o homem, que se autoproclama ‘dono e senhor’. Este ambiente cedo perdera toda a consciência ontológica, sendo desde logo reduzido a um simples reservatório de recursos, antes de se

200 GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Os (des)caminhos do meio ambiente. São Paulo: Contexto, 1993. p. 38. O autor levanta uma questão que deve ser considerada, a de que as ciências humanas vivem completamente separadas das ciências da natureza. Para ele “descobertas realizadas em um ou outro desses campos ficam nele isoladas, como se houvesse um alfândega proibindo que saíssem das fronteiras de cada grande área do conhecimento. Assim por exemplo, se a descoberta do código genético abriu a biologia para trocas com a química, pois o gene está inscrito no ácido desorribonucleico, o ADN, o mesmo não ocorre entre a biologia e as teorias da comunicação, a informática e a cibernética, muito embora a biologia trabalhe com as nações de códigos, programa e memória.”

201 BRANCO, Samuel Murgel. Conflitos conceituais nos estudos sobre meio ambiente. Estudos Avançados, São Paulo, v. 9, n. 23, p.217-233,1995. p. 217.

tornar um depósito de resíduos – em suma, o pátio das traseiras de nossa tecnosfera.²⁰²

A natureza tornou-se mero objeto na relação com o homem, pela qual o homem-sujeito debruça-se sobre a natureza-objeto tornando-a simples “coisa”, resultado de consequentes concepções equivocadas concebidas por ele. Carlos Walter Porto Gonçalves observa a importância desse debate no sentido de que “pensar a natureza, portanto, significa trazer à tona profundas implicações filosóficas e nós que assumimos plenamente a ecologia temos de ir ao mais fundo possível nessa reflexão para não resvalarmos nas simplificações que tantos danos nos têm causado.”²⁰³

A unidade homem-natureza representa a interação e integração de ambos, visto que o homem (ser racional) necessita dos elementos materiais para sua sobrevivência e manutenção “no” e “do” planeta Terra, enquanto a natureza (meio ambiente), ao contrário, em nada depende do homem, inclusive melhorando suas relações com os demais organismos sem a presença humana. Assim, nessa relação simbiótica, o homem precisa muito mais da natureza do que esta dele, fato que o homem ainda não conseguiu compreender, invocando-se como detentor de todas as coisas para a devastação de organismos que estão conectados diretamente com a qualidade de vida, bem como com o meio ambiente ecologicamente equilibrado às gerações presentes (intrageração) e futuras gerações (intergeração).

No dizer de Samuel Murgel Branco, essa interdependência pode ser assim exemplificada:

O homem pertence à natureza tanto quanto – numa imagem que me parece apropriada – o embrião pertence ao ventre

202 OST, François. A natureza à margem da lei. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 10.

203 GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Os (des)caminhos do meio ambiente, 1993. p. 43.

materno: originou-se dela e canaliza todos os seus recursos para as próprias funções e desenvolvimento, não lhe dando nada em troca. É seu dependente, mas não participa (pelo contrário, interfere) de sua estrutura e função normais. Será um simples embrião se conseguir sugar a natureza, permanentemente de forma compatível, isto é, sem produzir desgastes significativos e irreversíveis; ao contrário será um câncer, o qual se extinguirá com a extinção do hospedeiro.²⁰⁴

Reafirma-se, portanto, que essa interação entre o homem e a natureza não deve ser vista como um processo dialético, mas, sim, como um processo unitário, no qual o homem está englobado em conjunto com os demais humanos (presentes e futuras gerações), todos ligados à natureza. Nesse sentido, se houver danosidade ou prejuízos à natureza, será essa estendida conseqüentemente à humanidade, seja para as atuais gerações (intragerações), seja para as futuras gerações (intergerações), já que elas fazem ou farão parte desta unidade chamada Terra.

Basta verificar as discussões e debates realizados nas conferências internacionais, geralmente com a finalidade de desconstruir tais posicionamentos e compreensões de que o homem deve exercer dominação sobre a natureza. Nesse sentido, a proclamação da Conferência de Estocolmo, de 1972, afirma:

El hombre es la vez obra y artífice del medio ambiente que lo rodea, el cual le da sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente. En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto los rodea.

204 BRANCO, Samuel Murgel. Conflitos conceituais nos estudos sobre meio ambiente. Estudos Avançados, São Paulo, v. 9, n. 23, p.217-233,1995. p. 231

Cumpra, dessa forma, apresentar rapidamente o processo evolutivo da normatização do direito ao meio ambiente, primeiro internacional após nacionalmente, de (des)construção/ruptura de algumas concepções normativas de dominação e aprisionamento da natureza chamada de antropocêntrico-utilitarista para a concepção de outro paradigma de inter(ação) homem e natureza, que não apenas a concepção de proteção ao homem (antropocêntrica). É esta uma concepção também na natureza, chamada de “antropocêntrica alargada”, a qual se baseia no respeito e na cooperação entre o homem (ser racional) e a natureza (meio ambiente) e entre os próprios homens (seres racionais), com uma preocupação ética para garantir o bem-estar e a manutenção da qualidade de vida das presentes e futuras gerações.²⁰⁵

É preciso haver um constante processo de ruptura de concepções antropocêntricas que buscam a proteção humana fragmentada, sem uma correlação com os recursos naturais, passando-se a uma estruturação normativa baseada na concepção antropocêntrico-alargada pela qual o homem faz parte do ambiente como qualquer outro ser, mas não é o centro das garantias normativas.

3.2 Direito ao Meio Ambiente: Reconhecimento No Âmbito Internacional

205 Princípio 1 da Declaração do Rio/92. “Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Tem direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com o meio ambiente.”

3.2.1 Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de Estocolmo

A I Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, Suécia, pela Organização das Nações Unidas, representou o despertar para a problemática ambiental, porque pela primeira vez se discutiu e se reconheceu internacionalmente o direito fundamental à preservação do ambiente e o direito à vida como inter-relacionados. Pode-se, pois, afirmar que esta conferência foi o marco regulatório dos demais instrumentos internacionais de proteção do meio ambiente e, conseqüentemente, da vida na Terra.

Foi nessa conferência que começou a se destacar a questão do planejamento ambiental como um mecanismo de preservação dos recursos ambientais. É interessante mencionar seu princípio 2:

Los recursos naturales de la tierra, incluídos, el aire, el agua, la tierra, la flora, y la fauna y, especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse em beneficio, de las generaciones presentes y futuras, mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.²⁰⁶

Percebe-se, dessa forma, a importância dada pela Conferência de Estocolmo à realização do planejamento ambiental na constituição das políticas públicas eco-ambientais, como forma de orientar determinadas práticas e ações de preservação e conservação dos recursos naturais pelas administrações públicas nos diversos níveis de governança.

206 Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, de Estocolmo, 1972.

Também foi na Conferência de Estocolmo que o homem assumiu a responsabilidade (intergeracional) de preservar e administrar o local onde vive, como no princípio 4:

El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y la fauna silvestre y su hábitat, que se encuentren actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos.

En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y fauna silvestre²⁰⁷.

Entretanto, registrou-se que tal responsabilidade deveria ser assumida, primeiramente, pelo Estado, na aplicação das obrigações de realizar o desenvolvimento sustentável, ou seja, conferiu-se lhe a tarefa de administrar ou controlar a utilização dos recursos ambientais com a finalidade de melhorar o meio ambiente local para as gerações presentes (intrageração) e futuras gerações (intergeração).²⁰⁸ Para Alain Pelett, a Conferência de Estocolmo apresentou basicamente três idéias:

1º o subdesenvolvimento constitui a primeira e a pior das poluições; 2º o emprego de técnicas poluentes não podem impor ao mundo em desenvolvimento o recurso a tecnologias 'limpas' cujo custo acarreta o risco de afrouxar consideravelmente o processo de desenvolvimento; 3º tanto mais que os países industrializados permanecem, e em grande quantidade, os mais importantes poluidores do planeta.²⁰⁹

207 Princípio 4 da Conferência Mundial sobre Meio Ambiente, de Estocolmo, 1972.

208 Princípio 17 da Conferencia Mundial sobre Meio Ambiente, de Estocolmo, 1972.

209 DAILLIER, Patrick. Et al. Direito internacional público. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 1315.

Desse modo, no conteúdo da Declaração da I Conferência Mundial sobre Meio Ambiente de Estocolmo ficou clara a necessidade de superar a pobreza extrema e o subdesenvolvimento de forma integrada pelos países, sobretudo os desenvolvidos, pela cooperação técnica, a fim de proteger o meio ambiente. Demonstra-se, pois, a inter-relação entre as políticas públicas como instrumentos de ação do Estado e o meio ambiente para e no enfrentamento dos problemas socioambientais.

Essas preocupações foram assinaladas no Princípio 8 segundo o qual o “desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable y crear en la Tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de la vida.”²¹⁰

Entendeu-se, naquele momento histórico, que seria necessária a superação das desigualdades sociais e da pobreza para uma mudança na preservação dos recursos naturais, evidenciando a necessidade de atuação positiva do Estado na implementação de medidas prestacionais progressivas (direitos prestacionais) de melhora ou, mesmo, de manutenção do meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações²¹¹

Denota-se que todos os princípios insculpidos estão conectados com os elementos da responsabilidade humana, mas, especialmente, com a estatal, de preservação e garantia dos recursos naturais para a melhora das condições de vida das presentes e gerações futuras. Impôs-se ainda, aos Estados a tarefa de planejar e controlar, racionalmente, de forma integrada e coordenada, valendo-se do instrumento

210 Princípio 8 da Conferência Mundial sobre Meio Ambiente, de Estocolmo, 1972.

211 Princípio 19 da Conferência Mundial sobre Meio Ambiente, de Estocolmo, 1972.

das políticas públicas na utilização dos recursos naturais como forma de conservação dos ecossistemas sem obstrução do desenvolvimento e da melhora de qualidade de vida.

Essa preocupação interdisciplinar e transversal das políticas ambientais com as demais realizações de políticas públicas e, sobretudo, nos modos de agir estatal, na busca incessante e desenfreada pelo “crescimento econômico”, demonstrou-se latente nas discussões, tanto que se materializou expressamente nos princípios 13 e 14 da Declaração:

Princípio 13. A fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo, de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población.

Princípio 14. La planificación racional constituye un instrumento indispensable para conciliar las diferencias que puedan surgir entre las exigencias del desarrollo y la necesidad de proteger y mejorar el medio.²¹²

Revela-se evidente a necessidade da adoção, por parte dos Estados, de um enfoque integrado e coordenado de planificação como modelo interventivo de seu “crescimento econômico”, com a pretensão de proteger o meio ambiente em benefício da comunidade, causando-lhe os menores impactos ambientais possíveis nesse processo de desenvolvimento.

Percebe-se, nesse sentido, que, mesmo não estando expressamente invocado nas declarações, há a interdependência direta prevista entre os direitos econômicos, sociais e culturais com os direitos ambientais,

212 Princípios 13 e 14 da Conferência Mundial sobre Meio Ambiente, de Estocolmo, 1972.

como verdadeiros direitos a prestações materiais positivas, com vistas à resolução de problemas socioambientais e, especialmente, à melhora na qualidade de vida dos agentes envolvidos, mas que devem ser implementação tão somente pelo Estado.

Os princípios construídos e delineados na Declaração de Estocolmo foram reafirmados posteriormente não apenas no plano interno, para fundamentar um ideário de princípios e pretensões a serem implementados na nova Constituição Federal de 1988, mas também como fonte de inspiração na Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992.

3.2.2 Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento

A partir desta conferência deu-se grande visibilidade aos problemas ambientais globais, constituindo-se numa das grandes preocupações a superação da pobreza e do subdesenvolvimento, sem, contudo, comprometer o desenvolvimento dos países, assim como a manutenção dos recursos naturais para as intra e intergerações. Tais pretensões geraram o paradigma do desenvolvimento sustentado.

Propõe, dessa forma, a conciliação entre o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente, numa síntese do chamado de “desenvolvimento sustentável”. Essas propostas foram materializadas nos seguintes princípios:

Princípio 3º. O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras.

Princípio 4º. Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento, e não pode ser considerada isoladamente deste.²¹³

Tal paradigma de desenvolvimento sustentável pressupõe o respeito ao limite de regeneração que os recursos naturais exigem para se recompor a fim de retomar o ciclo da vida, evitando, assim, a degradação dos ecossistemas.

Segundo Plauto Faraco de Azevedo,

Desenvolvimento sustentável resultou da percepção dos efeitos perniciosos, quando não irremissíveis, produzidos pelo núcleo econômico da idéia de desenvolvimentista, de modo a compatibilizá-la com o imperativo da preservação do meio ambiente consistindo na exploração equilibrada dos recursos naturais, no limite da satisfação das necessidades do bem-estar e da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das futuras gerações.²¹⁴

Desenvolvimento ecologicamente sustentável, portanto, é o instrumento adequado para conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação dos recursos naturais, com o objetivo de que o homem possa efetivamente ser beneficiado com seus efeitos econômicos sem prejuízos ambientalmente negativos à natureza.²¹⁵

213 Declaração do Rio/92.

214 AZEVEDO, Plauto Faraco de. Do direito ambiental – reflexões sobre seu sentido e aplicação. In: FREITAS, Vladimir Passos de. (Org). Direito Ambiental em evolução. Curitiba: Juruá, 1998, p. 286.

215 Veja o Princípio 4 da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, do Rio/92: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte

Para Paulo Affonso Leme Machado, comenta a Conferência do Rio: “Os seres humanos têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza, prevendo: 1º o direito a sanidade ambiental; 2º utilização do meio ambiente e; 3º conservação da natureza.”²¹⁶

Nesse ponto, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como Rio-92 ou ECO 92, teve como principal proposta “pensar globalmente agir localmente”, com vista a incumbir cada Estado a realizar as mudanças necessárias dentro do seu espectro geográfico, de maneira a atingir o desenvolvimento sustentado. Segundo Danielle Annoni, a conferência “reconheceu o caráter global dos problemas ambientais, e que sua solução rogava por uma ação conjunta de todos os Estados, organizações e cidadãos, dando particular ênfase na atuação e na finalidade de proteção ao próprio homem.”²¹⁷

Para tanto, basta verificar que a declaração buscou, de acordo com os princípios de direito internacional, de certa forma, relativizar a soberania do Estado²¹⁸, afirmando que os

integrante do processo de desenvolvimento, e não pode ser considerada isoladamente deste.”

216 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Rio + 10/Estocolmo + 30. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, III. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2002, p. 31-37, (Série de Cadernos do CEJ 21). p. 31.

217 ANNONI, Danielle. Direitos humanos e meio ambiente: contribuições para a humanização do direito internacional contemporâneo. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Os rumos do direito internacional dos direitos humanos. Ensaio em homenagem ao professor Antonio Augusto Cançado Trindade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. v. IV. p. 504.

218 SOARES, Guido Fernando Silva. A interdependência dos Estados no campo da proteção internacional ao meio ambiente. In: OLIVEIRA, Odete Maria de, e JUNIOR, Arno Dal Rì (Orgs). Relações

recursos naturais não poderiam mais ser tratados localmente, mas, sim, de forma universal e global, já que problemas ambientais localizados tão-somente num Estado individualizado poderiam causar impactos globalmente (acidente radioativo de Chernobyl, Ucrânia em 1986). Por isso, utilizou o termo “interesse comum da humanidade” para justificar o interesse de todos os países pela proteção do meio ambiente, da escala local à global, e vice-versa.

De acordo com o Princípio 2 da Declaração:

Os Estados, de conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os Princípios de Direito Internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas de meio ambiente e desenvolvimento, e a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.²¹⁹

Os resultados da conferência foram satisfatórios quantitativamente, já que foram assinadas duas convenções sobre temáticas importantes, quais sejam, sobre as mudanças climáticas e a diversidade biológica, bem como adotados três instrumentos: a Declaração do Rio, a Agenda 21 e a Declaração sobre Florestas.

A Declaração do Rio apresentou características inovadoras para aquele momento ao apresentar no conteúdo de seus princípios inter-relações diretas e conexas entre direitos econômicos, sociais e culturais e direitos civis e políticos garantidos pelos pactos com a proteção e garantia do meio ambiente. Basta citar o Princípio 25, no qual a Declaração do Rio proclama “a paz, o desenvolvimento e a proteção ambiental são interdependentes e indivisíveis.”

internacionais. Interdependência e sociedade global. Ijuí: Editora Unijuí, 2003, p. 599- 627.

219 Declaração do Rio/92.

No mesmo sentido se dirige a proposta da Agenda 21, cujo objetivo foi adotar um novo paradigma de desenvolvimento, o desenvolvimento sustentável, de maneira a estabelecer a importância da participação “do” e “pelo” homem na construção das formas de preservação do meio ambiente local e, indiretamente, do próprio planeta. Assim, constituiu-se no estabelecimento de uma nova ordem de cooperação entre a sociedade e o poder público, com vistas a preservar o meio ambiente, situando o ser humano no centro do processo de desenvolvimento econômico, social e cultural.

Antônio Augusto Cançado Trindade, referindo-se à importância da Agenda 21, registra:

Significativamente, a agenda 21 fez referência expressa a dois instrumentos de direitos humanos – a Declaração Universal de Direitos Humanos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas – ao abordar o direito à moradia adequada: advertiu que, embora já estivesse este direito consagrado naqueles dois instrumentos, estima-se que hoje pelo menos um bilhão de pessoas não tenham acesso a moradia adequada ou segura.²²⁰

Vale ressaltar ainda que tais mecanismos fizeram o asseguramento do direito-base do Pacto dos Direitos Civis e Políticos (direitos negativos), qual seja, a democracia, ao estabelecer o direito de participação da comunidade na promoção do direito sustentável²²¹, mas não singularizado e individualizado, e, sim, interligado com os demais direitos econômicos, sociais e culturais (direitos prestacionais).

220 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Tratado de direito internacional de direitos humanos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, v. II, p. 299.

221 Princípios, 10, 20 e 21 da Declaração do Rio/92.

Pretendeu-se, portanto, com a iniciativa de assegurá-los nessa declaração, fortalecer a ordem democrática, assegurando o direito à participação como uma forma de garantir a implementação dos demais direitos previstos nos pactos. Para Danielle Annoni, a Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente de Desenvolvimento “consolidou o elo entre direitos humanos e meio ambiente, reconhecendo o direito do ser humano ao meio ambiente sadio e sustentável.”²²²

É importante destacar que, apesar da realização dessa Conferência Mundial no Rio de Janeiro, é posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, mas seus princípios e orientações advindos da conferência anterior, a de Estocolmo de 1972, inspiraram as discussões do constituinte originário com a sociedade civil, na construção do conteúdo normativo dos preceitos constitucionais relativos ao meio ambiente, especialmente no planejamento, implementação e na execução das políticas públicas socioambientais, todas interligadas e conectadas, seja sobre a temática da saúde, seja sobre a temática do meio ambiente, seja sobre a temática do planejamento urbano, a fim de se buscar uma melhor qualidade de vida para todos.

E foi exatamente nessa esteira de acontecimentos históricos internacionais que se apresentaram substanciais mudanças na Constituição Federal de 1988, cujo signo de abertura jurídico-política trouxe avanços significativos, a começar pela adoção de um paradigma de Estado com o adjetivo de “Democrático de Direito”, o qual se caracteriza

222 ANNONI, Danielle. Direitos humanos e meio ambiente: contribuições para a humanização do direito internacional contemporâneo. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Os rumos do direito internacional dos direitos humanos. Ensaio em homenagem ao professor Antonio Augusto Cançado Trindade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. v. IV. p. 504.

como um Estado de transformação do direito, construído “com” e “pela” coletividade, mas que também é o real e verdadeiro legitimado na busca por uma maior participação social nas decisões sobre os rumos ecossociais do país.

3.3 A Constitucionalização do Direito ao Meio Ambiente

Embora já tenha sido assinalado, merece ser destacado, mais uma vez, que o processo de constitucionalização do direito ao meio ambiente emergiu após o término da Segunda Guerra Mundial, com um enfoque unicamente antropocêntrico. Entretanto, essa questão foi gradativamente se ampliando para uma temática do antropocentrismo-alargado, cujas declarações internacionais a estabeleceram, vindo, posteriormente, a ser consagradas na Constituição da República Portuguesa de 1976, na Constituição Espanhola de 1978 e na Constituição Federal de 1988.

Destaque-se que o constituinte originário brasileiro, prevendo um grande avanço no processo de desenvolvimento econômico do país, mais especificamente com o aumento vertiginoso da degradação como passivo ambiental causado pela industrialização descontrolada e sem critérios objetivos mínimos de cuidado com o meio ambiente, preocupou-se com a preservação dos recursos naturais ecologicamente equilibrados, assegurando, de forma inédita na história constitucional do país²²³, um capítulo

223 SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 50. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 106. MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. Doutrina – prática – jurisprudência – glossário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 207.

específico dedicado tão-somente ao meio ambiente. Conectou-se essa questão a outras questões sociais de tamanha importância para preservação da vida humana, como a sadia qualidade de vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, baseando-se, portanto, em sustentáculos do fundamento constitucional: da dignidade humana, do direito à vida e do direito à saúde, como verdadeiros direitos transcendentais à vida humana.²²⁴

Para Antônio Herman Benjamin, a “constitucionalização do ambiente traz consigo benefícios variados e de diversas ordens, bem palpáveis, pelo impacto real que podem ter na (re)organização do relacionamento do ser humano com a natureza.”²²⁵

José Afonso da Silva, comentando a importância da inter-relação entre o direito à vida e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, afirma: “é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente.”²²⁶

Essa inovação constitucional deve ser creditada não apenas ao constituinte originário que se mostrou sensível à problemática ecopreservacionista, mas também à pressão exercida pela sociedade civil num momento de forte

224 Para SILVA, Direito ambiental constitucional, 2003, p.81. “Pode-se dizer que há dois objetos de tutela, no caso: um inédito, que é a qualidade do meio ambiente, e outro mediato, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população que se vem sintetizado na expressão qualidade de vida.”

225 BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. (Orgs). Direito constitucional ambiental brasileiro. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 69.

226 SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional, 2003, p. 70.

efervescência democrática, inspirada pelo processo de redemocratização do país e capitaneada pela ação do movimento ambientalista brasileiro.²²⁷ Foi resultado dos avanços de proteção estabelecidos, primeiramente, no plano internacional pelas conferências mundiais, objetivando assegurar constitucionalmente a garantia de um meio ambiente como direito de todos, de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida no plano normativo interno.

Para José Afonso da Silva, “a Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma constituição eminentemente ambientalista.”²²⁸

O conteúdo normativo materializado no caput do artigo 225 da Constituição Federal pode ser fracionado e destacado em três desdobramentos: a) O reconhecimento do “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, bem de uso comum do povo, como um verdadeiro direito fundamental; b) a descrição de “deveres de agir” do Estado e da coletividade para “defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações”; c) a prescrição de normas impositivas de conduta, denominadas de “normas-objetivo”, pretendendo assegurar

227 VIOLA, Eduardo J. O movimento ecológico no Brasil (1974-1986): do ambientalismo à ecopolítica. p. 20. Extraído do site: <http://168.96.200.17/ar/libre/lasa98/Viola.pdf>. Acesso em: 10 set. 2006. Vide também WALDMAN, Maurício. Ecologia e lutas sociais no Brasil. São Paulo: Contexto, 1994.

228 SILVA, Direito ambiental constitucional, 2003, p. 46. No mesmo sentido, MILARÉ, Édís. Direito do ambiente. Doutrina – prática – jurisprudência – glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 211. “A Constituição de 1988 pode muito bem ser denominada “verde”, tal o destaque (em boa hora) que dá à proteção do meio ambiente”.

a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Enquanto no restante do artigo 225 (parágrafos e incisos) procura-se desenvolver e organizar instrumentos de “proteção imediata de processos e conjuntos constitutivos do meio ambiente e da realidade ecológica, como forma de assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.”²²⁹

É importante ressaltar o entendimento de Édis Milaré sobre a proteção sistêmica de garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações prevista nos preceitos constitucionais:

A dimensão conferida ao tema não se resume, bem de ver, aos dispositivos concentrados especialmente no Capítulo VI do Título VIII, dirigido à Ordem Social, mas alcança também inúmeros outros regramentos inseridos ao longo do texto nos mais diversos Títulos e Capítulos, decorrentes do conteúdo disciplinar da matéria.²³⁰

Percebe-se que, nesse sentido, houve toda uma preocupação com a preservação e conservação dos recursos naturais, de modo a estruturar todo um sistema

229 SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional, 2003, p. 81.

230 MILARÉ, Direito do ambiente. Doutrina – prática – jurisprudência – glossário, 2000, p. 211. O referido autor elenca os artigos no conjunto da Constituição que de uma forma ou outra garantem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: “artigo 5º, LXXIII, 20, II a VI e §1º, 21, IX, XII, b e f, XV, XIX, XX, XXXIII, a, b e c, e XXV, 22 IV, X, XII, XVIII e XXVI, 23, II, III, IV, VI, VII, IX e XI, 24, I, IV, VII, VIII e XII, 26, I, II e III, 30, VIII e IX, 43§2º, IV e 3º, 49, XIV, 91, §1º, III, 129, III e 1º, 170, III e VI, 174, §3º, 176 §1º e 4º, 177, I, V e §3º, 182, §1º a 4º, I, II e III, 186, II, 187§1º, 200, VII e VIII, 216, I a V e §1º a 5º, 220, §3º, II e 4º e 231, §1º e 3º.” p. 212.” Entretanto esqueceu-se de mencionar os artigos 1º, II e III, e 2º da Constituição Federal de 1988.

constitucional, a fim de garantir que tais direitos fundamentais fossem efetivamente respeitados, não apenas pela sociedade, mas, principalmente, pelo poder público, como um “dever constitucional” de zelar pelo patrimônio intergeracional da humanidade.

3.3.1 O Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

Deve ser destacado que há expressa remissão e conexão desse preceito de garantia coletiva explicitado no termo “todos têm direito”, denominado de “direitos difusos”^{231 232}, com os demais direitos previstos constitucionalmente, especialmente com os direitos e garantias fundamentais individuais, nos quais assegura expressamente o direito à vida (direito de viver), mas com dignidade e qualidade de vida, ou seja, viver numa ambiente ecologicamente equilibrado e sadio. Para Jean Carlos Dias, “o direito ao meio ambiente equilibrado tem por finalidade

231 Direitos difusos podem ser concebidos de acordo com Fabíola Santos Albuquerque para o qual “diante da impossibilidade de identificar os titulares do interesse, por estarem dispersos na coletividade, significando dizer que é direito de todos, indistintamente, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual é pressuposto essencial à sadia qualidade de vida e à preservação das presentes e futuras gerações.” ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O meio ambiente como objeto de direito no Mercosul. Revista de Informação Legislativa. a. 37, n. 148, p. 265-274. out/dez. 2000, p. 43.

232 Interesses difusos podem ser entendidos também pela sua conceituação legal, prevista no artigo 81, I, da Lei 8.078/90 o qual “direitos ou interesses difusos, aqueles de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”

a existência humana; trata-se, assim de garantia à vida, que por definição é difusa.”²³³

De acordo com Cristiane Derani, essa primeira parte do artigo constitucionalmente positivado descreve “um direito constitucional de todos, o que apesar de não estar localizado no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, não afasta o seu conteúdo de direito fundamental.”²³⁴

Essa posição foi compartilhada em forma de jurisprudência pelo Supremo Tribunal Federal, o qual considerou o texto constitucional uma “cláusula aberta”, reconhecendo outros direitos fundamentais não constantes do catálogo de direitos e garantias individuais.²³⁵ Do mesmo modo, mas ampliando tal entendimento, Annelise Monteiro Steigleder entende que a abertura do sistema constitucional permite ainda que os tratados internacionais que dispõem sobre proteção ambiental, especialmente naquilo que dizem

233 DIAS, Jean Carlos. Políticas públicas e questão ambiental. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, 31, jul-set, 2003, p. 119.

234 DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 2 ed. São Paulo: Max Limonad. 2001. p. 260.

235 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 939/DF, Rel. Min Sidney Sanches, julgado pelo Tribunal Pleno em 15/12/1993, publicado Diário de Justiça - DJ - em 18/03/94. No qual se discutiu a constitucionalidade da EC 3/93 e da Lei Complementar 77/93, referente à instituição do IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira), reconheceu que o princípio da anterioridade tributária, previsto no artigo 150 III, “b” da Constituição Federal, embora constando fora do catálogo dos direitos fundamentais, constitui, por força do artigo 5º, § 2º, “cláusula de abertura”, como verdadeiro direito fundamental. Extraído do site: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> com acesso em 19 de novembro de 2007.

respeito ao núcleo do direito fundamental do meio ambiente, passem a integrar a Constituição.²³⁶

O direito fundamental ao meio ambiente trata-se, na realidade, da caracterização dos direitos de solidariedade, de titularidade coletiva, como direito de terceira dimensão, diferentemente das demais dimensões de direitos, anteriormente relacionadas, pelo fato de “se desprenderem em princípio da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação) e caracterizando-se, consequentemente, como direitos de titularidade coletiva.”²³⁷

Ainda segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “a nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo espacialmente no meio ambiente.”²³⁸ Para Antônio Herman Benjamin,

Nessa categoria, tem-se direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existência concreta.²³⁹

236 STEIGLEDER, Responsabilidade civil ambiental. As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro, 2004. p. 106.

237 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 50.

238 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, 2002, p. 53.

239 BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José

Pode-se ainda transcrever, apenas a título exemplificativo, a posição dominante do Supremo Tribunal Federal sobre a questão dos direitos transindividuais, a qual considera o direito ao meio ambiente como verdadeiro direito difuso de terceira dimensão:

(...)

O direito à integridade do meio ambiente — típico direito de terceira geração — constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.²⁴⁰

Merece ser citada ainda a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3540-1, no qual o relator min. Celso de Mello se refere aos direitos

Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. (Orgs). Direito constitucional ambiental brasileiro. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 103.

240 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS 22.164-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-95, DJ de 17-11-95. No mesmo sentido: RE 134.297-8/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-95, DJ de 22-9-95. Extraído do site www.stf.jus.br com Acesso em: 16 mar 2012.

ecológicos como direitos de terceira dimensão (novíssima dimensão), consagrando-os como princípio de solidariedade:

Meio ambiente - direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) - prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) - alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - supressão de vegetação em área de preservação permanente - possibilidade de administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) - colisão de direitos fundamentais - critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) - a questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (cf, art. 170, VI) - decisão não referendada – conseqüente indeferimento do pedido de medida cautelar.²⁴¹

Da mesma forma, para Cristiane Derani “a proteção do meio ambiente tem seu movimento fundado no interesse coletivo ou social.”²⁴² Também por se considerar que o meio ambiente é um “bem” de uso comum do povo,

241 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3540-1, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 03-2-2006. Extraído do site www.stf.jus.br com Acesso em: 12 jan 2014.

242 DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 2 ed. São Paulo: Max Limonad. 2001. p. 262.

não podendo ser apropriado tal como uma mercadoria individualmente por quem quer que seja, uma vez que se trata de interesse público da coletividade, deve seu desfrute ser realizado pela própria coletividade, não em detrimento de interesses individuais ou privados.

Antônio Herman Benjamin, comentando essa questão, explica:

Trata-se de inversão da injusta realidade de degradação ambiental, que não sua essência não deixa de ser uma apropriação indevida (e agora constitucionalmente desautorizada) de atributos ambientais, em que os benefícios são monopolizados por poucos (= os poluidores) e os custos são socializados entre todos (= a coletividade, presente e futura).²⁴³

No mesmo sentido, Mario Fuks destaca que, “ainda que o meio ambiente possa ser considerado bem de uso comum, cuja proteção interessa ao conjunto da sociedade, os custos e benefícios de sua proteção são desigualmente distribuídos.”²⁴⁴

E ainda, de acordo com José Rubens Morato Leite, o meio ambiente como bem de uso comum do povo representa

Pois deste direito de fruição ao meio ambiente, ecologicamente equilibrado, não advém nenhuma prerrogativa privada. Não é possível, em nome deste direito, apropriar-se individualmente

243 BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. (Orgs). Direito constitucional ambiental brasileiro. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 73.

244 FUKS, Mario. Arenas de ação e debates públicos: conflitos ambientais e a emergência do meio ambiente enquanto problema social no Rio de Janeiro. Dados, Rio de Janeiro, v. 41. n. 1, 1998, p. 3. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52581998000100003&script=sci_arttext Acesso em: 19 set. 2013.

de parcelas do meio ambiente para consumo privado. O caráter jurídico do meio ambiente, ecologicamente equilibrado, é um bem comum do povo.²⁴⁵

Percebe-se que tal pretensão constitucional busca dividir equitativamente a fruição dos recursos naturais, de maneira a favorecer o interesse da coletividade para uma melhor qualidade de vida de todos numa perspectiva universalista, não apenas para uma minoria movida por interesses meramente capitalistas e de exploração do meio ambiente por interesses individuais.

Dessa forma, também se pode afirmar com exatidão que o direito da solidariedade ambiental se constitui numa corresponsabilidade compartilhada entre todos, seja poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário), seja a comunidade, seja a sociedade civil, para a preservação e conservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações.

Esse reconhecimento ético de preocupação com a qualidade de vida das demais gerações foi discutido entre os movimentos socioambientalistas internacionais nas conferências mundiais. Pela sua importante responsabilidade, teve de ser regulamentada constitucionalmente, não apenas pelo assecuramento ao direito à vida,²⁴⁶ mas também pelo tamanho valor e significado representado pelo meio ambiente sadio na preservação desse direito essencial de se viver com qualidade, “quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da

245 LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 87.

246 Art. 5º, caput da Constituição Federal de 1988.

dignidade desta existência – que faz com que valha a pena viver.”²⁴⁷

Deve ser destacado que o reconhecimento “do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” com o status de direito fundamental traz enormes implicações ao ordenamento jurídico, assim como consideráveis mudanças e (re)organização nas tarefas e orientações administrativas com relação ao agir-público-estatal na temática do meio ambiente, pois passam a ser exercidos como “deveres constitucionais” de conservar e proteger a inviolabilidade desse direito junto ao poder público e à sociedade.

Sobre a questão dos deveres constitucionais, Konrad Hesse, com base na força normativa da Constituição, assinala que não deve se assentar numa estrutura unilateral, se quiser preservar sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social.²⁴⁸ Complementa o constitucionalista germânico que, “se pretender preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária.”²⁴⁹ Por isso, “os direitos fundamentais não podem existir sem deveres.”²⁵⁰

Além dessa característica, o caráter multidimensional do direito ao meio ambiente como direito de defesa (dever de não degradar) e como direito prestacional (dever de recuperar a área degradada com medidas positivas por parte do Estado) significa a evolução

247 MILARÉ, Direito do ambiente. Doutrina – prática – jurisprudência – glossário, 2000, p. 96.

248 HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 21.

249 Op. cit, 21.

250 Op. cit.

dos direitos fundamentais, por isso denominado de “direito fundamental como um todo.”²⁵¹

Assinala Antônio Herman Benjamin:

A proteção ambiental deixa, definitivamente, de ser um interesse menor ou acidental no ordenamento, afastando-se dos tempos em que, quando muito, era objeto de acaloradas, mas juridicamente estéreis, discussões no terreno jurígeno das ciências naturais ou da literatura. Pela via da norma constitucional, o meio ambiente é alçado ao ponto máximo do ordenamento, privilégio que outros valores sociais relevantes só depois de décadas, ou mesmo séculos, lograram conquistar.²⁵²

Uma vez reconhecido o direito ao meio ambiente como um direito fundamental (direito ecológico), é importante verificar suas características no ordenamento, se de cunho negativo ou de cunho positivo, na realização das prestações estatais, bem como quais as repercussões na estrutura estatal para seu cumprimento, defesa e garantia.

Para tanto, analisa-se rapidamente tal direito de acordo com a “teoria dos direitos fundamentais” de Robert Alexy.

251 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997, p. 429.

252 BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. (Orgs). Direito constitucional ambiental brasileiro. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 73.

3.3.1.1 Direito ao Meio Ambiente como Direito Fundamental: Algumas Considerações Sobre A Temática Segundo A Teoria Dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem promovido sérias e tormentosas dificuldades à doutrina e à jurisprudência quanto à sua classificação. Seria um direito fundamental de cunho negativo ou de cunho positivo ?

É importante lembrar que os direitos fundamentais podem ser classificados em direitos de cunho negativo (direitos de defesa), também denominados de “direitos individuais de primeira dimensão”, ou os direitos de cunho prestacional (direitos prestacionais), ou “direitos sociais de segunda dimensão.”²⁵³

No primeiro caso, dos direitos de cunho negativo, estão “afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera individual em face de seu poder.”²⁵⁴ No segundo, direitos de cunho positivo, “não são direitos contra o Estado, mas sim direitos por meio do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais”²⁵⁵.

Ainda com relação aos direitos de cunho positivos, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos

253 Adota-se aqui a expressão de “dimensões” e não “gerações” vide SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 50.

254 SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, 2001, p. 50.

255 KRELL, Andreas J. Realização dos direitos sociais fundamentais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). Revista de Informação Legislativa. a. 36, n. 144, p. 239-260. out/dez. 1999, p. 240.

fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que os indivíduos, no que concerne à conquista e manutenção da sua liberdade, dependem em muito da postura ativa dos poderes públicos.²⁵⁶

Robert Alexy, no entanto, diferentemente da doutrina nacional apresentada, define-os e classifica-os como direitos a ações: ações negativas do Estado (direitos de defesa) e direitos a ações positivas por parte do Estado (direitos prestacionais).

Os direitos de ações negativas dividem-se em três grupos: a) *por* “derechos a que el Estado no impida u obstaculize determinadas acciones del titular de derecho;²⁵⁷ b) por “derechos a que no afecte determinadas ‘propiedades’ o ‘situaciones’ del titular de derecho;²⁵⁸ c) “por derechos a que el Estado no elimine determinadas ‘posiciones jurídicas’ del titular del derecho.”²⁵⁹ Com relação aos direitos a ações positivas, o autor germânico os divide em dois grupos: a) direitos a ações positivas fáticas; b) direitos a ações positivas normativas.²⁶⁰

Ressalte-se, por conseguinte, que os direitos fundamentais sociais, de certa forma, estão condicionados a realizar uma determinada prestação material, seja fática, seja normativa, por parte do Estado para alcançar meios de pleno

256 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997. p. 189.

257 Op. cit, p. 189.

258 Op. cit.

259 Op. cit.

260 ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales, 1997. p. 196.

exercício das suas liberdades. Denota-se, dessa forma, que uma das principais características dos direitos fundamentais sociais é o seu cunho prestacional.

O jusfilósofo Robert Alexy deparou-se com tal questão, firmando o entendimento de que muitos dos chamados “direitos fundamentais sociais”, que podem ser considerados como típicos direitos a prestações, tratam-se, na realidade, de um feixe de posições que apontam, em parte, a prestações fáticas e, em parte, a prestações jurídicas.²⁶¹ Percebe-se que muitas das vezes tais direitos não são classificados como direitos fundamentais sociais apenas porque não comportam a exigência dos direitos a prestações materiais por parte do Estado.

O próprio Robert Alexy menciona que o conceito de “direito de prestações” utilizado pela doutrina apresenta-se com uma concepção de um direito a algo que o titular do direito, no caso de dispor de meios financeiros suficientes e encontrar no mercado uma oferta suficiente, poderia obter também de pessoas privadas.

Interessante relatar que o próprio Robert Alexy menciona a dificuldade de classificar quais direitos podem ser considerados como direitos a prestações. Cita, ainda, como exemplo, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao mencionar:

Un derecho fundamental ambiental responde más bien a aquello que más arriba fue llamado ‘derecho fundamental como un todo’. Esta constituido por un haz de posiciones de tipos muy diferentes. Así, quien propone el establecimiento de un derecho fundamental ambiental o su adscripción interpretativa a las disposiciones iusfundamentales existentes puede, por ejemplo, incluir en este haz un derecho a que el Estado omita determinadas intervenciones en medio ambiente (derecho de defensa), un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que

261 ALEXY, Op. cit. p. 428.

dañan ele el ambiente (derecho a protección), un derecho a que el Estado permita participar al titular de del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (derecho al procedimiento) y un derecho a que el propio Estado realice medidas fácticas tendientes a mejorar ele ambiente (derecho a prestación fáctica)²⁶²

Para resolver o problema da sua classificação Alexy dividiu os direitos a prestações “em sentido amplo” em três grupos: a) direitos de proteção; b) direitos de organização e procedimento; c) direitos a prestações em sentido estrito.²⁶³

Com relação ao primeiro, os direitos de proteção referem-se aos direitos do cidadão frente ao Estado, para que este o proteja da intervenção de terceiros, podendo ter como objetos distintos de proteção, desde a dignidade da pessoa humana, liberdade, vida, saúde, até mesmo a propriedade.²⁶⁴ Assim, tem o Estado, no seu sentido amplo – Executivo, Legislativo e Judiciário - uma responsabilidade para com determinadas ações de um cidadão com respeito a outro. Trazendo para o caso em análise, o do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como exemplo, pode-se dizer que o Estado (Administração Pública) realmente tem responsabilidades na fiscalização das normas ambientais. Assim, por exemplo, o fato de o Estado (Administração Pública) não fiscalizar (omissão) as empresas que emitem efluentes que possam poluir ou causar impactos nos afluentes de recursos hídricos (corpos d’água, rios, lagos, lagoas, mares) é uma forma de responsabilização, uma vez que os cidadãos estão pleiteando proteção ao Estado pela

262 ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales, 1997. p. 428.

263 Op. cit. p. 430.

264 Op. cit, p. 435.

intervenção de terceiros, no caso as poluidoras (pessoas jurídicas privadas ou até mesmo públicas), para a permanência do ambiente saudável. Com isso, percebe-se que não há uma prestação material direta do Estado (Administração Pública) aos indivíduos, mas uma ação positiva deste para com o agente poluidor, para que preste uma ação de não mais emitir efluentes que causem impactos ou degradações (negativa), bem como recupere o afluente de recursos hídricos poluídos (positiva).

No que se refere aos direitos de organização e procedimento, é importante mencionar que possuem uma íntima ligação com os direitos fundamentais, influenciando-se um ao outro, tanto que podem ser considerados dependentes da organização e procedimento com vistas a aprimorar e realizar os direitos fundamentais. Importante apresentar o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet o qual a problemática dos direitos de participação na organização e procedimentos centra-se na possibilidade de se exigir dos Estados (de modo especial, do legislador) a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou, mesmo, medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e procedimento.²⁶⁵ Utilizando-se do exemplo anterior, pode-se dizer que os direitos de organização e procedimento são utilizados nas audiências de divulgação dos Relatórios de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), em que se objetiva estimular a comunidade a participar do processo decisório com vistas a conhecer o tipo de impacto ambiental que está assumindo com a instalação do empreendimento naquele local. Ainda pode ser mencionada a instância de participação popular configurada nos espaços públicos (audiências públicas, reuniões de conselho) a fim de

265 SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, 2001. p. 200.

pressionar o legislador a implementar legislação que penalize com maior taxaço aquelas empresas poluidoras que emitem efluentes nos rios ou corpos d'água.

Quanto ao terceiro, direito a prestaço em sentido estrito, pode ser considerado o ponto fundamental na dificuldade da classificaço dos direitos fundamentais, porque estão restritos às prestaço materiais por parte do Estado aos destinatários. Segundo Robert Alexy,

Los derechos a prestaciones en sentido estrito son derechos de individuo frente al Estado a algo que – si el individuo posyera médio financeiros suficientes y se encontrase en el mercado una oferta suficiente – podría obtenerlo también de particulares.²⁶⁶

Com isso, confundem-se os direitos fundamentais sociais com os direitos a prestaço em sentido estrito, porque o conceito de direitos fundamentais sociais não se restringe somente à dimensão prestacional, abrangendo, igualmente, o que se poderia denominar de *status negativus socialis* ou *status libertatis socialis*, constituídos pelas liberdades sociais, pelas concretizaço do princípio da isonomia da proibição de discriminaço e por todas as posiço jurídicas fundamentais que podem, por sua função prioritária, ser reconduzidas ao grupo dos direitos de defesa. No caso da poluição do rio ou dos corpos d'água, os indivíduos possuem um direito a prestaço fáticas materiais perante o Estado para que ele faça uma ação positiva a fim de recuperá-lo da poluição causada pelo empreendimento.

Percebe-se, portanto, haver certa dificuldade na conceituação dos direitos fundamentais sociais com relação aos direitos a prestaço, uma vez que um direito pode ser fundamental social mesmo sem a exigência do cunho

266 ALEXY, Teoria de los derechos fundamentales, 1997. p. 482.

prestacional. É o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que apresenta todas as características aos direitos prestações em sentido amplo, como direito de proteção; direito de organização e procedimento; e o direito a prestações em sentido estrito, configurando, apesar das suas dificuldades, como verdadeiro direito fundamental social. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, portanto, pode ser considerado verdadeiramente um direito fundamental socioambiental.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui-se, dessa forma, como um verdadeiro direito fundamental interdependente, independentemente de ser social ou socioambiental, mas com a tarefa prática da realização dos direitos de igualdade e liberdade reais, a fim constituir e realizar os objetivos e fundamentos estabelecidos na Constituição. Assim, deve ser mantido equilibrado e sadio às presentes e futuras gerações, baseando-se na utilização racional e planejada dos recursos naturais para a correção das desigualdades sociais e econômicas.

O jusfilósofo Robert Alexy proclama o direito fundamental ao meio ambiente de “direito fundamental como um todo”, por garantir a plena realização em todos os níveis e graus, seja no âmbito de direito negativo (dever de não degradar o meio ambiente), seja no âmbito do direito prestacional (dever de recuperar a área degradada com medidas positivas por parte do poder público ou da esfera privada).

3.3.2 Poder público e coletividade: “Deveres Fundamentais” de Agir na Defesa e Preservação do Meio Ambiente

Se, por um lado, o constituinte originário assegurou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com status de direito fundamental, por outro, instituiu “deveres fundamentais” de agir na defesa e proteção de tais direitos. Percebe-se, dessa forma, como já referido que ao reconhecer o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com status de direito fundamental, o constituinte originário teve de reorganizar toda a sistemática de ação do poder público, com vistas à proteção e conservação desse direito.

Percebe-se também a preocupação demonstrada pelo constituinte originário com o meio ambiente na concepção ética²⁶⁷ fundada especialmente na dimensão intergeracional, como responsabilidade de todos para garantir o mínimo de condições para a conservação, preservação, manutenção e regeneração dos recursos naturais para o desfrute das atuais e também das presentes gerações, com vistas a eleger os verbos preservar e conservar como núcleos essenciais do modo de agir estatal na implementação das políticas públicas ecoambientais; procurar sempre desenvolver a transversalidade e a interdisciplinaridade nos campos e temáticas envolvidas, particularmente, no caso em análise, o desenvolvimento econômico e social de maneira a minimizar os impactos causados pelas atividades, e proteger e preservar ao máximo os recursos naturais.

Cristiane Derani ressalta esse novo agir estatal ao afirmar que “políticas públicas são requeridas não só para o cumprimento do que prescreve o artigo 225, mas também

267 Sobre a análise da questão ética de preservação dos recursos naturais para as presentes e futuras gerações, numa perspectiva filosófico-espiritualista veja SINGER, Peter. *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, capítulo 10, p. 279-304.

para inúmeros outros preceitos constitucionais”²⁶⁸ como forma de não apenas preservar e conservar os recursos naturais, mas também, paralelamente, buscar a melhora das condições de vida e a efetividade dos processos participativos dentro desse espectro territorial, beneficiando-as desse cuidado com o meio ambiente. Tais ações públicas pretendem evitar o completo esgotamento de tais recursos naturais pelas presentes gerações (intragerações) a fim de resguardá-los e conservá-los para as futuras gerações (intergerações), como aquelas que poderão usufruí-la posteriormente.

O constituinte originário incumbiu, dessa forma, aos poderes públicos, indistintamente, os três poderes - Executivo, Legislativo e Judiciário -, e à coletividade (sociedade civil) o dever de defendê-lo e preservá-lo como promessa para a qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Pretendeu, assim, forte no espírito do paradigma do Estado Democrático de Direito, assegurar à pluralidade de atores sociais, sejam indivíduos particulares, sejam coletivas (associações, movimentos sociais, entidades governamentais e não-governamentais), indistintamente, que possam participar das decisões e escolhas na construção de políticas públicas relacionadas não apenas ao meio ambiente (eco-ambientais), mas a quase todas as demais temáticas de direitos relacionadas à questão coletiva (socioambientais). Assim, consagra-se, verdadeiramente o princípio da participação-social, a ponto de estabelecer também que todos têm o dever de defender e preservar o meio ambiente, rompendo com as estruturas burocráticas do paradigma weberiano de plena separação entre Estado e a sociedade civil. Essa proposição de outro modelo estatal, o do Estado com o adjetivo “democrático-participativo” é irradiada pelo princípio da democracia direta, que se

268 DERANI, Direito ambiental econômico, 2001. p. 266.

fundamenta na alimentação e retroalimentação de demandas e desejos populares formulados pelos próprios participantes, cujas decisões derivam diretamente da vontade e do poder dos cidadãos (todo poder emana do povo), como forma de garantir a efetiva preservação desses direitos à comunidade mediante a reconstrução de uma esfera pública e democrática preocupada em não apenas dialogar sobre seu destino e sobre o destino de toda uma geração futura, mas em materializar tais discussões em políticas públicas como o “Estado em ação.”²⁶⁹

Diante dessa proposta de reconstrução da esfera pública pelos cidadãos frente ao Estado, é interessante apresentar a formulação elaborada por Luis Alberto Warat ao se referir a três bases de questões, a ecologia, a cidadania e a subjetividade, numa perspectiva recompor a ordem social e política, baseadas nos princípios de sustentabilidade da ordem local, ao qual denominou de eco-ciudadania

La ‘eco-ciudadania, representa un cambio ético, estético, político y filosófico profundo. Sería la posibilidad de crear un nuevo eje emancipatorio (para autonomía individual y colectiva) que pueda ocupar, en la tarea de recomposición permanente de la sociedad, el lugar de los antiguos y ya trivializados valores emancipatorios. La génesis de la nueva historia: una actitud en la producción de la subjetividad y de la realidad, que se identifica con nuevo emancipatorio, con lo ‘otro joven’ que la gente lleva dentro de sí como si fuera una reserva salvaje. Es en el contexto amplio del conflicto que tiene lo nuevo (como emancipación) con lo viejo (como polo de captura) que sitúo mi concepción de la ‘eco-ciudadania’ como una forma que pueda servirnos para reaprender e mundo a través de tres objetos de análisis: la ecología, la ciudadanía y el deseo. Tres puntos de vista, que funcionando integrados (como ‘eco-ciudadania’) permitirían recomponer los objetivos del conjunto de los

269 HOWLETT; RAMESH, Come studiare le politiche pubbliche, 1995. p. 8.

movimientos sociales (como redes) en las condiciones irreversibles de la transmodernidad (el hombre nunca volverá a ser lo que era en la modernidad).²⁷⁰

Para o autor a eco-ciudadania aponta para a promoção de uma investidura efetiva em diferentes territórios (práticas e saberes) coletivamente considerados (principalmente em redes e movimentos sociais), o que contribuiria para a emancipação (individual e coletiva), bem como para a mudança da concepção destrutiva do homem com relação ao meio ambiente, para uma conscientização social sobre a importância de preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado de modo a transmiti-lo às presentes e futuras gerações.

De acordo com Luis Alberto Warat, tal espaço público seria uma “respuesta emancipatoria sustentable, basada en la articulación de la subjetividad en estado naciente, de la ciudadanía en estado de mutación y la ecología en el conjunto de sus implicaciones.”²⁷¹

Percebe-se, pois, a importância dada pelo constituinte originário não apenas de envolver a coletividade na proteção do meio ambiente, mas também de fazer com que possa participar ativamente do processo de construção de uma sociedade, não só mais equilibrada ecologicamente, mas também mais democrática.

Álvaro Luiz Valery Mirra, explicando a relação entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a democracia participativa, observa:

Daí a íntima relação entre a preservação dos direitos fundamentais de terceira geração – como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – e a democracia participativa, não podendo garantir efetivamente o direito ao

270 WARAT, Luis Alberto. Por quien cantan las sirenas. Joaçaba:Unesc/CPGD-UFSC, 1996. p. 21.

271 WARAT, Por quien cantan las sirenas, 1996. p. 20.

meio ambiente sem o fortalecimento do regime democrático-participativo.²⁷²

É importante destacar ainda o entendimento de Cristiane Derani sobre a participação social no processo de preservação do meio ambiente: “Esse direito a uma vida melhor é uma conquista a ser obtida na prática social. O indivíduo sem a prática social não existe ou sobrepõe.”²⁷³

Ressalta-se, dessa forma, que o constituinte originário procurou, com a fórmula do compartilhamento das responsabilidades, ou de “corresponsabilidades”²⁷⁴ entre a sociedade e o Estado, usada no termo impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, garantir a toda comunidade, como critério de universalidade, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, de maneira a buscar a preservação da qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Tal compartilhamento de responsabilidades, ou corresponsabilidades, permite a ampliação do espectro de legitimados, possibilitando uma ação mais rápida e efetiva “pela” e “na” proteção e defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, não apenas do poder público, como único, exclusivo e burocratizado protetor dos recursos naturais, mas da coletividade como um todo plural, nas mais diversas formas associativas, em conjunto com o poder público. É importante salientar nessa questão que, segundo

272 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Proteção do meio ambiente: a omissão do Poder Público e o papel do Judiciário no controle da Administração Pública. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, 30, abr-jun, 2003, p. 39.

273 DERANI, *Direito ambiental econômico*, 2001. p. 263.

274 MILARÉ, *Direito do ambiente. Doutrina – prática – jurisprudência – glossário*, 2000, p. 213.

pesquisas,²⁷⁵ geralmente o próprio poder público (Estado) é o maior violador das normas protetivas ambientais, assim como um dos principais causadores de danos e impactos ecológicos destrutivos, seja por ação seja por omissão da máquina administrativa.

Fica, assim, evidente a caracterização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de solidariedade, ou direito de terceira dimensão, fundado no princípio da cooperação (*Kooperationsprinzip*), em que o Estado, conjuntamente com a sociedade civil, interesses públicos e interesses privados, articula-se para somar esforços com a finalidade de preservar e manter minimamente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida de todos.

Ressalte-se que o princípio da cooperação é originário da estrutura do paradigma de Estado Social, na medida em que “é um princípio de orientação do desenvolvimento político, por meio do qual se pretende uma maior composição das forças sociais.”²⁷⁶

275 FUKS, Mario. Arenas de ação e debates públicos: conflitos ambientais e a emergência do meio ambiente enquanto problema social no Rio de Janeiro. Dados, Rio de Janeiro, v. 41. n. 1, 1998, p. 3. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52581998000100003&script=sci_arttext Acesso em: 19 set. 2013. Para o autor “os dados disponíveis revelam que os litígios envolvendo a proteção do meio ambiente, no Rio de Janeiro, têm como principal protagonista o Estado. Seja na esfera do Ministério Público, por meio dos órgãos de controle ambiental, na atuação dos procuradores do Executivo ou nas atividades desenvolvidas por empresas estatais, o Estado ocupa o lugar central nos conflitos judiciais envolvendo a proteção do meio ambiente no Rio de Janeiro. Os processos judiciais acabam, muitas vezes, reduzindo-se a um conflito entre dois setores do próprio Estado, cabendo ao Ministério Público a função de proteger judicialmente o meio ambiente contra as agressões causadas pela ação ou omissão da máquina administrativa ou pelas atividades (serviços e produção) exercidas pelo Estado.” p. 3

276 DERANI, Direito ambiental econômico, 2001, p. 161.

Deve ser destacado que o princípio da cooperação (*Kooperationsprinzip*), de acordo com Carlos Alberto Molinaro, está conformado por dois imperativos:

A responsabilidade e a distribuição dos deveres entre o Estado e a sociedade, entendidos estes como comunhão perceptiva dos encargos que a conservação e manutenção do ambiente exigem, estão, também, suportadas pelo princípio da participação democrática que envolve a todos, pois forte na ideia que os graves problemas ambientais têm de que ser enfrentados entre o Estado e a sociedade conjuntamente, através dos diversos grupos e atores sociais, garantindo-lhes não apenas a participação na decisões, mas, também e especialmente, a possibilidade de formular e executar políticas ambientais (matriz do socioambientalismo).²⁷⁷

Dessa forma, a sociedade civil (movimentos ambientais, ecológicos e sociais, associações, entidades não governamentais)²⁷⁸ e o poder público devem, conjuntamente, conjugar esforços e práticas baseadas nos princípio democrático-participativo com vistas a preservar e defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida às presentes e futuras gerações.

Para Édis Milaré a consagração constitucional do princípio da cooperação (*Kooperationsprinzip*) ampliou a garantia de defesa ao deixar “o cidadão de ser mero titular (passivo) de um direito ao meio ambiente ecologicamente

277 MOLINARO, Carlos Alberto. Direito Ambiental. Proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 109.

278 Sobre as Organizações não-governamentais veja SCHERER-WARREN, Ilse. ONGs na America Latina: trajetória e perfil. VIOLA, Eduardo ET alli (org). Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania. São Paulo/Florianópolis: Editora Cortez/Editora da UFSC, 1995, p. 161-180.

equilibrado, mas passa também a ter titularidade de um dever, o ‘de defender e de preservá-lo’.²⁷⁹

No mesmo sentido, comentando a correlação entre o princípio da cooperação e a participação social na defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, Cristiane Derani entende que “a declaração da proteção ambiental como um objetivo do Estado e um dever da coletividade desempenha um importante papel na formação da consciência social, por uma responsabilidade conjunta para com este bem.”²⁸⁰

Deve ser destacado também que a proposta de corresponsabilidade, materializada no princípio da participação, tem como principal pano de fundo a incapacidade do poder público de resolver as questões ambientais individualmente, já que carrega um pesado e lento aparato burocrático estatal, motivações que contribuem para a impunidade e a permanência continuada de degradações contra os recursos naturais. Nesse sentido, a sociedade civil complementa a proteção ambiental com autonomia, imparcialidade e agilidade nas respostas que lhe cabem, perfazendo um processo mais dinâmico na garantia da preservação dos recursos naturais.

Realmente, a sociedade civil, composta, no caso em análise, pelas organizações não governamentais ambientalistas e/ou ecológicas, e até mesmo outras entidades com objetivos socioambientais, tem tido um papel fundamental na proteção e defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, não apenas com a finalidade de denunciar e de dar visibilidade aos problemas e questões ambientais nas mais diferentes formas de impactos e agressões realizadas pela ação humana, mas também com o

279 MILARÊ, Direito do ambiente. Doutrina – prática – jurisprudência – glossário, 2000, p. 215.

280 DERANI, Direito ambiental econômico, 2001, p. 271.

papel de orientadora de suporte técnico-operacional na implementação das ações e programas de políticas públicas ambientais formuladas e implementadas pelos poderes públicos, a fim de minimizar tais práticas de violação dos ecossistemas consideradas tão cotidianas.²⁸¹

Assim, a mobilização da sociedade civil na defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado reduz, em muito, a possibilidade de práticas negativas e permanentes de danos e impactos ecológico-ambientais, porque o poder público normalmente desenvolve maiores atividades na problemática ambiental quando a sociedade civil participa, exige e, sobretudo, pressiona por ações em prol da defesa e da proteção ecológica.²⁸²

De fato, os movimentos sociais desempenham enorme importância no protagonismo desse processo de “cuidar” e “preservar” os recursos naturais, por conceberem a necessidade da permanente participação da sociedade civil nos espaços de discussão e debate das ações estatais, buscando respostas às demandas ambientais e, principalmente, criando uma interlocução entre o público e o privado na defesa e na preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.²⁸³

281 ALEXANDRE, Agripa Faria. O papel dos atores sociais do ambientalismo na reorganização das políticas públicas do Estado brasileiro. Um estudo de caso a partir da análise sobre as diretrizes políticas de investimentos financeiros do Fundo Nacional de Meio Ambiente (1990-2001). *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 5. n. 1, p. 161-183, jan./jun. 2005. p. 165.

282 “Ong elogia mapeamento da Amazônia Legal, mas cobra medidas concretas para a região”. Notícia extraída do site: <http://www.revistameioambiente.com.br/2007/01/27/ong-elogia-mapeamento-da-amazonia-legal-mas-cobra-medidas-concretas-para-a-regiao/>. Acesso em: 11 out. 2008.

283 “*Armas judiciais contra fábricas de papel no Brasil*” no qual narra que cinco organizações ambientais do Rio Grande do Sul se uniram contra o

Deve ser ressaltada ainda a influência constituída da Declaração do Rio ao procurar assegurar a interdependência de direitos como sustentáculos normativos que garantam minimamente a participação social dos atores sociais nos espaços de poder e articulação político-jurídica, a fim de buscar como objetivo a preservação dos recursos naturais e a rearticulação democrático-participativa dos atores sociais na condução das políticas públicas ecossociais e ações estatais públicas. Dessa forma, afirma no Princípio 10 da declaração o seguinte:

A melhor maneira de tratar das questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados, no nível nacional, cada cidadão deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar de processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a procedimentos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos.²⁸⁴

Pode-se verificar que esse princípio não se apresenta tão-somente como acesso a informações, mas aponta para outros desdobramentos de caráter público, tais como a exigência de participação societal nas decisões estatais, a criação de espaços públicos de discussão e de tomada de decisões, a adoção irrestrita do princípio da

Presidente da Fundação Estadual de Proteção Ambiental (Fepam), a quem acusam de praticar assédio moral contra seus funcionários para pressioná-los a fim de liberar processos administrativos de interesses de empresas papeleiras. Notícia extraída do site: <http://ecoagencia.blogspot.com/2008/09/armas-judiciais-contra-fbricas-de-papel.html>. Acesso em: 10 set. 2012.

284 Declaração do Rio/92.

publicidade nos atos administrativos e na eliminação dos segredos públicos.

Ainda que esteja previamente expresso como uma garantia constitucional, o direito à informação de forma genérica,²⁸⁵ não especificamente às questões ambientais, não é devidamente respeitado, já que são poucas as organizações ou entidades ambientalistas – aquelas que possuem uma estrutura mais adequada e com financiamento de quadro de profissionais especializados como advogados e biólogos que conseguem obter acesso a tais documentações, por serem considerados sigilosos por parte da Administração Pública, até mesmo dos atos administrativos, seja administrativamente, seja por meio de atos judiciais, de maneira a se precaver de futuros ou possíveis danos ambientais.

O direito à informação é um princípio fundamental nos preceitos democrático-participativos para promover a formação e a multiplicação de atores sociais conscientes da importância de “participar”, exercitando seu poder de escolha, com a finalidade de garantir a adequada utilização de recursos alocados à implementação das políticas públicas ambientais e socioambientais, como forma de evitar o completo desequilíbrio sistêmico dos recursos naturais.

Por falar em participação, é importante apresentar a classificação dos níveis de participativos elaborados por Sônia Maria Krohling Peruzzo, que os distingue em três modalidades: a participação passiva, a controlada e a participação-poder.

Na modalidade de participação passiva, “mesmo que não se envolva ativamente ao assumir uma postura de espectador e de conformismo, a pessoa desenvolve um tipo

285 Artigo 5º XXXIII e XXXIV, da Constituição Federal de 1988.

de conformismo.”²⁸⁶ Dessa forma, esvazia-se o poder da participação por não se acreditar na resolução dos problemas, legitimando, pois, a manutenção das decisões verticalizadas, ou simplesmente delegando tais decisões a outras pessoas.

Para Sônia Maria Krohling Peruzzo na participação controlada,

Facilmente detectável no relacionamento de segmentos da população e de organizações populares com órgãos do poder público. Ela pode ter início em decorrência de pressão das próprias bases, como uma conquista, ou ser concedida, como uma oferta de cima para baixo.²⁸⁷

A modalidade de participação controlada, segundo a autora, apresenta duas características, que nem sempre se apresentam isoladas ou com separação nítida entre si: a limitação e a manipulação. A participação controlada é limitada, sendo possível somente nos aspectos ou até o ponto em que as instâncias detentoras do poder permitirem; é manipulada porque se denota a tentativa de adequar suas demandas aos interesses de quem detém o poder. Para Sônia Maria Krohling Peruzzo, “nessas circunstâncias, a participação pode ser uma farsa, usando-se o grupo social como massa de manobra para angariar popularidade e legitimação política, com vistas a um desempenho eleitoral favorável.”²⁸⁸

286 PERUZZO, Sônia Maria Krohling. Comunicação nos movimentos populares, a participação na construção da cidadania. 2. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1999. p. 78.

287 PERUZZO, Comunicação nos movimentos populares, a participação na construção da cidadania, 1999, p. 79.

288 PERUZZO, Comunicação nos movimentos populares, a participação na construção da cidadania, 1999, p. 80.

Por fim, a modalidade de participação-poder, como “constituída com base em processos que favorecem a participação democrática, ativa e autônoma, propiciando, de modo mais completo o crescimento das pessoas ou das organizações coletivas enquanto sujeitos.”²⁸⁹

Para Sônia Maria Krohling Peruzzo, a modalidade de participação-poder implica “o exercício da decisão partilhada e requer a existência de canais desobstruídos, informações abundantes, autonomia, co-responsabilidade e representatividade.”²⁹⁰

Para tanto, visualizando tais modalidades de participação, percebe-se que os instrumentos públicos, que procuram garantir a necessidade de realização da publicização de possíveis impactos ambientais negativos às comunidades envolvidas (audiências públicas de EIA/RIMA), e que deveriam assegurar a preservação e conservação dos recursos ambientais de uma forma equilibrada, são muitas vezes utilizados para a “legitimação” de instalação de empreendimentos, especialmente os megaempreendimentos, seja pelo poder público com a criação de infraestruturas para instalação de tais empreendimentos, a fim de ampliar as receitas tributárias, seja pela iniciativa privada, que busca se utilizar da abundância dos recursos naturais brasileiros para ampliar seus mercados de produção e consumo.

Sem contar ainda que o mercado liderado por grandes grupos econômicos transnacionais, senão na maioria das vezes pelo próprio Estado, na busca desenfreada por processos de desenvolvimento econômico, metas de crescimento, aumento da industrialização, maior poder de

289 PERUZZO, Op. cit., p. 81.

290 PERUZZO, Comunicação nos movimentos populares, a participação na construção da cidadania, 1999, p. 87.

consumo da população, ampliação de mercados, se utiliza-se de fortes pressões político-ideológicas e, sobretudo, econômicas para a facilitação de licenças ambientais,^{291 292} buscando suprimir quaisquer exigências normativas.^{293 294}

291 *Fepam concede seis licenças para plantio florestal*. Portaria n.º 32/2007, em áreas de até 40 ha, fica dispensado o licenciamento prévio (LP) e de operação (LO), sendo concedida a declaração de regularidade ambiental mediante solicitação de cadastramento. Para áreas maiores de 40 ha e menores do que 1000 ha deverá ser elaborado o Relatório Ambiental Simplificado (RAS), de acordo com o Termo de Referência a ser fornecido pela Fepam. Para áreas superiores a 1000 ha deverá ser elaborado o EIA/RIMA (Estudo de Impacto Ambiental com Relatório de Impacto ao Meio Ambiente). A partir desta portaria, a Fepam criou a força-tarefa que está permitindo a análise dos processos de menor complexidade composto por técnicos e pessoal de apoio do corpo funcional. Notícia extraída do site www.fepam.rs.gov.br/noticias/noticia em 28/05/2012.

292 *Operação Concutare põe em discussão o licenciamento ambiental*. Entrevista especial com Paulo Brack. “Divulgou-se recentemente que, nos últimos 10 anos, 13 secretários de meio ambiente ocuparam a pasta no Rio Grande do Sul. Já vínhamos denunciando que estes cargos estavam sendo utilizados como prêmio consolação para políticos que não obtinham êxito nas eleições do estado, e eram neófitos em meio ambiente”, aponta o biólogo. Notícia extraída do site <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/520092-a-transgressao-ambiental-tende-a-se-reorganizar-entrevista-especial-com-paulo-brack> em 24/05/2013.

293 *Sob ataque cerrado, licenciamento segue na berlinda como vilão da atualidade*. Com o lançamento do Programa de Aceleração de Crescimento (PAC), a pressão sobre o processo de licenciamento se intensificou. Reestruturação do MMA apenas nomeia Ibama como órgão específico para fiscalizações e avaliação de pedidos autorizações e licenças ambientais. Notícia extraída do site www.reporterbrasil.org.br em 22/06/13.

294 *Porto Alegre: Lei das Antenas volta ao debate em 2012*. Operadoras de telefonia celular e Federação das Indústrias do Estado do RS (Fiergs) pressionam a Câmara Municipal para aprovação de projeto que flexibilize atuais regras para implantação de estações de rádio-base na capital gaúcha. Notícia extraída do site

Pode-se relacionar a obrigatoriedade das audiências públicas de EIA/RIMA (Estudos de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Meio Ambiente) como um exigência preventiva assecuratória prevista constitucionalmente²⁹⁵ a toda e qualquer obra ou atividade potencialmente causadora de passivos ambientais e à comunidade do entorno que é atingida com tais empreendimentos, mas que muito dificilmente consegue obstar, nessas esferas democrático-participativas, com base na participação popular ou das entidades ambientalistas, os grandes empreendimentos causadores de impactos ecoambientais.²⁹⁶

Destaque-se ainda que, se a constituição possibilitou à coletividade (sociedade civil) o direito à defesa e à preservação dos recursos naturais, o poder público criou um verdadeiro “dever constitucional” de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. E assim afirma Édis Milaré:

Cria-se para o Poder Público um dever constitucional, geral e positivo, representado por verdadeiras obrigações de fazer, vale dizer, de zelar pela defesa (defender) e preservação (preservar) do meio ambiente. Não tem mais o Poder Público mera

<http://www.ecoagencia.com.br/index.php?open=noticias&id=VZISXRIVONIUspFVX1GdWJFbKVVVB1TP> em 11/09/13.

295 Artigo 225, § 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

296 “*Movimentos sociais ocupam usina hidrelétrica de Tucuruí no Pará*”. Extraído do [site: http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/05/23/materia.2007-05-23.3477277496/view](http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/05/23/materia.2007-05-23.3477277496/view). Acesso em: 19 out. 2008.

faculdade na matéria, mas está atado por verdadeiro dever. Transforma-se sua atuação, quanto à possibilidade de ação positiva de defesa e preservação, de discricionária em vinculada.²⁹⁷

Denota-se que cumpre aos poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário) o dever constitucional de agir, implementando políticas públicas compreendendo ações positivas-prestacionais (fazer) ou omissões-defensivas (não-fazer), como medidas concretas e práticas, a fim de fazer a defesa e a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida do humano.

A União (Poder Executivo federal), ao negociar os tratados internacionais em matéria ambiental deve pautar-se nos preceitos constitucionais, respeitando os valores e princípios já assegurados constitucionalmente, não podendo negociar aquém do que foi proposto pelo constituinte originário, sob o risco de retrocesso ambiental e plena inconstitucionalidade de tais tratados.²⁹⁸

Deve a Administração Pública sempre se pautar nesses valores e princípios para a implementação de políticas públicas ambientais, exigindo planejamento e racionalidade na adoção de suas práticas administrativas, já que se fundamenta num direito a prestações materiais positivas, que deve ser realizado tão-somente pela Administração Pública na busca por determinados objetivos constitucionalmente previstos.

Ao Poder Legislativo cabe a adoção de normas que consigam inter-relacionar a preservação e conservação do

297 MILARÈ, Direito do ambiente. Doutrina – prática – jurisprudência – glossário, 2000. p. 215.

298 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. (Orgs). Direito constitucional ambiental brasileiro. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 7.

meio ambiente, abrangendo as questões sociais (desemprego, violência, pobreza), mas também barrar a degradação desenfreada e irracional dos recursos naturais, conciliando a preservação ambiental e ecológica (desenvolvimento sustentável), observando a repartição de competências estabelecida pelo texto constitucional.

Nesse caso, os direitos fundamentais ambientais que estabelecem a preservação e conservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado devem ser orientadoras ao Poder Legislativo de parâmetros legislativos na conformação do ordenamento jurídico, respeitando os princípios constitucionais, mas, especialmente, os ambientais, de cooperação, corresponsabilidade, responsabilidade intergeracional e desenvolvimento sustentável.

Estabelecem ainda a necessidade de assegurar em tais veículos legislativos mecanismos efetivos que garantam a plena participação da sociedade civil na colaboração e orientação dentro dos espaços de poder, no processo de tomada de decisões coletivas no que pertine às questões ecossociais do agir administrativo. A participação da sociedade civil, nesse sentido, passa a ser uma exigência constitucional, não bastando sua mera previsão normativa, mas, sim, sua plena realização.

Sobre essa questão é importante destacar a posição de Édis Milaré, no sentido que “não basta apenas legislar. É fundamental que todas as pessoas e autoridades responsáveis se lancem ao trabalho de tirar essas regras do limbo da teoria para a existência efetiva da vida real, pois, na verdade, o maior dos problemas ambientais brasileiros é o desrespeito

generalizado, impunido ou impunível, à legislação vigente.”²⁹⁹

Para Joaquim José Gomes Canotilho, impõe-se a observância constitucional material tanto dos Poderes Executivos (Administração Pública), quanto do Legislativo de tais preceitos servindo como “directivo material permanente a consagrar uma exigência constitucional.”³⁰⁰ Do mesmo modo, Annelise Monteiro Steigleder entende que a

Eficácia do direito ao meio ambiente implica a vinculação do legislador ao núcleo essencial do direito fundamental, o que representa o reconhecimento do princípio do retrocesso social e a vedação de que o legislador constitucional atue no sentido de abolir ou tender à abolição do direito ao meio ambiente.³⁰¹

Por fim, é importante assinalar o entendimento de Pedro José Leite Farias sobre a questão da vinculatividade dos direitos fundamentais ambientais ao Poder Legislativo. Para o autor tais direitos,

Passam a ser a base em que se assenta a política econômica e social, pois, uma vez inseridas em um sistema constitucional, as normas relativas a outros ramos jurídicos, que se relacionam com o amplo conceito de meio ambiente, não podem ser aplicadas sem levar em conta as normas ambientais que impregnam a ideologia constitucional.³⁰²

299 MILARÉ, Direito do ambiente. Doutrina – prática – jurisprudência – glossário, 2000, p. 216.

300 CANOTILHO, J.J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação ao legislador. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 464.

301 STEIGLEDER, Responsabilidade civil ambiental. As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro, 2004. p. 114.

302 FARIAS, Paulo José Leite. Competência federativa e proteção ambiental. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 226.

Percebe-se, por conseguinte, diante dessas considerações, a importância da vinculação desse direito fundamental no ordenamento jurídico, bem como na orientação do Poder Legislativo ao impedir a edição de leis contrárias ou que reduzem garantias já asseguradas ao conteúdo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

E ao Poder Judiciário cabe, como integrante legítimo dos poderes públicos, sempre que provocado, já que não pode se manifestar espontaneamente - objeto que será analisado no capítulo seguinte sobre o controle jurisdicional das políticas públicas - responder às questões atribuindo eficácia social aos direitos fundamentais ecológicos de acordo com os preceitos constitucionais de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Dessa forma, salienta-se que o dever de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma verdadeira responsabilidade entre os poderes públicos, não se limitando às suas competências administrativas,³⁰³ assim como à coletividade, representada pelos atores sociais (coletivos ou

303 Podem-se apresentar pequenas práticas administrativas individualizadas com relação à minimização de impactos ambientais, como por exemplo, a adoção legal de papel reciclado pela Administração Pública; a utilização de bio-combustíveis pela frota de veículos públicos; redução do consumo de energia em repartições públicas, reciclagem de resíduos gerados. Veja o programa federal a A3P (Agenda Ambiental na Administração Pública), que procura implementar uma gestão sócio-ambiental sustentável na Administração Pública, nos mais diversos níveis.

<http://www.mma.gov.br/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=36>.

individuais), como um imperativo ético intergeracional de resguardar as bases biofísicas necessárias à sadia qualidade de vida das presentes e das gerações futuras.

3.3.3 As “Normas-Objetivo” e A Efetividade do Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

É importante destacar que a norma prevista no artigo 225 da Constituição Federal é considerada por uma corrente da doutrina brasileira³⁰⁴ como impositiva de condutas, ou assim denominadas como categorias de “normas-objetivo”, ou “normas de criação” (*Gestaltungsnormen*), especialmente no paradigma de Estado “Social-Intervencionista”, que possui uma programação finalista, que serve de base jurídica à implementação de políticas públicas pelas organizações burocráticas governamentais, as quais deixaram de ser apenas executoras de normas preestabelecidas pelo Legislativo.

Passa-se, dessa forma, de uma condição meramente negativa do poder público, especialmente da Administração Pública, para uma imposição de condutas a serem realizadas pelo poder público, a fim de concretizar os preceitos garantidos constitucionalmente de preservar e conservar o equilíbrio dos recursos naturais à sadia qualidade de vida.

Andreas Joachim Krell, referindo-se às normas-objetivo, entende que esses “standards legais têm por função impor metas, resultados e fins para o próprio Estado, sem

304 GRAU, Eros Roberto. Planejamento econômico e regra jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 2 ed. São Paulo: Max Limonad. 2001. FARIAS, Paulo José Leite. Competência federativa e proteção ambiental. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

especificar os meios pelos quais devem ser alcançados, concedendo ao Poder Executivo uma larga margem de discricionariedade.”³⁰⁵

Por sua vez, para Paulo José Leite Farias,

O disposto no artigo 225 da Constituição Federal encerra, sem sombra de dúvidas, normas-objetivo determinantes dos fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade em matéria ambiental para a indução e direção de comportamentos, por meio de políticas públicas, possibilitando, destarte, seja efetivada a ênfase na prevenção do dano ambiental.³⁰⁶

O autor complementa que tais normas-objetivos exigem uma ação positiva do Estado não apenas no sentido de controlar e intervir nas ações degradadoras do ambiente, mas, especialmente, no sentido de implementação de políticas públicas dirigidas à defesa e preservação do ambiente, além de uma ação negativa, consubstanciada na proibição dirigida ao Estado de praticar ações atentatórias ao equilíbrio ecológico ou que coloquem em risco os elementos ambientais, sujeitas, pois, a controle jurisdicional. Evidentemente, também aos agentes privados (sociedade) incumbem a preservação e a defesa dinâmica do ambiente, compreendendo deveres não só de não atentar contra o meio ambiente (dever de abstenção), mas de impedir que atentados se realizem (dever de ação).³⁰⁷

305 KRELL, Andreas. 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. 2004. p. 19.

306 FARIAS, Competência federativa e proteção ambiental, 1999. p. 226.

307 FARIAS, op. cit.,p. 248.

As normas-objetivos, dessa forma, por se tratar de programáticas constitucionais com objetivos prospectivos, representam a viabilidade do desenvolvimento econômico, da participação social, da preservação do contra os danos ambientais e da melhora da qualidade de vida individual e coletivamente, como vértices fundamentais na implementação/formulação de políticas públicas sustentáveis dirigidas à concretização direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes gerações (intrageneracional) e às futuras gerações (intergeracional).

Essa tem sido a principal dificuldade enfrentada pelo poder público, especialmente pela Administração Pública, nos seus diversos níveis federativos (União, Estado e Município), no sentido de implementar políticas públicas que conjuguem o desenvolvimento econômico, de modo a alcançar melhores índices de produtividade, empregos, maior aferimento de receitas públicas para investimentos em áreas prioritárias (concretização da ordem econômica como desenvolvimento econômico), mas sempre os compatibilizando com o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sem alteração dos biomas e ecossistemas naturais, nem a modificação das estruturas biológicas (defesa do meio ambiente). Tais alterações podem modificar os sistemas ecossociais e a sadia qualidade de vida das pessoas (melhora das condições socioeconômicas).

Sabe-se que tal pretensão é bastante dificultosa, uma vez que as normas ambientais normalmente colidem com as pretensões econômico-predadoras do mercado com vistas a impedir uma proposta de crescimento econômico desenfreado, sem qualquer limite normativo, já que este implica a adoção do paradigma “capital-imediatista”, baseado no completo desrespeito aos recursos naturais (criando sérios e graves passivos a serem repassados a toda a coletividade).

Dessa forma, o binômio desenvolvimento econômico versus meio ambiente ecologicamente equilibrado impõe uma conduta de atuação efetiva por parte dos poderes públicos, não apenas com relação à mudança da forma de planejamento dos seus programas governamentais de desenvolvimento, que são baseados em práticas e valores imediatistas de produção a qualquer custo da apropriação dos recursos ambientalmente negativos, mas também da fiscalização da Administração Pública (Poder de Polícia) às atividades empresarial-industriais privadas, especialmente das transnacionais, para adotar novas tecnologias nas técnicas de processos produtivos, a fim de minimizar as externalidades negativas causadas ao meio ambiente; também na mudança de comportamento e consciência da sociedade com relação ao limites de regeneração dos recursos naturais, tanto nos hábitos de consumo, quanto nas práticas equivocadas diretamente dirigidas contra o meio ambiente e, indiretamente, contra a própria manutenção da sadia qualidade de vida. Isso exige a formação de outros valores ambientalmente corretos por meio de políticas públicas, não tão impactantes aos ecossistemas naturais e sociais.

Deve-se frisar que o mercado liderado por grandes grupos econômicos transnacionais, que buscam tão-somente o acréscimo de capital, expansão com ampliação no mercado mundial e aumento de faturamento, impõe a flexibilização de qualquer tentativa, por menor que seja, de minimizar prováveis impactos e degradações, já que se funda no argumento imediatista de geração de postos de empregos, atividades econômicas do seu entorno e incremento de receitas públicas, o que muitas das vezes não é verdadeiro, nem aceitável do ponto de vista dos custos dos passivos ambientais que serão repassados à coletividade e às futuras gerações.

Denota-se a importância das normas-objetivos, previstas constitucionalmente como indicadoras programáticas a serem seguidas e observadas pelo poder público no planejamento de um desenvolvimento corretamente sustentável. Dessa forma, procura-se “planejar administrativamente para produzir riquezas sem destruir o meio ambiente”, como um processo ordenado e planejado, por meio de estratégias entre políticas públicas integradas, meio ambiente e justiça social, a fim de alcançar a sustentabilidade sem comprometer o desenvolvimento econômico.

Destaque-se que essas normas-objetivos impõem não apenas a realização de atividades protecionistas imediatas a tais preceitos constitucionais, mas também uma atuação positiva no processo de planejamento administrativo de suas atividades programáticas, compreendendo a questão da responsabilização intergeracional, ou seja, pensando num meio ambiente equilibrado para as futuras gerações, com vistas a manter as bases biofísicas de sobrevivência da espécie humana.

Para Cristiane Derani, “o artigo 225 da Constituição declara um fim a ser perseguido e indica algumas medidas fundamentais que devem ser observadas durante esse percurso, porém, o caminho propriamente dito está aberto.”³⁰⁸

Impõe-se, portanto, ao poder público a implementação e efetivação de políticas públicas eficientes e corretivas – objeto de análise no capítulo anterior –, orientadas pelos objetivos fundamentais³⁰⁹, mas fundando-

308 DERANI, Direito ambiental econômico, 2001. p. 266.

309 Artigo 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de

se na manutenção dos ecossistemas naturais, com a adoção de medidas tecnológicas que causem uma “pegada” ecológica menor, sem seu completo esgotamento ou degradação, promovendo a regeneração desses organismos para as presentes e futuras gerações.

Propõe-se, dessa forma, a conciliação entre o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente, numa síntese do binômio chamado de “desenvolvimento sustentável” ou “ecodesenvolvimento”. Trata-se de uma tentativa de romper com a concepção capitalista-imediatista de degradação e esgotamento dos recursos naturais por parte do homem para um processo de extração mais harmoniosa na relação entre homem-natureza, mas planejada entre homem-homem a médio e longo prazo de extração bens naturais, como forma de preservação e regeneração desses recursos às presentes e, sobretudo às futuras gerações.

Para Ignacy Sachs, o “ecodesenvolvimento”, ou desenvolvimento sustentável, “acrescenta uma outra dimensão – a sustentabilidade ambiental – à dimensão da sustentabilidade social.”³¹⁰

Foi pensando exatamente na orientação de normas impositivas de condutas, como normas-objetivos, orientando e indicando políticas públicas como metas, programas e ações continuadas por parte dos poderes públicos, a fim de preservar e conservar o meio ambiente

todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

310 SACHS, Ignacy. Desenvolvimento includente, sustentável sustentado. In: SACHS, Ignacy. Desenvolvimento e ética – para onde ir na América Latina? Estratégias de desenvolvimento nacional na era da globalização. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p. 15.

ecologicamente equilibrado sem obstar o desenvolvimento econômico, que se adotou a “Política Nacional de Meio Ambiente”, como a proposta macro de horizonte de transição, de um modelo de crescimento imediatista e baseado tão-somente na exploração natural para uma concepção mais equilibrada do uso do meio ambiente.

Nesse caso, a Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA), mesmo estando cronologicamente entre a Conferência Mundial de Meio Ambiente de Estocolmo, a Constituição Federal de 1988 e a ECO/92, conseguiu captar e compreender os novos paradigmas de proteção e preservação, não apenas constitucionais, mas também legislativos e, especialmente, administrativos de proteção dos ecossistemas naturais e ecossociais.

É imperativo destacar que lei nº 6.938/81 foi promulgada durante o governo Batista Figueiredo, em pleno regime militar, porém ainda assim a Política Nacional do Meio Ambiente trouxe inovações importantes, como, por exemplo, ser o primeiro instrumento jurídico nacional a conceituar o meio ambiente, a degradação ambiental e a poluição.

Assim, nessa legislação, que sofreu uma forte irradiação dos princípios constitucionais, recepcionando-os, foram revelados alguns indicativos fundamentais para a proposta da construção de uma política ambiental que tenha por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no país, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidas as seguintes normativas:

I - a ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

(...)

III – planejamento e fiscalização dos recursos ambientais;

Essas normativas serão importantíssimas, prevêem ser combinadas com os preceitos constitucionais de conservação dos recursos naturais à sadia qualidade de vida, servindo como norteadores na implementação de políticas públicas referentes à preservação do meio ambiente.

Com a introdução de tais preceitos houve um incremento real na luta pela preservação e conservação dos recursos naturais. Segundo Claudia Campos de Araújo, “desde o advento dessa política, não se consegue mais vislumbrar um sistema de gestão econômico, tributário, social sem que seja envolvido um planejamento ambiental.”³¹¹

Insta afirmar que houve uma forte influência dos princípios da Conferência de Estocolmo na constituição da Política Nacional de Meio Ambiente, mas não tão forte quanto à que a Constituição Federal exerceu na questão do planejamento ambiental, especialmente com a preservação e o equilíbrio dos ecossistemas ambientais, ao assegurar a corresponsabilidade entre o poder público e a participação social como fundamentais na garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Política Nacional de Meio Ambiente determinou ainda “a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio e ecológico.”³¹²

Percebe-se, dessa forma, a evidente proposta constitucional da transversalidade das políticas públicas

311 ARAÚJO, Claudia Campos et al.. Sistema tributário e meio ambiente. In: BENJAMIN, Antônio Hermam (Org.). Fauna, políticas públicas e instrumentos legais. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2004. p. 276.

312 Artigo 4 da Lei nº 6.938/81.

ambientais apoiando-se nas atuações coordenadas entre múltiplas áreas, sociais, culturais e ambientais, considerando a importância da multidisciplinariedade para a preservação ambiental.

Assim, denota-se que cabe ao poder público o cumprimento de tais preceitos constitucionais, com a obrigação de garantir o direito fundamental ao meio ambiente, mas também com o dever constitucional de preservá-lo, seja no planejamento, seja implementação e na execução das políticas públicas ambientais, sempre com a participação e efetiva fiscalização da sociedade civil nesses processos.

4

O controle jurisdicional das políticas públicas em matéria de meio ambiente

4.1 O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: Noções Introdutórias

A proposta do presente capítulo é analisar a (im)possibilidade de controle das políticas públicas em caso de omissões administrativas em matéria de meio ambiente por parte do Poder Judiciário, reexaminando, para tanto: a) o princípio da “separação de poderes”³¹³, marca registrada

313 Princípio classicamente conhecido como “separação de poderes”, previsto no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, mas que também tem sido denominado por alguns autores como de tripartição de poderes. “Artigo. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

do constitucionalismo liberal setecentista e oitocentista, apresentando seus fundamentos e limites dentro do paradigma de Estado “Democrático” de Direito;³¹⁴ b) a (in)sindicabilidade dos atos administrativos discricionários – baseados na oportunidade e conveniência – por parte do Poder Executivo, apresentando jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tendo como pano de fundo o papel desenvolvido pelo Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais ecológicos.³¹⁵

É preciso destacar, inicialmente, que a doutrina e jurisprudência brasileira criaram durante o processo de amadurecimento constitucional, em relação à temática do controle jurisdicional das políticas públicas, três correntes majoritárias, completamente distintas em algumas posições, mas, de certa forma, aproximativas em outras. A primeira corrente entende pela impossibilidade do controle jurisdicional por parte do Poder Judiciário, por haver “invasão” nas esferas dos demais poderes, já que cabe aos administradores públicos e gestores a confecção das políticas públicas tendo em vista a questão da legitimidade democrática do voto. A segunda corrente sustenta a possibilidade de o Poder Judiciário controlar as políticas públicas vinculadas a direitos fundamentais. A terceira corrente entende pela possibilidade do controle do Poder Judiciário, em se tratando de direitos fundamentais, comprometido com aquele núcleo relacionado com as condições mínimas necessárias à existência digna, mas condicionada à possibilidade de intervenção judicial à reserva do possível.

314 A partir dessa análise passará a ser comentado o caso paradigmático da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45 julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

315 WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

Deve ser ressaltado também que o presente trabalho não se filia a nenhuma das três correntes apresentadas, percorrendo outra argumentação; investiga não-somente a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário em casos de omissão administrativa em matéria de meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Trata-se de investigar “se” e “como” o Poder Judiciário pode provocar a execução das políticas públicas em matéria de meio ambiente a fim de concretizar esse direito fundamental garantido constitucionalmente. “Se” representa a possibilidade de o Poder Judiciário intervir na implementação e no desenho das políticas públicas eco ou socioambientais, seja como formulador, seja como mero colaborador do Poder Executivo para com a implementação de políticas públicas asseguradas pela Constituição Federal, ao passo que o “como” significa entender a forma prática de se fazer essa intervenção.

Para tanto, parte-se do pressuposto de que compete à Administração Pública, independentemente do nível federativo (União, Estado, Distrito Federal e Município), respeitar os comandos normativos e “deveres fundamentais” previstos na Constituição, bem como reorganizar sua atuação, implementando programas e ações com vistas a realizar os objetivos e finalidades predeterminadas constitucionalmente, especialmente no âmbito dos direitos fundamentais. No caso específico em análise, para a temática ambiental, a Administração Pública, como referido anteriormente, tem o “dever constitucional” de implementar as chamadas políticas públicas eco ou socioambientais, tal qual apresentado nos capítulos anteriores, traduzidas pelo “Estado em ação”³¹⁶, para

316 HOWLETT; RAMESH, Come studiare le politiche pubbliche, 1995, p. 8.

demandar uma atuação positiva e material (direitos prestacionais) na concretização das normas constitucionais por expressar um dever ser, um projeto de sociedade civil e de Estado, um programa que deve, ou deveria, ser observado pelos que exercem os poderes da República.

Esses “deveres constitucionais” são assinalados por Álvaro Luiz Valery Mirra como uma imposição constitucional ao estabelecer:

A Constituição atribui ao Estado a incumbência de adotar uma série de ações e programas que, no seu conjunto, constituem a política ambiental do país (art. 225, § 1º) disciplinada em norma específica, a Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), e influenciada por documentos internacionais na matéria, especialmente as Declarações das Nações Unidas de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, de 1972, e do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992.³¹⁷

Pode ser destacado ainda que, contrariando os preceitos constitucionais da defesa e preservação dos recursos naturais, o poder público é um dos maiores causadores de impacto ambiental, seja pela ação administrativa, seja pela omissão (administrativa e legislativa), direta ou indiretamente, na realização (ou não) das ações e programas via políticas públicas eco ou socioambientais que tenham por fim buscar o equilíbrio do meio ambiente.³¹⁸

317 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, 15, jul-set, 1999, p. 63.

318 FUKS, Mario. Arenas de ação e debates públicos: conflitos ambientais e a emergência do meio ambiente enquanto problema social no Rio de Janeiro. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 41. n. 1, 1998, p. 3. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52581998000100003&script=sci_arttext Acesso em: 19 set. 2013. No mesmo sentido, MIRRA, Álvaro Luiz Valery. O problema do controle

Ressalte-se que essa omissão administrativa na realização e adoção de ações e programas públicos pode impedir o alcance, pela coletividade, de um meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida, não apenas às presentes gerações (intrageneracional), mas especialmente às gerações futuras (intergeracional). Por esse motivo, o Poder Judiciário pode ser provocado quando necessário para intervir em casos de lesão ou ameaça a direitos,³¹⁹ já que não age “espontaneamente”, mas somente mediante a provocação de algum ator processual legitimado para tanto, característica que diferencia o Poder Judiciário dos demais poderes a ele equiparado.³²⁰

Para que o controle jurisdicional das políticas públicas realmente ocorra é necessário relativizar algumas objeções tão largamente utilizadas pela doutrina e, especialmente, pela jurisprudência para julgar a possibilidade de o Poder Judiciário conformar a implementação das políticas públicas eco ou socioambientais. Pode-se apresentar como objeções o argumento assentado no princípio da “separação de poderes” e na (in)sindicabilidade dos atos administrativos discricionários fundados nos critérios da oportunidade e conveniência do Administrador Público.

Denota-se que a atuação ativa do Poder Judiciário, de modo a cooperar com a implementação das políticas públicas do Poder Executivo (Administração Pública),

judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, 15, jul-set, 1999, p. 61.

319 Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

320 LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito*. FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 134.

rompe com o “mito”³²¹ da “separação dos poderes”, na forma rígida proposta por Montesquieu no século XVIII, pelo qual um poder não poderia intervir nas atribuições da esfera de competência do outro, o que ofenderia os pesos e contrapesos, violando, assim, a independência dos poderes e a própria estrutura normativa do Estado Liberal de Direito.

Destaque-se ainda que a doutrina e, especialmente, a jurisprudência brasileira têm reiteradamente sustentado a impossibilidade de a sindicabilidade dos poderes públicos, especialmente na Administração Pública, pelo Poder Judiciário, em razão da suposta argumentação de haver “violação da independência e harmonia entre os poderes, por invadir e transgredir o campo privativo de cada atribuição do respectivo poder”.³²²

321 Vários autores entendem que a separação de poderes é um mito, pelo fato de ainda persistir, mesmo após quase duzentos anos da sua criação: CLÉVE, Clémerson Mérlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 24. ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu a Política e a História*. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p. 129. MORAES FILHO, José Filomeno de. *Separação de Poderes no Brasil Pós-88: princípio constitucional e praxis política*. In: *Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 159.

322 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 252.083, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Turma, unânime, julgado 31/5/2000, DJ 26/3/2001. “CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO - EXERCÍCIO PELO JUIZ - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES. O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público. O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer. Agravo a que se nega provimento.” Disponível em: www.stj.jus.br, Acesso em: 19 dez. 2013.

Deve ser destacado para o momento que essa teoria foi elaborada no paradigma do Estado Liberal, estabelecendo a atuação estatal tão-somente para garantia dos direitos negativos (liberdade e paz social), não para a realização dos direitos prestacionais (direitos sociais), nascendo daí a necessidade de (re)organização administrativa, para a configuração interventiva positiva de políticas públicas (saúde, emprego, educação, moradia) por parte da Administração Pública, estendendo-se a tais direitos fundamentais de cunho prestacional os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.³²³

No mesmo sentido, como objeção à análise das políticas públicas por parte do Poder Judiciário, pode ser questionada em menor escala do que o “mito” da separação de poderes, mas também como outro impedimento ao controle judicial, a (in)sindicabilidade dos atos administrativos discricionários na seara estatal, ainda que se tenham ultrapassado tais modelos de legitimação do direito-formal-legal-individualista também constituídos no paradigma de Estado Liberal.

O argumento utilizado para a negativa da sindicabilidade judicial de tais atos administrativos discricionários encontra-se fundamentado na questão dos critérios da chamada conveniência e oportunidade, pois que compete privativamente aos Poderes Executivo ou Legislativo a escolha de determinadas decisões administrativas, sem qualquer controle ou questionamento dos administradores públicos sobre essas questões públicas.

Percebe-se pelas questões até então apresentadas que a cultura jurídico-administrativa do país teve – e ainda tem – introjetado dentro de si o paradigma liberal-

323 CLÉVE, Clémerson Mérlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 37.

individualista, baseado na dogmática e no senso comum teórico dos juristas³²⁴, bem como na livre aceitação das ações perpetradas pelos administradores públicos, normalmente constituídas de forma autoritária, completamente contrária ao modelo vigente, pelo qual deve sempre prevalecer o princípio democrático-participativo de cooperação entre os poderes públicos e a sociedade civil para a obtenção dos objetivos constitucionais.

Tal paradigma de Estado, denominado de “Democrático” de Direito, garante constitucionalmente o fenômeno da ampliação de legitimidade, impondo a participação efetiva da sociedade civil na formulação das decisões administrativas, ainda mais em se tratando de meio ambiente, cuja determinação constitucional estabelece o “dever compartilhado” entre o poder público e a sociedade civil na preservação e conservação de tais direitos.

Relega-se, assim, o paradigma constitucionalmente proposto como verdadeiro Estado “Democrático” de Direito, modelo pelo qual o direito, na resolução dos problemas jurisdicionais, é considerado como condição de possibilidade, verdadeiro instrumento de transformação social, de efetivação dos direitos fundamentais e da democracia como participação direta nas decisões públicas pela sociedade civil.

Destaque-se que, para que tal paradigma existente calcado na impossibilidade de sindicabilidade dos poderes públicos pelo Poder Judiciário seja efetivamente rompido, é preciso compreender o direito como elemento socialmente

324 WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao direito. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. Para o autor “Senso comum dos juristas designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que possa contar com um conceito operacional que para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas.” p. 13.

transformador, não podendo ser mais visto tão-somente como uma racionalidade instrumental,³²⁵ até porque tal mudança passa pela participação efetiva do Poder Executivo, Legislativo e demais atores sociais em conjunto com o Poder Judiciário na implementação e controle das políticas públicas eco ou socioambientais, a fim de garantir os preceitos constitucionais de uma qualidade ambiental mínima à saúde humana.

4.2 Controle Jurisdicional das Políticas Públicas Ambientais

Pretende-se no presente ponto examinar o controle jurisdicional das políticas públicas ambientais a partir da caracterização das omissões administrativas, medida que tem se caracterizado por ser mais agressiva e prejudicial aos recursos naturais do que a própria ação da Administração Pública.

Dessa forma, as omissões somente podem ser consideradas ofensivas quando a Administração Pública não cumpre os deveres previstos constitucionalmente pelos direitos fundamentais. O fato de a Administração Pública não cumprir as ações que lhe cabem, determinadas pela norma através do princípio da legalidade, configura a violação de um direito, perfeitamente corrigível pelo Poder Judiciário.³²⁶ Destaque-se, nesse sentido, que, com relação à omissão do poder público na implementação dos “deveres”

325 STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002. p. 28.

326 KRELL, *Discrecionabilidade administrativa e proteção ambiental. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo*, 2004, p. 84.

constitucionalmente determinados ao seu cumprimento, é interessante apresentar entendimento do Supremo Tribunal Federal, especificamente trecho do voto do ministro Celso de Mello, relator do processo:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.³²⁷

Percebe-se pelo excerto apresentado que a omissão estatal, segundo a posição do Supremo Tribunal Federal, na pessoa do rel. min. Celso de Mello, pode se configurar como um comportamento mais gravoso do que a própria ação administrativa, ao macular ou ofender os direitos previstos constitucionalmente, ainda quando se tratar de direitos fundamentais.

Para tanto, como se estabelece aqui apenas a possibilidade de sindicabilidade do Poder Judiciário a fim de buscar compelir a Administração Pública à implementação de políticas públicas eco ou socioambientais, quando se caracterizar situações em que ocorrerem omissões do poder público no controle e na fiscalização das atividades potencialmente degradadoras (quando não há fiscalização ambiental ou a fiscalização é inadequada e até mesmo quando licencia ou autoriza indevidamente atividades impactantes) ou omissões do poder público na adoção de providências administrativas necessárias à preservação e à

327 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 677.274-8/SP. Rel. Min. Celso de Mello. DJU 16/09/2008. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 jan. 2012.

restauração de recursos ambientais previstas normativamente como condutas ou atividades de garantia.³²⁸

Álvaro Luiz Valery Mirra cita os principais exemplos de omissão da Administração Pública observados na prática em matéria ambiental:

- (i) As omissões da Administração em fiscalizar e impedir a ocorrência de degradações causadas por particulares; (ii) as omissões da Administração em efetuar o tratamento de efluentes e esgotos urbanos e industriais antes do seu despejo em cursos d'água; (iii) as omissões da Administração em providenciar adequado depósito e tratamento ao lixo urbano; (iv) as omissões da Administração em adotar as medidas necessárias para a proteção do patrimônio cultural; e (v) as omissões da Administração em providenciar a implantação efetiva de áreas naturais protegidas já criadas (como um Parque nacional ou Estadual, um Estação Ecológica etc.)³²⁹

Percebe-se que todas as questões ecoambientais apresentadas estão devidamente tuteladas por normas jurídicas a fim de garantir a sua preservação e conservação constituindo-se, dessa forma, num “dever positivo” da Administração Pública a sua plena realização constitucional tal qual determinado pelo princípio da legalidade. Dessa forma, a omissão administrativa se caracteriza como a motivação adequada para que o Poder Judiciário atue de modo a compelir a Administração Pública a cumprir e implementar suas tarefas constitucionais de realizar as

328 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Proteção do meio ambiente: a omissão do poder público e o papel do Judiciário no controle da administração pública. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 30, p.35-44, abr./jun. 2003. p. 36.

329 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Proteção do meio ambiente: a omissão do poder público e o papel do Judiciário no controle da administração pública. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 30, p.35-44, abr./jun. 2003. p. 36.

prestações materiais positivas, implementadas via políticas públicas no caso específico em questão, para preservação e conservação do meio ambiente de forma equilibrada à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Dessa forma, caracterizada a omissão quando a Administração Pública deveria implementar a ação, por determinação do comando normativo (princípio da legalidade) para a realização dos direitos fundamentais (preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado), mas simplesmente não as implementa, omitindo-se a concretizar os preceitos constitucionais, configura-se a violação dos direitos constitucionais ambientais.

Portanto, pelo fato de a Administração Pública não agir quando deveria – princípio da legalidade – está configurada a situação de omissão.

Maria Paula Dallari Bucci, analisando a questão do controle jurisdicional das políticas públicas, refere que “essa proposição constitucional centra-se na proteção a direitos sendo esse o elemento de conexão a considerar. O Judiciário tutela políticas públicas na medida em que elas expressem direitos.”³³⁰ Complementa a autora afirmando que “a possibilidade de submeter uma política pública a controle jurisdicional é inquestionável, diante da garantia ampla constante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.”³³¹

Do mesmo modo, Andreas Joachim Krell se posiciona favoravelmente ao controle, entendendo que as políticas públicas

Consistem em condutas da Administração Pública voltadas à consecução de programas ou metas previstos em normas constitucionais ou legais; a promulgação destas leis, portanto,

330 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari.(Org). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31.

331 BUCCI, O conceito de política pública em direito, 2006. p. 31.

significa um “fim e si”, mas o começo de obrigações a serem adimplidas, condutas a serem postas em prática. Onde o processo da definição concretizadora e implementação de uma política pública falha em nível do Executivo, o Judiciário tem não somente o poder, mas o “dever” de intervir.³³²

Para Tiago Fensterseifer, o controle judicial das políticas públicas ambientais “deve ser visto como um mecanismo conferido ao cidadão, individual ou coletivamente considerado, de controle sobre a atividade política do administrador e do legislador.”³³³

Prossegue o autor ao referir que

Assim, a ação judicial deve ser vista também como um instrumento de atuação política, na esteira da democracia direta e participativa. As omissões ou ações predadoras do ambiente não podem esquivar-se de tal controle do cidadão, perfeitamente legítimo no marco jurídico-constitucional de um Estado subordinado ao direito.³³⁴

Nessa esteira de pensamento, no qual o controle jurisdicional deve ser visto como efetivo fortalecimento da democracia e do Estado Democrático de Direito, Celso Fernandes Campilongo entende que os “movimentos sociais ainda poderão vislumbrar no Judiciário, nesse processo de

332 KRELL, Discricionariedade administrativa e proteção ambiental. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais, 2004. p. 85.

333 FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e proteção do ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do Estado Socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 288.

334 FENSTERSEIFER, op.cit., p. 288.

redefinição de poderes, não um órgão do Estado, mas sim da sociedade civil”.³³⁵

Nesse sentido, é preciso advertir que esse controle ou sindicabilidade judicial não pode ser utilizado recorrentemente ou de forma aleatória, mas precisa ser limitado e manejado tão-somente em circunstâncias excepcionais, como quando configurada a omissão ou medidas ineficientes com vistas a preservar esses direitos.³³⁶

Andreas Joachim Krell atenta para o problema da excepcionalidade, sustentando que,

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.³³⁷

Dessa forma, configurada a omissão em agir, observa-se que o Poder Judiciário não está a suprimir a competência do Poder Executivo ou da Administração Pública na escolha da implementação das políticas públicas, muito menos está “violando o princípio da separação de poderes”, mas apenas corrige situações excepcionais, que exigem uma resposta em se tratando de situações normativas prioritárias garantidas constitucionalmente, como uma forma de cooperar com os demais poderes para a

335 CAMPILONGO, Celso Fernandes. Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. FARIA, José Eduardo (Org.). In: Direitos Humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 34.

336 ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 251.

337 KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2002. p. 22.

concretização dos valores éticos substanciais positivados constitucionalmente.³³⁸

Para Victor Abramovich e Christian Courtis, apesar de o Poder Judiciário não ter a tarefa de desenhar as políticas públicas, sustentam que tais questões não eliminam a possibilidade de intervenção judicial no controle de tais políticas.³³⁹ Para os autores

El análisis de las circunstancias históricas que han llevado a un mayor activismo judicial en esta materia, como hemos visto, está en directa relación con la existencia de factores políticos que otorgan al Poder Judicial una especial legitimación para ocupar nuevos espacios de decisión, anteriormente restringidos a los demás poderes del Estado.³⁴⁰

Para finalizar a questão, Victor Abramovich e Christian Courtis complementam a questão da possibilidade de controle das políticas públicas por parte do Poder Judiciário, entendendo que:

Esta dimensión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación de un ‘diálogo’ entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido pela constitución.³⁴¹

338 MORAES, José Luis Bolzan; et al. A jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito. In: ROCHA, Leonel Severo da; STRECK, Lênio Luis (Org.). Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado. Centro de Ciências Jurídicas. São Leopoldo: Unisinos. 2002. p. 313.

339 ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trota, 2002. p. 250.

340 ABRAMOVICH, op.cit., p. 250.

341 ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trota, 2002. p. 251.

O Supremo Tribunal Federal consolidou a questão, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 – que será analisado posteriormente com mais vagar –, por meio de manifestação do relator min. Celso de Mello:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois nesse domínio, o encargo reside, primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.³⁴²

Diante disso, cabe ressaltar que não restam dúvidas de que na ocorrência de omissão do poder público, para assegurar efetividade aos direitos fundamentais, aqui especialmente do âmbito do meio ambiente, cumpre ao Poder Judiciário corrigir tal descumprimento de maneira a reparar tal mácula a direitos, obrigando o poder público, no caso a Administração Pública, a implementar medidas positivas (políticas públicas) de recuperação dos direitos violados.

Ainda assim, objetiva-se analisar os argumentos utilizados pela jurisprudência e doutrina para julgar pela impossibilidade do controle das políticas públicas por parte do Poder Judiciário, mesmo no paradigma do Estado

342 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 12 dez. 2012.

Democrático de Direito, no que tange à realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

4.3 A Problemática da Atuação do Poder Judiciário no Controle Jurisdicional

Enfrentada rapidamente a questão das omissões administrativas, passa-se a analisar os argumentos utilizados como objeções jurídicas para a possibilidade de controle jurisdicional das omissões administrativas em matéria ambiental, como forma de viabilizar a concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Deve ser destacado que a jurisprudência dos tribunais, apesar dos grandes avanços ocorridos nos últimos anos, ainda tem interpretado o “novo com os olhos do velho”, apenas (re)produzindo o sentido jurídico construído com os ideários liberais-formais-individualistas,³⁴³ fundamentando suas argumentações no “senso comum teórico dos juristas”, como, por exemplo, na utilização inadequada e constante do princípio da “separação de poderes”, que impede a plena concretização dos preceitos constitucionais, configuradas como direitos fundamentais, notadamente aqui da conservação e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, por meio das políticas públicas ecoambientais.

É importante ressaltar também que tal argumentação impeditiva está sendo utilizada não apenas para a negativa da realização dos direitos ao meio ambiente

343 STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 2003. p. 91.

ecologicamente equilibrado, mas para todos os demais direitos sociais garantidos constitucionalmente que envolvam uma obrigação material positiva (direito a prestações) por parte do Estado, fato que viola a efetividade dos preceitos constitucionais, evitando a modificação da ordem social pretendida pela Constituição.

4.3.1 A relativização do princípio da “separação de poderes”: mito ou reprodução acrítica do direito?

A teoria denominada de “separação dos poderes”, embora tenha sido criada e formulada na Grécia antiga, somente no século XVIII foi implementada e colocada em prática concretamente³⁴⁴ e em pleno auge do paradigma de Estado Liberal, como forma de limitação do arbítrio estatal, pressupondo um paradigma estatal respeitador dos direitos negativos (liberdade, propriedade, vida), desempenhando suas funções sempre com o propósito de garantir o objeto desses direitos fundamentais.

O objetivo central dos liberais com tal proposta de limitação de poder era, além de representar a superação do absolutismo, encontrar garantias de segurança individual

344 PIÇARRA, Nuno. A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. O autor português atribui a Aristóteles, na obra Política uma das primeiras elaborações teóricas ao tema da “separação de poderes”, ao identificá-la ao conceito de constituição mista, para quem “constituição mista para Aristóteles, será aquela em que vários grupos, ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político.” p. 33. No mesmo sentido, CLÉVE, Clémerson Mérlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 23.

para conter todo e qualquer excesso estatal contra os indivíduos, deixando o restante ao livre-arbítrio da iniciativa de cada um.³⁴⁵

Atentando para essa finalidade, Charles Louis de Secondant, o barão de Montesquieu, muito embora fosse um conservador a desejar a restauração das monarquias medievais e do poder do Estado nas mãos da nobreza (inglesa), defendia limites ao poder do rei. Segundo Montesquieu:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas entre os particulares.³⁴⁶

Ao analisar a questão, Reinhold Zippelius reitera que o interessante, em último termo, é impedir a concentração de poder nas mãos de uma mesma pessoa. Por esse motivo, associa-se à divisão de poderes em nível organizativo-funcional à exigência de uma mesma pessoa ser proibida a ocupar, em união pessoal, cargos de diferentes

345 ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria geral do estado. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997. p. 376.

346 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, o Baron de. O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.168.

setores de poder.³⁴⁷ Segundo o autor, “apenas esta incompatibilidade garante uma verdadeira divisão de poderes”.³⁴⁸

Depreende-se que a separação de poderes foi uma técnica utilizada para limitar, moderar e evitar a centralização do poder político estatal numa única instituição, de forma a equilibrar e dividir tais poderes, impedindo, dessa forma, a concentração exagerada e excessiva num poder apenas dentro da estrutura estatal, como, por exemplo, a figura do monarca, que atribuía a si próprio as funções legislativa, executiva e judiciária.

Para Vera de Araújo Grillo, a teoria da separação dos poderes “vincula-se à tentativa de não permitir o enfeixamento ou a concentração do poder nas mãos de uma só pessoa ou de um grupo restrito, estabelecendo-se o controle necessário para a garantia das liberdades individuais e da democracia.”³⁴⁹

Dessa forma, a separação de poderes, do sistema de *check and balances* (poder como freio para o poder), surge como mais uma garantia, além dos direitos fundamentais (direitos negativos), ambos estabelecidos constitucionalmente, para a segurança jurídica aos indivíduos de que o poder do Estado será limitado e controlado pelos demais poderes, com a função de preservar a liberdade dos cidadãos contra o despotismo.

Tanto é assim que a “separação dos poderes” foi considerada para a época um mecanismo fundamental de contenção de poder no sistema constitucional, a ponto de

347 ZIPPELIUS, Teoria geral do estado, 1997. p. 410.

348 Op. cit.

349 GRILLO, Vera de Araújo. A Teoria da Separação dos Poderes e a hegemonia do Poder Executivo. In: Leonel Severo da Rocha (Org). Teoria do Direito e do Estado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 113.

ser considerado como condição essencial a qualquer carta no seu âmbito material do conceito constitucional.³⁵⁰ Foi a forma de submeter o poder político ao código de juridicidade reservado ao instrumento da legalidade, como Estado de direito, na perspectiva constitucional, mas com o propósito específico de neutralização política do Poder Judiciário, já que tais normas eram elaboradas pelo Poder Legislativo.³⁵¹

Segundo essa teoria, difundida por Montesquieu,³⁵² “existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo (com a qual se cria a lei), o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes (ou simplesmente poder executivo do Estado) e, o poder de julgar (com o qual se castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares).”³⁵³

Percebe-se que, de acordo com a proposta teórica inicial, o Poder Judiciário se encontra enfeixado pelo Poder

350 CLÉVE, Clémerson Mérlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Relata o autor que “na França a Declaração dos Direitos do Homem, e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, chegou ao exagero de afirmar (art. 16) que “toda a sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui Constituição.” A Constituição de 1791, não deixou de contemplar o referido princípio.” p. 28

351 FERRAZ JR, O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio de decadência?, 1995. p. 43.

352 CAPPELETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. *Revista Forense*, São Paulo, n. 366, p. 127-150, mar./abr. 2003. Refere o autor italiano que “Charles-Louis de Secondat, o primogênito duma antiga família de de juízes ‘parlamentares’, contando com 27 anos de idade, em 1716, já se tinha tornado *President à mortier* no *Parlament de Bourdeaux*. Herdara o alto cargo judiciário, assim como o nome de Montesquieu, de seu falecido tio.” p. 135

353 MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, 1996. p. 167.

Legislativo e preso pelo Poder Executivo. Comentando a estrutura inicial proposta por Montesquieu, Vera de Araújo Grillo assinala que “para o judiciário, Locke não previu um papel como poder independente. Pelo contrário, colocou as funções judiciárias dentro das atribuições do Executivo.”³⁵⁴

Para Tércio Ferraz Jr, o “princípio não era de separação de poderes, mas de inibição de um pelo outro de forma recíproca, no exercício desta função, dos três o Judiciário era o que menos tinha a ver com força política”³⁵⁵

Note-se que a construção burguesa de separação de poderes pretendia distanciar, o máximo possível, o poder da atuação política por parte dos magistrados do poder jurídico, a fim de reduzir o espectro de liberdade decisória no processo judicial, uma vez que cabia ao Poder Legislativo, precipuamente, a competência exclusiva de legislar, e ao Poder Judiciário, tão-somente aplicar a lei ao caso concreto, sem questionar seus limites e aplicações à questão social. (fato + norma: decisão judicial).

Com isso, em face de tal proposição, de mero aplicador da norma ao caso concreto, coube ao Poder Judiciário uma competência menor e secundária àquela dos demais poderes, especialmente do Poder Legislativo (criador da lei como instrumento motivador da “vontade geral de todos”). Nesse sentido, Tércio Ferraz Jr registra que “a neutralização do Poder Judiciário é uma das peças importantes na caracterização do estado de direito burguês”.³⁵⁶ Do mesmo modo, Louis Althusser reforça tal entendimento ao afirmar que “o poder judicial não é um

354 GRILLO, A Teoria da Separação dos Poderes e a hegemonia do Poder Executivo, 1994. p. 115.

355 FERRAZ JR, O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio de decadência?, 1995. p. 41.

356 FERRAZ JR, O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio de decadência?, 1995. p. 41.

poder no sentido próprio. Este poder é invisível e como que nulo.”³⁵⁷

De fato, o Poder Judiciário possuía papel secundário em relação aos demais Poderes Executivo e Legislativo, tanto que Celso Fernandes Campilongo assinala quais são as funções desempenhadas pelo Poder Judiciário no paradigma de Estado Liberal da seguinte forma:

O sistema de valores inerente à função judiciária no Estado liberal é marcado pela ideologia da fidelidade à lei. A rígida delimitação da competência do sistema judicial – marcadamente distinta da competência administrativa e legislativa – reforça a imagem doutrinária do juiz técnico, esterelizado politicamente e que faz da adjudicação um silogismo capaz de garantir, dogmaticamente, a certeza do direito. Essa tipificação já foi chamada de folclore judicial.³⁵⁸

Dentro desse paradigma, o Poder Judiciário deveria aplicar contenciosamente a lei ao caso concreto, agindo somente quando houvesse litígio, assim como somente se for provocado, e em casos individualizados.³⁵⁹ O magistrado era, na realidade, tão-somente um funcionário da administração, que deveria aplicar a lei aos casos em

357 ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu a Política e a História*. Lisboa: Editorial Presença, 1972. p. 133.

358 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. FARIA, José Eduardo (Org.). In: *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 45.

359 LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. FARIA, José Eduardo (Org.). In: *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 134.

questão.³⁶⁰ Nessa esteira de pensamento, Louis Althusser, referindo-se a Montesquieu, justifica que “o juiz não passa de uma presença e de uma voz. É um homem cuja função consiste em ler e em dizer a lei.”³⁶¹

Nesse contexto de Constituição com propósitos liberais e Estado mínimo, coube ao Poder Judiciário tão-somente o papel de resolver os conflitos interindividuais (entre A e B), por meio de processos lógico-dedutivos de subsunção do fato à norma, vinculado ao sentido literal da lei, como uma atividade mecânica de julgamento, sendo apenas aquilo que Montesquieu denominou de *la bouche de la loi*.

Por isso, foi e continua sendo clássica a utilização do estereótipo Estado-juiz, em que o Poder Judiciário, na pessoa dos juízes apenas aplica e (re)produz o direito entre as partes, como “boca da lei”, acreditando que à eles cabe o silogismo, pelo qual a lei (premissa maior) é posta em comparação com a situação de fato-caso (premissa menor) se chega à decisão (conclusão). Tal proposta interpretativa se trata de uma resolução matemática, em que o juiz busca apenas revelar a intenção do legislador (*mens legis*) para a situação, fato que o reduziria a mero aplicador da lei, sem qualquer possibilidade criativa da solução da questão. O juiz, assim, tornou-se uma máquina, objetiva, neutra e imparcial na resolução dos conflitos individuais, remetendo-se a descobrir o espírito do legislador àquela questão.

Nesse contexto, percebe-se que a atividade judicial constituiu-se – e, infelizmente, ainda tem se constituído para uma parte dos magistrados - num processo matemático silogístico, de mera (re)produção da lei, sem qualquer atividade criativa por parte do magistrado na resolução da

360 COELHO, Rogério Viola. A função de julgar os mitos do direito. In: Justiça e Democracia. Cadernos de debates da Coordenação Nacional dos Trabalhadores da Justiça, ano 01, nº 01, 2002, p. 34.

361 ALTHUSSER, Montesquieu a Política e a História, 1972. p. 133.

questão em juízo. Essa atividade deveria ter sido modificada com a estruturação de outra concepção de Estado, o Estado Social-Intervencionista, paradigma estatal que no Brasil foi suprimido, passando-se diretamente do modelo liberal para o Estado Democrático de Direito.

No contexto do paradigma do Estado Social-Intervencionista houve a necessidade de modificação das funções do Poder Judiciário, passando-se de uma postura passiva para uma posição criativa na questão jurisdicional, sobretudo nas questões coletivas ou de massa, de maneira a minimizar graves problemas sociais resultantes do paradigma liberal. Dessa forma, o Poder Judiciário já se encontra com poderes próprios e autônomos, não mais vinculado ao Poder Legislativo, partindo da premissa de que o poder judicial é parte da estrutura constitucionalmente organizada, como um poder equiparado aos demais, funcionando com a função de equilíbrio entre o Executivo e o Legislativo, com a finalidade de resguardar os direitos fundamentais e a ordem democrático-constitucional.

Como já apresentado no primeiro capítulo, cuja problemática procurou desenvolver as características estruturais do Estado, o paradigma de Estado “Social-Intervencionista” representou uma efetiva transformação superestrutural político-econômica do Estado Liberal, que primou por uma postura ultra-individualista, mas apenas com caráter formal da liberdade dos indivíduos, passando-se a uma prioridade de igualdade material por parte do Estado.

O Estado Social-Intervencionista originou-se à medida que o Estado tendeu a se desprender do controle burguês de classe e, enfraquecido, passou a ser o Estado de todas as classes, sendo fator de conciliação, mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o

capital, buscando superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social.³⁶²

Paulo Bonavides explica o desenvolvimento e as tarefas com as quais o Estado se envolve até se constituir no Estado Social-Intervencionista

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca nas sociedades todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça, receber a denominação de Estado Social.³⁶³

Houve, assim, uma preocupação toda especial por parte do Estado Social-Intervencionista com a promoção da igualdade material, interferindo sempre que necessário no mercado pela realização dos direitos sociais violados, de modo a buscar a melhoria das condições de vida desses indivíduos.

Como destacado anteriormente, a principal característica do Estado “Social-Intervencionista” é a própria interferência (intervenção) estatal “no” e “sobre” domínio econômico e nos conflitos sociais, a fim de assegurar melhores condições de vida aos indivíduos,

362 BONAVIDES, Paulo. Do Estado liberal ao Estado social. São Paulo: Malheiros, 1996. p.185.

363 BONAVIDES, op. cit., 1996. p. 186.

impondo a necessidade de concretização dos direitos de cunho a prestações (direitos sociais), atenuando-os como forma de prevalecerem os indivíduos em detrimento do capital, de forma a concretizar a igualdade material proposta pela Constituição.

Assim, tais direitos a prestações (direitos sociais) se convertem em Estado Social-Intervencionista pela prestação e realização do braço estatal, atribuindo a si a tarefa de realizá-los, com vistas a alcançar, além da igualdade formal – conteúdo de liberdade formal – , um nivelamento social e, sobretudo, econômico, que é a igualdade material.³⁶⁴ Para Celso Fernandes Campilongo, tais características de presença estatal no domínio econômico “confere à ordem jurídica um caráter indisfarçavelmente político.”³⁶⁵

Do mesmo modo, para Tércio Ferraz Jr o Estado Social-Intervencionista,

Trouxe o problema da liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado. Com a liberdade à igualdade se transforma num direito a tornar-se igual a na condições de acesso à plena cidadania. Correspondentemente, os poderes Executivo e Legislativo sofrem uma enorme expansão, pois deles se cobra a realização da cidadania social e não apenas a sustentação do seu contorno jurídico formal.³⁶⁶

Nesse contexto de paradigma do Estado “Social-Intervencionista”, deve ser ressaltado que a estrutura clássica prevista inicialmente para o princípio da separação de

364 ZIPPELIUS, Teoria geral do estado, 1997, p. 396.

365 CAMPILONGO, Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico, 1993, p. 47.

366 FERRAZ JR, O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio de decadência?, 1995. p. 45.

poderes, de plena rigidez entre os poderes, foi mantida somente no aspecto formal, tendo sido, na prática, ab-rogada em razão da intensa atividade legislativa praticada pelo Executivo.³⁶⁷ Denota-se, portanto, já nessa perspectiva do Estado Social-Intervencionista, de certa forma, uma superação ou a relativização do princípio da “separação de poderes”, pelo simples fato de constantes desequilíbrios e invasões por parte dos poderes Executivo e Legislativo.

Para Mauro Cappelletti a legislação com finalidade social promovida pelo Welfare State, de massificação dos direitos prestacionais, criou uma expansão enorme nas atividades e funções a serem desenvolvidas pelo Poder Executivo, diferentemente da legislação tradicional liberal, mas também possibilitou a afirmação do Poder Judiciário como o “Terceiro Poder”³⁶⁸ equiparando-o aos poderes Executivo e Legislativo, com vistas à implementação dos direitos fundamentais, especialmente no que tange aos direitos às prestações.

É de se destacar que, com a ampliação significativa de suas atribuições, o Poder Judiciário tem papel fundamental como guardião e realizador dos direitos assegurados pela Constituição, servindo como importante instrumento de resistência dos atores sociais contra as omissões do Poder Público, especialmente em face da Administração Pública.

367 STRECK, Lênio; MORAES, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

368 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1993. p. 43. Do mesmo modo, KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2002. Para quem o autor germânico questiona a postura do Poder Judiciário ao afirmar que “as falhas na realização de conteúdos sócio-econômicos para os sistemas democráticos puseram em cheque o Terceiro Poder, que deve cumprir funções de ‘suplementação’ do poder político.” p. 80.

Entretanto, apesar dessa oportunidade de modificação da sua importância perante os demais poderes, o Poder Judiciário continuou a ter um papel secundário, apenas de resolução dos conflitos interindividuais, tão-somente entre A e B, ainda que pudesse ter uma concepção mais ativa na consecução de tais direitos.³⁶⁹ Nesse sentido, Tércio Ferraz Jr, entende que a postura judicial deveria ter sido outra, com a qual “altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma co-responsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa.”³⁷⁰

No paradigma do Estado Social-Intervencionista Tércio Ferraz Jr ressalta que a função do Poder Judiciário é alterada, “ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar o sentido de estabelecer o certo ou errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados.”³⁷¹ Prosseguindo, assinala sobre a alteração da função do Poder Judiciário:

A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social. Ou seja, como Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos

369 STRECK, Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito, 2003, p. 34.

370 FERRAZ JR, O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio de decadência?, 1995. p. 45.

371 FERRAZ JR, O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio de decadência?, 1995. p. 45.

de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial.³⁷²

É de compreender que tais responsabilidades promovidas ao Poder Judiciário conduzem a que os magistrados se repolitizem diante de determinadas situações visto que estão incluídos dentro do paradigma de Estado conformado constitucionalmente.

Percebe-se, dessa forma, que, muito embora a Constituição tenha (re)colocado o Poder Judiciário numa condição de transformador ou modificador das condições sociais, com o fito de julgar não apenas conflitos interindividuais – somente entre duas partes – mas também e, principalmente, os conflitos coletivos e sociais envolvendo a implementação de políticas públicas, com o objetivo de romper com o paradigma liberal-individual de jurisdição, impondo uma jurisdição baseada nos princípios democráticos da participação e pluralidade dos atores e agentes sociais,³⁷³ o magistrado continua a julgar de acordo com as concepções liberal-individual-privatísticas.

372 FERRAZ JR, op.cit., p. 46.

373 RUIZ, Urbano. A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a administração a desenvolver políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 36. São Paulo: RT. 1992. Para o autor “o caminho é o das ações coletivas. É necessário explorar melhor esse instrumento a serviço do povo, democratizando o Judiciário de modo a fazer dele um serviço público. (...) É bem verdade que o prestígio às ações civis públicas, de modo a permitir a utilização do Judiciário como meio de cobrar a implementação de políticas públicas demandaria investimentos na formação de um novo juiz, que deixasse de lado a postura meramente positivista, mediante aplicação mecânica das regras legais, para dar conta da realidade brasileira, buscando atingir por meio da atividade jurisdicional, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.” p. 252. Sobre a questão das políticas públicas e a problemática da jurisdição veja SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI,

É preciso, portanto, migrar de uma concepção de juiz “boca da lei” para uma atividade criativa do direito, uma vez que tal concepção de Poder Judiciário não foi alterada, permanecendo, ao menos no contexto de Brasil, a decidir dentro do paradigma liberal-normativista como juiz neutro, objetivo e imparcial.³⁷⁴

Entretanto, mudança verdadeira da função do Poder Judiciário deveria ocorrer com a instituição do Estado Democrático de Direito, já que por esse paradigma de Estado o Poder Judiciário deve se apresentar como protagonista efetiva na transformação no/do direito. Dessa forma, também como já foi analisado no capítulo primeiro, o paradigma de Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como conteúdo próprio a ser buscado, para garantir o asseguramento de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.

Tal paradigma de Estado está assentado em dois macrofundamentos, a democracia e os direitos fundamentais.³⁷⁵ É importante, portanto, ressaltar que os poderes públicos, devem, todos, estar organizados no sentido de implementar e respeitar a ordem democrática e os direitos fundamentais, de maneira a assegurar os preceitos

Maria Paula Dallari.(Org). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 177-191.

374 Sobre essa questão em específico veja STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito.* 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça.* FARIA, José Eduardo (Org.) São Paulo: Malheiros, 1993.

375 STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, 2001. p. 110.

constitucionais de forma global, uma vez que são os macrofundamentos de todo o sistema jurídico brasileiro.

Quer-se, assim, dizer que o Estado Democrático de Direito está relacionado diretamente à efetivação e realização dos direitos fundamentais, numa seara de plena democracia, como uma imposição estabelecida na própria Constituição a fim de cumprir seus objetivos e fundamentos. Deve ser destacado que tais compromissos foram firmados pela Constituição e direcionam-se não apenas para os poderes públicos, mas para todo o conjunto da sociedade civil em implementá-los.

Com efeito, não basta apenas se ter a autonomia dos atores e agentes sociais se não houver a autonomia da coletividade, uma vez que esses precisam, necessariamente, participar do processo formativo dos processos democrático-participativo. Dessa forma, tais procedimentos constituem um ponto central nesse paradigma de Estado, como forma de mudança estrutural da sociedade e do próprio Estado. Assim, o paradigma de Estado Democrático de Direito ultrapassa o Estado Social-Intervencionista ao exigir, além da igualdade material entre os indivíduos, a participação pública dos diversos atores sociais como forma de constituição da própria estrutura estatal, irradiando os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, sobretudo, à própria ordem jurídica.³⁷⁶

Nessa perspectiva de plena participação popular, potencializa-se e legitima-se a entrada de novos atores sociais na concretização do Estado Democrático de Direito, ampliando, assim, novas demandas e conflitos. Traz, dessa forma, um deslocamento da esfera de tensão do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, como guardião dos direitos garantidos constitucionalmente.

376 STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, 2001. p. 92.

Para Celso Fernandes Campilongo, “a consolidação da democracia alargou a importância do Judiciário.”³⁷⁷ Nesse sentido, o Poder Judiciário precisa responder aos pleitos formulados pela pluralidade de atores sociais envolvidos no processo democrático, precisando, para isso, integrar a intervenção política entre os anseios da sociedade com a tarefa de realização do Estado e, principalmente, de concretização dos direitos constitucionalmente garantidos, sejam direitos negativos, sejam direitos a prestações.

Nessa perspectiva de composição, o clássico princípio da “separação de poderes” ganha um novo contorno, sendo substituído por novas expressões, a saber, distinção, coordenação e colaboração. Por essas o Poder Judiciário amplia sua participação no processo de concretização do Estado Democrático de Direito ao utilizar a Constituição como um verdadeiro instrumento de transformação social, não como legitimadora do *status quo*.³⁷⁸

É importante assinalar a posição de Paulo Bonavides, que estabelece o seguinte sobre a superação da teoria da separação dos poderes:

Quando cuidamos de abandoná-lo no museu da teoria do Estado queremos, com isso, evitar apenas que seja ele, em nossos dias, a contradição dos direitos sociais, a cuja concretização se opõe, de certo modo, como técnica dificultosa e obstrucionista, autêntico tropeço, de que inteligentemente se poderiam socorrer os conservadores mais perspicazes e renitentes da burguesia, aqueles que ainda supõem possível

377 CAMPILONGO, Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico, 1993. p. 30.

378 BONAVIDES, Do Estado liberal ao Estado social, 1996. p. 64. No mesmo sentido, CLÉVE, Atividade Legislativa do Poder Executivo, 2000. p. 29.

tolher e retardar o progresso das instituições no rumo da social-democracia.³⁷⁹

E prossegue o constitucionalista sustentando que pretender conservá-lo como dogma em justificações descabidas para a atualidade é inaceitável.³⁸⁰ Ao encontro a esse pensamento José Renato Nalini complementa ao afirmar:

A fórmula clássica parece hoje vazia de conteúdo. Todo poder político se concentra em mãos de um Executivo forte. A exceção americana confirma a regra geral de que a tradicional separação de poderes foi descartada e em seu lugar permaneceu, unicamente, a distribuição de funções.³⁸¹

Andreas Joachim Krell, também, se posiciona favoravelmente à superação do princípio da separação de poderes e em prol da atividade ativa do Poder Judiciário:

Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação de Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetida a nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje, também à omissão estatal.³⁸²

Essa posição também é compartilhada por Rodolfo de Camargo Mancuso, o qual entende:

379 BONAVIDES, Do Estado liberal ao Estado social, 1996. p. 64.

380 BONAVIDES, Do Estado liberal ao Estado social, 1996. p. 64.

381 NALINI, José Renato. Constituição e Estado democrático. São Paulo: FTD, 1997. p. 112.

382 KRELL, Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado, 2002. p. 88.

Não se deve perder de vista que essas doutrinas clássicas (Locke, Rousseau sobretudo a exposta por Montesquieu no *L'esprit des lois*, hoje se têm por confinadas no contexto histórico, político, social e econômico de um tempo pretérito, quando então se delineavam os contornos do Estado moderno, tratando-se, pois, de um quadro que não mais encontra correspondência no mundo globalizado de hoje, centrado numa economia de massa, onde mais cabe falar numa interdependência entre as funções ou atividades estatais.³⁸³

Paulo Bonavides também propõe que se devem abandonar “expressões impróprias e antiquadas, quais sejam: ‘a separação’ e ‘divisão’, substituídas por outras mais correlatas, a saber distinção, coordenação e colaboração.”³⁸⁴

Percebe-se, portanto, que o princípio da separação de poderes, na sua proposta inicial de total rigidez, impedindo pontos de contato entre os poderes, não pode ser considerado uma objeção à concretização dos direitos fundamentais, nem um “escudo protetivo” à manutenção das clássicas funções estatais baseadas no autoritarismo, fruto de concepções liberal-individuais ultrapassadas e atrasadas, mas, sim, modelo democrático-participativo no qual os Poderes Executivo, Legislativo e também o Poder Judiciário, são responsáveis diretos pela concretização dos preceitos constitucionais, especialmente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para Lídia Helena Ferreira da Costa Passos,

383 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. p. 777.

384 BONAVIDES, *Do Estado liberal ao Estado social*, 1996. p. 73.

Evidentemente, o modelo constitucional vigente em nosso país a partir da promulgação da carta de 1988, que define este perfil equitativo, socialmente compensatório na constituição do modelo estatal, não é mais compatível com o paradigma rígido, apriorístico, individualista e predominantemente privatístico que os argumentos ora combatidos insinuam e conservam.³⁸⁵

Para tanto, o Poder Judiciário tem papel fundamental na implementação e positivação dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, com a finalidade de assegurar a sua plena realização na ordem jurídico-social, não podendo mais ser caracterizado como imparcial, neutro e objetivo, mas, sim, como transformador da realidade social plasmada numa pré-compreensão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

De acordo com Lídia Helena Ferreira da Costa, o Poder Judiciário, para realizar sua função constitucional,

Tem que estar apto a enxergar não mais um conjunto de cidadãos individuais aglutinados e reunidos na comunidade política, mas precisa ser capaz de reconhecer o conjunto social solidário e autônomo que caracteriza as relações interindividuais. Não se fala apenas em relações de cidadania entre indivíduos e Estado, mas entre Estado e sociedade.³⁸⁶

Vale ressaltar que, ao contrário dos paradigmas anteriores, no Estado Democrático de Direito exige-se que o Poder Judiciário também concorra para a realização e concretização dos direitos fundamentais, superando o paradigma liberal-individualista de intangibilidade promovido pela clássica separação de poderes setentista, uma vez que a participação do poder Judiciário é uma

385 PASSOS, Lídia Helena Ferreira da Costa. Discricionariiedade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações civis públicas. In: Ação Civil Pública - 15 anos. 2.ed. (Coord.) MILARÉ, Édis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 515.

386 PASSOS, op.cit., p. 516.

condição-de-possibilidade para a implementação dos direitos fundamentais ecológicos, especialmente na implementação das políticas públicas eco e socioambientais.

O Poder Judiciário, dentro desse princípio epocal, de Estado Democrático de Direito, assume um papel fundamental para a consecução dos princípios de proteção e concretização dos direitos fundamentais, visto que, tal como os demais atores sociais e poderes públicos, todos, principalmente o poder jurisdicional, foram incumbidos constitucionalmente de preservar e conservar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Sobre outra função a ser desempenhada pelo Poder Judiciário na implementação do paradigma de Estado Democrático de Direito fundado na ordem democrática e na garantia dos direitos fundamentais, Jean Carlos Dias refere que

A proteção aos direitos fundamentais coloca o decisor no papel de co-partícipe no processo de elaboração de um modelo de sociedade. Notadamente, os tribunais assumem um importante papel no caso de reflexão acerca das políticas, o qual os coloca como ambientes especializados para o debate dos valores de uma sociedade.³⁸⁷

Do mesmo modo, Andreas Joachim Krell sustenta que “a concretização desses direitos sociais exige alterações nas funções clássicas dos juízes que se tornam co-responsáveis pelas políticas de outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação para possibilitar a realização de mudança social, o que leva à ruptura com o modelo jurídico

387 DIAS, Jean Carlos. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Método. 2006. p. 126.

subjacente ao positivismo, a separação do direito e da política.”³⁸⁸

Entretanto, apesar de tais considerações, os operadores do direito continuam a compreendê-lo dentro dos pré-juízos calcados no paradigma liberal-individualista, de neutralidade e imparcialidade do Poder Judiciário, servindo-se apenas como o *la bouche de la loi* dos demais poderes. Essa compreensão acaba sustentando todo o sistema de (re)produção do direito, sem se questionar sobre seus pré-juízos e pré-conceitos no compreender/interpretar.

Ao Poder Judiciário coube o comprometimento com a transformação social, rompendo com sua neutralidade e função restrita aos anseios do Poder Executivo, tal como se caracterizou no liberalismo burguês.

Compreendendo-se a importância a ser desempenhada pelo Poder Judiciário, na efetivação do Estado Democrático de Direito e na concretização dos direitos fundamentais, é relevante apresentar a corrente substancialista, constituída a partir da criação do paradigma do Estado Social-Intervencionista no contexto da Europa pós Segunda Guerra Mundial, sobre a qual a participação do Poder Judiciário é fundamental na consecução dos direitos e preceitos garantidos constitucionalmente.

4.3.2 Tese Substancialista: A Postura Intervencionista do Poder Judiciário

A corrente substancialista admite que a Constituição imponha o direcionamento das ações do poder público, assim como de todos os cidadãos. Sustenta ainda que, mais do que harmonizar os demais poderes, o Judiciário deve assumir o papel de um intérprete que põe em evidência,

388 KRELL, Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado, 2002. p. 73.

inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente.³⁸⁹

O modelo substancialista trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece condições do agir-político-estatal, com base no pressuposto de que o modelo constitucional é a explicitação do contrato social. Assim, para a teoria substancialista é preciso um Judiciário mais participativo nas questões da democracia contemporânea, fomentando-se tais discussões por meio do próprio Poder Judiciário na consecução/realização dos direitos fundamentais.³⁹⁰

Para Mauro Cappelletti, “todos os juízes e, não apenas alguns daqueles novos juízes especiais (ou quase judiciais) tornaram-se dessa maneira, os controladores não só da atividade (civil e penal) dos cidadãos como também dos poderes políticos.”³⁹¹

Segundo Lênio Streck, “a tese substancialista parte da premissa de que a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absentéista própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira.”³⁹² Na mesma esteira

389 STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito*, 2002. p. 163.

390 Em posição oposta fundamenta-se a teoria procedimentalista, no qual sustenta a impossibilidade do Poder Judiciário de fazer intervenções na órbita da política, cabendo tão-somente a postura jurídica de imparcialidade e neutralidade nessas questões. Essa teoria tem como um dos seus principais capitaneadores Jurgen Habermas.

391 CAPPELLETTI, *Juízes legisladores?*, 1993. p. 49.

392 STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito*, 2002. p. 185.

de pensamento, Celso Campilongo afirma que, “num contexto de crise do Estado Social, o Poder Judiciário ganha uma função especial de guardião da legalidade e da moralidade das eleições e do controle das políticas públicas, sem essa função a democracia corre sérios riscos.”³⁹³

Constata-se que, ao contrário da posição apresentada no presente trabalho, os operadores do direito continuam presos a conteúdos e paradigmas metafísicos de quase dois séculos atrás - ainda no paradigma do Estado Liberal -, tal qual o mito da separação dos poderes, sem conseguir desvencilhar-se com o objetivo de migrar para o paradigma atual do Estado Democrático de Direito, a fim de concretizar os direitos fundamentais, especialmente os direitos a prestações, como os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que exigem a implementação de políticas públicas ecoambientais para o desfrute de toda a coletividade.

Essa concepção teórica liberal-normativista, presente ainda hoje no “senso comum teórico dos juristas”, pode ser frequentemente encontrada, salvo algumas exceções, nas ementas e decisões judiciais, mesmo que o Supremo Tribunal Federal já tenha se posicionado favorável.³⁹⁴

Pode-se depreender, dessa forma, que os magistrados ainda se encontram “presos” às velhas compreensões trazidas do modelo liberal, mas que insistem em persistir, tal como o silogismo da aplicação da lei. Tais práticas são usuais por parte dos magistrados, sem se

393 CAMPILONGO, Política, Sistema Jurídico e decisão judicial, 2002. p. 108.

394 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3367-1/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 17/03/2006. ADI 3378 Rel. Min. Carlos Brito DJ 20062008. ADI 3378/DF, Rel. Min. Carlos Brito DJ 20/06/2008. ADI 1706/DF Rel. Min. Eros Grau DJ 9/04/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 12 fev. 2012.

questionar quanto à criatividade do direito, bem como ao poder transformador que exerce o direito num paradigma de Estado Democrático. Por tais motivos, quando se pleiteia a possibilidade de controle jurisdicional, frequentemente se argumenta que há “impossibilidade jurídica por violação do princípio da separação de poderes”, uma vez que naquela pré-compreensão liberal não era permitida a coordenação entre os poderes na consecução das políticas públicas constitucionais.

Assim, é necessária a adoção de um novo olhar sobre a (velha) problemática da separação de poderes, abandonando-se pré-juízos e pré-compreensões de um Estado Liberal com plena neutralidade do Poder Judiciário, de forma que os operadores possam compreender a importância desse poder na efetivação do Estado de Direito “Democrático” e dos direitos fundamentais, independentemente de se tratar de direitos negativos ou prestacionais.

É preciso ter em mente que os operadores jurídicos continuam a compreender o princípio da separação de poderes e, por consequência, a própria função a ser desempenhada pelo Poder Judiciário de acordo com os princípios epocais de um Estado Liberal, a qual se baseava numa postura acrítica, neutra e imparcial, muito embora, como já foi visto anteriormente, a Constituição de 1988 tenha superado tal paradigma de Estado para promover o Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, vale salientar a posição doutrinária de Andreas Joachim Krell sobre a temática, para o qual se torna evidente que o apego exagerado de grande parte dos juizes brasileiros à teoria da separação dos poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional tradicional, que ainda não adaptou as suas lições às condições diferenciadas do moderno Estado Social e está

devendo a necessária atualização e reinterpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico.³⁹⁵ Não é a toa, portanto, que tal princípio – separação de poderes - foi considerado como um mito na teoria político-constitucional pela insistência em não abandoná-lo na teoria político-jurídica brasileira.

Deve ser destacado ainda que, muito embora a regra jurisprudencial seja a impossibilidade de intervenção judicial, o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou favoravelmente à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas, ao enfrentar essa questão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, relativizando a teoria da separação de poderes como óbice a tal pretensão.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 não é só um caso de descaracterização da objeção da divisão de poderes e possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas nos direitos econômicos, sociais e culturais, mas também pode ser considerada um marco jurisprudencial da efetivação do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, na concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Em razão da importância do referido julgado para a matéria de controle jurisdicional de políticas públicas, será objeto de análise mais detalhada no próximo ponto.

395 KRELL, Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado, 2002. p. 91.

4.3.3 ADFP 45: Um Paradigma de Possibilidade “do” e “no” Controle Jurisdicional das Políticas Públicas Em Sede do Supremo Tribunal Federal

O paradigma da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 04 de maio de 2004, pode ser considerado o “divisor de águas” da concepção de separação de poderes nas decisões judiciais, na medida em que influenciou diretamente na mudança de posição da Corte Constitucional sobre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas garantidas pelos direitos econômicos, sociais e culturais previstos constitucionalmente.

A ementa dessa decisão monocrática proferida pelo ministro Celso de Mello se apresentou da seguinte maneira

Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação de direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).³⁹⁶

396 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 12 dez. 2013.

Embora não se trate de um julgamento do colegiado do Supremo Tribunal Federal, mas de uma decisão monocrática (posição individual) do min. Celso de Mello, que sequer foi submetida ao plenário, esse fato não retira a sua relevância jurídica para a questão da possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Outro fato a ser considerado, mas que também não retira a importância da decisão, é a superveniência do suprimento da omissão por parte do Poder Executivo, que, antes do julgamento da ação constitucional, se antecipou e remeteu novo projeto de lei, o qual se transformou na Lei nº 10.777/2003, reparando, a tempo, o dispositivo vetado em sua integralidade, de modo a não se caracterizar o descumprimento a preceito fundamental na Lei de Diretrizes Orçamentárias, sem prejuízos outros. Isso prova que apenas serve de norma orientadora da elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004, restando, pois, superada a inconstitucionalidade e evitados os seus efeitos sobre a lei orçamentária do ano seguinte. Diante disso, a decisão monocrática, reconheceu a perda superveniente de interesse de agir, extinguindo o feito.

Dessa forma, ainda se tratando de decisão monocrática que não tenha enfrentado diretamente o mérito da questão, por perda do objeto da ADPF 45 em razão de uma circunstância externa representada pelo suprimento de omissão de norma orçamentária que não foi respeitada pelo Poder Executivo, tal decisão merece ser considerada diante da força dos argumentos apresentados pelo ministro Celso de Mello, que estabeleceu algumas premissas orientadoras para construção concreta de uma teoria sobre a possibilidade e os limites no controle do Poder Judiciário sobre as políticas públicas não implementadas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Assim, é interessante conhecer o contexto envolvido no ajuizamento e na decisão da referida decisão

para o fim de ampliar a análise desse importante julgado para a questão do controle jurisdicional das políticas públicas.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental foi ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileiro (PSDB) com o objetivo de questionar o veto do presidente da República sobre o §2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59) da proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias). O veto teria importado em desrespeito a preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional nº 29/2000, promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

O Supremo Tribunal Federal, dessa forma, como guardião da Constituição, foi provocado pelo Partido da Social Democracia Brasileiro (PSDB) para evitar lesão a preceito fundamental advinda de ato do poder público (Poder Executivo), quando do veto parcial à Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), nos termos do art. 1º, caput, da Lei nº 9.882/99. Formulou-se, por conseguinte, pedido preventivo de proteção judicial em relação à Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003), destinada a fixar as bases para a lei orçamentária anual de 2004.

A decisão pode ser dividida em duas fases: a primeira, na qual aborda a análise procedimental analisando se o objeto da ação constitucional em questão foi utilizado adequadamente – ação de descumprimento de preceito fundamental; a segunda, focando mais numa análise do mérito da questão, na qual o ministro Celso de Mello enfrenta a problemática da relativização do princípio da separação de poderes, destacando a importância do Poder Judiciário na concretização dos preceitos constitucionais, sobretudo na possibilidade – mesmo que não seja sua

competência – de formular e implementar as políticas públicas.

Para o ministro Celso de Mello, na decisão monocrática,

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando previstas no texto da Carta Política, tal como se sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.³⁹⁷

Percebe-se, pelo fragmento do voto apresentado pelo ministro Celso de Mello, que a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é o instrumento idôneo e apto para a implementação das políticas públicas, ressaltando-se como condição a que tais preceitos estejam “previstos no texto da Carta Política”.

Dessa forma, remete-se à problemática já enfrentada no capítulo primeiro sobre as definições das políticas públicas, em que se exige prévia previsão normativa, especialmente constitucional, como forma de garantir a sua implementação no âmbito do Poder Judiciário. Ressaltou ainda a importância da dimensão política da jurisdição constitucional promovida pela Constituição de 1988 a ser desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal na efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

397 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 12 dez.2013.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a essa Corte que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam enquanto direitos de segunda geração como as liberdades positivas, reais e concretas (RTJ 164/158-161, rel Min. Celso de Mello) – sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.³⁹⁸

Depreende-se por esse fragmento da decisão monocrática que o poder público, independentemente da atribuição, competência ou funções institucionais, seja o Poder Executivo, seja o Legislativo ou Judiciário, deverá se comprometer em concretizar os preceitos constitucionais, sobretudo os direitos a prestações (direitos econômicos, sociais e culturais), que exigem uma atuação positiva e concreta por parte daquele. Em seguida, reconheceu a possibilidade do controle jurisdicional por parte do Poder Judiciário, mas em caráter excepcional, considerando que o encargo da realização dos direitos econômicos, sociais e culturais reside, a princípio, nas competências dos poderes Executivo e Legislativo.

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 207, item 05, 1987, Almedina, Coimbra) pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais,

398 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 12 dez.2013.

poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.³⁹⁹

Evidencia-se, da mesma forma, que a decisão monocrática em análise apresenta expressamente no delineamento de sua argumentação uma dimensão político-jurídica das funções desempenhadas pelo Supremo Tribunal Federal, representante do Poder Judiciário como efetivo “guarda da Constituição”⁴⁰⁰ sustentando, por conseguinte, a legitimidade constitucionalmente prevista para, em casos excepcionais, esse poder, no sentido de cooperar com o Poder Executivo para formulação e implementação das políticas públicas garantidas constitucionalmente.

Deve ser destacado ainda o fato de o ministro Celso de Mello ter se utilizado da doutrina constitucionalista – estrangeira (José Carlos Vieira de Andrade) e nacional (Andreas Joachim Krell) – com concepções “progressistas” e “inovadoras” em termos doutrinários para a argumentação, com o objetivo de relativizar o princípio da separação de poderes. Esse fato não é muito comum nas decisões do Supremo Tribunal Federal, comumente caracterizadas por argumentações conservadoras, dogmáticas e, especialmente, muito tradicionais para o sistema jurídico.

Ainda no mesmo sentido, complementa tais considerações ao sustentar:

399 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 12 dez.2013.

400 Artigo 102 da Constituição Federal de 1988.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura no mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislado, nem a da atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma justificável inércia estatal ou abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível, consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-à, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico – a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso a bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.⁴⁰¹

É interessante observar também a ênfase dada pelo ministro Celso de Mello à questão da interferência jurídica no campo político-constitucional, de maneira que se utiliza, recorrentemente, da expressão “Carta Política”, não “Constituição Federal”, como forma de demonstrar a interpenetração entre os campos da política e do jurídico na efetivação dos direitos a prestações (direitos econômicos, sociais e culturais) assegurados pela Constituição. Vale lembrar as relações apresentadas no capítulo primeiro, quando se conceituou a constituição como o “estatuto jurídico do político”⁴⁰² demonstrando a interpenetração entre as áreas da política e do jurídico.

401 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 12 dez.2013.

402 CANOTILHO, Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 1133.

Evidencia-se, por conseguinte, que o Poder Judiciário tem superado, gradativamente, a clássica concepção liberal-formal-privatista da “separação de poderes”, no seu formato tradicional de rígida separação que tanto “emperra” a realização dos direitos fundamentais e da ordem democrática, passando-se a entendê-lo como um “colaborador”, amplamente legitimado diante da omissão dos demais, não mais “invadindo” as funções ou “violando a harmonia entre os poderes”, mas, sim, equiparando-se aos demais poderes, a fim de concretizar os valores constitucionais.

Dessa maneira, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45, assim como outras decisões recentemente julgadas pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁰³ servem de paradigma às demais ações coletivas e transindividuais que tenham como pretensão o objeto de controle jurisdicional de políticas públicas, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, quando caracterizada a omissão administrativa que assegura a realização desses direitos ecologico-ambientais, por se tratar de uma responsabilidade de todos os poderes públicos. Acentua-se, dessa forma, tal responsabilidade ao Poder Judiciário por ser também o guardião dos preceitos constitucionais.

Cabe destacar que desde o entendimento de possibilidade de sindicabilidade por conta do case envolvendo a ADPF 45 a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído no que tange à possibilidade de implementação de políticas públicas quando restar configurado a omissão administrativa na esfera ecológica.

403 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 563.144/DF AgR, rel. min. Gilmar Mendes, DJe 16/04/13. RE 254.764/SP, rel. min. Marco Aurélio, DJe 21/2/11. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 19 jan. 2013.

Nesse sentido, é interessante citar o *case* relativo à sindicabilidade do Poder Judiciário para consecução de políticas públicas protetivas ao direito do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A ementa da decisão, cujo rel. min. Dias Toffoli, está assentada da seguinte forma:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Insuficiência orçamentária. Invocação. Impossibilidade. Precedentes.

1. A Corte Suprema já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

2. Assim, pode o Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias desse direito, reputado essencial pela Constituição Federal, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.

3. A Administração não pode justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República sob o fundamento da insuficiência orçamentária.

4. Agravo regimental não provido.⁴⁰⁴

Apesar de o acórdão estar enfatizando o agravo regimental como matéria estritamente processual, já que se levantou a impossibilidade jurídica do pedido, toda a problemática da questão está centrada na possibilidade de o Poder Judiciário determinar que a Administração Pública implemente políticas públicas relativas à recuperação ambiental.

404 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AG.REG. no RE 678.171 – DF. Rel. Min. Dias Toffoli. Extraído do site: www.stf.jus.br, Acesso em: 10 jun. 2014.

Cumpra registrar, no entanto, que a decisão não explicita o como fazer, limitando-se tão somente a fazer com que a Administração Pública garanta o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

E de fato, o limite técnico do Poder Judiciário, é o de reestabelecer as medidas necessárias para garantir a manutenção dos direitos constitucionalmente assegurados, cabendo ao Poder Executivo cumpri-los de forma a implementar as políticas públicas e colocar o “Estado em ação”,⁴⁰⁵ sem adentrar em questões técnicas específicas relativas à execução das políticas públicas. Esse é o propósito da sindicabilidade, corrigir uma omissão administrativa que garante direitos previstos constitucionalmente.

É de se destacar que começam a aparecer mudanças jurisprudenciais, mesmo que timidamente, de concepção por parte do Poder Judiciário, especialmente no Supremo Tribunal Federal, ao entender que a concretização dos direitos ecológico-ambientais e a materialização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito passam, necessariamente, por uma postura colaborativa desse contrapoder.

Deve ser considerada também como óbice à possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas para a preservação e equilíbrio do meio ambiente ecologicamente equilibrado a discricionariedade administrativa, a qual passa a ser analisada.

4.3.4 Da Relativização da Insindicabilidade dos Atos Administrativos Discricionários

É importante destacar que as políticas públicas, tal qual examinadas no capítulo inicial, são comumente

405 HOWLETT; RAMESH, Come studiare le politiche pubbliche, 1995. p. 8.

confundidas com os atos administrativos, até porque esses “atos são concebidos como instrumentos de manifestação do dever-poder dos agentes públicos na implementação de providências administrativas.”⁴⁰⁶

Ainda com relação aos atos administrativos, é de se destacar que se estruturam com base nos elementos dos juízos de conveniência e oportunidade do administrador político, especialmente dos emanados pelo Poder Executivo, motivo pelo qual, salvo raras exceções, a jurisprudência tem entendido a impossibilidade de sindicabilidade dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, estando alheios do controle jurisdicional, portanto.

Deve ser mencionado o clássico entendimento majoritário da impossibilidade do controle judicial dos atos administrativos discricionários tanto por parte da doutrina quanto da jurisprudência, estando ele imunes a tal análise jurisdicional; por sua vez, no caso da espécie dos atos administrativos vinculados, seria objeto passível de controle por parte do Poder Judiciário.⁴⁰⁷

Ainda assim, independentemente da espécie do ato administrativo, se vinculado ou discricionário, vale referir que as características apresentadas por tal instrumento demonstram a concentração de poder tão-somente na pessoa do administrador político, característica que pode ser considerada antidemocrática, ainda mais em se tratando de um paradigma do Estado Democrático de Direito, o qual estabelece que todo poder emana do povo.

A doutrina e, por consequência, a jurisprudência pretendiam revelar que a discricionariedade administrativa

406 CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 22.

407 CADERMATORI, op. cit., p. 23.

está dotada como uma “faculdade”, estruturando-se com os elementos centrais a conveniência e a oportunidade por parte do administrador político, com a finalidade de eleger de acordo com seus critérios as escolhas para determinada situações específicas, caracterizando-se como “poder de agir da Administração nos espaços livres de regulação da lei.”⁴⁰⁸

Do mesmo modo, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que

Discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios remanescentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à finalidade legal, quando, por força da fluidez, das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa, extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.⁴⁰⁹

Dessa forma, para essa corrente majoritária da doutrina e da jurisprudência que ainda entende pela insindicabilidade – ou imunidade - dos atos administrativos discricionários – fundados na conveniência e oportunidade – o administrador teria uma margem de liberdade para agir, escolhendo as opções políticas como bem entender, sem ultrapassar a barreira imposta pela norma legal, motivo pelo qual estaria livre de qualquer controle por parte do Poder Judiciário. Tal concepção equivocada que imuniza os atos administrativos discricionários é decorrente de uma série de fatores que, ao longo do tempo, têm sido apresentados, dentre as quais podem ser referidos os seguintes:

408 BINENBOJM, Gustavo Uma teoria de direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 195.

409 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e controle judicial. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.9.

a) a reprodução acrítica da teoria jurisprudencial francesa promovida pelo *Conseil d'Etat* após a Revolução Francesa, de ideários do paradigma do Estado Liberal, mas que irradia suas conseqüências até os dias atuais;

b) a forte influência racionalista e dogmática exercida pela doutrina administrativa francesa na doutrina e jurisprudência brasileira em matéria de direito administrativo;⁴¹⁰

c) a proibição estabelecida de início pela Constituição de 1934 e, em seguida, pela Constituição de 1937 (Constituição Polaca), transportando-as para as demais constituições subsequentes, de que ao Poder Judiciário estava vedado analisar questões políticas, sob o argumento já apresentado de “violação e harmonia da separação de poderes.”⁴¹¹

Para tanto, a fim de buscar compreender tais questões, será analisada rapidamente cada uma delas em separado, para, ao fim, apresentar algumas posições do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática. Desse modo, para alcançar os objetivos pretendidos se mergulha no contexto histórico-jurídico pós-revolucionário do contencioso administrativo francês, como forma de estabelecer os parâmetros para o controle jurisdicional de tais atos administrativos na modernidade brasileira.

410 Sobre a questão OHLWEILER, Leonel. *Direito Administrativo em perspectiva*. Os termos indeterminados à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. OHLWEILER, Leonel. *A influência das idéias racionalistas para a construção do direito administrativo*. Mimeo. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria de direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

411 SANTOS, Marília Lourildo dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006. p. 83.

Entretanto, com relação aos atos administrativos discricionários houve uma espécie de resguardo por parte do *Conseil d'Etat* após a Revolução Francesa, a fim de preservar algumas práticas administrativas do Antigo Regime, objetivando a manutenção de alguns interesses pretendidos pela burguesia. Dessa forma, ainda que todos os demais poderes estivessem subordinados à lei formal, o Conselho de Estado formulava novos princípios e regras jurídicas com a finalidade de tornar viáveis soluções diversas, das quais resultariam da aplicação mecanicista do direito civil aos casos envolvendo a Administração Pública.⁴¹²

Percebe-se, portanto, que o Conselho de Estado Francês, como órgão responsável pelas decisões acerca da Administração Pública, pautou-se por normas distintas daquelas denominadas de “gerais e abstratas” – que deveriam valer para todos os cidadãos e também para o Estado - com o objetivo de resguardar interesses e privilégios da Administração Pública para a época. Houve, com isso, dentro do próprio *Conseil d'Etat* a construção e desenvolvimento de ampla e intensa jurisprudência administrativa em favor dos interesses estatais, todas excluindo os atos de governo e administração de qualquer reexame.⁴¹³

Dessa maneira, garantiu-se a plena inviolabilidade dos atos administrativos discricionários. Nesse sentido, Gustavo Binjenbojm assinala que, “na melhor tradição absolutista, além de absolutamente administrar, os donos do poder criam o direito que lhes é aplicável e o aplicam às situações litigiosas com caráter de definitividade.”⁴¹⁴

412 BINENBOJM, Uma teoria de direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, 2006. p. 11.

413 BINENBOJM, op.cit., 2006. p. 14.

414 BINENBOJM, op.cit., 2006. p. 15.

Ainda assim, independentemente do tipo do ato administrativo, se vinculado ou discricionário, vale referir que as características apresentadas por tal instrumento demonstram a concentração de poder na pessoa do administrador político, que se utiliza de acordo com a conveniência e oportunidade para demandar as escolhas e opções públicas. Pode ser citado como exemplo a *loi révolutionnaire* de 16 a 24 de agosto de 1790 da *organization judiciaire*, que também influenciou diretamente na construção desse imaginário jurídico de imunização e não sindicabilidade dos atos legislativos ou administrativos, por assegurar:

Título II, Art. 10: Os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução de decisões do poder legislativo (...)

Título II, Art. 12: (Os tribunais judiciários) reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar a nova lei.

Título II, Art. 12: As funções judiciárias são distintas e sempre permanecerão separadas das funções administrativas. Sob pena de perda de seus cargos, os juizes de nenhuma maneira interferirão com a administração pública, nem convocarão os administradores à prestação de contas com respeito ao exercício de suas funções.⁴¹⁵

Mauro Capelletti comentando a referida lei revolucionária conclui que:

Isso significa dizer que tanto os legisladores quanto os administradores públicos estavam isentos de qualquer controle

415 CAPELLETTI, Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional, 2003. p. 137.

por parte de um terceiro órgão, independente, apolítico ou, de alguma forma, menos político.⁴¹⁶

Percebe-se pelo contexto apresentado que os princípios epocais do paradigma do Estado Liberal definem-se bem claros e definidos, fundando-se na proteção dos interesses do Estado, a ponto de se expressar como a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, característica suprema do poder e autoridade da Administração Pública para a época, ao contrário, do paradigma atual do Estado Democrático de Direito, no qual a pluralidade de vontades dos atores sociais deve prevalecer para a concretização dos preceitos constitucionais.

Do mesmo modo, interessante ressaltar que a “discricionariedade, nesse período, não era vista como um poder jurídico, mas como um poder político.”⁴¹⁷

Pode-se concluir que a jurisprudência brasileira a partir do paradigma francês promovido pelo *Conseil d'Etat*, entendeu que tais atos discricionários passaram a não mais de ser analisados no seu mérito – o motivo e o objeto do ato – pelo Poder Judiciário, sob a justificativa de haver margem de liberdade decisória aos administradores públicos com fundamento assegurado pelo instrumento legal.⁴¹⁸

Deve ser considerado também o fato da Constituição de 1934 e, em seguida da Constituição de 1937, e os seguintes paradigmas constitucionais vedarem ao Poder Judiciário analisar questões consideradas políticas ou de governo.⁴¹⁹

416 CAPELLETTI, op.cit., 2003. p. 137.

417 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991. p. 19.

418 BINENBOJM, Uma teoria de direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, 2006, p. 19.

419 CADERMATORI, Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito, 2001. p. 53.

Vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988 silenciou a respeito dos atos políticos ou de governo, na medida em que estabelece como garantia constitucional o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Dessa forma, pelo “silêncio eloqüente” se compreende a possibilidade de análise jurisdicional de tais atos.

Sobre essa temática, de configuração de questões políticas ou não, Marília Lourildo dos Santos esclarece:

Não é possível delimitar de forma precisa as fronteiras dos conceitos, pois em dados momentos as políticas públicas serão tidas como indissociáveis dos atos políticos, embora constitua noção distinta, pois o veículo de sua expressão ou concretização será um ato ou conjunto de atos políticos.⁴²⁰

É plenamente perceptível a dificuldade de classificar tais atos. Dessa forma, tal dificuldade de classificação favoreceu a cultura da imunização dos atos discricionários administrativos, tendo em vista a quantidade de processos para análise do Poder Judiciário, dificultando uma análise mais detalhada, o que, por consequência, constitui-se numa reprodução acrítica das questões envolvendo a Administração Pública.

A cultura jurídica de imunização do ato discricionário também foi agravada por outro fator, qual seja, a mera reprodução da doutrina administrativista brasileira, fundada na impossibilidade do controle do Poder Judiciário para examinar os elementos da conveniência e oportunidade dos atos administrativos discricionários oriundos do Poder Executivo.

420 SANTOS, Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas, 2006, p. 83. APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá . 2007. p. 106.

É importante assinalar que a jurisprudência ainda hoje, mesmo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou o Estado como Democrático de Direito, tem decidido pela imunização do mérito administrativo, em grande parte enraizada nessas teorias liberais, haja vista seu eventual caráter político, salvo algumas exceções recentemente ventiladas pelo Supremo Tribunal Federal⁴²¹ e também pelo Superior Tribunal de Justiça, corte cujas decisões têm sido mais frequentes no que se refere à possibilidade de sindicabilidade do atos discricionários.

Por oportuno, é importante apresentar caso paradigmático no qual se aborda especificamente a questão envolvendo a imunidade do ato administrativo discricionário e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja relatora ministra Eliana Calmon, proferiu a seguinte decisão:

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.

421 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 365.368-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22-5-07, DJ de 29-6-07; RE 365.368-AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski julgamento em 22-5-07, DJ de 29-6-07. Extraídos do site: www.stf.gov.br Acesso em: 18 nov. 2012.

5. Recurso especial provido.⁴²²

Percebe-se que tal ementa deixa clara a possibilidade de sindicabilidade dos atos administrativos discricionários ao afirmar que “o Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração”, podendo, inclusive, analisar as razões de conveniência e oportunidade do ato, se respeitados os “critérios de moralidade e razoabilidade.”⁴²³

Destaque-se que no voto em análise a relatora ministra Eliana Calmon levanta a seguinte problemática:

Pode o Judiciário, diante de omissão do Poder Executivo, interferir nos critérios da conveniência e oportunidade da Administração para dispor sobre a prioridade da realização de obra pública voltada para a reparação do meio ambiente, no assim chamado mérito administrativo, impondo-lhe a imediata obrigação de fazer? Em caso negativo, estaria deixando de dar cumprimento à determinação imposta pelo art. 3º, da lei de ação civil pública?⁴²⁴

A partir de então, a rel. ministra Eliana Calmon procura argumentar seu voto no sentido de demonstrar a possibilidade de o Poder Judiciário intervir na escolha de tal ato administrativo discricionário como forma de garantir a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

422 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 429-570 – GO (2002/0046110-8) Rel. Min. Eliana Calmon. Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em: 8 jan. 2013.

423 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 429-570 – GO (2002/0046110-8) Rel. Min. Eliana Calmon. Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em: 8 jan. 2013.

424 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 429-570 – GO (2002/0046110-8) Rel. Min. Eliana Calmon, voto, fl.04 . Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em: 8 de jan. 2013.

Dessa forma, manifesta expressamente sua perspectiva sobre a questão ao referir que, na “ótica sob a qual se deve analisar a questão não é puramente a da natureza do ato administrativo, mas a da responsabilidade civil do Estado, por ato ou omissão, dos quais decorram danos ao meio ambiente.”⁴²⁵

Tal argumentação evidencia a adoção da tese substancialista, na qual o Poder Judiciário, situado no paradigma do Estado Democrático de Direito, equipara-se aos demais poderes (Legislativo e Executivo), exercendo sua atribuição de “contrapoder”, partindo da premissa de que é parte da estrutura constitucionalmente organizada para implementar os direitos e deveres plasmados constitucionalmente. Para tanto, a fim de justificar sua decisão, recupera o papel histórico desempenhado pelo Poder Legislativo, o qual considera como um “superpoder” pela produção estrita e ilimitada da lei, e pelo Poder Executivo, na conformação da escolhas administrativas para a realização do *facere* ou *non facere*, chamado de “mérito administrativo”.

Denota a mudança na concepção de tais teorias administrativas para reforçar a maior atribuição desempenhada pelo Poder Judiciário para “imiscuir-se no âmago do ato administrativo, a fim de, mesmo nesse íntimo campo, exercer o juízo de legalidade, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento.”⁴²⁶ No desenvolvimento do seu voto, ainda refere:

425 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 429-570 – GO (2002/0046110-8) Rel. Min. Eliana Calmon, voto, fl.04 . Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em: 8 de jan. 2013.

426 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 429-570 – GO (2002/0046110-8) Rel. Min. Eliana Calmon, voto, fl.04 . Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em: 8 de jan. 2013.

Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle. E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública.⁴²⁷

Estabelece, dessa forma, a clara possibilidade de correção de eventuais desvios e omissões administrativas por parte do Poder Judiciário, justificando a tendência cada vez maior de restringir o caráter de “liberdade total” do administrador nas decisões administrativas quando essas não se conformarem com os “deveres constitucionais” do poder público de preservar e conservar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações. Com essa posição, assegura que os princípios constitucionais são os balizadores que devem orientar qualquer ato administrativo, seja discricionário, seja vinculado, por parte da Administração Pública.

Em seguida, caracteriza o dano ambiental causado pela omissão administrativa, bem como a importância da correção judicial “na escolha administrativa”, a fim de recuperar a área degradada, argumentando:

Na espécie em julgamento, tem-se, comprovado, um dano objetivo causado ao meio ambiente, cabendo ao Poder Público, dentro da sua esfera de competência e atribuição, providenciar a correção. Ao assumir o encargo de gerir o patrimônio público, também assumiu o dever de providenciar a recomposição do meio ambiente, cuja degradação, provocada pela erosão e o

427 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 429-570 – GO (2002/0046110-8) Rel. Min. Eliana Calmon, voto, fl.04 . Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em: 8 de jan. 2013.

descaso, haja vista a utilização das crateras como depósito de lixo, está provocando riscos de desabamento e assoreamento de córregos, prejudicando as áreas de mananciais.⁴²⁸

Por fim, “dá provimento ao Recurso Especial para ordenar que a Administração providencie imediatamente as obras necessárias à recomposição do meio ambiente.”

Deve ser ressaltado que o min. Peçanha Martins discordou do voto da relatora, aplicando o clássico entendimento utilizado nos tribunais, já apresentado no presente trabalho de pesquisa, no qual aplica a impossibilidade de controle de tais atos discricionários pelo Poder Judiciário para negar seguimento ao recurso especial, justificando da seguinte forma sua contrariedade:

Sr. Presidente, continuo ainda fiel às lições antigas de Miguel Seabra Fagundes, no melhor livro que já se escreveu sobre o controle dos atos administrativos. Ao Poder Judiciário não cabe julgar a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos.

Entendo que o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e na oportunidade dos atos do Poder Executivo, da mesma forma como defendo a integridade do exercício do poder pelo Judiciário e pelo Legislativo.⁴²⁹

Essa posição ainda é predominante no Superior Tribunal de Justiça quando o tema se refere à possibilidade

428 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 429-570 – GO (2002/0046110-8) Rel. Min. Eliana Calmon, voto, fl.04 . Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em: 8 jan. 2013.

429 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 429-570 – GO (2002/0046110-8) Rel. Min. Eliana Calmon, voto, fl.06-07 . Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em: 8 jan. 2013.

de controle judicial dos atos administrativos discricionários por parte do Poder Judiciário.^{430 431}

430 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 169876/SP, Rel. Min. José Delgado, DJU 21.09.1998. “Administrativo. Processo civil. Ação civil pública. 1.O Ministério Público está legitimado para interpor ação civil pública defender interesses coletivos; 2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infraestrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais etc.). o Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. 4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não tem força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade, e, em algumas situações do controle de mérito. 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e de programas de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar, as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente. 7. recurso provido.” Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em: 8 jan. 2013.

431 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg 138901/GO, Rel. Min. José Delgado, unanimidade, DJU 15 setembro de 1997. “Processual civil. Agravo regimental. Recurso Especial. ação civil pública. Ministério Público. Carência de ação. Município. Obra para proteção do meio ambiente. 1.Não se empresta seguimento a recurso especial intentado para reformar acórdão que elegeu matéria constitucional como informe básico para a conclusão assentada. 2.Em tese, pode a administração pública figurar no pólo passivo da ação civil pública e até ser condenada ao cumprimento da obrigação de fazer ou deixar de fazer. 3.O art. 3º, da Lei 7357/85, há ser aplicado contra a Administração Pública, há de ser interpretado como vinculado aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, especialmente o que outorga ao Poder Executivo “o gozo de total liberdade e discricionariedade para eleger as obras prioritárias a serem realizadas, ditando a oportunidade e conveniência

Evidencia-se, portanto, diante das clássicas decisões já apresentadas no decorrer do trabalho, a evolução progressiva enfrentada pelo voto em questão ao abrir “novos horizontes” jurisdicionais sobre a matéria de controle do ato administrativo discricionário, possibilitando, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez violado, possa ser efetivamente recuperado tal qual assegura o comando constitucional.

Cabe notar também no voto em questão a ausência do recurso de argumentação por meio de colação de jurisprudências paradigmáticas sobre a matéria tão utilizada pelos tribunais para motivar suas decisões.

Percebe-se, dessa forma, a importância do voto proferido pela min. Eliana Calmon⁴³² no ordenamento

desta ou daquela obra, não sendo dado ao Poder Judiciário obrigá-lo a dar prioridade a determinada tarefa do poder público (trecho do acórdão). 4. Matéria constitucional sublimada, essencialmente, no aresto que não cabe ser examinado em sede de recurso especial. 5. Agravo regimental improvido.” Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em: 8 jan. 2013.

432 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 28.222/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, no qual o Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública a fim de condenar o Município de Itapeninga por responsabilidade solidária, já que havia se omitido a fiscalizar a emissão de efluentes (poluição das águas) no Ribeirão do Carrito ou Taboãozinho. A ementa restou apresentada da seguinte forma “DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ARTIGOS 23, INCISO VI E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE. DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO. OMISSÃO NO

jurídico em prol da efetivação dos preceitos constitucional-ambientais, primeiro porque procura (des)construir, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, corte superior de legislação infraconstitucional do país, a cultura liberal da impossibilidade do Poder Judiciário de controlar o mérito administrativo do ato administrativo discricionário, considerado ainda hoje como imune à análise judicial; segundo porque corrige uma decisão administrativa equivocada pela Administração Pública que estava causando prejuízos ao equilíbrio do meio ambiente e à sadia qualidade de vida das pessoas que se encontravam no seu entorno; em terceiro, que pode ser considerada a mais importante, foi a determinação judicial à própria Administração Pública Municipal a implementar das obras necessárias à recomposição do meio ambiente.

Tal determinação judicial está carregada de significados e motivações por ultrapassar a “normalidade jurisprudencial”, que se constitui em anular ou corrigir o ato

DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. I - O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou "convênio" para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Cairito, ou Ribeirão Taboãozinho. II - Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei n. ° 8.987 de 13.02.95), mas objetiva e. portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art 14, § 1o da Lei n. ° 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação.” Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em: 8 jan. 2013.

administrativo discricionário realizado pelo administrador público para muito além, com vistas a condená-lo a implementar “medidas ativas” ou “ações prestacionais” a fim de recuperar o meio ambiente danificado em razão da própria omissão do poder público municipal.

Percebe-se pelo voto que o Poder Judiciário determina à Administração Pública Municipal cumprir o mandamento previsto na Constituição Federal para preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e os ecossistemas como uma garantia ao direito fundamental e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado de uso comum do povo e da coletividade.

Do mesmo modo, é de se ressaltar a postura colaborativa do Poder Judiciário, especificamente do Superior Tribunal de Justiça, ao prescrever tais ações, pois repara a violação ao direito assegurado constitucionalmente, estabelecendo, ainda, a garantia de ser recuperado materialmente com medidas promocionais protetivas, via políticas públicas ecoambientais.

Frise-se, portanto, tratar de omissão administrativa, razão pela qual a judicialização da questão deve ser manejada com a devida cautela e em situações excepcionais, medida que justificaria a intervenção judicial de modo a preservar o direito ecológico-ambiental à sadia qualidade de vida.

Pode-se, por fim, apresentar decisão do Superior Tribunal de Justiça no que se refere à matéria de sindicabilidade dos atos discricionários, a qual permitiu ao Poder Judiciário conferir à Comunidade Indígena Kaingang o deferimento do pedido de demarcação de terras indígenas.⁴³³ Vale referir que a Associação de Moradores Morro do Osso de Porto Alegre ajuizou ação ordinária com

433 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 879188 – RS (2006/0186323-6) Rel. Min. Humberto Martins. Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em: 10 jan. 2013.

o fim de obrigar a União e a Fundação Nacional do Índio – (Funai) a proceder à demarcação das terras indígenas.

Em sede de contestação, a Fundação Nacional do Índio, argumentou que a demarcação de terras indígenas é ato exclusivo da Administração Pública, submetido a considerações de conveniência e oportunidade, motivo pelo qual seria impossível a intervenção do Poder Judiciário no mérito da questão, sob pena de violação do princípio da separação entre os poderes. Alegou também se tratar de impossibilidade jurídica do pedido, porque a intervenção judicial para ordenar a demarcação e homologação do território indígena invadiria a esfera de discricionariedade da Administração Pública, não cabendo ao Poder Judiciário definir a prioridade e estabelecer políticas públicas.

Mantida a decisão pelo Tribunal Regional da 4ª Região, a Funai recorreu ao Superior Tribunal de Justiça.

Deve ser ressaltado que a questão da demarcação de terras se refere, a princípio, a ato administrativo de caráter discricionário, o qual compete privativamente à Administração Pública, dentro da sua margem de liberdade conferida pela lei para escolher ou não a feitura do ato administrativo naquela determinada situação.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão, para julgar improvido o recurso especial interposto pela Funai, que objetivava reverter a situação alegando, em síntese, haver impossibilidade jurídica do pedido por se tratar de ato administrativo discricionário que compete privativamente à Administração Pública.

A ementa da decisão está assentada da seguinte forma:

Direito administrativo e processual civil – demarcação de terras indígenas – ausência de violação do art. 535 do cpc – ato administrativo discricionário – teoria da asserção – necessidade de análise do caso concreto para aferir o grau de

discricionariedade conferido ao administrador público – possibilidade jurídica do pedido.

1. Não viola o artigo 535 do CPC quando o julgador decide de modo claro e objetivo na medida da pretensão deduzida, contudo de forma contrária à pretensão do recorrente.

2. Nos termos da teoria da asserção, o momento de verificação das condições da ação se dá no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento.

3. Para que se reconheça a impossibilidade jurídica do pedido, é preciso que o julgador, no primeiro olhar, perceba que o petitum jamais poderá ser atendido, independentemente do fato e das circunstâncias do caso concreto.

4. A discricionariedade administrativa é um dever posto ao administrador para que, na multiplicidade das situações fáticas, seja encontrada, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal.

5. O grau de liberdade inicialmente conferido em abstrato pela norma pode afunilar-se diante do caso concreto, ou até mesmo desaparecer, de modo que o ato administrativo, que inicialmente demandaria um juízo discricionário, pode se reverter em ato cuja atuação do administrador esteja vinculada. Neste caso, a interferência do Poder Judiciário não resultará em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, mas restauração da ordem jurídica.

6. Para se chegar ao mérito do ato administrativo, não basta a análise in abstrato da norma jurídica, é preciso o confronto desta com as situações fáticas para se aferir se a prática do ato enseja dúvida sobre qual a melhor decisão possível. É na dúvida que compete ao administrador, e somente a ele, escolher a melhor forma de agir.

7. Em face da teoria da asserção no exame das condições da ação e da necessidade de dilação probatória para a análise dos fatos que circundam o caso concreto, a ação que visa a um controle de atividade discricionária da administração pública não contém pedido juridicamente impossível.

8. A influência que uma decisão liminar concedida em processo conexo pode gerar no caso dos autos pode recair sobre o julgamento do mérito da causa, mas em nada modifica a presença das condições da ação quando do oferecimento da petição inicial.

Recurso especial improvido.⁴³⁴

Apesar de o acórdão estar enfatizando a teoria da asserção como matéria estritamente processual, já que se levantou a impossibilidade jurídica do pedido, toda a problemática da questão está centrada na possibilidade de o Poder Judiciário controlar ou não o ato administrativo discricionário. Assim, é interessante apresentar alguns trechos do acórdão, cuja posição do rel. min. Humberto Martins esclarece qualquer eventual dúvida sobre a matéria. Segundo o relator do processo, o primeiro passo para delimitar a área seria recorrer à doutrina tradicional, subdividindo os atos administrativos em diferentes elementos.

Destaque-se que o relator justifica a questão, para quem “tradicionalmente, se solidificou o entendimento de que é nesses casos onde o administrador se vale da discricionariedade conferida pela lei, que reside o ‘mérito’ do ato administrativo, fruto de um juízo de conveniência e oportunidade, e impassível de controle judicial.”⁴³⁵ Da mesma forma, desconstrói o paradigma da insindicabilidade do ato administrativo discricionário, utilizando-se da seguinte argumentação para não afastar esse ato do controle jurisdicional:

Isto porque, muitas vezes, apesar da lei conferir in abstracto discricionariedade ao administrador para a prática de um ato, diante do caso concreto, este grau de liberdade pode afunilar-

434 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 879188 – RS (2006/0186323-6) Rel. Min. Humberto Martins. Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em: 10 jan. 2013.

435 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 879188 – RS (2006/0186323-6) Rel. Min. Humberto Martins, voto, p. 13. Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em: 10 jan. 2013.

se ou até sumir e o Judiciário não deve retrain de sua incumbência de apreciar a validade de tais atos, apenas porque se originaram eles de uma competência discricionária.

Explica-se. É próprio do Estado Democrático de Direito a sua total submissão aos parâmetros da legalidade, de modo que, a atividade estatal, principalmente a administrativa, nada mais é do que o cumprimento da vontade geral fixada pela lei.

A lei determina uma série de finalidades a serem alcançadas pela atividade administrativa do estado, de modo que a busca pelas finalidades se impõe para a Administração Pública com um caráter de dever, ou melhor, de função em sentido jurídico.

Desse modo, a discricionariedade administrativa é, antes de mais nada, um dever posto à Administração Pública para que no caso concreto, esta encontre, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atende a finalidade legal.

E prossegue atentando:

Ao omitir a situação de fato à qual deverá incidir, como também, ao conferir alternativas de conduta à Administração Pública, a lei apenas reconhece a sua impossibilidade de auferir antecipadamente qual o comportamento que melhor atenderia ao interesse público, razão pela qual, outorga ao administrador, que é quem se defronta com o caso concreto, a discricionariedade para que ele mesmo possa atinar com a providencia necessária a satisfazer ao intuito legal.

Se a lei atribui discricionariedade ao administrador é para que se melhor satisfaça a finalidade legal. Entender de forma contrária seria ilógico num Estado Democrático de Direito, de sorte que, se diante do caso concreto, apenas uma solução se mostrar como ótima à satisfação do interesse público, esta deverá ser obrigatoriamente tomada pela Administração, mesmo que originariamente a competência para a prática do ato seja discricionária.

Quase se encaminhando para o encerramento da argumentação sobre o tema, justifica o relator que o “grau de liberdade inicialmente conferido em abstrato pela norma pode afunilar-se diante do caso concreto, ou até mesmo desaparecer, e o ato administrativo que não for o que melhor

atenda ao interesse público, deve ser abalizado pelo Poder Judiciário.⁴³⁶

Por fim, fecha a questão da análise judicial sobre o ato administrativo:

Em razão dos fundamentos que acabei de expor, chego à conclusão de que o mérito do ato administrativo não se revela da simples e isolada análise da norma in abstracto, mas sim do confronto desta com os fatos surgidos no caso concreto, cuja peculiaridade pode reduzir, ou até eliminar, a liberdade que o administrador público tem para executar a conduta ótima pretendida pela lei.

Sendo assim, a possibilidade ou não, do pedido contido na ação que visa à demarcação de terras indígenas será conclusão a que o julgador chegará após a análise das circunstâncias que envolvem o caso concreto, não se podendo afirmar de pronto que o ordenamento jurídico veda tal possibilidade apenas por se tratar de ato que, em abstracto, possui características discricionárias.⁴³⁷

Trata-se de uma decisão de extrema vanguarda sobre a questão da sindicabilidade dos atos administrativos discricionários, já que supera a tendência jurisprudencial atual em matéria de controle jurisdicional, que entendia pela impossibilidade de o Poder Judiciário adentrar na análise do mérito administrativo, por se compreender que tal mister competiria à Administração Pública, e que sua interferência causaria, por consequência, violação à harmonia e à separação entre os poderes, previstas constitucionalmente.

436 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 879188 – RS (2006/0186323-6) Rel. Min. Humberto Martins, voto, p. 14. Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em: 10 jan. 2013.

437 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 879188 – RS (2006/0186323-6) Rel. Min. Humberto Martins, voto, p. 16. Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em: 10 jun. 2009.

Do mesmo modo, é importante ressaltar que a decisão ora apresentada demonstra uma preocupação por parte do Poder Judiciário em corrigir os atos administrativos, sejam discricionários, sejam vinculados, da Administração Pública, de forma a respeitar aos preceitos constitucionais. Essa linha adotada pelo min. Humberto Martins pode perfeitamente ser caracterizada com a corrente substancialista, a qual o Poder Judiciário situado no paradigma do Estado Democrático de Direito se equipara aos demais poderes (Legislativo e Executivo), exercendo sua atribuição de “contrapoder”, partindo da premissa de que o Poder Judiciário é parte da estrutura constitucionalmente organizada, para implementar os direitos e deveres plasmados constitucionalmente.

Assim, tal decisão vem ao encontro à atuação que se espera do Poder Judiciário ao assumir uma função política diante da crise de representatividade e legitimidade enfrentada pelo Legislativo, de modo a ampliar sua esfera de controle diante dos atos da Administração Pública, com o fim de fazer respeitar o direito ecológico-ambiental, mas, especialmente, de colaborar com a consagração do Estado Democrático de Direito.

Percebe-se, por conseguinte, que o Poder Judiciário tem, gradativamente, demonstrado a legitimidade democrática que lhe foi atribuída pela Constituição, como verdadeiro Poder de Estado autônomo, caracterizado por uma função político-jurídica transformadora, tal qual é exigido no paradigma de Estado Democrático de Direito, a fim de equilibrar e corrigir eventuais instabilidades por parte dos poderes Legislativo e Executivo, salvaguardando os princípios democráticos e os direitos fundamentais.

É de se frisar que o controle exercido pelo Poder Judiciário na sindicabilidade dos atos administrativos discricionários também se caracteriza com a natureza política nas decisões judiciais, na medida em que se manifesta como um importante mecanismo garantidor do respeito aos

direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, servindo de contrapeso aos outros poderes para a proteção das minorias.⁴³⁸

É importante destacar que, nessa perspectiva, a responsabilidade pela preservação e conservação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma tarefa de todos os poderes públicos, seja o Executivo, seja o Legislativo e especialmente do Poder Judiciário, que foi incumbido constitucionalmente de guardar a inviolabilidade dos direitos fundamentais. Do mesmo modo, vale ressaltar que tal incumbência por parte do Poder Judiciário pressupõe um entrelaçamento constante de diálogo e cooperação entre o jurídico e o político, tal como proposto inicialmente no presente trabalho.

Assim, o Poder Judiciário não pode mais ser aquele poder neutro e vinculado a outro Poder de Estado, oriundo do paradigma do Estado Liberal, a desempenhar um papel meramente burocrático, formal e administrativista, mas deve ter uma postura garantista com vistas a resguardar os direitos ecológico-ambientais.

Esse é o papel que se espera não apenas do Poder Judiciário, mas do Executivo e Legislativo para a preservação e conservação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida da população.

438 TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. Extraído do site www.scielo.br, Acesso em: 1 dez. 2013.

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trota, 2002.

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O meio ambiente como objeto de direito no Mercosul. **Revista de Informação Legislativa**, a. 37, n. 148, p. 265-274. out./dez. 2000.

ALEXANDRE, Agripa Faria. O papel dos atores sociais do ambientalismo na reorganização das políticas públicas do Estado brasileiro. Um estudo de caso a partir da análise sobre as diretrizes políticas de investimentos financeiros do Fundo Nacional de Meio Ambiente (1990-2001). *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 5. n. 1, p. 161-183, jan./jun. 2005.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1997.

ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu a política e a história**. Lisboa: Editorial Presença, 1972.

AMORTH, Antonio. *Il mérito dell'atto amministrativo*. Milano: Dott. A. Giuffrè. 1939.

ANNONI, Danielle. Direitos humanos e meio ambiente: contribuições para a humanização do direito internacional contemporâneo. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Os rumos do direito internacional dos direitos humanos**. Ensaios em homenagem ao professor Antonio Augusto Cançado Trindade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. v. IV.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá . 2007.

ARAÚJO, Claudia Campos et al.. Sistema tributário e meio ambiente. In: BENJAMIN, Antônio Hermam (Org.). **Fauna, políticas públicas e instrumentos legais**. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2004.

ARZABE. Patrícia Helena Massa. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2000.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Do direito ambiental – reflexões sobre seu sentido e aplicação. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). **Direito ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 279-295.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. Saraiva: São Paulo, 2007. p.57-130.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, a. 36, n. 142, p. 35-51, abr/jun. 1999.

_____. Constituição e política: uma relação difícil. **Revista de cultura e política**: . *Lua Nova*, n.61, p. 5-24, 2004.

_____. **Desigualdades regionais, Estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 143-161.

BOBBIO, Luigi. **Debatendo Políticas Públicas**. Porto Alegre: Editora Fi. 2014.

_____. *La democrazia non abita a Gordio*. **Studio sui processi decisionali politico-amministrativi**. Milano: Franco Angeli. 2003.

BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, sociedade. **Para uma teoria geral da política**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa.** Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria de direito administrativo.** Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BORGES, André. Ética burocrática, mercado e ideologia administrativa: contradições da resposta conservadora “à crise de caráter do Estado. *Dados* _ **Revista de Ciências Sociais.** 2000. Disponível em:<www.redalyc.com>. Acesso em: 22 mar. 2008.

BRANCO, Samuel Murgel. Conflitos conceituais nos estudos sobre meio ambiente. **Estudos Avançados.** São Paulo, v. 9, n. 23, p.217-233,1995.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reformas do Estado para a cidadania.** A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP, 1998.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito.** Curitiba: Juruá, 2001.

CALLEJON, Maria Luisa Balanguer. *La interpretación de la constitucion por la jurisdicción ordinaria*. Madrid: Editorial Civitas, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. FARIA, José Eduardo (Org.). In: **Direitos Humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 30-50.

_____. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. v. II

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

_____. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. *Revista Forense*, São Paulo, n. 366, p. 127-150, mar./abr. 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Estado adjetivado e teoria da constituição. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, v.3, p. 453-474, 2003.

_____. **Constituição dirigente e vinculação ao legislador**. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAVALCANTI, Clóvis. Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas. In: **Política de governo para o desenvolvimento sustentável: uma introdução ao tema e a esta obra coletiva**. São Paulo: Cortez, 1999.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 17-42.

CYMBALISTA, Renato. Política urbana e regulação urbanística no Brasil – conquistas e desafios de um modelo em construção. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 279-300.

CLEVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos sociais fundamentais. **Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

_____. Mérlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Rogério Viola. A função de julgar os mitos do direito. **Justiça e Democracia** _ Cadernos de debates da Coordenação Nacional dos Trabalhadores da Justiça, a. 01, n. 1, p. 33-39, 2002.

COMPARATO. Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. **Revista de**

Informação Legislativa, a. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

CUNHA JUNIOR, Dirlei da Cunha. **Controle judicial das omissões do poder público**. Em busca da dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

DAHRENDORF, Ralf. **O conflito social moderno**. Um ensaio sobre a liberdade política. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; São Paulo: Edusp, 1992.

DAILLIER, Patrick. et al. **Direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 24. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DAGNINO, Renato. **Metodologia de análise de políticas públicas**. GAPI. Unicamp. 2002. Disponível em:<http://www.nepp.br>, com Acesso em: 12 ago. 2007.

D'AVILA FILHO, P. M; JORGE V. L; COELHO A. F. Acesso ao poder: clientelismo e democracia participativa desconstruindo uma dicotomia. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 4. n. 2, p.211-233, jul./dez. 2004.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad. 2001.

_____. Política pública e a norma jurídica. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões**

sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 131-142.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.

_____. Políticas públicas e questão ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 31, p.117-135, jul./set. 2003.

DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael M. **O Supremo Tribunal Federal e o processo como estratégia de poder: uma pauta de análise**. Disponível em:
<http://www.jfrj.gov.br/Rev_SJRJ/num19/artigos/artigo_6.pdf>. Acesso em: 29 out. 2008.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias do welfare state. *Lua Nova* - **Revista de cultura e política**, n.24, p. 85-116, set. 1991.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do Estado

Socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, Suzana Aguilar. Conflictividad medioambiental: actores enfrentados en torno a decisiones relacionadas con el medio ambiente. **Observatorio Medioambiental**, Madrid, ano 6, p. 25-33, 2003.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio de decadência? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, v. 9, p. 40-48, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA, Ximena Cardozo. A possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, n. 47, p. 152-174, jul./set. 2012.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, n. 21, p. 211-254, jun 2000.

FUKS, Mario. **Arenas de ação e debates públicos: conflitos ambientais e a emergência do meio ambiente enquanto problema social no Rio de Janeiro**. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 41. n. 1, 1998, p. 3. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52581998000100003&script=sci_arttext Acesso em: 19 set. 2013.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Petrópolis: Vozes, 2003.

GASTALDI, Suzana. **A implantação de políticas públicas como objeto juridicamente possível da ação civil pública.** Disponível em:<http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=124>. Acesso em: 12 dez. 2008.

GONÇALVES, Alcindo. Políticas Públicas e Ciência Política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2000. p.75-96.

GONÇALVES, Carlos Walter Porto. **Os (des)caminhos do meio ambiente.** São Paulo: Contexto, 1993.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Atividade econômica e regulação. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional,** São Paulo, v.3, p.443-451, 2003.

_____. **Planejamento econômico e regra jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

GRILLO, Vera de Araújo. A teoria da separação dos poderes e a hegemonia do Poder Executivo. In: ROCHA, Leonel Severo da (Org.). **Teoria do direito e do Estado.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p.113–120.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica.** São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

GUERRERO, Omar. Políticas públicas: interrogantes. *Revista de Administración Pública*, n. 84, p. 25-81, ener./jun. 1993.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1981.

HAM, Christopher; HILL, Michael. *Introduzione all'analisi delle politiche pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 1995.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

HÖFLING, Eloísa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. **Cadernos Cedex**, São Paulo, ano XXI, n. 55, p. 30-41, nov. 2001.

HOWLETT, Michel; RAMESH, M. *Come studiare le politiche pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 1995.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. **Discrecionabilidade administrativa e proteção ambiental**. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Realização dos direitos sociais fundamentais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, a. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.

WALDMAN, Maurício. **Ecologia e lutas sociais no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1994.

WARAT, Luis Alberto. Os métodos de interpretação da lei como recurso ideológico e político. In: _____. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

_____. **Introdução geral ao direito**. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

_____. *Por quien cantan las sirenas*. Joaçaba:Unoesc/CPGD-UFSC, 1996.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

_____. Os três tipos de puros de dominação legítima. In: COHN, Gabrie (Org.). **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1986. v. 13, p.128-141.

LAFER, Celso. **O significado da república**. São Paulo: Siciliano, 1991. (Ensaio liberais).

LAHERA, P. Eugenio. **Política e políticas públicas**. Santiago-Chile: Cepal-Naciones Unidas, 2004. (Série Políticas sociales).

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. *Revista de Informação Legislativa*, a. 37, n. 145, p. 101-111, jan/mar. 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito. FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 113-138.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Rio + 10/Estocolmo + 30. In: **SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, III**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2002, p. 31-37, (Série de Cadernos do CEJ 21).

MACIEL, Débora Alves; KOERNER Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova _ Revista de Cultura e Política*, n.57, 113-133, 2002.

MACNEILL, Jim et al. **Para além da interdependência**. A relação entre a economia mundial e a ecologia da terra. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÊ, Édís. **Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.753-798.

MARTIN, Juan. **Funciones básicas de la planificación económica e social**. Santiago del Chile: Cepal. 2005.

MASCAREÑO, Carlos. **Las políticas públicas ante las realidades emergentes. Notas para la discusión**. CDC, enero 2003, v. 20, n. 52. p. 7-38. Disponível em:

http://www.scielo.org.br/scielo.php?pid=S101225082003000100003&script=sci_arttext . Acesso em: 23 fev. 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. Doutrina – prática – jurisprudência – glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Proteção do meio ambiente: a omissão do poder público e o papel do Judiciário no controle da administração pública. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 30, p.35-44, abr./jun. 2003.

_____. O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 15, p. 61-80, jul./set. 1999.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental**. Proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, o Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES FILHO, José Filomeno de. Separação de poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e práxis política. In: In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Gilberto Bercovici; José Filomeno de Moraes Filho; Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. (Org.). **Teoria da Constituição**. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 151-197.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____ et al. A jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito. In: ROCHA, Leonel Severo da; STRECK, Lênio Luis (Org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. Mestrado e Doutorado. Centro de Ciências Jurídicas. São Leopoldo: Unisinos. 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, organização política e constituição: as relações de poder em evolução e seu controle. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito e poder**. Nas instituições e valores do público e do privado contemporâneo. Estudos em homenagem a Nelson Saldanha. Barueri: Manole, 2006.

NALINI, José Renato. **Constituição e Estado democrático**. São Paulo: FTD, 1997.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Almedina, 2006.

OFFE, Claus. A democracia partidária competitiva e o welfare state keynesiano: fatores de estabilidade e desorganização. OFFE, Claus **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OHLWEILER, Leonel. **Introdução à filosofia de Martin Heidegger: em busca do pensamento originário**. mimeo.

_____. **A construção e implementação de políticas públicas: desafios do direito administrativo moderno.** Mimeo.

_____. **Dos motivos à motivação dos atos administrativos como dever de ponderação:** uma análise a partir da viragem hermenêutica, mimeo.

_____. Ontologização do direito administrativo: o exemplo da Dignidade da Pessoa Humana como elemento hermenêutico. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n.5, p. 145-174, 2007.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.** São Paulo: Edições Loyola, 1996.

OST, François. **A natureza à margem da lei.** Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PASSOS, Lídia Helena Ferreira da Costa. Discricionariedade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações civis públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública** - 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 452-483.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 164-192.

PERUZZO, Sônia Maria Krohling. **Comunicação nos movimentos populares, a participação na construção da cidadania**. 2. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

PIÇARRA, Nuno. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional** – um contributo o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

REGONINI, Gloria. **Capire Le politiche pubbliche**. Bologna: Il Mulino, 2001.

RUIZ, Urbano. A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a administração a desenvolver políticas públicas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, n. 36, 1992.

SACHS, Ignacy. Desenvolvimento incluyente, sustentável sustentado. In: SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento e ética** – para onde ir na América Latina? Estratégias de desenvolvimento nacional na era da globalização. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

SANTOS, Hermílio. Políticas públicas, estado e sociedade. *Civitas* – **Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 5-9, jan./jun. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do estado intervencionista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHERER-WARREN, Ilse. ONGs na America Latina: trajetória e perfil. VIOLA, Eduardo ET al (org). **Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania**. São Paulo/Florianópolis: Editora Cortez/Editora da UFSC, 1995, p. 161-180.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996.

SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Alessandra Obara Soares da. Inexistência ou Ineficiência das políticas públicas e controle judicial. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/viewPDFInterstitial/730/512>> .

Acesso em: 19 nov. 2008.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações** – investigação sobre a natureza e suas causas. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SOARES, Guido Fernando Silva. A interdependência dos Estados no campo da proteção internacional ao meio ambiente. In: OLIVEIRA, Odete Maria de, e JUNIOR,

Arno Dal Ri (Orgs). **Relações internacionais.** Interdependência e sociedade global. Ijuí: Editora Unijuí, 2003. p. 599- 627.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p.20-45, jul./dez. 2006.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental.** As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m) crise.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica.** Uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lênio; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUBIRATS, Joan. *Notas acerca del Estado, la administración y las políticas públicas.* **Revista de Estudios Políticos**, n.59, enero/mar. 1988.

VIANA, Luiz Werneck; BURGOS Marcelo Baumann. Entre princípios e regras: cinco estudos de casos de Ação Civil Pública. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 777–843, 2005.

VIOLA, Eduardo J. *O movimento ecológico no Brasil (1974-1986): do ambientalismo à ecopolítica.* Disponível em:<<http://168.96.200.17/ar/libre/lasa98/Viola.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2006.

_____ et al. (Org.). **Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania**. São Paulo: Cortez; Florianópolis: Editora da UFSC, 1995. p.161-180.

VRIES, Michel S. de. Desenvolvimentos na Europa: a idéia das gerações de políticas públicas. **Revista de Administração**, São Paulo, v.34, n.1, p.29-52, 1999.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da regulamentação de políticas públicas. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 3, p. 187-194, 2003.

TAYLOR, Matthew M. **O Judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Disponível em:<www.scielo.br>. Acesso em: 1 dez. 2013.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004.

TRINDADE, Sérgio. Agenda 21: Estratégias de desenvolvimento sustentável apoiada em processos de decisão participativa. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.). **Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas**. São Paulo: Cortez, 1997.