

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por base a análise da viabilidade do controle jurisdicional das políticas públicas, seja na hipótese de inadequação, de retardamento e/ou de insuficiência da execução de políticas públicas. Isso porque, a despeito de se admitir essa ingerência, não se pode olvidar a existência de certos limites para sua realização, os quais merecem total atenção, a fim de que essa intervenção não se pratique de forma indiscriminada, eis que – caso contrário – transformar-se-ia em arbitrariedade.

Consoante se pretende evidenciar ao longo do estudo, ao Poder Judiciário passou a ser atribuída uma margem de atuação mais ampla, a fim de que se tornasse possível a fiscalização e a garantia do fiel cumprimento dos direitos fundamentais. Nesse sentido, considerar-se-á que a atuação judicial se torna medida de rigor quando se constata o descumprimento injustificado do dever da administração pública em programar as políticas públicas; na seara ambiental (objeto desse estudo) torna-se imprescindível - muitas vezes - a concreção do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado pela via judicial, sob pena de transformá-lo em letra morta, o que acarretaria em nítida desarmonia da ordem jurídica.

Assim, fica fácil vislumbrar que o festejado princípio da separação dos poderes exige temperamentos e ajustes à luz da nova perspectiva constitucional, uma vez que tal postulado – cujo escopo de garantia dos direitos fundamentais – não pode ser utilizado como óbice à realização dos direitos constitucionalmente garantidos.

A pesquisa em questão pretende, pois, investigar os contornos e limites para a atuação judicial nos casos de dano ambiental iminente e/ou consumado, bem como a forma pela qual a jurisprudência pátria tem enxergado essa possibilidade de intervenção do Estado-juiz no que concerne às políticas públicas ambientais.

Conforme se verá a seguir, não se pretende defender a adoção de um modelo ilimitado de judicialização das políticas públicas, visto que tal providência - além de inconstitucional - traria consequências políticas inegavelmente desfavoráveis, mormente no tocante ao sentimento de ilegitimidade das decisões judiciais, que não podem afrontar a discricionariedade do administrador. Utilizar-se-á o método indutivo, para pesquisa em livros, artigos, revistas e periódicos acerca do tema.

Nessa toada, busca-se demonstrar que a proteção ao aludido direito fundamental merece ser vista como prioridade pelo Poder Público, o que se permite inferir que o Judiciário – excepcionalmente – pode determinar que a Administração Pública adote medidas

assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.

O presente estudo justifica-se pela atual preocupação com o quadro caótico no qual se encontra a administração dos recursos naturais não renováveis— que sofrem constante degradação—haja vista o modelo de produção capitalista predominante, cuja essência consiste na busca desenfreada e incessante pelo lucro, sem se preocupar com os efeitos colaterais negativos advindos desse comportamento imediatista que atingem sobremaneira a higidez ambiental.

1 O controle judicial das políticas públicas

Na concepção clássica de separação de poderes, o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário não se vislumbra possível, eis que — segundo essa ótica — cabe à Administração Pública o dever de abstenção diante das liberdades negativas dos indivíduos e, aos juízes - por sua vez - é facultada a mera subsunção do fato à norma jurídica, sendo-lhe vedada qualquer atividade jurídica criadora; trata-se, assim, do juiz boca da lei (MYSZCZUK, 2016).

A aludida concepção — ao longo dos anos — se modificou por não ser mais aceitável em face do advento da atual conjuntura do constitucionalismo contemporâneo, uma vez que o juiz passou a exercer função de agente transformador da realidade social. Nesta senda, afirma Arenhart (2009, p.2):

A fim de enfrentar a questão posta, um pressuposto merece ser ponderado: o juiz, atualmente, não é mais visto como simples aplicador do direito. Seu papel, na atualidade, foi alterado de mera "boca da lei", como queria o liberalismo clássico, para verdadeiro agente político, que interfere diretamente nas políticas públicas. Este papel se faz sentir em todas as oportunidades em que o magistrado é levado a julgar. Não há dúvida de que um juiz, que deve decidir sobre a outorga ou não de certo benefício previdenciário a alguém, interfere, mesmo que de forma mínima, em uma política pública. Sua decisão importará a alocação de mais recursos, a alteração de certos procedimentos (para atender ao caso concreto), além de representar um paradigma para outras pessoas e situação equivalente.

Discute-se, assim, se o Poder Judiciário teria legitimidade democrática para ordenar um agir político do Estado: trata-se da dificuldade contra majoritária, que Bickel (1962, p. 20) explica como decorrente da prerrogativa judicial de ser investido no poder de controlar a

constitucionalidade das leis, de invalidar uma lei - editada pelo Poder Legislativo - sob o argumento de ser esta inconstitucional.

Oportuno salientar que o controle jurisdicional das políticas públicas traz reflexos – principalmente – ao Executivo, porquanto todas as ações prestacionais são pautadas em previsão orçamentária e disponibilidade financeira. No que tange ao descumprimento de objetivos mínimos destinados à educação ou à saúde, fica fácil vislumbrar a necessidade de atuação do Poder Judiciário para restabelecer a ordem jurídica violada, nos casos em que a Administração esteja deixando de priorizar e de implementar as políticas públicas cabíveis.

Na verdade, o problema reside nas situações em que o mínimo estiver sendo garantido, porém, fique à mercê de uma suposta “discricionariedade” do administrador para que a referida política pública se desenvolva de maneira eficaz e suficiente, o que demandaria em imposição, por parte do Poder Judiciário, de obrigações que – via de regra – são atribuídas ao Poder Legislativo e Executivo, os quais foram eleitos legitimamente pelo povo.

Ocorre que o princípio da eficiência (insculpido no *caput* do art. 37 da CF/88, a partir da Emenda Constitucional n. 19/1998) faz cair por terra essa pretensa “discricionariedade” do administrador, já que - caso a atuação da Administração não esteja sendo eficiente - o controle judicial terá vez sem que haja qualquer óbice ao princípio da separação dos poderes.

Nesse diapasão, cabe citar o pensamento de Benjamin (2012, p. 101), que argumenta no sentido de que um dos benefícios da constitucionalização do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado é, justamente, a relativização dessa discricionariedade; nesses termos, defende que, ao Estado, não resta mais do que uma única hipótese de comportamento: na formulação de políticas públicas, optar sempre – entre as várias alternativas viáveis ou possíveis – por aquela menos gravosa ao equilíbrio ecológico, aventando, inclusive, a manutenção da integridade do ambiente pela via de sinal vermelho ao empreendimento proposto.

Ainda nessa mesma linha de raciocínio, o referido autor aponta que a existência de comandos constitucionais relacionados ao ambiente reduz a discricionariedade da Administração Pública, pois impõem ao administrador o permanente dever de proteção e exigir seu respeito pelos demais membros da comunidade, tornando possível que o cidadão questione tais ações danosas à natureza (Idem).

Veja-se o que infere Freitas (2013, p. 366), de forma bastante esclarecedora:

(...) Estado da discricionariedade legítima será o Estado da *accountability*, continuidade planejada de serviços essenciais e superação (ao menos em parte) da lógica antagonizadora, precária e adversarial, nas relações de administração. O

Estado da discricionarietà legítima timbrará, para além disso, pelo resguardo da processualização administrativa, com a observância da duração razoável. Estado destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos. O Estado da escolha administrativa legítima será o Estado da proporcionalidade em lugar do aparato marcado por excessos ou tendente às famigeradas omissões.

Dado que os recursos são finitos e que – não raras vezes – o cenário brasileiro revela uma nítida ausência ou inadequação das políticas públicas, decorrente da escassez ou má aplicação do orçamento existente, comprometendo sobre modo a efetiva implementação dos direitos fundamentais, a figura do Estado-juiz como corretor desse quadro de deficiência se torna medida de rigor. Nessa linha de pensamento, sustenta Dirley Cunha Junior (2008, p. 664):

(...) Todas as normas definidoras de direitos fundamentais, sem exceção, têm aplicabilidade imediata, independentemente de concretização legislativa, o que permite que o titular do direito desfrute da posição jurídica por ele consagrada. Na hipótese de eventual omissão estatal, impeditiva de gozo desses direitos, pode e deve o Judiciário, como Poder apto a proporcionar a realização concreta dos comandos constitucionais quando provocado por qualquer meio processual adequado, suprir aquela omissão, completando o preceito consignador de direitos diante do caso concreto.

Observa-se, assim, que o Poder Judiciário tem a prerrogativa de suprir eventual omissão estatal evidenciada no caso concreto. Passa-se, na sequência a tratar do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado.

1 O direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado

Sem maiores delongas, calha registrar que - no Brasil – a CF/88 foi inovadora no tocante à seara ambiental, visto que dedicou um capítulo específico que enaltece o conceito normativo de ambiente, nos termos do *caput* de seu art. 225: todos têm direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Inscribe-se, no trecho supracitado - segundo Silva (2004, p. 52) - a denominada norma-princípio (a norma matriz), substancialmente reveladora desse direito fundamental. Nessa perspectiva inovadora, lembra Milaré (2005, p. 33) que “as Constituições que precederam a de 1988 jamais se preocuparam com a proteção do meio ambiente de forma

específica e global”; ademais, nelas sequer chegou a ser empregada a expressão “meio ambiente”, o que revela total despreocupação com o próprio espaço em que o ser humano se insere.

Não obstante a localização dessa norma fora do título dos direitos fundamentais – deve ser enquadrada nessa categoria, já que o fato de não estar no catálogo constante do referido título não impede que seja assim reconhecida, já que se trata de concretização da dignidade humana; além disso, Sarlet (2012, p. 54; 90) explica que o conceito materialmente aberto de direito fundamental estabelecido no art. 5º, §2º, da CF/88 revela a existência de direitos positivados em outras partes do texto constitucional, em tratados internacionais e até mesmo implícitos, decorrentes do regime principiológico constitucional.

Almeja-se, com esse direito, o resguardo de uma existência digna do ser humano, na sua dimensão individual, mas também social; trata-se, portanto, de um direito subjetivo de seu titular (TEIXEIRA, 2006). Nesse mesmo sentido, Milaré (2005, p. 212-213) afirma que o ambiente sadio deve ser enxergado como “um direito fundamental do indivíduo”, isto é, um “direito público subjetivo, vale dizer, exigível e exercitável em face do próprio Estado, que tem a missão de protegê-lo”.

Conforme se pode observar, o dispositivo constitucional em tela consagrou a garantia do ambiente saudável e hígido como direito fundamental, o qual se classifica também como indivisível, difuso e de terceira geração, haja vista estar ligado à proteção da essência humana, como gênero, não estando adstrito à sua faceta individual (BONAVIDES, 2015, p. 583-584).

O Poder Público – quando é omissos em sua missão de promover as políticas públicas cabíveis à preservação ambiental – acaba por ferir, em verdade, um direito humano fundamental (MIRRA, 2002, p. 53-58), uma vez que está dentro de sua competência intervir e atuar sempre para o correto controle e utilização dos recursos naturais. Consoante aduz Silva (2014), nos incisos do §1º, estão estatuídos os instrumentos de garantia da efetividade do direito anunciado no *caput* do art. 225; no entanto, não são normas simplesmente processuais, meramente formais: são normas-instrumentos da eficácia do princípio, mas também são normas que outorgam direitos e impõem deveres relativamente ao setor ou ao recurso ambiental que lhes é objeto.

Por se tratar de direito fundamental cuja tutela não só atinge as presentes, mas também as futuras gerações - o que revela o caráter intergeracional do Direito Ambiental - a concretização de políticas públicas que tenham por fito a manutenção de sua higidez se apresenta como uma verdadeira obrigação do Poder Público; esse – caso seja omissos – poderá ser compelido a fazê-lo, eis que tem o poder-dever - decorrente do exercício da autotutela e do

poder de polícia - de promover a defesa do ambiente. A respeito do tema políticas públicas na seara ambiental, Derani (1997, p. 262) declara que

O artigo 225 da Constituição declara um fim a ser perseguido e indica algumas medidas fundamentais que devem ser observadas durante este percurso, porém o caminho propriamente dito está aberto. Este caminho é definido pela instituição de políticas e normas ordinárias visando especificar como e em que medida este fim pode e deve ser alcançado. Ora, políticas públicas são requeridas não só para o cumprimento do que prescreve o artigo 225, mas também para inúmeros outros preceitos constitucionais. Isto significa que nenhuma política, por mais que aparentemente intencione, pode restringir-se ao cumprimento de um ponto específico da Constituição. Por ser uma política, seus efeitos concretos atingem as mais diversas esferas da sociedade, não sendo possível dizer apenas que se trata de uma política do meio ambiente ou de uma política econômica simplesmente.

Tecidas tais considerações iniciais, tem-se por oportuna a discussão acerca do tema central desse artigo: os principais contornos e limites existentes quando o assunto é a ingerência do Poder Judiciário na promoção das políticas públicas ambientais. É o que se pretende responder - nessa ocasião - mas sem a pretensão de encerrar o debate, visto que não se trata de uma fórmula mágica e que responde a todas as dúvidas que surgem nessa discussão.

2 O controle judicial das políticas públicas relacionadas à proteção ao ambiente: uma questão além da discricionariedade administrativa

Muito se tem discutido acerca da possibilidade de o Poder Judiciário assegurar o cumprimento da obrigação de proteção ambiental, nos casos em que a política pública embora existente, seja insuficiente; isso porque – conforme já dito alhures – nos casos em que a política pública é inexistente, essa possibilidade se trata de matéria praticamente incontroversa.

Há quem sustente - ainda nos tempos atuais, - que ao Poder Judiciário seria vedado interferir nas opções políticas inerentes à Administração, sob pena de invasão da competência própria do Poder Executivo, de maneira a violar o princípio constitucional da separação dos poderes (art. 2º da CF/88). Argumenta-se, assim, que o mérito do ato somente poderia ser avaliado pela própria administração, razão pela qual isso fugiria da apreciação pelo Poder Judiciário, já que os atos discricionários não são passíveis desse controle judicial por força do aludido princípio.

Oportuno destacar, já de início, a impropriedade do termo tripartição ou separação do poder, já que esse é considerado uno, indivisível e indelegável; o que existe – na verdade – é

uma divisão das funções do poder estatal. Nesse viés, conclui Bonavides (1993, p. 67) - quando cita George Jellinek - quanto à inexatidão da expressão “separação” de poderes:

Chega Jellinek, por conseguinte, à conclusão de que não devemos falar em divisão de poderes, pois ‘o poder não se divide subjetivamente, nem mesmo como atividade; o que se divide não é o objeto do poder, ao qual se dirige a atividade estatal’. Quando muito há divisão de competências; nunca, porém, divisão de poderes.

A Teoria da “Divisão” dos Poderes - ora em discussão - teve Aristóteles como precursor, porém, foi detalhada por John Locke e consagrada na obra de Montesquieu “*O Espírito das Leis*”, a quem se deve a divisão e distribuição clássicas, conforme o art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789; frise-se que tal padrão se encontra previsto no art. 2º da CF/88 (MORAES, 2013, p. 417).

Inspirado na Constituição Inglesa, Locke afirmava que se faz necessário que as funções do Estado sejam exercidas por órgãos diferentes, o que pode ser aferido pela lição de Bonavides (2012, p. 147):

Locke, menos afamado que Montesquieu, é quase tão moderno quanto este, no tocante à separação de poderes. Assinala o pensador inglês a distinção entre os três poderes – executivo, legislativo e judiciário – e reporta-se também a um quarto poder: a prerrogativa. Ao fazê-lo, seu pensamento é mais autenticamente vinculado à Constituição inglesa do que o do autor de *Do Espírito das Leis*. A prerrogativa, como poder estatal, compete ao príncipe, que terá também a atribuição de promover o bem comum onde a lei for omissa ou lacunosa.

Ao esclarecer o conteúdo de cada uma dessas três funções (Executivo, Legislativo e Judiciário), Silva (2014, p. 110) aponta que:

A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comportam prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e função administrativa com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse.

Relevante frisar que – na abordagem do tema divisão de funções estatais – surge a necessidade de se trazer à baila a teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*), já que – segundo esse raciocínio – infere-se a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário na

aferição de omissões administrativas. O controle exercido por um Poder sobre o outro é decorrência da aplicação dessa teoria cuja essência é colocar em prática a disposição do art 2º da CF/88, segundo a qual os poderes são independentes e harmônicos entre si; o equilíbrio almejado pelo Constituinte tem por fundamento a necessidade de se evitar a suplantação de um poder sobre o outro, além de fazer cair por terra o argumento de que o Poder Judiciário não poderia exercer controle sobre as políticas públicas.

Observa-se uma nítida relativização do princípio da separação dos poderes à luz da atual sistemática constitucional, a qual pode ser percebida, por exemplo, quando o Poder Judiciário interfere nos demais Poderes: quando anula seus atos ou quando atua na ausência de manifestação expressa do legislador ou administrador quando existente o dever de agir.

Nada obstante tais argumentos, no cenário atual, não há mais como se aceitar o argumento da inviabilidade do controle judicial das políticas públicas em razão do postulado em apreço, já que os princípios constitucionais têm de ser interpretados de forma que sejam compatibilizados entre si. Em que pese as infundáveis críticas à judicialização, verifica-se que esse fenômeno tornou-se medida inevitável, principalmente por força do aumento das responsabilidades do Estado-juiz, cuja meta maior é zelar pela efetivação dos direitos fundamentais.

Importante mencionar - previamente - que determinados direitos fundamentais dependem de que o Estado cumpra obrigações de fazer para sua integral aplicação, como se pode presumir nos casos de implementação da educação, de saúde, de saneamento básico, ambiental, dentre outros. Nessa quadra, rechaçando essa invocação à discricionariedade para justificar a inércia do Poder Público, Souza (2013, p. 41) dispõe – acertadamente - o seguinte:

Quando o direito é expressamente previsto na Constituição ou na lei, não há que se falar em norma simplesmente programática, em simples diretriz para política pública. Onde há direito subjetivo do cidadão não há discricionariedade do estado, de modo que a atuação do Judiciário para determinar sua implementação não é ingerência indevida no Executivo, mas sim uma garantia constitucional (CF, art. 5º, XXXV).

A ADPF-45 deixa clarividente essa possibilidade, conforme se pode extrair do seguinte excerto:

(...) 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(STF, 2004).(grifo nosso)

Não se pretende defender aqui a intervenção jurisdicional de forma indiscriminada e em qualquer hipótese, uma vez que essa conduta estaria eivada de ilegitimidade e arbitrariedade, sendo certo que essa interferência apenas se justifica quando sua atuação tenha por escopo a correção de uma falha e/ou omissão ilegal cometida pela Administração Pública. Trata-se do caso, por exemplo, do ato de decisão política mostrar-se não razoável e desproporcional, implicando em atividade material falha ou ineficiente.

A despeito de existirem ressalvas quanto a esse controle judicial, quando tais políticas públicas não são executadas a contento, surge a possibilidade de buscar no Judiciário a possibilidade de satisfação dos direitos que deveriam ser efetivados por meio da ação dos poderes Executivo e Legislativo, como bem dispõe define Mancuso (2007, p. 43):

Outro campo importante por onde se vai estendendo o objeto da ação civil pública é o do controle das chamadas políticas públicas, em que se apresenta desde logo o problema da sindicabilidade judicial dos atos do governo, das políticas públicas governamentais, searas em princípio propícias à atividade discricionária da administração. De modo geral, o entendimento contemporâneo é que apenas ficam poupados os atos puramente discricionários ou os exclusivamente políticos.

Calha consignar que a possibilidade de controle externo sobre o ato político se trata de uma forma de garantir a própria essência do princípio da separação entre os poderes:

Criar imunidades para que atos com assento constitucional sejam praticados livremente pelo Chefe do Poder Executivo ou pelo Chefe de Governo, sem qualquer possibilidade de controle, de veras, é fomentar o arbítrio, causando um desequilíbrio entre os Poderes de Estado, pois um deles, o Executivo, ficará em uma posição superior, desprestigiando-se o Poder Judiciário como instância final para a defesa dos direitos do cidadão (ISMAIL FILHO, 2012, p. 156).

É salutar que se destaque que esse dever de implementação das políticas públicas ambientais de maneira eficiente não está alocado no rol de medidas que dependam da discricionariedade do administrador. Em se tratando de obrigação do Estado em promover o cumprimento do seu mister constitucional – qual seja: a efetivação dos direitos fundamentais – não há espaço para “mérito administrativo”, fundado em “oportunidade e conveniência”, como óbice à interferência do Poder Judiciário. É o que se pode extrair do seguinte trecho, a saber:

Nessa ótica, precisa ocorrer, com o preconizado equilíbrio dinâmico, uma sindicância que transcenda a abordagem do convencionalismo acanhado. O que acarreta, na prática, o acréscimo inédito de profundidade do controle. Significa, sem pedir demais, que o exame dos atos discricionários e vinculados precisa ocorrer finalisticamente, não aceitando mera alegação de conveniência ou oportunidade nem a referência vaga a este o aquele dispositivo. No âmbito da motivação, verificará se os atos administrativos quebram o princípio da proporcionalidade, ainda que, à primeira vista, estejam em perfeita ordem formal. Em outras palavras, imprescindível fortalecer a fiscalização substancial da gestão pública para operar a transição de sindicabilidade abstrata e vaga para o controle da escolha de prioridades do Estado Democrático (FREITAS, 2013, p. 364)

Nesse aspecto, ensina Juarez de Freitas que - embora não possa sindicá-lo diretamente o merecimento - cabe ao Poder Judiciário, sem nada usurpar, atuar diligentemente no sentido de interditar a arbitrariedade por ação ou omissão, de modo que - no exercício do controle dos atos administrativos - o juiz pode/deve tomar providências, se a omissão administrativa apresentar-se irreparável ou de difícil reparação. Logo, o autor em questão (Ibidem, p. 353) refere que - apenas sob determinado aspecto - continua plausível asseverar que o Poder Judiciário não aprecia o merecimento, em si, da decisão administrativa, já que - na interdependência dos poderes - o controle não pode deixar de verificar se efetivamente a conduta arbitrária ocorreu, isto é, se o administrador agiu ou deixou de agir, com legitimidade e proporcionalidade. E, nessa toada, ainda arremata: “para tanto, força não confundir, nem de longe, a discricionariedade com a repulsiva arbitrariedade. A discricionariedade desvinculada de princípios e direitos fundamentais degenera em arbitrariedade”.

Tem-se por justificada, assim, a postura corretiva e proativa do Estado-juiz, quando o assunto é a garantia de tutela dos direitos fundamentais, não se desconhecendo que essa prática não pode se dar indiscriminadamente. Nesse sentido, é a lição de Canela Junior (2011, p. 88-89):

(...) Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de ‘atos de governo’ ou ‘questões políticas’, sob o prisma do atendimento do Estado (art. 3º da CF/1988).

Cabe salientar que nos casos em que o Poder Público resiste em concretizar interesses (como a proteção ao ambiente) provoca-se - com frequência - o ajuizamento de ações civis públicas, ocasião na qual se sobressai o conflito entre dois pilares do Estado Democrático de Direito: o princípio da independência dos poderes e a garantia do acesso à justiça.

Tem-se como primeiro limite à intervenção judicial - em relação a políticas públicas - a garantia do mínimo existencial, o qual possui íntima relação com o supraprincípio

(NUNES,2002, p. 50) da dignidade humana, consistente em fundamento da República Federativa do Brasil, insculpido no inciso III do art. 1º da Carta Política e principal norteador da concepção contemporânea dos direitos humanos: trata-se da ideia daquilo que se requer como necessário para uma vida digna. Acerca desse limite, Grinover (2013, p. 133) estabelece:

(...) independentemente de existência de lei ou atuação administrativa, constituindo mais do que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei.

Além do mínimo existencial, cumpre mencionar a aplicação do princípio da razoabilidade como segundo requisito enumerado por Grinover (Ibidem, p. 133) para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, tendo por escopo – em suma – o de nortear a correção da política pública equivocada; não obstante, a razoabilidade não pode ser compreendida de maneira dissociada do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), além de caminhar junto à existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas por ele reclamadas.

Por derradeiro, vale ressaltar que o terceiro requisito tem relação com a chamada reserva do possível, segundo a qual a política pública depende de que o ente político disponha de recursos financeiros para tanto; ocorre que a Administração não pode simplesmente utilizar-se de tal argumento como escudo para tentar justificar suas omissões e - com isso - escusar-se da condenação judicial, uma vez que o ônus da prova dessa falta de recursos lhe pertence.

O Estado de Direito Socioambiental, ancorado em uma ética ambiental, orienta-se sobre um pilar da sustentabilidade como baliza de sua ação e política, do qual a proteção ambiental emerge como uma das condições de legitimação de sua atuação, o que legitima e dá arrimo ao processo de judicialização das políticas públicas ambientais, quando verificada omissão ou necessidade de atividade prestacional pelo Poder Público (PAULITSCH et. al. 2013, p. 261).

Sob o prisma desses três enfoques, passar-se-á - no próximo item - à análise de um julgado relacionado ao tema, levando-se em conta os fundamentos utilizados no voto, cujo entendimento prevalecente foi no sentido de que a intervenção judicial se faz cabível quando imprescindível para tutela de determinado direito fundamental.

3.1 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ): Recurso Especial (REsp) de n. 1.367.549 – Minas Gerais (MG) (2011/0132513-5)

De início, será analisado um acórdão proferido em sede de Recurso Especial, conforme ementa a seguir:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DANO AMBIENTAL. IMPLEMENTAÇÃO DE OBRA PÚBLICA. USINA DE RECICLAGEM DE RESÍDUOS SÓLIDOS. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 333, I, DO CPC CARACTERIZADA. 1. Cinge-se a controvérsia dos autos à possibilidade do Ministério Público, em obrigação de fazer, por meio de ação civil pública, compelir o administrador a implementar obra pública, qual seja, usina de reciclagem de entulhos provenientes da construção civil, que estivesse causando danos ao meio ambiente. 2. Irretocável, a posição do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, no sentido de que *"O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes"* (AI 708667 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012). 3. Reconheço que em algumas situações é impossível estabelecer, num plano abstrato, qual a ordem de prioridades que a atividade administrativa deve tomar. Nestes casos, a identificação pela preferência de atuação estatal apenas poderia ser identificada na análise do caso. Todavia, ainda que abstratamente, não se pode deixar de reconhecer que alguns direitos, tais como a educação, a saúde e o meio ambiente equilibrado fazem parte de um núcleo de obrigações que o estado deve considerar como prioritárias. (...) Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1367549/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 08/09/2014) *grifo nosso*

OREsp de n. 1.367.549 – Minas Gerais (MG) (2011/0132513-5) foi interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do mesmo Estado, que confirmou a sentença de primeiro grau que havia julgado improcedente uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, cujo objeto era compelir o Município de Uberlândia a implementar obra pública – no caso – uma usina de reciclagem de entulhos provenientes da construção civil, que estava causando danos ambientais.

A improcedência dos pedidos em primeiro grau (confirmado pelo Tribunal de origem) se deu em face do entendimento de que a escolha da realização de obra pública específica é ato discricionário do Poder Executivo, a ser realizado de acordo com a sua conveniência, sendo que a ingerência do Poder Judiciário no mérito administrativo acarretaria em violação do princípio da separação dos poderes.

Poder-se-ia - dessa forma - evocar a existência de uma suposta discricionariedade (conveniência e oportunidade) para isentar o Poder Público de seu dever constitucional de implementação das políticas públicas, de modo a afastar o titular do direito de sua efetivação?

Foi em virtude disso que o Ministério Público interpôs Recurso Especial a fim de que a Administração Pública (o Município de Uberlândia) se adequasse satisfatoriamente à indispensável proteção ao ambiente local e à saúde pública, deixando de acarretar poluição em decorrência da ineficiente coleta dos resíduos no âmbito do seu território, sendo insuficiente a mera edição de nova lei municipal, sendo de rigor a realização de medidas eficazes.

Conforme se vê, cingiu-se a controvérsia à possibilidade de o *Parquet*, em obrigação de fazer - por meio de ação civil pública - compelir o Administrador a implementar obra pública - qual seja - usina de reciclagem de entulhos provenientes de construção civil, que estivesse causando danos ambientais.

O recurso em questão foi apreciado pela 2ª Turma do Colendo STJ e teve como relator do voto vencedor o Ministro Humberto Martins, o qual deu um novo desfecho ao processo em tela, invocando relevantes preceitos que merecem ser trazidos a lume nessa ocasião: é possível afirmar que a matéria central do recurso aborda questão polêmica a respeito da possibilidade do controle judicial de políticas públicas, tema que exige análise mais aprofundada a respeito não só dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito, como também de alguns dogmas constitucionais que estão arraigados em nossa cultura jurídica.

O ministro inicia seu voto ponderando que - a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais - a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em prol das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de concretizar políticas de transformação da realidade social. E arremata: “com isso, não só o Poder Executivo, mas também o Poder Judiciário sofreram alterações em sua estrutura funcional, de modo a possibilitar a efetividade dos direitos sociais” (STJ, 2014).

Aduz, ainda, que se, de um lado, a Administração Pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, de outro, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de “fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos direitos sociais constitucionalmente garantidos” (STJ, 2014). Desse modo, a ilicitude gerada pelo não cumprimento injustificado do dever da administração pública em implementar políticas de governo acarreta a

desarmonia da ordem jurídica - o que faz merecer correção judicial - sob pena de transformar em letra morta os direitos sociais.

Com sustentáculo no princípio da separação dos poderes, o Relator dá enfoque ao fato de que tal cânone - inicialmente formulado em sentido forte, até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas - nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz de diferentes realidades constitucionais (STJ, 2014).

A fim de corroborar sua fundamentação, refere a relevância da ADPF-45, que pode ser considerada como um marco para a nova interpretação do princípio da separação dos Poderes, sob o argumento de que não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do administrador, sendo de fundamental importância que o judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção, portanto, pensar que o princípio da separação dos poderes - originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais - pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais (STJ, 2014).

Outro ponto importante ressaltado pelo ministro é que - se prevalecesse o entendimento de que em face do princípio da separação dos poderes estaria o Judiciário impedido de corrigir distorções em matéria de políticas públicas - a efetivação de outros princípios igualmente constitucionais ficaria comprometida. Neste sentido, assevera Martins:

(...) a correta interpretação do princípio da separação dos poderes, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Fora daí, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem sentido, ou fugindo da finalidade à qual estava vinculada, não cabe a aplicação do referido princípio, e autorizado se encontra o poder judiciário a reconhecer que o executivo não cumpriu com sua obrigação legal, agredindo com isso, direitos difusos e coletivos, e a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada (STJ, 2014).

Nesse viés, o sistema jurídico deve ser analisado sob a premissa de que todos os seus postulados estão em harmonia, sob pena de quebrar a lógica intrínseca do próprio sistema. Para o ministro, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se pode dar de forma indiscriminada, pois isso violaria o princípio da separação dos poderes; no entanto, quando a administração pública - de maneira clara e indubitável - viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programas de governo, “a interferência do poder judiciário é perfeitamente legítima e serve como instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada (STJ, 2014).

Extrai-se dessa decisão que o Superior Tribunal de Justiça - assim como o Poder Judiciário, de um modo geral - assumiu uma posição ativa no que se refere à proteção e efetivação dos direitos fundamentais positivados na CF/88. Nesse diapasão, tem-se que – com a promulgação da Constituição Cidadã - a distribuição a todos os Poderes das responsabilidades promocionais do Estado fez com que o Judiciário precisasse se confrontar com a gestão da sua cota-parte de responsabilidade política (SANTOS et. al., 1996, p. 6).

Concluiu-se, assim, que o Poder Judiciário, excepcionalmente, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por foco trazer à baila a questão polêmica atinente ao controle judicial das políticas públicas ambientais, de modo a suscitar as hipóteses nas quais essa intervenção se revela não só possível, mas primordial à efetiva proteção do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado.

Conforme se pôde constatar, o tema não é pacífico na doutrina e na jurisprudência, embora haja uma tendência cada vez maior em se permitir essa ingerência do Poder Judiciário a fim de amenizar certas ilegalidades geradas pela negligência ou, então, ineficiência do gestor público no tocante à implementação das políticas públicas.

Em que pese tenha sido evidenciada essa possibilidade de o Poder Judiciário assegurar o cumprimento das políticas públicas, restou claro que a ingerência é medida excepcional, sendo cabível nos casos de inércia (omissão) ou ineficiência do Poder Público em atender o mandamento constitucional da sustentabilidade.

De início, demonstrou-se que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, previsto no *caput* do art. 225 da Constituição Federal; além disso, conforme explicitado, é também considerado um direito humano, sendo que o Poder Público – ao deixar de promover as políticas públicas necessárias para implementação desse direito – acaba por violar direitos humanos e, ainda, o supra princípio da dignidade humana.

Percebeu-se, ao longo do estudo, que as medidas assecuratórias ao ideal de sustentabilidade – com vistas à proteção ambiental– pode se dar sem qualquer prejuízo do princípio da separação de poderes.

A análise versou também sobre a teoria dos freios e contrapesos, além dos requisitos

que justificam a interferência do Poder Judiciário no controle de políticas públicas: o mínimo existencial, o princípio da razoabilidade e a reserva do possível.

Por derradeiro, foi levantado um relevante julgado que demonstra o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto, de modo que se verifica a viabilidade de ingerência do Poder Judiciário na implementação das políticas, valendo-se de uma postura mais corretiva dos desvios advindos da má gestão por parte da Administração.

Desse modo, infere-se que os limites para a intervenção judicial nas políticas públicas devem ser pautados pelo princípio da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que essa ingerência deve ser vista com reservas; entretanto, não há que se falar em afastá-la, sob o argumento que o Poder Judiciário não pode fazer controle sobre o mérito administrativo, pois esse fundamento – pura e simplesmente – não é mais suficiente para justificar a ineficiência estatal na implementação das políticas públicas ambientais, que não estejam em consonância com os preceitos da sustentabilidade, preconizados pelo Estado Socioambiental de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sergio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. Ano I – Número 1 – 2009. Disponível em:

<http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenh art%2001.pdf> Acesso em: 18.07.2018.

BENJAMIN, A. H. Parte II: Direito constitucional brasileiro. In: **Direito constitucional ambiental brasileiro**. José Joaquim Gomes Canotilho, José Rubens Morato Leite, organizadores. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven & London: 1962, p. 1-33.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CANELA JUNIOR, Oswaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: Watanabe, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. **Um contributo em favor do controle externo do ato político**. Revista Científica da FESMPDFT/ Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Ano 1, n. 1 (jul. 2012) – Brasília.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Breves considerações acerca do controle jurisdicional de políticas públicas em face do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 17,

n. 2, p. 160-175, out. 2016. ISSN 2316-9044. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/122317>>. Acesso em: 18 jul. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i2p160-175>.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PAULITSCH, Nicole da Silva; WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher. O Estado de Direito socioambiental e a governança ambiental: ponderações acerca da judicialização das políticas públicas ambientais e da atuação do poder judiciário. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 18 - n. 2 - p. 256-268 / mai-ago 2013. Disponível em: www.univali.br/periodicos, Acesso em 18 jul. 2018.

SANTOS, B. S; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, n. 30, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Landolfo Andrade de. O papel do Ministério Público no controle das políticas públicas ambientais. **Revista Jurídica ESMP-SP**, v.3, 2013: 27-51, p. 41. Disponível em http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/75/38. Acesso em 05.06.2017.

STF, ADPF – 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29.4.2004, DJ 4.5.2004.

STJ, REsp 1367549/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 02/09/2014, DJe 08/09/2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 jul. 2018.

TEIXEIRA, O. P. B. **O Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.