



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO**

DIEGO CARVALHO TEXEIRA

**POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO
MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO**

Maceió, Alagoas

2009

DIEGO CARVALHO TEXEIRA

**POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO
MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Andreas Joachim Krell

Maceió, Alagoas

2009

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecário Responsável: Valter dos Santos Andrade

T266p	Teixeira, Diego Carvalho. Políticas públicas e a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado / Diego carvalho Teixeira. – 2014. [134] f. Orientador: Andreas Joachim Krell. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2014. Bibliografia: f. 113-118. Anexos: f. 119-[134]. 1. Direito ambiental - Brasil. 2. Direito constitucional - Brasil. 3. Políticas Públicas. 4. Meio ambiente - Proteção. 5. Meio ambiente – Legislação. I. Título. CDU: 342.4: 349.6(81)
-------	--



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO FINAL

Em sessão pública, no dia oito de outubro de dois mil e nove, às oito horas e trinta minutos, no mini-auditório da Faculdade de Direito de Alagoas – FDA da UFAL, deu-se início à **DEFESA DE DISSERTAÇÃO FINAL DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**, com área de concentração em **Fundamentos Constitucionais dos Direitos**, do aluno **DIEGO CARVALHO TEXEIRA**, orientando do Prof. Dr. **ANDREAS KRELL**, trabalho intitulado “**POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO**”, como requisito para obtenção do título de **MESTRE**. A Banca Examinadora foi constituída pelos seguintes membros: Prof. Dr. **GEORGE SARMENTO LINS JÚNIOR (UFAL)** – presidente da banca, Prof. Dr. **QUERINO MALLMANN (UFAL)** e como convidado externo: Prof. Dr. **GUSTAVO FERREIRA SANTOS (UFPE)**. A defesa consistiu de uma apresentação oral de **20 (vinte)** minutos, seguida de inquirições de 20 (vinte) minutos para cada um dos examinadores e das respostas; e foi assistida pelas pessoas que se fizeram presentes. Ao final, a Banca Examinadora reuniu-se reservadamente e decidiu em atribuir ao conteúdo do trabalho e à defesa a menção “Aprovado (9.5)” com base no art. 45 do Regimento Interno do Curso. Nada mais tendo a tratar, deu-se por encerrada a Defesa, e para constar, eu, Giovanna N. Codá, assistente de administração do Curso de Mestrado em Direito da FDA, lavrei a Ata, que para produzir os efeitos legais, vai por mim assinada e pelos componentes da Banca Examinadora.

Prof. Dr. **GEORGE SARMENTO LINS JÚNIOR**
(UFAL/AL) presidente da banca

Prof. Dr. **QUERINO MALLMANN**
(UFAL/AL)

Prof. Dr. **GUSTAVO FERREIRA SANTOS**
(UFPE)

FDA/UFAL - Macció/AL, 08 de outubro de 2009.


Giovanna N. Codá
Assistente de Administração

RESUMO

O Estado Social de Direito atua na busca do bem comum através de prestações positivas, organizadas em políticas públicas. A efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado depende dessa atuação positiva estatal. A implementação de políticas públicas deve ser, contudo, prioritária para aqueles direitos inseridos dentro do núcleo da dignidade da pessoa humana, consubstanciado no mínimo existencial ambiental, cuja exigência é no sentido da busca de sua efetividade imediata, ficando a eficácia social dos demais dependente das escolhas politicamente tomadas pelo Poder Legislativo. A execução de políticas públicas em matéria ambiental depende, ainda, da determinação do ente político competente para atuar, tendo em vista que esta se insere dentre aquelas previstas nos incisos do art. 23 da Constituição Federal de 1988 como sendo de competência comum. Compreender o funcionamento dessas competências administrativas, buscando critérios que permitam identificar o ente federativo competente é, assim, de suma importância para a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, posto que permite apontar a instância administrativa que deverá promover política pública de promoção desse direito fundamental.

Palavras-chave: Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – Políticas públicas – Competências administrativas ambientais – Mínimo existencial ambiental – Efetividade.

ABSTRACT

The Welfare State performs looking for the common good throughout positive performances, organized in public policies. The effectivity of the right to an ecologically balanced environment depends on this governmental acting. The implementation of public policies must have preference to those rights included into the heart of human dignity, the environmental minimum existential, which demands immediate effectivity. The other fundamental rights not included on this depend on political choices to be effective. The performance of public policies in environmental subject also depends on the determination of the capable entity to act, whereas all the political entities have the capability to act, as a determination established in the art. 23 from the Federal Constitution issued at 1988. To comprehend the way these administrative capabilities works, searching for standards that make possible to identify which one of the political entities is able to act is from highest importance to the effectivity of the right to an ecologically balanced environment.

Key-words: Right to an ecologically balanced environment – Public policies – Administrative capability in environmental matters – Environmental minimum existential – Effectivity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 ESTADO SOCIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS	11
1.1 O Estado Social	11
1.2 Alguns axiomas teóricos consolidados: normatividade e supremacia constitucional, dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais	16
1.3 A atuação prestacional do Estado Social e seu principal instrumento: as políticas públicas	22
1.3.1 Conceito de política pública	23
1.3.2 Sobre a possibilidade de controle das políticas públicas	28
2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO, A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O SEU NÚCLEO – O MÍNIMO EXISTENCIAL	31
2.1 O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado	32
2.1.1 O bem tutelado: meio ambiente	32
2.1.2 A fundamentalidade desse direito	34
2.1.3 Sua relação com a dignidade da pessoa humana	35
2.1.4 Seu caráter de supra-estatalidade	38
2.1.4.1 Características dos direitos supra-estatais	40
2.1.4.2 Inserção do direito ao meio ambiente equilibrado nessas características	41
2.2 O mínimo existencial	45
2.2.1 O mínimo existencial <i>ambiental</i>	51
2.3 A efetividade dos direitos fundamentais não inseridos no mínimo existencial ambiental	53

3 A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	56
3.1 Eficácia dos direitos fundamentais	60
3.2 O problema da limitação de recursos e o custo dos direitos: é possível falar numa reserva do possível?	65
3.3 Controle das políticas públicas	72
3.3.1 Em busca de parâmetros de controle	73
4 COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS COMUNS, POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVIDADE	83
4.1 Competências administrativas e competências legislativas na Constituição Federal de 1988	85
4.2 Análise dos critérios para a determinação do ente federativo materialmente competente	92
4.3 As competências administrativas ambientais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça	98
4.4 O projeto de Lei Complementar nº. 12/2003	103
CONCLUSÃO	110
REFERÊNCIAS	113
ANEXO	119

INTRODUÇÃO

A realidade brasileira nos mostra que, muito embora a exaustiva previsão na Constituição Federal de 1988 de toda uma gama de valores a serem garantidos e implementados, estes se encontram longe de se ver faticamente presentes, e, ainda, se presentes, de serem prestados de forma satisfatória.

O Estado Social, modelo no qual se insere o Estado brasileiro, estabelece a necessidade de uma atuação estatal prestacional, no sentido de ditar os rumos a serem seguidos pela sociedade para a qual se volta, na busca do bem comum. Se essa atuação pressupõe a predeterminação do que deve ser buscado, pressupõe também mecanismos de atuação.

Assim, nessa atividade de promoção da melhoria das condições de vida dos seus súditos, o Estado deve agir mediante a utilização de algum(ns) instrumento(s). O principal instrumento capaz de realizar tal desiderato é a política pública, meio de atuação estatal que busca, a partir da prática de uma série de atos, a promoção de um fim determinado.

Interessante anotar, desde já, que, muito embora possa parecer que ao Estado cabe, a depender das circunstâncias concretas de um determinado momento, a escolha do que fazer e como fazer, o ordenamento jurídico – mormente a Constituição – estabelece claras limitações a essa atuação. Estas limitações, no entanto, não são no sentido de castrar a atividade estatal de busca da satisfação das necessidades sociais; do contrário, são garantias de que tais necessidades serão a prioridade dos agentes públicos encarregados de escolher em que e como se dará a atuação prestacional.

As escolhas estatais dar-se-ão, num primeiro momento, no campo legislativo, uma vez que somente pode o Estado agir mediante lei autorizativa. Assim, aos legisladores infraconstitucionais cabe o respeito às limitações, previstas na Constituição quando de sua elaboração pelo Poder Constituinte Originário, à sua atividade de inserir novas normas jurídicas no ordenamento.

Tais limitações, longe de serem somente de ordem formal – respeito ao procedimento legislativo de elaboração de leis – têm um aspecto material de força inegável. E essa inegável força provém da própria situação de proeminência dada a esse aspecto material pela nossa

Carta Constitucional, situando as escolhas desses temas como cláusulas pétreas – não sendo possível sua supressão – bem como cravando o que imediata ou mediatamente têm elas decorrência como fundamento da República: a dignidade da pessoa humana.¹

Não são outros os temas que costuram materialmente a nossa Constituição Federal, vinculando a todos os atores sociais, senão os direitos fundamentais. Nortes interpretativos que são, não se resumem a isso; são pautas de progressiva implementação pelo Estado no seio da sociedade para a qual se volta, vinculando a atividade legislativa, executiva e judiciária. Vinculam, por outro lado, a atuação dos particulares, que não podem se portar em desconformidade com os mesmos.

A questão do respeito, por um lado, e implementação, por outro, desses direitos fundamentais é bem mais complexa que o que se acabou de dizer: o controle da produção das leis, em seu sentido material, vai depender de construção argumentativa que demonstre, em primeiro, a vinculação dessa atuação aos direitos fundamentais, e, em segundo, que estes não foram respeitados; mas não é só, uma vez ultrapassada tal dificuldade, surge ainda uma outra: qualquer atuação, seja estatal ou não, depende do dispêndio de recursos, finitos como se sabe, bem como da definição dos atores públicos responsáveis nesse sentido, principalmente quando se está a lidar com a questão da efetividade do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, objeto do nosso estudo.

Em linhas gerais, o caminho a ser aqui trilhado acabou de ser demonstrado. Tratar-se-á, assim, no Primeiro Capítulo, da caracterização do Estado Social na condição de agente promotor do bem comum, em contraste com o Estado Liberal, bem como de seu desdobramento, o Estado Socioambiental. Além disso, será abordado o conceito de políticas públicas, enquanto mecanismo estatal de implementação dos direitos fundamentais.

No Segundo Capítulo, tendo em vista que o direito fundamental cuja efetividade se perquire é o ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, será o mesmo tratado, abordando-se sua fundamentalidade, além de seu inegável caráter supra-estatal, em virtude da

¹ Art. 1º, III, CF: “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:
[...]
III - a dignidade da pessoa humana;
[...]”.

impossibilidade de, hoje, determinar os prováveis impactos, inclusive de ordem global, do seu desrespeito. Além disso, imprescindível correlacionar esse direito à dignidade da pessoa humana, buscando, a partir de sua inclusão dentre aqueles direitos componentes do núcleo da dignidade, o conceito de mínimo existencial ambiental, analisando-se os desdobramentos daí decorrentes.

Passa-se, desse modo, ao Terceiro Capítulo, onde, após a defesa da implementação imediata dos direitos insertos no núcleo da dignidade, será abordada a questão das cargas eficáciais atribuídas pela doutrina aos direitos fundamentais, bem como sua necessária correlação com o tema do custo dos direitos e da reserva do possível, visto que a busca da existência fática de atuação estatal efetivante dos direitos fundamentais passa pela questão de que todo agir do Estado custa dinheiro, analisando-se, aqui, como tal deve ser entendido frente ao recorrente argumento jurisprudencial de justificação de inatuação a partir da reserva do possível.

Esse capítulo trata, ainda, de tema de suma importância para o presente estudo. Determinadas as eficácias atribuídas aos direitos fundamentais, imprescindível analisar, a partir disso, como é possível proceder no controle das políticas públicas. Contudo, ainda um problema se apresenta: em sendo possível o controle das políticas públicas em matéria ambiental, deve-se ter em conta que a competência para execução das leis ambientais é comum, ou seja, a todos os entes federativos cabe a implementação do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

Adentra-se, aqui, no Quarto Capítulo, onde serão buscados critérios de determinação da atuação comum dos entes federados no exercício de atividades que busquem a efetividade do direito fundamental estudado, visto que, se no art. 23 da Constituição Federal foram previstas as competências comuns – inserida em seus incisos a temática ambiental – foi também previsto, no seu parágrafo único, que a atuação dos entes políticos não deve se dar de qualquer forma, mas no sentido da busca da implantação de um federalismo cooperativo.

Além disso, deve-se ter assente a presença de determinantes que condicionam qualquer atuação estatal – mormente o princípio da eficiência administrativa e o da subsidiariedade – que apontam para uma atuação coordenada e descentralizada, e não sobreposta.

Ainda nesse capítulo, e visando a conexão dos estudos realizados com a realidade jurisprudencial e legislativa brasileira, foi realizada pesquisa de jurisprudência no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça acerca do tema das competências administrativas ambientais, como também se procedeu na análise o Projeto de Lei Complementar nº. 12/2003, em tramitação na Câmara dos Deputados, e que pretende regulamentar o funcionamento das competências comuns em matéria ambiental.

1 ESTADO SOCIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS

1.1 O Estado Social.

Hoje, o principal problema a ser enfrentado pelo Direito como um todo e, principalmente, pelos direitos fundamentais, é o da (in)eficácia social – (in)efetividade – de seus comandos, o que levou Bobbio a afirmar que a busca deve ser no sentido do *“modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”*.²

A necessidade de proceder na incessante luta pela efetividade dos valores positivados no ordenamento jurídico será o norte de todo o desenvolvimento a ser empreendido ao longo do presente estudo. De fato, a investigação do modo mais seguro para garantir os direitos fundamentais deve ser pautada pela compreensão dos mesmos, bem como dos mecanismos estatais existentes que possibilitem não só tal proteção, mas também sua implementação.

Não é em outro sentido que se relacionará a efetividade dos direitos fundamentais – mormente os sociais – à execução pelo Estado de políticas públicas, sendo estas o principal meio de ação prestacional estatal. Ocorre que nem sempre ao Estado coube atuar positivamente sobre a sociedade, visando garantir direitos que, até outrora, restavam ligados à livre determinação dos indivíduos em sociedade.

Desse modo, e para que se possa compreender os caracteres do Estado social, onde há a garantia dos direitos sociais, bem como a atuação estatal invasiva na sociedade, mediante políticas públicas, interessante realizar rápido incursu histórico de modo a compreender o caminho trilhado pelo Estado até que tomasse a atual configuração, bem como esposar os principais caracteres que permitem identificá-lo.

Assim, faz-se interessante iniciar o estudo sobre as políticas públicas traçando rápido esboço histórico, pautando-se principalmente nas lições de Bonavides,³ de modo a compreender como nosso Estado chegou na sua atual configuração, bem como para constatar que resta impossível compreender a atuação estatal prestacional com base nos institutos concebidos quando ao Estado somente era admitida ação para garantir a liberdade dos

² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 45.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23 ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

indivíduos, não devendo aquele intervir em nenhum momento na sociedade, muito menos ditando os rumos que esta deveria seguir (situação diametralmente oposta, pois, à atual).

Assim, afirmamos, desde já, que a questão da rigidez constitucional não é novidade das constituições dos Estados Sociais, mas surgiram do sentimento de desconfiança com o poder próprio do liberalismo, sendo reação ao poder absoluto do Estado. Contudo, essa desconfiança provocou, também, a retração do poder estatal, uma vez que este não poderia interferir na sociedade burguesa, sendo, pois, despolitizada, cavando-se um fosso entre a Sociedade e o Estado, que tiveram clara separação de conceitos. As Constituições emergem, pois, nessa fase contra-absolutista, em seu conceito político e filosófico, se estabelecendo, posteriormente, quando da consolidação das instituições liberais, com “nítida feição jurídica, espelhando o Estado de direito”.⁴

Nesse primeiro momento, pois, dado esse postulado de rompimento com os aspectos estatais possibilitadores do absolutismo, o Estado de Direito, em sua feição liberal, não trazia no bojo de sua Constituição conteúdos antagônicos, mas tão-só de cunho liberal, trazendo, ao menos teoricamente, estabilidade a essas Cartas.⁵ Neste momento, a busca era pela liberdade individual, de modo que “a liberdade predomina sobre a igualdade, embora esta não seja esquecida”.⁶

Outra característica das Constituições Liberais é a sua concisão. Mas tal se explica tendo em conta o fato de que estas não adentravam no conteúdo das relações sociais, mas somente disciplinavam o Estado, seus poderes e competências, limitando-se, no que pertine aos indivíduos (e não à sociedade), a conferir-lhes direitos fundamentais relacionados à liberdade. Assim, “no Estado liberal do século XIX a Constituição disciplinava somente o poder estatal e os direitos individuais (direitos civil e direitos políticos) ao passo que hoje o Estado social do século XX regula uma esfera muito mais ampla: o poder estatal, a Sociedade e o indivíduo”.⁷

⁴ *Idem*, p. 226.

⁵ *Idem*, p. 228.

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 101.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23 ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 229. Perceba-se que ocorreu um acréscimo do conteúdo regulamentado nas Constituições dos Estados sociais, quando comparadas as dos Estados liberais. Tal acréscimo foi exatamente no sentido de direcionamento, pelo Estado,

Complementando o até então exposto sobre o Estado liberal, interessante colacionar as características básicas do Estado liberal apresentadas por José Afonso da Silva: *submissão ao império da lei*, entendida esta como ato emanado do Poder Legislativo, composto por representantes do povo; *divisão de poderes*; e o *enunciado e garantia dos direitos individuais*. Interessante notar que tais características, por serem não só do Estado liberal, mas do Estado de Direito – tendo em vista que este se trata de um conceito do liberalismo – permanecem como postulados de qualquer Estado que detenha essa configuração, inclusive o Estado social.⁸

Dessa forma, os caracteres apresentados pelo autor supra permanecem sendo aplicados, inclusive no Estado Social. Nesse, fruto da crise do Estado liberal, contudo, há diferença de conteúdo, contrastando-se do primeiro exatamente por conta da inclusão da sociedade como matéria a ser regulada pelo Estado. No liberalismo, a sociedade se auto-regulava, sendo tema proibido nas Constituições prescrições nesse sentido.

De fato, se as Constituições do Estado Liberal fundavam-se no isolamento entre Estado e sociedade, as Constituições que adviram do estabelecimento do Estado Social “incorporaram em seus textos o conflito existente entre as forças sociais, buscando abranger toda uma nova série de direitos e matérias”.⁹

Essa crise do Estado liberal, do que decorre o nascimento do Estado social, pode ser resumida tendo em conta que o caráter individualista e neutro do Estado liberal terminou por provocar, no seio da sociedade, imensas injustiças, de modo que as liberdades burguesas se mostraram insuficientes, do que surgiu, a partir da atuação dos movimentos sociais, a “consciência da necessidade da justiça social”,¹⁰ inserindo nas Constituições conteúdos de direcionamento da sociedade pelo Estado, buscando, exatamente, diminuir as injustiças geradas da separação desses pelo Estado liberal.

dos rumos a serem seguidos pela sociedade para a qual este se volta, consubstanciando-se em razoável acréscimo à disciplina social perpetrada pelas Constituições liberais, onde somente se garantia determinados direitos aos indivíduos frente ao Estado. Muito embora tais direitos permaneçam, há, hoje, a possibilidade de ação estatal invasiva dos rumos a serem escolhidos e seguidos pela sociedade, sendo voltada tal ação à busca do bem comum, mediante a satisfação dos objetivos mais caros à sociedade, inseridos nas Cartas Constitucionais.

⁸ *Curso de direito constitucional positivo*. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 112-113.

⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 58.

¹⁰ *Curso de direito constitucional positivo*. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 115.

Contudo, se anteriormente havia a estabilidade social e homogeneidade dos ideais fundantes do Estado liberal, bem como a aplicação de suas Constituições, o Estado social foi marcado pela instabilidade e caráter de comprometimento de suas Constituições, fazendo inserir em seus textos fórmulas programáticas que terminaram pondo em crise a idéia de eficácia das normas constitucionais.¹¹

Note-se que, muito embora hoje não ocorra mais com tanta freqüência, persiste o debate acerca da juridicidade – contraposta à programaticidade – das normas constitucionais. Isto, sem sombra de dúvidas, ocorre, dentre outros fatores, por conta dos obstáculos oferecidos pelos direitos sociais para a sua conversão em direitos subjetivos correlatos, quando comparados aos direitos de liberdade positivados pelo liberalismo.¹² A própria heterogeneidade desses direitos termina por influenciar nesse sentido.

Não à toa que todas as Constituições resultantes da adoção de um modelo de Estado Social “foram duramente criticadas por serem ideológicas, programáticas, compromissárias ou por não tomarem nenhuma decisão fundamental”.¹³

No entanto, não nos cabe, aqui, discutir a normatividade ou não das disposições constitucionais (tomada, inclusive, como pressuposto para o desenvolvimento do presente trabalho). Como veremos quando do trato do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, aos direitos fundamentais em geral há de ser reconhecido um mínimo de eficácia, sob pena de retirar da Constituição seu caráter de juridicidade.¹⁴

Restando assente a diferenciação, ainda que rápida, entre o Estado liberal e o Estado social, temos que este último, com a inclusão da sociedade dentre os temas regulados pela Constituição, passa não somente a regular a organização e distribuição do poder e os direitos fundamentais dos indivíduos – principalmente frente ao Estado – mas também passa a buscar o bem estar da sociedade, determinando os seus rumos, agindo positivamente nesse sentido.

A idéia de que parte o Estado Social é exatamente a de não se poder atribuir à sociedade sua auto-regulação, com base em seus próprios mecanismos de funcionamento,

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 232.

¹² *Idem*, p. 233.

¹³ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 58.

¹⁴ Ver Cap. III.

visto que isto levaria a uma situação de irracionalidade e injustiça. Nessa esteira, a atuação positiva do Estado “torna-se então imprescindível para a correção dos desvios existentes no meio social”.¹⁵

Note-se que esta ação estatal é exatamente no sentido de reduzir as injustiças sociais levadas a cabo pelo modelo liberal (e que levaram este à crise). O que caracteriza o Estado social – seu caráter prestacional – e que o diferencia com mais força do Estado liberal pressupõe uma forma de atuação para assegurar a realização dos direitos assegurados aos cidadãos nas Constituições, que se traduz nas políticas públicas. Constituem-se estas, pois, atualmente, na forma precípua da atuação estatal.¹⁶

Importante ressaltar que, ao tratar de busca do bem estar social, para o direito, pressupõe-se a determinação prévia de nortes que possibilitem identificá-lo; tais nortes são exatamente os direitos fundamentais, sejam eles os já reconhecidos nas Cartas liberais, sejam os relacionados à intervenção estatal na sociedade (os chamados direitos sociais, como também os direitos de solidariedade).

A identificação do bem-estar a ser buscado pelo Estado com os direitos fundamentais não é conclusão das mais complexas; na verdade, se coaduna com o próprio estabelecimento desses direitos quando do surgimento do Estado social, visto que estes, como já dito, foram inseridos de modo a possibilitar àquela atuação positiva no sentido de distribuição de justiça social.

No mais, tudo isso se identifica com o alerta feito por Comparato, ao defender a urgência na construção de um mundo novo, no qual seja assegurado, a todo ser humano, “o direito elementar à busca da felicidade”, inerente à condição humana.¹⁷ O desdobramento final da própria dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil – e dos direitos fundamentais – não detém outro sentido que não este: possibilidade de buscar a felicidade, devendo o Estado prover o indivíduo que não o consiga por si só das condições mínimas para tanto.

¹⁵ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 59.

¹⁶ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 52.

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 540.

Pois bem, para a busca da felicidade, mediante a realização dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, necessita o Estado social de meios para agir, sendo este um agir positivo, implementando materialmente as situações sem as quais permanece o quadro de injustiça social, distanciando-se a realidade do bem-estar da sociedade a ser incessantemente buscado. E os meios de ação estatal não mais podem ser aqueles relacionados à efetividade – aplicando as conseqüências previstas na norma jurídica aos casos concretos ocorridos no seio social previstos na sua hipótese – visto que, na atividade prestacional do Estado, tem-se a dificuldade inicial de determinação dos pontos de atuação (em que área se vai atuar, e porque nela e não em tantas outras) e de conseqüente dispêndio de recursos; bem como, determinando-se onde o Estado cortará a vida social para prestar serviços (saúde, por exemplo), tem-se o não menos simples problema de determinar o melhor – ou os melhores – meio de atuação material, de modo a alcançar o máximo de prestação com o mínimo de dispêndio de recursos.

Antes, porém, de adentrar na compreensão do que vem a ser uma política pública, enquanto meio de atuação do Estado no sentido de emprestar efetividade aos direitos fundamentais, interessante se faz firmar alguns pressupostos – que se coadunam com o próprio modelo de Estado Social – no que diz com a compreensão do alcance dos direitos fundamentais – e, via de conseqüência, da própria proteção à dignidade da pessoa humana – bem como da posição de prevalência e vinculação da Constituição e de suas normas sobre as demais normas jurídicas do ordenamento.

1.2 Alguns axiomas teóricos consolidados: normatividade e supremacia constitucional, dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Ana Paula de Barcellos, ao tratar da possibilidade de controle das políticas públicas que versem sobre direitos fundamentais, bem resumiu alguns axiomas teóricos que restam, de acordo com seu magistério, consolidados pelo constitucionalismo brasileiro: o primeiro deles deixa claro que todas as disposições constitucionais, sejam elas regras ou princípios, detém normatividade, de modo que “pretendem produzir efeitos no mundo dos fatos e desfrutam da imperatividade própria do Direito”. Além disso, deve-se ter em conta o posicionamento de

superioridade hierárquica das normas constitucionais frente às demais dentro do sistema jurídico.¹⁸

O segundo axioma teórico apresentado pela autora expressa o *status* diferenciado dos direitos fundamentais, não só dentro do sistema constitucional, mas em todo o sistema jurídico. Tem-se a centralidade desses direitos como decorrência da centralidade da dignidade humana, devendo-se compreender e interpretar não só o Direito, mas também as estruturas estatais a partir disso.¹⁹

O terceiro e último axioma apresentado informa que, da noção de Estado de Direito, decorre a submissão dos poderes públicos à Constituição, de forma que o exercício do poder político encontra-se limitado pelas normas jurídicas. Contudo, não cabe à Constituição

invadir os espaços próprios da deliberação majoritária, a ser levada a cabo pelas maiorias democraticamente eleitas em cada momento histórico. Uma das funções de um texto constitucional, porém, é justamente estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais.²⁰

Adotar-se-ão esses três pontos como caminho a ser aqui trilhado no sentido da compreensão dos direitos fundamentais como conformadores do sistema jurídico como um todo, de seu papel de destaque dentro do sistema constitucional, bem como da importância da dignidade da pessoa humana para a compreensão desses direitos, tudo isso funcionando como limitação dos poderes públicos.

Sendo a base através da qual serão delineadas as compreensões sobre o alcance do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, bem como no que pertine ao mínimo existencial, necessário se faz traçar uma compreensão, ainda que mínima, dos ditos e acima transcritos axiomas consolidados, de modo a trilhar o caminho necessário para que se chegue às conclusões pretendidas. Justificativa para isso se faz ao se ter em mente o dito no início deste estudo no sentido de que, mesmo os temas que detenham relativa unanimidade dentro

¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 115.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Idem*.

do direito conterão, em seu bojo, discordâncias, ainda que mínimas, quando da fixação do alcance semântico de seus termos.²¹

Iniciemos, pois, com a compreensão da hierarquia superior da Constituição sobre todas as demais normas jurídicas componentes de um determinado ordenamento.

A estrutura escalonada da ordem jurídica, tendo a Constituição situada em seu topo, nos é apresentada em formulação doutrinária por Kelsen, que bem aduz que “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”, arrematando que “se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado”.²²

A justificativa desse autor para tal conclusão situa-se justamente no fato de que, tendo em vista que o direito regula a sua própria criação, uma norma deverá ser produzida em conformidade com o determinado por outra norma, que lhe serve de fundamento de validade, seja com relação à forma, seja no que pertine ao conteúdo.²³ Isso determina a validade da norma produzida. Nessa estrutura escalonada, onde a norma que regula a produção é a norma superior, a Constituição se situa no topo da cadeia normativa, submetendo-se tão-somente à norma fundamental, cujo conteúdo é exatamente o de respeito à Constituição.²⁴

Seguindo a teoria elaborada por Kelsen, Bobbio compreende o ordenamento jurídico não como formado por um amontoado de normas jurídicas, mas como composto por normas superiores e inferiores, numa estrutura hierárquica, acentuando a importância dessa ordem hierarquizada quando na presença de antinomias dentro do ordenamento jurídico, como um modo para solucioná-las.²⁵

Assim, a Constituição se nos apresenta como norma de hierarquia superior, relacionando-se com as demais normas do ordenamento jurídico como fundamento último de

²¹ Sobre o alcance semântico, ver ECO, Umberto. *O Signo*. 5 ed. Lisboa: Presença, 1997, notadamente em seu texto inicial, intitulado *Premissa*. Sobre a necessidade de fixação de um sistema de referência, para que seja possível a fixação da compreensão dos termos estudados, e conseqüente construção de conhecimento científico, ver Goffredo Telles Júnior. *Direito quântico*. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

²² *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 247.

²³ *Idem*, p. 246.

²⁴ *Ibidem*, p. 237.

²⁵ *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti; rev. da trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 200.

validade – submetendo-se somente à norma fundamental – conformando sua compreensão e solucionando as antinomias que porventura surjam. Além disso, é possível identificar, no interior da Constituição, duas espécies de normas jurídicas: as regras e os princípios. Contudo, e sendo o ordenamento jurídico formado por normas jurídicas, serão ambas espécies de normas. Expliquemos.

Na concepção de Alexy, princípios e regras diferem entre si tendo em vista se constituírem os primeiros em mandamentos de otimização. Assim, “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.²⁶ As regras, por sua vez, ou são satisfeitas ou não satisfeitas. A distinção entre as espécies do gênero norma jurídica é, pois, qualitativa.²⁷

Vale dizer que tanto as regras como os princípios são detentores de força normativa, uma vez que “ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”.²⁸ Muito embora de forma diversa, ambos dizem o que deve-ser, se tratando, pois, de normas jurídicas.

Desse modo, convém diferenciar regras e princípios, ainda, tendo em vista que, enquanto que as primeiras podem entrar em conflito, sendo este solucionado por através de mecanismos fornecidos pelo próprio sistema,²⁹ pela inserção de uma cláusula de exceção numa das regras, de modo a eliminar o conflito, ou, ainda, pela invalidação de uma das regras,³⁰ os princípios podem entrar em colisão, cuja solução será completamente diferente do caso das regras. “Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta”.³¹

²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

²⁷ *Idem*, p. 91.

²⁸ *Ibidem*, p. 87.

²⁹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 111.

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 92.

³¹ *Idem*, p. 93.

Assim, e tendo em conta o propósito não-exaustivo da presente elucidação,³² destaquemos, por fim, o caractere *prima facie* dos princípios e regras, como mais um contraste a entre eles ser realizado. Os princípios, neste ponto, exigem a realização de algo, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas presentes, da melhor forma possível, não tendo, assim, um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, enquanto que as regras exigem, ordinariamente, o cumprimento do que por elas ordenado.³³

Chegamos, assim, à primeira conclusão: as normas constitucionais, sejam elas regras ou princípios, são dotadas da imperatividade ínsita às normas jurídicas. E mais, sendo situadas no topo da hierarquia normativa, vão servir de fundamento de validade a todo o ordenamento, tendencionando a necessária compreensão sistemática do direito de acordo com seus termos.

Mas, pergunta-se, como podem chegar ao momento de produção de efeitos no mundo dos fatos essas normas constitucionais? Todas se apresentam como inexoravelmente intervenientes na realidade fática? Ora, muito embora a emblemática prescrição do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, combinado com o parágrafo que lhe segue,³⁴ a realidade mostra que, ou a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais simplesmente não vem ocorrendo no plano da realidade, ou a compreensão deste termo se mostra equivocada. Na realidade, como será visto mais adiante, trata-se de um pouco de ambos.

Dando seqüência à análise dos chamados axiomas consolidados, é de se frisar que os direitos fundamentais detêm *status* diferenciado dentro do sistema constitucional, e, por conseqüência, dentro do ordenamento jurídico como um todo. Tal afirmação decorre de dois dados: o primeiro, a dignidade da pessoa humana como sendo fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III); o segundo, a consagração dos direitos fundamentais dentre

³² De fato, não sendo objeto do presente estudo a diferenciação entre normas e princípios, basta-nos ter em mente os principais caracteres que nos permitam proceder nesse contraste.

³³ *Idem*, pp. 103-104. Note-se que as regras ordinariamente exigem o cumprimento do que ordenam, tendo um caráter definitivo, que contrasta com o dos princípios, que se apresentam não como contendo um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Esse modelo é aprofundado pelo autor, onde resta demonstrada a possibilidade de as regras perderem seu caráter definitivo, contudo de forma diversa dos princípios. Contudo, a distinção tendo em conta o caráter *prima facie* distinto permanece.

³⁴ Art. 5º, §§ 1º e 2º da CF, respectivamente, prevêem que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ressalte-se que a soma da aplicação imediata com a presença de direitos fundamentais em outras partes da Carta Magna bem como do ordenamento jurídico claramente nos trazem o posicionamento do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado como fundamental. O tema será retomado mais adiante, quando do trato pormenorizado desse direito.

as chamadas cláusulas pétreas, não podendo ser chamais alterados, a não ser que se instale uma nova ordem jurídica (art. 60, § 4º, IV).³⁵

A centralidade do homem e de sua dignidade, elemento axiológico que dá substrato à inclusão dos textos prescritivos acima referenciados, diz com o próprio conteúdo da dignidade da pessoa humana, estudada no próximo capítulo.

Além disso, e tendo em conta que estamos aqui a nos voltar para o sistema jurídico brasileiro, não deve causar espécie a consideração da centralidade do homem para o correto entendimento dos comandos normativos nele inseridos, tendo em vista que, além de isso decorrer de um dos fundamentos da República, bem como da própria sistemática da Lei Maior, a estruturação do Estado Brasileiro em Democrático de Direito faz isso emergir de forma incontestável. Não deixa pairar dúvidas a Constituição Federal, que fez constar, ainda dentre seus fundamentos, ao lado da dignidade da pessoa humana, apenas um elemento relacionado diretamente ao Estado (a soberania), tratando-se os demais (cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político) de desdobramentos da centralidade do homem e de sua dignidade para o direito. Arremata, ainda, em seu parágrafo único, com a atribuição de todo o poder estatal ao povo.

As normas constitucionais, desse modo, detêm hierarquia superior, e, dentro delas, os direitos fundamentais se destacam como nortes conformadores de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, não há como se admitir qualquer interpretação que descambe na possibilidade de o poder público atuar sem respeitar as prescrições veiculadoras dos direitos fundamentais. Qualquer atuação nesse sentido será, irremediavelmente, inconstitucional, podendo haver, inclusive, o acionamento do Judiciário, para que faça garantir o cumprimento da Constituição.

Contudo, para que possa ocorrer a busca pela efetividade dos direitos fundamentais – bem como da dignidade da pessoa humana – tem o Estado de agir, tomando por norte interpretativo e definitório dos mecanismos e objetivos dessa ação a centralidade da Constituição. Esta ação estatal, onde há a interferência daquele nos rumos da sociedade, é

³⁵ Ver, nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, pp. 17-18.

realizada, no mais das vezes, por meio das políticas públicas, cuja compreensão é agora buscada.³⁶

1.3 A atuação prestacional do Estado Social e seu principal instrumento: as políticas públicas.

Em sendo o objeto do presente estudo a busca pela efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, necessário se faz a compreensão do instrumento estatal que possibilita tal investigação, não só para esse direito, mas para todos os direitos fundamentais.

A complexidade na determinação desse conceito resta, pois, assente, tendo em conta que a cada direito caberá uma forma de atuação estatal diversa, sendo necessário maior ou menor participação popular na determinação dos critérios materiais de atuação.

Iniciemos, pois, tendo em conta a indubitável polissemia dos signos, com a afirmação de que, seja em política, seja em pública, seja em políticas públicas, dado o fato de serem signos, encontraremos para eles diversos significados. Parece-nos que, na busca de identificar o que o termo *política* quer significar quando ao lado de *públicas*, a melhor alternativa é exatamente a de compreender os usos desse termo na língua inglesa, tendo em vista que, nesta, são utilizados signos diversos a depender do seu significado, enquanto que, na língua portuguesa, há somente um signo a carregar todas as significações possíveis.

Desse modo, temos a utilização de três termos, a depender do significado de política: *polity*, quando se contrapõe a esfera política, inserida no ordenamento jurídico estatal (prevendo, por exemplo, a estruturação do Estado e os direitos fundamentais de seus cidadãos) à sociedade civil; *politics*, enquanto atividade política (no sentido de jogo político, donde resultam as decisões governamentais); e *policy*, como sendo a ação governamental, pública.³⁷

³⁶ O Estado, na sua interferência na sociedade no que diz com os rumos a serem por esta seguidos atua não somente por meio de políticas públicas, senão também através da aplicação das normas jurídicas aos casos concretos. Esta atuação, contudo, é incapaz de fazer com que, entre outras questões, o Estado se projete sobre a sociedade no sentido de prestar determinados serviços. Desse modo, o principal instrumental de atuação estatal no sentido de agir positivo para promover os direitos fundamentais – prestando serviços, fomentando direitos – se consubstancia nas políticas públicas.

³⁷ COUTO, Cláudio Gonçalves. *Política constitucional, política competitiva e políticas públicas*. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp.

Em se conectando as políticas públicas com o último sentido exposto, qual seja o de ação pública, interessante se faz trazer o afirmado por Couto, no sentido de que a produção de políticas públicas é condicionada às outras duas compreensões do termo política, as quais chama de política competitiva e política constitucional – *politics* e *polity*, respectivamente – explicando da seguinte forma

Primeiramente, a Constituição define os parâmetros possíveis no âmbito dos quais a competição política pode se desenvolver – ou seja, as regras do jogo. Em segundo lugar, ela estipula os conteúdos legítimos das políticas públicas que resultam dos desfechos do jogo político – determinando quais programas de ação governamental poderão ser iniciados, interrompidos, alterados ou prosseguidos. Na denominação em inglês, teríamos aqui a *policy*.³⁸

Desse modo, a expressão políticas públicas se volta justamente para a significação de que é a “política do público, de todos e para todos”.³⁹ Situa-se, pois, conectada com o já anteriormente afirmado, no sentido de instrumento de atuação estatal voltada para a busca do bem comum.

1.3.1 Conceito de política pública.

Buscando um conceito de políticas públicas, temos a presença, na doutrina, de diversos direcionamentos, nos quais realizaremos rápida incursão.⁴⁰ Assim, interessante se faz a apresentação dos conceitos mais importantes, de modo a, posteriormente, possibilitar a fixação do conceito a ser utilizado no presente estudo.

Ronald Dworkin apresenta compreensão de política, no sentido de ser esta um tipo de padrão – norma jurídica – que estabelece um objetivo a se alcançar, o qual, em geral, se volta para a melhora de aspectos políticos, sociais ou econômicos de uma comunidade.⁴¹

Comparato, por sua vez, compreende a política pública como uma atividade, ou seja, “um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo

98-99; MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 60.

³⁸ COUTO, Cláudio Gonçalves. *Política constitucional, política competitiva e políticas públicas*, 2006, p. 99.

³⁹ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*, 2006, p. 61.

⁴⁰ Interessante resumo sobre diversas posturas acerca do conceito de políticas públicas encontradas na doutrina – do qual nos utilizaremos – é o apresentado por Patrícia Helena Massa-Arzabe, in *Dimensão jurídica das políticas públicas*, 2006, p. 61 e ss.

⁴¹ *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho, 2002, p. 72.

determinado” aduzindo, ainda, que a política pública, identificada como um conjunto de normas e atos, “é unificada pela sua finalidade”.⁴²

Krell, concordando com o entendimento de Comparato acerca das políticas públicas, assevera que “a essência de qualquer política pública é distinguir e diferenciar, realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade”. Desse modo, tais políticas resultam das decisões, consubstanciadas em escolhas, perpetradas pelos vários centros de decisão estatal, se encontrando limitadas pelas “normas constitucionais ‘programáticas’”.⁴³

Grau, por sua vez, conceitua políticas públicas como sendo “todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”, afirmando, ainda, que isso “de tal forma se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma política pública”.⁴⁴ Sintetizando diversos entendimentos acerca do conceito de política pública, Massa-Arzabe a visualiza, a partir da fixação de ser ela uma atividade, como

Conjuntos de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direitos e de objetivos social e juridicamente relevantes, notadamente plasmados na distribuição e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim, como a liberdade de escolha para fazerem uso desses recursos.⁴⁵

Além da apresentação de diversos caracteres identificadores de uma política pública, a autora a distingue, a partir da menção da sua estabilidade no tempo, de programas desenvolvidos momentaneamente, em curto espaço de tempo, pretendendo o tendencionamento em épocas pré-eleitorais.

Dando continuidade a essa rápida compilação de conceitos apresentados pela doutrina pretendentes a compreender juridicamente às políticas públicas – a partir dos quais fixaremos

⁴² COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_138/r138-04.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2009, p. 45.

⁴³ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Poro Alegre: SAFE, 2002, p. 101.

⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 26.

⁴⁵ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*, 2006, p. 63.

o nosso – cabe menção ao conceito apresentado por Bucci, o qual, muito embora extenso, como no último caso, vale ser reproduzido:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo 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, 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.⁴⁶

Fazendo uso de conceito desenvolvido em momento anterior pela autora supra – no qual esta não havia ainda incluído o aspecto processual em seu conceito⁴⁷ – Barcellos fixa seu entendimento acerca das políticas públicas nesse mesmo sentido.⁴⁸

Para os fins do presente estudo, a compreensão de políticas públicas a ser utilizada haverá de ser exatamente esta última, tendo em vista a apreensão dos seus caracteres identificadores, de modo a tornar possível a sua apreensão e posterior controle.

Note-se que, quando comparada aos conceitos propostos pelos demais autores, o proposto por Bucci termina por abrangê-los – menos o de Grau, tendo em vista sua excessiva abrangência – acrescentando, porém, alguns elementos, que permitem identificar uma política pública.

A autora, para tanto, além da temporalidade na execução, da realização de objetivos, da necessária reserva dos meios para sua consecução e da busca do atingimento de resultados,

⁴⁶ 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. 39.

⁴⁷ A autora acrescenta, no artigo do qual fora extraído o conceito de políticas públicas apresentado, o aspecto processual, ao ser contrastado com o anteriormente apresentado em seu *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 112.

identifica os seguintes elementos estruturantes, a permitir a identificação de uma política pública: ação-coordenação, processo e programa.⁴⁹

Comentando rapidamente esses elementos, tem-se que no programa é encontrado o conteúdo mesmo da política pública, individualizando as “unidades de ação administrativa, relacionadas aos resultados que se pretende alcançar”. Assim, é no programa de uma política pública que encontramos os seus objetivos, bem como os instrumentos de ação e avaliação, e, ainda, os recursos possibilitadores da sua execução.⁵⁰

A feição da política pública será delineada, pois, no seu programa, visto que é nele que aquela se apresenta materialmente, restando nele presentes não só os objetivos e meios de persecução, senão ainda os resultados que se pretende e o tempo no qual estes devem ser buscados, permitindo avaliação posterior.⁵¹

No programa teremos acesso às características da política pública, ao direito fundamental (ou direitos) que se pretende assegurar, fomentar, ou implementar. Assim, há de estar o programa em conformidade com as diretrizes constitucionais.

Já no que pertine à chamada ação-coordenação, dado o fato de que “a nota característica da política pública é tratar-se de programa de *ação*”,⁵² há a pressuposição da prática de uma ação no sentido da busca dos objetivos expostos no programa. Contudo, não se trata de qualquer ação, mas de uma ação coordenada, seja entre os poderes públicos, entre os entes federativos, entre os órgãos de um mesmo ente, ou entre o Estado e a sociedade civil, há de haver a prática de atos coordenada no sentido de emprestar efetividade aos direitos que se busca implementar através da política pública.

A participação da sociedade civil nas políticas pública não deve causar espécie. Do contrário, esta intervém tanto no momento de elaboração das políticas como na sua execução, seja através dos instrumentos de democracia participativa, seja atuando em substituição do Estado. O próprio art. 225 da CF é expresso ao prescrever que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia

⁴⁹ 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. 40.

⁵⁰ *Idem*, pp. 40-41.

⁵¹ *Idem*, pp. 42-43.

⁵² *Idem*, p. 43.

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”.

A inclusão da coletividade como sujeito a quem incumbe o dever de proteção do meio ambiente não é mera recomendação, mas imposição da Carta Magna, uma vez que, sem o esforço conjunto dessa e do Estado, resta praticamente impossibilitado o sucesso na busca da efetividade desse direito fundamental. A Constituição chama, assim, os indivíduos, incitando-os a se organizarem e a buscarem auxiliar o Estado na implementação dos direitos fundamentais.

Com relação ao elemento processo, que se liga à questão da participação na formulação das políticas públicas. Outro aspecto desse elemento é a consideração do fator temporal, tanto no que diz com a obtenção dos resultados pretendidos, como na escolha dos períodos propícios para tomar as medidas exigidas para a melhor execução da política pública.

Uma última ponderação se mostra necessária. É que, no sentido da advertência de Barcellos, o conceito de políticas públicas se mostra bastante abrangente, visto que compreende “não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas”.⁵³

Importante deixar claro que não se passará aqui a defender um conceito restrito de política pública. Não. Na verdade, da constatação de ser esta um fenômeno amplo e complexo, que compreende diversos atos, diversos sujeitos e múltiplas formas de atuação, e do fato de que se está aqui a estudar a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado – cuja implementação será, principalmente, e em seu sentido de atuação positiva do Estado, através das políticas públicas – faz-se produtivo voltar-se, no presente estudo, ao seu aspecto relacionado às ações concretas realizadas.⁵⁴

⁵³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 112.

⁵⁴ *Idem*.

Assim, é exatamente no momento da ação estatal no sentido de prestar as atividades previstas nas políticas públicas que estas se relacionarão com as competências administrativas comuns previstas no art. 23 da Constituição Federal, visto que a partir dessas é que deverão ser buscados critérios para a definição da atuação de cada um dos entes federativos no que diz com determinadas políticas públicas (dentre elas as relacionadas com o direito fundamental que aqui será estudado). Tenha-se, pois, desde já, em mente o presente corte metodológico sobre as políticas públicas para o presente estudo.

Restando explicitado o conceito de política pública, exsurge dele a constatação de que esta não será consubstanciada numa só norma jurídica; muito menos num só instrumento normativo.⁵⁵

1.3.2 Sobre a possibilidade de controle das políticas públicas.

Todo o desenvolvimento até aqui realizado não teve outro objetivo senão responder à seguinte questão: identificada uma política pública, é possível sobre ela exercer algum tipo de controle?

Muito embora se retorne posteriormente a essa questão no presente trabalho – já analisando os parâmetros de controle – neste momento se mostra cabível já responder à questão acima posta em sentido afirmativo. Contudo, ao se afirmar tal possibilidade, passa-se, pois, à busca do *como* proceder nesse sentido, ou seja, identificando os nortes a partir dos quais se procederá ao controle.

Nesse sentido, o controle dos atos normativos individualizados relacionados à prática da política pública tem já consagrados os mecanismos de controle: de fato, não resta muita discussão acerca da possibilidade de controle de legalidade ou de constitucionalidade de leis e decretos, seja em seu aspecto formal – consonância com o procedimento de produção de normas jurídicas – seja no que diz com seu conteúdo, tendo em vista que este não pode

⁵⁵ É possível prever, inclusive, que é praticamente impossível pensar que uma política pública possa ser traduzida normativamente num instrumento ou num conjunto de instrumentos normativos de uma mesma espécie, tendo em conta a extensa e dinâmica produção de textos legais tanto na sua elaboração como na sua execução, pressupondo a convivência de leis ordinárias, decretos, regulamentos, portarias, entre outros.

afrontar os conteúdos das normas das quais retira fundamento de validade – normas jurídicas hierarquicamente superiores – principalmente os princípios.⁵⁶

Restam, entretanto, ainda, os aspectos, inseridos no elemento *programa*, capazes de ensejar alguma discussão acerca da possibilidade de seu controle, os quais podemos dividir em dois blocos: um, formado pelos meios utilizados para a atuação estatal prestacional, e outro pelas finalidades buscadas por essa ação.

Tendo em conta a afirmação anteriormente feita – de que retornaremos ao tema com a profundidade exigida em momento posterior – tenhamos em mente, por hora, que é possível proceder nesse controle – mais, que é necessária a sua realização – principalmente por conta da imprescindível consonância material das normas jurídicas com aquelas outras das quais retiram seu fundamento de validade, o que, por si só, já o justifica.

Tomando, pois, em conta que todas as políticas públicas – e com as relacionadas à efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não poderia ser diferente – retiram seu fundamento de validade para elaboração e execução das pautas constitucionalmente traçadas, controlam-se as finalidades das políticas públicas sempre tendo em conta que estas devem traduzir aquelas já delineadas na Carta Magna.

Por outro lado, o controle dos meios a serem utilizados para tanto se traduz no respeito, por esses, dos direitos fundamentais, bem como na constante tensão entre a escolha da realização de gastos com a “reserva do possível” (dada a limitação dos recursos públicos) e ainda com os princípios norteadores de toda a atividade administrativa, consagrados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, principalmente o da eficiência.

Outrossim, tendo em conta que o presente trabalho objetiva analisar as políticas públicas e seu exercício pelos entes federativos – conferido a partir do estabelecimento das competências administrativas pelo art. 23 da Constituição e das implicações daí resultantes – relacionadas à busca da efetividade do direito ao meio ambiente equilibrado resta imperativo, antes de adentrar na análise desses mecanismos de limitação e controle das políticas públicas, faz-se necessário proceder na fixação da nossa compreensão acerca do direito fundamental ao

⁵⁶ “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma”. KELSEN, Hans. *Teria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado, 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 215.

meio ambiente equilibrado, relacionando-o com a dignidade da pessoa humana, de onde decorre, bem como com o núcleo desta, onde deve restar situado.

A busca da efetividade de um direito fundamental há de pressupor a sua compreensão; passemos, pois, a estudá-lo, atentando para o conceito do objeto por ele tutelado – o meio ambiente – bem como para a sua fundamentalidade e supra-estatalidade.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO, A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O SEU NÚCLEO – O MÍNIMO EXISTENCIAL

Neste passo, tendo em conta que o direito fundamental objeto de nosso estudo, cuja efetividade pela prática de políticas públicas, bem como pela determinação de qual ente federativo deve atuar, é o que assegura um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impende estudá-lo.

O objetivo do presente capítulo é, pois, este. Para realizá-lo, procederemos em uma rápida consideração do que vem a ser o meio ambiente, tendo em conta ser ele o objeto tutelado pelo direito fundamental em estudo. Além disso, necessário se faz estudar o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em conta que, além de ser fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF) serve ele, como veremos, de fundamento aos direitos fundamentais.

Passaremos, por fim, para o estudo do núcleo da dignidade da pessoa humana – composto pelo chamado mínimo existencial – bem como pela possibilidade de que se tenha, como nele incluso, o direito ao meio ambiente equilibrado, constituindo o mínimo existencial ambiental. A definição desse mínimo existencial, principalmente do que vem a restar incluso no seu conteúdo, é de fundamental importância, tendo em vista que serve de substrato para determinar o que pode ser exigido de imediato na via judicial, e o que resta posto na margem de discricionariedade política.

Além disso, determina, por outra via, que temas devem ser, antes de quaisquer outros, imediatamente implementados pelo Poder Legislativo. Tudo isto se conecta, como veremos, à questão das competências administrativas comuns e à necessidade de que haja algum critério que possibilite determinar como estas serão exercidas, vez que a partir delas se saberá, de um lado, quem deve elaborar e executar uma política, e, de outro, de quem exigir eventual prestação, tenha-se política pública para a efetivação daquele direito fundamental ou não.

Interessante afirmar, outrossim, que não estamos adotando, no presente trabalho, quaisquer distinções entre direitos humanos e direitos fundamentais, que serão utilizados aqui como sinônimos.⁵⁷

2.1 O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O art. 225 da Constituição Federal prescreve o seguinte: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Além disso, tem-se a exata dicção do seu parágrafo primeiro, traçando medidas – incumbidas ao Poder Público – que buscam “assegurar a efetividade desse direito”.

Ora, transparece daí que a lógica constitucional é pela busca da maior efetividade possível desse direito, tendo inclusive a disposição de medidas concretas a serem implementadas pelo Estado nesse sentido. Mas, pergunta-se, o que é o meio ambiente?

2.1.1 O bem tutelado: meio ambiente.

Antes de adentrar no direito que o protege, como pressuposto de sua própria compreensão, necessário tecer o conceito de meio ambiente. O meio ambiente pode ser definido como abrangendo

toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos. Temos aqui, então, um detalhamento do tema: de um lado, com o *meio ambiente natural*, ou físico, constituído pelo solo, pela água, pelo ar, pela energia, pela fauna e pela flora; e, do outro, com o *meio ambiente artificial* (ou humano), formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidos pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística e demais construções.⁵⁸ (destaques no original)

⁵⁷ Neste mesmo sentido, ver SARMENTO, George. *Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais*, in Revista do mestrado em direito, v. 1, n. 1, dez 2005. Maceió: Nossa Livraria, 2005. Em sentido diverso, apresentando diferenciação entre os termos, ver MELO, Angelo Braga Netto Rodrigues de. *Direitos fundamentais, igualdade e substituição tributária progressiva*. in Revista do mestrado em direito, v. 2, n. 2, jun 2006. Maceió: Nossa Livraria, 2006. Para uma análise das expressões utilizadas para designar esses direitos, ver SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed., ver. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 175-179.

⁵⁸ MILARÈ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 99.

Propõe definição semelhante a esta José Afonso da Silva, ao afirmar ser o meio ambiente a “interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.⁵⁹

Destaque-se que estamos aqui a fazer uso da definição mais ampla de meio ambiente – a estrita contempla somente o meio ambiente natural –, não só por entender o meio ambiente com tendo esse viés mais abrangente, como por ter este conceito conexão com a própria definição legal de meio ambiente. A lei n. 6.938/1981, instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente, prevê, no seu art. 3º, I, ser o 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”. Desse modo, vai-se além do conceito restrito de meio ambiente, para abranger a vida em todas as suas formas, em suas mais diversas interações. Ora, a vida humana, em suas interações, produz o meio ambiente artificial.

Além disso, também se mostra adequado este posicionamento com o preceito constitucional que prevê a proteção do meio ambiente, anteriormente explicitado. Muito embora todo o exposto, este conceito de meio ambiente não encontra consenso na doutrina, havendo os que defendam que o homem não o integra.⁶⁰

Desse modo, salta aos olhos o objeto do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não se está a referir somente aos recursos naturais, às florestas, à fauna, à flora, mas a todo o ambiente do qual faça parte o ser humano, no qual esta desenvolve suas potencialidades, seus direitos e liberdades.

Temos aí, pois, um direito de fruição coletiva, de caráter difuso, uma vez que, ao mesmo tempo em que é de cada um a prerrogativa de viver num meio ambiente preservado, equilibrado, que possibilite uma vida digna, é também de todos, que têm direito a esta mesma fruição, nestes mesmos moldes. E mais, é de todos não somente no sentido de todos da geração atual, mas também das gerações futuras, visto que, considerar de outro modo possibilitaria comprometer a própria existência das mesmas.

⁵⁹ *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 20.

⁶⁰ TRENNEPOHL, Natascha. *Seguro Ambiental*. Bahia: Jus Podium, 2008, p. 41.

O equilíbrio, que adjectiva o meio ambiente, para qualificá-lo como direito fundamental, é justamente aquele que se conecta com a idéia de respeito ao equilíbrio ecológico, sem excluir o equilíbrio urbano, no sentido de se ter uma cidade visualmente agradável, limpa, enfim, onde haja um balanceamento entre intervenção humana planejada e manutenção das características naturais, proporcionando a existência de um ambiente condizente com a fruição dos direitos fundamentais.

Desse modo, tem-se explicitado o objeto de proteção do direito a ser estudado. Adiante-se que, tendo em conta sua inegável amplitude, o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado termina por conter outros direitos fundamentais, no sentido de ser pressuposto mesmo de sua fruição.⁶¹

2.1.2 A fundamentalidade desse direito.

Muito embora, tendo em conta a clara prescrição do § 2º do art. 5º da Constituição Federal⁶² – que nos dá a certeza de ser o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado fundamental – para evitar eventuais discussões sobre os pressupostos ora fixados, é interessante afirmar, de modo incontestado, a natureza de direito fundamental do direito ao meio ambiente equilibrado.

Sobre os direitos fundamentais, a título de conceituação, temos, de forma simplificada, mas clara, que os direitos fundamentais são aqueles que “limitam os poderes do Estado”.⁶³ Com base nesta idéia de limitação, somada à de determinação de ação positiva do poder público, assevera Welton Roberto⁶⁴ que

Desta forma e nesta esteira de pensamento podemos verificar que os direitos fundamentais se posicionam frente ao Estado como idealizadores de um programa normativo impositivo e gerador de direitos deveres entre Estado-indivíduos, indivíduos-indivíduos e Estados-Estados na conformação de uma

⁶¹ Interessante frisar que, sem um meio ambiente adequado, compromete-se, principalmente, o direito à saúde. Mas não só. Outros direitos podem ser, ainda que indiretamente, comprometidos por conta de um ambiente degradado: a educação, o exercício da propriedade, da liberdade, e, a depender do nível de degradação – seja do meio ambiente natural, seja do artificial (dentre eles o urbano) – o próprio direito à vida (pressuposto de fruição dos demais direitos) resta ameaçado.

⁶² “§2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁶³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, tomo IV*. São Paulo: RT, 1967, p. 625. Grafia do original.

⁶⁴ *Os direitos de personalidade sob uma nova concepção fundamental de direitos humanos*. Revista do mestrado em direito, v. 2, n. 2, jun 2006. Maceió: Nossa Livraria, 2006, p. 411.

sociedade que visa elencar bens juridicamente tuteláveis e indisponíveis para a própria natureza existencial desta.

O direito ao meio ambiente equilibrado está positivado no art. 225, *caput*, da Constituição Federal, se enquadrando dentre aqueles direitos chamados de terceira geração, e se apresenta como essencialmente difuso.⁶⁵ Decorre de forma direta do direito à vida – uma vez que, de forma absoluta, sem o meio ambiente, bem como sem a sua proteção para que continue a existir para as presentes e futuras gerações, a própria existência da raça humana resta comprometida –, garantindo a liberdade, visando ao tratamento isonômico das gerações futuras (que têm o mesmo direito de usufruir o meio ambiente que a atual), tendo ainda em si conformada a função social da propriedade.

Sendo, pois, extensão do direito à vida, se constitui como princípio que condiciona todo o ordenamento jurídico ambiental, se conformando dentre as cláusulas pétreas.⁶⁶ Dessa forma, concluir pela fundamentalidade desse direito é lógico e imprescindível. Tendo existência própria, não deixa ele de ser pressuposto necessário e inexorável dos direitos acima discriminados, sem exclusão de outros, que dele dependam para ser usufruídos.

As pessoas, além de terem direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, para dele usufruir, como direito de todos, têm neste mesmo direito a função de possibilitador mínimo para a fruição de vários outros, dentre os quais é de se destacar, por sua importância, o direito à vida e a própria dignidade da pessoa humana, a qual, não é demais repetir, se constitui em fundamento da República Federativa do Brasil.

Tendo em vista a particularidade de ser a dignidade da pessoa humana fundamento dos demais direitos humanos, cabe conceituá-la, bem como deixar assente esta sua posição de pedra angular.

2.1.3 Sua relação com a dignidade da pessoa humana.

No que pertine à dignidade da pessoa humana, convém frisar que esta, segundo conceituação apresentada por Ingo Wolfgang Sarlet, se consubstancia numa “qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo

⁶⁵ GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais*. Curitiba. Juruá. 2003, p. 68.

⁶⁶ MILARÊ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 158.

respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”.⁶⁷ Para tanto, devem-lhe ser atribuídos uma gama de direitos e deveres fundamentais que o assegurem contra atos degradantes ou desumanos, garantindo-lhe, também, condições mínimas que possibilitem uma existência saudável, de modo a que seja possível “sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.⁶⁸

Compartilhamos com este autor ainda o posicionamento de ser a dignidade da pessoa humana fundamento dos demais direitos fundamentais⁶⁹, dentre os quais o direito ao meio ambiente equilibrado, muito embora ela, com poucas exceções, somente veio a ser reconhecida expressamente nas Constituições no quadro do pós-2ª Guerra Mundial, após sua consagração pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948.⁷⁰ Cabe aqui, ainda, a advertência de que

a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, não poderá ela própria ser concedida pelo ordenamento jurídico. [...] Assim, quando se fala – no nosso sentir equivocadamente – em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa.⁷¹

De fato, o reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa não confere a esta a dignidade, antes, já a detém. O que pode ocorrer é a não proteção dessa dignidade pelo ordenamento jurídico. Não há, pois, atribuição, mas tutela. A importância de se ter em mente a dignidade da pessoa humana como caractere intrínseco de todo e qualquer ser humano, e por isto fundamento de todos os demais direitos humanos e fundamentais⁷², ressalta em importância, uma vez que estamos aqui a falar de direitos desse gênero.

Interessante incursão na dignidade da pessoa humana realiza Ana Paula de Barcellos, da qual procura extrair os fundamentos para a existência jurídica de um mínimo existencial

⁶⁷ *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ *Idem*, p. 73.

⁷⁰ *Idem*, p. 66.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, pp. 73-74.

⁷² Não se tem a dignidade da pessoa humana como fundamento apenas dos direitos reconhecidos dentro de um determinado ordenamento jurídico, como também o sendo no que pertine às normas de proteção do ser humano consagradas na ordem internacional (lembre-se a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais acima realizada).

dentro dos direitos sociais, como sendo um núcleo não passível de desrespeito ou não implementação, ao qual é conferida eficácia jurídica positiva⁷³, devendo ser sempre buscada sua implementação, inclusive através do Judiciário.

Para além do núcleo da dignidade da pessoa humana – consubstanciado no mínimo existencial⁷⁴ – tem-se a construção de seu conteúdo pela esfera política, dependente das circunstâncias sociais na qual se insere, podendo mesmo se afirmar que, “sob o manto da dignidade da pessoa humana podem abrigar-se as concepções mais diversas”.⁷⁵

Esses direitos podem ser situados, pois, como desdobramentos da própria dignidade da pessoa humana, que pressupõe a atuação positiva do Estado no sentido de prestar serviços aos necessitados, de modo a emprestar efetividade também ao princípio da isonomia, em sua feição material.

Mas, se estamos aqui a tratar do direito fundamental a um meio ambiente equilibrado, em sendo este inserido dentre aqueles direitos fundamentais difusos (de terceira geração, ou dimensão), levando em conta o acima afirmado – de que somente o mínimo existencial restaria inserido no núcleo da dignidade da pessoa humana, tendo a gama restante de direitos sua construção dentro da esfera política – está o direito fundamental por nós estudado inserido ou não do núcleo da dignidade da pessoa humana?

A importância de tal questionamento, como se verá logo mais, reside justamente no fato de que a possibilidade de exigência imediata dos direitos fundamentais cinge-se ao núcleo da dignidade da pessoa humana, consubstanciado no mínimo existencial. Desse modo, a depender de como fique localizado o direito ao meio ambiente equilibrado, este terá precedência em relação aos demais (no sentido de pressuposto para o usufruto dos demais, e não de hierarquia), podendo ser, inclusive, imediatamente exigido judicialmente.

⁷³ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 114.

⁷⁴ Trataremos, neste capítulo, de forma mais detida, da questão do mínimo existencial, bem como seu desdobramento em mínimo existencial ambiental.

⁷⁵ *Idem*, pp. 248-251.

Interessante estudo no sentido de compreender a dimensão ambiental da dignidade da pessoa humana é o perpetrado por Tiago Fensterseifer⁷⁶. De fato, constata esse autor que “o conteúdo conceitual e normativo do princípio da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionado à qualidade do ambiente”, tendo em vista o fato de estar o ambiente “presente nas questões mais vitais e elementares da condição humana, além de ser essencial à sobrevivência do ser humano como espécie animal”.⁷⁷

Dessa forma, negar interação entre a dignidade humana e os direitos presentes no seu núcleo e o meio ambiente seria mesmo deixar de levar em conta as interações presentes entre a ausência de proteção ambiental – seja na esfera natural ou artificial – e os impactos direitos sofridos na própria dignidade.

Chega-se, assim, a uma concepção de dignidade humana ambiental, visto que, para o pleno exercício desta, hão de ser garantidas condições ambientais mínimas, sob pena de comprometer inclusive a existência dos indivíduos.

Tendo em vista que estamos a falar do mínimo existencial, importante se faz proceder em análise mais detida do que vem se consubstanciar nessa garantia, que direitos fundamentais podem ser entendidos como nele inseridos, bem como sobre a compreensão de um mínimo existencial ambiental, onde o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado resta necessariamente presente no núcleo da dignidade.

Antes, porém, de partir para a análise do direito ao meio ambiente como inserido no mínimo existencial, interessante se faz deixar claro que o mesmo é dotado, inclusive, de supra-estatalidade, tornando o seu respeito e implementação um imperativo não só de ordem nacional – visto a previsão constitucional de sua efetivação – mas também internacional.

2.1.4 Seu caráter de supra-estatalidade.

Inicialmente, convém trazer a classificação dos direitos fundamentais proposta por Pontes de Miranda, que, como bem resumido por George Sarmento⁷⁸, utilizou-se dos

⁷⁶ *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.

⁷⁷ *Idem*, pp. 61-62.

⁷⁸ SARMENTO, George. *Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais*. Revista do mestrado em direito. v. 1, n. 1, dez. 2005. Maceió: Nossa Livraria, 2005, p. 18.

seguintes parâmetros: a) ordem jurídica: direitos fundamentais estatais e supra-estatais; b) organizabilidade: absolutos e relativos; c) prestação: negativos e positivos; e d) subjetividade: subjetivos e insubjetivados.

A questão da supra-estatalidade, ou seja, da existência acima do Estado de alguns direitos humanos⁷⁹, é trazida por Pontes de Miranda, notadamente ao afirmar que os “direitos fundamentais valem *perante* o Estado, e não pelo *acidente da regra constitucional*”, completando que estes direitos não têm sua existência ditada pelo Estado, mas tão-somente sua proteção, de modo que “a sua essência, a sua supra-estatalidade [...] é inorganizável pelo Estado; o que é organizável [...] é a proteção jurídica”.⁸⁰

Desse modo, são provenientes da ordem jurídica internacional, notadamente da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, bem como dos pactos e tratados celebrados. Contudo, como essa declaração foi a primeira elaborada pela Organização das Nações Unidas, inaugurou a atual concepção dos direitos humanos, e conta com um número expressivo de países signatários, se constitui, sem dúvida, atualmente, no mais importante documento de fundamentação do direito das gentes.⁸¹ Com base nisto, “sua incidência não depende de reconhecimento constitucional, já que pertencem a ordem jurídica superior e acima do Estado”⁸², cabendo a este, somente, estabelecer as exceções a tais direitos.

Por outro lado, o próprio Pontes de Miranda reconhece a possibilidade de haverem direitos fundamentais que, muito embora sejam conteúdo de tratados celebrados entre Estados, não detém natureza supra-estatal.⁸³ Não é em outra linha que assevera que “cumpre, porém, observar-se que as Constituições, às vezes, fazem *fundamental* o que não é (ou ainda

⁷⁹ Tenhamos em mente a já referida indistinção entre os termos direitos humanos e direitos fundamentais no presente estudo.

⁸⁰ *Comentários à Constituição de 1967, tomo IV*. 1967, p. 621.

⁸¹ A expressão “direito das gentes” é utilizada por Pontes de Miranda em referência à ordem jurídica internacional.

⁸² SARMENTO, George. *Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais*. Revista do mestrado em direito. v. 1, n. 1, dez. 2005. Maceió: Nossa Livraria, 2005, p. 45.

⁸³ *Comentários à Constituição de 1967, tomo IV*. 1967, p. 626. Aqui, o autor fala de “Declaração de Direitos internacionalmente inspirada”, bem como de “Declaração de Direitos interestatalmente edictada”. Nos dois casos não há supra-estatalização. No primeiro, tem-se “a *corrente* através dos direitos internos (estatais) ou do pensamento legislativo de dois ou mais países”, enquanto que no segundo, “a espécie não se confunde com a Declaração de Direitos supra-estatal”, sendo convenção.

não é) supra-estatal; daí a possibilidade de direitos fundamentais supra-estatais” (grifado no original).⁸⁴

Note-se, daí, que não se tem direitos fundamentais supra-estatais desde sempre, mas aqueles que o são, e aqueles que podem vir a ser. Passaram a ter tal designação a partir do momento em que sejam inseridos na sistemática do direito internacional, de modo que preexistem ao próprio Estado, e, não sendo respeitados por este, poderá o mesmo sofrer sanções dos demais Estados.

2.1.4.1 Características dos direitos supra-estatais.

Algumas características podem ser apontadas, no que pertine aos direitos supra-estatais.⁸⁵ Assim, em princípio, convém frisar que são provenientes do Direito das Gentes (Direito Internacional). Ademais, dada a sua natureza, se situam frente ao Estado, de modo que, em caso de reconhecimento restrito, ou não reconhecimento, os demais Estados têm a possibilidade de reclamar, podendo se negar ao estabelecimento de relações com aquele que desrespeitou a prescrição internacional. Desse modo, é de se afirmar que a supra-estatalidade desses direitos é revelada.

No entanto, tendo algum Estado editado norma jurídica não contida na ordem supra-estatal, seja por proposta própria ou da comunidade para a qual se volta, muito embora essa norma tenha a característica de ter a pessoa humana frente ao Estado, não será, apesar de fundamental, supra-estatal.

Outrossim, os direitos fundamentais são, via de regra, *absolutos*. Muito embora os Estados possam atribuir tal característica a direitos estatais, os supra-estatais desses se diferenciam pelo fato de não existirem conforme criação ou regulamentação legal; antes, existem independentemente da lei que pretenda os conceituar ou modificar. Ao Estado não cabe definí-los, mas traçar as exceções à regra, e isto se volta para a sua aplicação. O Estado pode fixar os casos em que tal direito sequer existe; contudo, não pode se furtar do seu conceito supra-estatalmente fixado.

⁸⁴ *Idem*, p. 622.

⁸⁵ Pontes de Miranda aponta tais características, muito embora de forma espaçada, in *Comentários à Constituição de 1967*, tomo IV, 1967, pp. 621-633.

Os direitos supra-estatais são aqueles suscetíveis de serem realizados pelo Direito das Gentes, no qual se encontram suas sanções, de modo que nem todos os direitos fundamentais supra-estatais estão inseridos nas Constituições. Neste caso, pois, o desrespeito a esta categoria de direito humano somente encontrará sanção no âmbito do direito internacional.

Por fim, é interessante afirmar que direitos que antes eram somente estatais, ou intra-estatais – nestes, muito embora mais de um Estado os tenha como fundamentais, não adquiriram o status de supra-estatalidade –, podem chegar à supra-estatalidade, uma vez que inseridos no direito das gentes.

2.1.4.2 Inserção do direito ao meio ambiente equilibrado nessas características.

O direito ao meio ambiente equilibrado se enquadra nas características de supra-estatalidade apontadas por Pontes de Miranda e acima mencionadas, uma vez que se situa frente ao Estado, devendo este respeitar o estabelecido internacionalmente para a proteção do meio ambiente, dando efetividade a este direito. Hoje, mais do que nunca, a negativa do Estado em realizá-lo, ou de realizá-lo de forma restrita, não respeitando sua proteção definida nas normas de Direito Internacional (e cada vez mais nas normas internas), faz nascer contra ele a possibilidade de sofrer restrições nas relações com os demais Estados.

Temos, pois, nesse âmbito, a existência de Convenções e Tratados que versam especificamente sobre a questão ambiental, dos quais é o Brasil signatário, dentre os quais podem ser citadas a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, a Convenção das Nações Unidas sobre a Biodiversidade, entre outras.⁸⁶

Essas Convenções trazem em seu bojo uma série de princípios e obrigações a serem seguidos, todos no sentido de uma progressiva proteção do meio ambiente. Veja-se, v.g., que a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas⁸⁷ traz, em seu art. 2º, o seu objetivo, que é o de estabilizar as “concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático”. Para tanto, essa mesma Convenção estabelece uma série de princípios, dentre eles valendo destacar o do

⁸⁶ Édis Milaré. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 77.

⁸⁷ Disponível em: < http://www.onu-brasil.org.br/doc_clima.php >. Acesso em: 20 de julho de 2009.

desenvolvimento sustentável, o da consideração das necessidades dos países em desenvolvimento, o da cooperação econômica e o da precaução.

Contudo, vale fazer especial referência à Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – CNUMAD, que foi realizada em 1992, no Rio de Janeiro, ficando conhecida por ECO-92. Dessa Conferência resultaram seis documentos: a Agenda 21, a Declaração do Rio, a Declaração de Princípios sobre o Uso das Florestas, o Convênio sobre a Diversidade Biológica e a Convenção sobre Mudanças Climáticas.⁸⁸ Vale destacar, dentre estes, a Agenda 21, que, tendo caráter programático, foi tanto assumida pelos países representados nesse encontro como pelo Fórum das Organizações Não-Governamentais.⁸⁹

Esta Agenda, de ampla representatividade – tanto dos Estados como da sociedade – entendida como sendo a cartilha básica do desenvolvimento sustentável,⁹⁰ se mostra como marco na imperatividade a proteção internacional do meio ambiente. Tal se mostra no próprio preâmbulo da CNUMAD, que diz o seguinte:

A humanidade se encontra em um momento de definição histórica. Defrontamo-nos com a perpetuação das disparidades existentes entre as nações e no interior delas, o agravamento da pobreza, da fome, das doenças e do analfabetismo, e com a *deterioração contínua dos ecossistemas de que depende nosso bem-estar*. Não obstante, caso se *integrem as preocupações relativas a meio ambiente e desenvolvimento* e a elas se dedique mais atenção, será possível satisfazer às necessidades básicas, elevar o nível da vida de todos, obter ecossistemas melhor protegidos e gerenciados e construir um futuro mais próspero e seguro. *São metas que nação alguma pode atingir sozinha*; juntos, porém, podemos - em uma associação mundial em prol do desenvolvimento sustentável.⁹¹ (grifado)

O entendimento, pois, é de que o meio ambiente é problema de todos os países, sendo, por outro lado, também direito de seus nacionais. O caráter supra-estatal do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado decorre, assim, de sua própria natureza, visto que a defesa do bem que tutela não encontra limite nas fronteiras dos Estados; sua garantia deficitária, por outro lado, tem consequências que também não vêm nelas limite.

⁸⁸ Disponível em: < <http://www.ecolnews.com.br/>>. Acesso em: 20 de julho de 2009.

⁸⁹ Édis Milaré. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 78.

⁹⁰ *Idem*, p. 79.

⁹¹ Disponível em: < <http://www.ecolnews.com.br/>>. Acesso em: 20 de julho de 2009.

Além disso, tenha-se em mente que a inserção da defesa do direito ao meio ambiente como fundamental na Constituição Brasileira de 1988 é posterior à Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, datada de 1948. Sendo posterior, como visto, somente cabe ao Brasil regular-lhe o exercício e as exceções. A definição proposta pelo ordenamento jurídico brasileiro, caso não condizente com a real conceituação do direito ao meio ambiente equilibrado, levaria a sua contradição com a ordem jurídica supra-estatal. A concepção que deverá prevalecer, neste caso, não deve ser a da ordem supra-estatal, ou mesmo da estatal, mas sim a norma jurídica que seja mais favorável à pessoa humana.⁹²

Tal compreensão não se contradiz com o que foi até agora apresentado, tendo em vista que os Humanos têm por fito a busca da maior proteção possível da pessoa humana. Este critério de solução, que também se aplica em caso de previsões conflitantes entre o Direito Internacional e o nacional (e não só no caso de definição diversa, que aqui se enquadra), é condizente com a própria lógica do Direito Internacional, bem como com a dos Estados Democráticos de Direito, ambos visando sempre a proteção da pessoa humana.

Outrossim, tendo em conta a intrínseca relação desse direito com a dignidade da pessoa humana, bem como com os outros direitos inclusos no seu núcleo – como pressupostos mínimos do seu exercício – negar seu caráter supra-estatal seria, em última análise, negar esse caráter também à própria dignidade da pessoa humana, tendo em vista as nefastas consequências para esta em caso de desrespeito daquele.

A proteção do direito ao meio ambiente equilibrado descamba, seja direta ou indiretamente, na proteção da pessoa humana. Assim, ao proteger a natureza, e seu equilíbrio ecológico, se está resguardando, de forma indireta, a própria humanidade, que dela depende. Por outro lado, ao proteger o meio ambiente artificial, a ordem jurídica se volta de forma mais direta à pessoa humana, destacando que o local que esta habita deve ter o mínimo necessário para que esta se desenvolva com dignidade.

Assim, as exceções ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, tendo em vista a sua relevância, devem ser raríssimas, senão proibidas de forma contundente, uma vez que as consequências da sua não proteção efetiva (muito embora as prescrições legais neste sentido, estas não vem sendo respeitadas no plano social) já vêm sendo sentidas pela

⁹² PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 54.

humanidade nos dias de hoje, sendo o prognóstico, em caso de continuidade de práticas atentatórias, alarmante.

Por fim, convém dizer que, além da sanção de não relacionamento com os demais Estados, em caso de desrespeito a este direito, a ordem jurídica internacional – o Direito das Gentes – caminha para a previsão de sanções específicas em caso de desobediência das regras estipuladas para a defesa do meio ambiente. Prova disto são as discussões que já estão acontecendo, e que, ao que tudo indica, culminarão num novo acordo – o qual trará a previsão de metas mais rígidas, bem como de conseqüências pelo seu descumprimento –, substituto do Protocolo de Kyoto, a ser estabelecido na Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas em Copenhague, Dinamarca, no final de 2009.⁹³

Além de se enquadrar nas características apontadas por Pontes de Miranda, a respeito da natureza supra-estatal, é possível afirmar, tendo em conta a íntima relação existente entre a dignidade da pessoa humana, os direitos que a ela se conectam no sentido de possibilitar-lhe proteção e o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, que este último ainda decorre – implicitamente – da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Esta declaração, como já dito, foi o marco inicial de uma nova idéia de relacionamento entre os Estados e povos, partindo do princípio de proteção da pessoa humana.

Desse modo, os direitos lá consignados são de suma importância, possuindo legitimidade ímpar perante a comunidade internacional, de modo que seu respeito deve ser considerado e buscado incessantemente. Os tratados e pactos que versam sobre estes mesmos direitos somente vem dar mais força normativa para a busca de sua implementação.

Temos, pois, aqui, mais um argumento a tornar imperativa a busca pela efetividade do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não só a ordem nacional, como também a internacional o inserem dentro da agenda de direitos que devem ser buscados, interligando-o umbilicalmente à busca da própria dignidade da pessoa humana. Sobre esta, a doutrina⁹⁴ vêm desenvolvendo importantes estudos no sentido de buscar sua

⁹³ Disponível em: <<http://www.ambientebrasil.com.br/noticias/index.php3?action=ler&id=37291>>. Acesso em 20 de maio de 2008.

⁹⁴ Veja-se, nesse sentido, BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, bem como SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. rev. e atual. Porto

imediate efetividade. Estes estudos terminaram por determinar-lhe um núcleo, composto por uma gama de direitos sem os quais não seria possível falar em dignidade – nem em usufruto dos demais direitos, fundamentais ou não.

Cabe, assim, estudar esse núcleo, também chamado de mínimo existencial, bem como nele incluir, dados os aspectos já tratados e outros a serem analisados, o direito ao meio ambiente equilibrado dentro do mesmo.

2.2 O mínimo existencial.

A necessidade de um mínimo de recursos a possibilitar uma existência digna – sob pena de sacrifício da dignidade da pessoa humana – teve por primeiro jurista de renome a sustentá-la, na doutrina pós-segunda guerra, o publicista Otto Bachof.⁹⁵ Desse modo, desde a década de 1950 se tem dado guarida à compreensão sobre ser necessária a prestação, pelo Estado, de um mínimo que garanta ao indivíduo uma existência digna.

Interessante estudo sobre o conceito e conteúdo do mínimo existencial é desenvolvido por Ana Paula de Barcellos, concluindo por ser este o núcleo exigível da dignidade da pessoa humana, de modo que, com relação a esse princípio, “é possível reconhecer eficácia positiva ou simétrica às faixas que compõem o seu núcleo, especialmente àquelas que dizem respeito a condições materiais de existência”⁹⁶, sendo admissível exigir a prestação do Estado inclusive perante o Judiciário. A esse núcleo da dignidade da pessoa humana a autora chama de mínimo existencial, sendo formado pelas “condições materiais básicas para a existência”.⁹⁷

Figueiredo entende que o mínimo existencial deriva não só do princípio da dignidade da pessoa humana, mas também encontra substrato na liberdade, na igualdade, na livre iniciativa, no devido processo legal, nas imunidades e privilégios dos cidadãos, bem como nos

Alegre: Livraria do Advogado, 2008, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 19.

⁹⁶ A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248.

⁹⁷ *Idem*.

direitos humanos de modo geral⁹⁸, importando na máxima redução aceitável do conjunto de direitos subjetivos a serem exigidos.⁹⁹

Contudo, jamais se deve confundir o mínimo existencial com o mínimo necessário à mera sobrevivência física. Nesse sentido, o mínimo existencial se desdobra em mínimo fisiológico, dando guarida às necessidades básicas de existência, e no que pode ser denominado de mínimo sociocultural, que pretende assegurar, garantindo a igualdade material, o indivíduo na vida social.¹⁰⁰

Em sendo desdobramento da dignidade da pessoa humana, seria absurdo imaginar o mínimo existencial como tendo em seu bojo tão-somente o necessário à sobrevivência. De fato, uma vida digna parte do pressuposto que o sujeito sobreviva, sendo-lhe garantido o mínimo necessário para que ele se possa afirmar como ser humano, compreendendo a sua condição de humanidade, tendo, ao menos, um ponto de partida mínimo para o desenvolvimento das suas potencialidades.

Desse modo, o mínimo existencial tem por função precípua “atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna”.¹⁰¹

Ocorre que, muito embora se tenha em mente esse imprescindível mínimo a ser garantido, a fixação das políticas a serem desenvolvidas para garanti-lo, bem como o valor da prestação assistencial que busque assegurá-lo serão determinados de acordo com o padrão socioeconômico vigente.¹⁰² Ademais, a fixação do mínimo existencial vai depender das necessidades do momento.

Nesse sentido se manifesta Alexy, elegendo o princípio da igualdade fática como conformador do conteúdo do mínimo existencial de acordo com cada momento

⁹⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 189.

⁹⁹ *Idem*, p. 190.

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 21.

¹⁰¹ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 62.

¹⁰² *Idem*, p. 20.

experimentado, no caso do seu objeto de estudo, pela República Federal da Alemanha.¹⁰³ Com base nessa igualdade material, que “exige uma orientação baseada no nível de vida efetivamente existente”, poderá ocorrer, contudo, por consequência da ponderação com princípios colidentes, de o padrão ficar abaixo desse nível.¹⁰⁴ Isso se coaduna com a ponderação acima realizada, que leva em conta o momento vivido pela sociedade como conformador necessário do conteúdo do mínimo existencial.

Importante deixar claro que tal argumento jamais poderá ser utilizado no sentido de justificativa para a ausência de busca pela efetividade do mínimo existencial. A possibilidade de se restar o mínimo para uma existência digna abaixo do nível desejado somente se justifica como última medida, após a utilização de todos os mecanismos possíveis, reduzindo ou mesmo eliminando outros gastos, considerados, perante ele, *supérfluos*¹⁰⁵, ou seja, em restando amplamente demonstrada a total impossibilidade do Estado em provê-lo.

Desse modo, no caso do Estado brasileiro, antes que se fale em impossibilidade – ante a ausência de recursos – de implementação dos direitos fundamentais inseridos no mínimo existencial, há de se realizar o levantamento da destinação de recursos públicos, bem como dos gastos efetivamente realizados, de modo a restar fundamentadamente justificada a ausência, *momentânea*, de efetivação do núcleo da dignidade da pessoa humana.

Cessada a limitação, o primeiro direcionamento estatal no sentido de aplicação dos recursos públicos deve ser, impreterivelmente, em políticas públicas que busquem exatamente a efetividade do mínimo existencial. Caso contrário, resta possível a provocação do Poder Judiciário, para que afaste a possibilidade de produção de efeito dos atos praticados – sejam

¹⁰³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 427-428.

¹⁰⁴ *Idem*.

¹⁰⁵ O caractere de *supérfluo* dado a alguns gastos não deve ser entendido com relação ao gasto em si mesmo, senão no que diz com a precedência da realização do mínimo existencial. Assim, muito embora não restem dúvidas sobre gastos realizados que importem na melhoria da qualidade de vida da população – tais como os realizados com obras de recapeamento de vias urbanas – resta claro que há outras situações materiais que, caso não estejam sendo atendidas, devem ter prevalência. Por outro lado, resta claro que a dedicação de vultosas cifras para gastos com, v.g., publicidade deve ser relativizada não só no que diz com a implementação imediata do mínimo existencial, senão com relação a todos os direitos fundamentais, dada a prescindibilidade desse gasto, quando contrastado com os objetivos e finalidades da República Federativa do Brasil, sendo, inclusive, tal destinação de discutível constitucionalidade (material), muito embora o STF venha se furtando de apreciar o conteúdo das normas jurídico-orçamentárias.

pelo Legislativo, sejam pelo Executivo – posto que desrespeitam os fundamentos e princípios da República Federativa do Brasil, consubstanciados na Constituição Federal.¹⁰⁶

Retornando aos princípios, levando em conta essa realidade de necessária ponderação entre eles, se faz interessante frisar que, num último momento, caberá sua realização exatamente pelo Judiciário, que exercerá, por consequência, a sua função de intérprete do bem comum.¹⁰⁷ De fato, em caso de desrespeito a princípios, ou mesmo imoderada sobrepujança de um(ns) sobre outro(s), caberá aos Juízes a determinação do real sentido da ponderação naquele caso concreto, sendo, para tanto, a eles necessária uma robusta capacidade compreensiva das consequências – tanto fáticas como jurídicas – não só das suas, mas também das decisões de cunho legislativo (consubstanciadas na lei) ou mesmo administrativo.¹⁰⁸

Se é verdade que, ao menos minimamente, já se mostra compreensível em que consiste o mínimo existencial, bem como que a definição do seu conteúdo – ou seja, o preenchimento do núcleo da dignidade da pessoa humana – oscilará de sociedade para sociedade, de Estado para Estado, *qual será o conteúdo do desse mínimo dentro da República Federativa do Brasil?* O ordenamento jurídico pátrio nos dá alguns conteúdos a serem inseridos sem maiores dificuldades.

Assim, por força de imperativo constitucional¹⁰⁹, se vê o legislador ordinário obrigado a, em cada elaboração de orçamento, fazer constar um percentual mínimo de gastos nas áreas de saúde e educação. Ora, se a Constituição torna exigível a aplicação de percentual mínimo nessas áreas, resta claro o seu intento em promovê-las. E mais, em sendo tais áreas notoriamente promotoras da dignidade da pessoa humana – e sendo o mínimo existencial justamente o núcleo intangível e judicialmente exigível dessa dignidade – o que vemos é o regramento do núcleo da dignidade, através de regras de investimento *mínimo*, como forma de garantia de manutenção e fomento dessas áreas.

¹⁰⁶ O tema será mais à frente retomado, quando da análise da reserva do possível como questão a ser ultrapassada – uma vez que esta implica em escolhas drásticas, mas que devem obedecer aos parâmetros constitucionalmente estabelecidos para tanto – quando das escolhas políticas no que pertine aos gastos públicos.

¹⁰⁷ KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 74.

¹⁰⁸ *Idem*.

¹⁰⁹ Art. 198, § 2º, no que pertine à saúde, e art. 212 com relação à educação.

Se parece claro que a proteção à saúde é desdobramento do próprio direito à vida – e sem este não há sujeito, e, assim, qualquer dignidade a ser protegida –, bem como que a garantia do direito à educação abarca a possibilidade de auto-afirmação do indivíduo enquanto pessoa humana e cidadão, dando-lhe substrato para o desenvolvimento de suas potencialidades (a seu critério), é certo que, para a garantia de proteção à dignidade (jamais de promoção, pois esta não é conferida, mas tutelada), muito embora não seja mensurável, deve abarcar ainda a previsão de um mínimo de ajuda assistencial, de modo a garantir ao indivíduo a fruição do mínimo existencial em toda a sua extensão – fisiológico e sociocultural, incluindo-se aí alimentação e moradia.

Os valores a serem estipulados no sentido dessa ajuda assistencial dependerão, essencialmente, das necessidades e anseios de cada momento, contrastadas com o padrão socioeconômico vigente, sob pena de não passarem de letra da lei, sem o mínimo de efetividade.

De fato, assegurar valor abaixo do mínimo necessário significa, no máximo, garantir que o Estado age simbolicamente na proteção da dignidade da pessoa humana.¹¹⁰ De outro modo, garantir valor que ultrapasse as possibilidades econômico-financeiras do Estado é também proteger de forma tão-somente simbólica. Ambos os casos levam à inefetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

Por outro lado, caso reste fixado abaixo do nível de vida existente num determinado momento, por força da ponderação de princípios colidentes, não haverá que se falar em ferimento ao princípio – e também ao da igualdade material – mas, sim, na busca da sua máxima efetividade, que não poderá jamais ocorrer sem que sejam levados em consideração os demais princípios constitucionais norteadores da ação do Estado.

Com relação a alguns dos ditos “direitos negativos”, notadamente os direitos de liberdade, e sobre serem ou não relacionados dentro do núcleo de dignidade, convém aqui fazer uso da advertência de Barcellos de que, tendo em vista a já garantida normatividade desses direitos, que adquiriram, no decorrer do tempo um instrumental específico de tutela, o mais importante hoje consiste justamente em saber quais outros direitos integram a parte

¹¹⁰ Sobre a legislação simbólica, seus tipos e funções, ver NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 31 e ss.

intangível e sindicável da dignidade.¹¹¹ Pressupõe-se, pois, a inclusão dos direitos de liberdade dentro do mínimo existencial – até porque sem essa garantia não há como se estabelecer o pleno exercício dos demais direitos aqui inseridos¹¹² – sem haver a necessidade, por outro lado, de sua defesa ou afirmação.

Interessante afirmação, que vale ser colacionada, aduz que “não há quem possa, com seriedade intelectual, afirmar, por exemplo, que uma pessoa tem sua dignidade respeitada se não tiver o que comer ou o que vestir, se não tiver oportunidade de ser alfabetizada, se não dispuser de alguma forma de abrigo”.¹¹³ Isso bem resume o que ora se afirma.

Ao lado desses direitos, há de se dar guarida, ao menos, a uma garantia instrumental, que possibilite ao indivíduo – ciente de suas possibilidades e faculdades – exigir o cumprimento forçado do mínimo existencial. Essa garantia há de ser justamente o direito ao devido processo legal, como norte conformador da sindicabilidade desses direitos. Não basta o acesso à justiça; esse tem de vir adicionado de uma garantia positiva de que o processo correrá garantindo a igualdade das partes, o contraditório, a oportunidade de produção de provas, entre outros.¹¹⁴

Restando inclusos esses direitos sociais (saúde, educação, ajuda assistencial, alimentação e moradia), bem como os direitos de liberdade, além da garantia do devido processo legal, dentro do núcleo da dignidade da pessoa humana, resta analisar a necessária inserção, neste, do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo em vista que a sua inefetividade, como veremos, além de afetar a proteção da dignidade, termina por comprometer o próprio direito à vida.

¹¹¹ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 256.

¹¹² Note-se que os direitos inseridos dentro do mínimo existencial se pressupõem uns aos outros, de modo que a garantia de um mínimo de dignidade somente ocorre a partir do exercício conjunto desses direitos, jamais isolado. Assim, v.g., de que vale a garantia dos direitos de liberdade (que, como visto, importam em custos), se não há como manter o direito à vida, tendo em vista a prestação insatisfatória dos serviços de saúde? Ou, ainda, como assegurar o pleno exercício do mínimo existencial a um indivíduo que não detém o discernimento necessário para exigi-lo, ou mesmo as condições de saber-se indivíduo, através de um mínimo de ensino garantido?

¹¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 254-255.

¹¹⁴ Passaremos ao lado, visto não ser objeto do presente estudo, de eventual discussão sobre os remédios constitucionais e espécies de ações cabíveis para a exigência de cumprimento forçado do mínimo existencial.

2.2.1 O mínimo existencial *ambiental*.

Como já visto anteriormente, a interligação entre a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado não é só assente, mas necessária. O fato de ser o mínimo existencial justamente composto pelo conteúdo mínimo de prestações a serem garantidas pelo Estado tendo em vista assegurar fruição da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental informador de todo o nosso ordenamento jurídico, bem como a constatação de que esse mínimo, em se consubstanciando em direito e garantia fundamental, deve “guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e do princípio da dignidade humana”, visto que é o seu núcleo irreduzível, a “qualidade e equilíbrio do ambiente onde a vida humana se desenvolve” resta também contida dentro desse mínimo, visto que é incontestável que, sem ela, todo ele resta comprometido.¹¹⁵

Dessa forma, a inserção do direito ao meio ambiente equilibrado no mínimo existencial é decorrência lógica da própria conexão existente entre aquele e a dignidade humana, visto que

Assim como há a imprescindibilidade de determinadas condições materiais em termos sociais (saúde, educação, alimentação, moradia, etc.), sem as quais o pleno desenvolvimento da personalidade humana e mesmo a inserção política do indivíduo em determinada comunidade estatal são inviabilizadas, também na seara ecológica há um conjunto mínimo de condições materiais em termos de qualidade ambiental, sem o qual o desenvolvimento da vida humana (e mesmo a integridade física do indivíduo em alguns casos) também se encontra fulminado, em descompasso com o comando constitucional que impõe ao Estado o dever de tutelar a vida (art. 5º, *caput*) e a dignidade humana (art. 1º, III) contra quaisquer ameaças existenciais.¹¹⁶

Häberle adverte que “a garantia da dignidade humana pressupõe uma pretensão jurídico-prestacional do indivíduo ao mínimo existencial material”.¹¹⁷ Pode-se concluir, com base nisto, que tais condições materiais são possibilitadoras do próprio exercício dos demais

¹¹⁵ 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, pp. 269-270.

¹¹⁶ *Idem*, pp. 270-271.

¹¹⁷ HÄRBELE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 138.

direitos, de modo que o mínimo existencial se situa como pressuposto da fruição dos demais direitos fundamentais.

Assim, tendo em vista que o mínimo existencial, dado o fato de ser o núcleo da dignidade, abarca não só o direito à sobrevivência, mas a uma sobrevivência digna, resta claro a inclusão do direito ao meio ambiente equilibrado dentro dele, visto que a degradação ambiental, além de impedir uma existência digna¹¹⁸, termina por comprometer a própria sobrevivência do indivíduo, de modo que o mínimo existencial ambiental se mostra como mecanismo constitucional de busca por uma existência digna para todos os indivíduos, “o que só é possível com um padrão mínimo de qualidade ambiental”.¹¹⁹

Deve-se ter em conta, pois, a já anunciada advertência de que o que virá a compor o conteúdo do mínimo existencial variará de um país para outro.¹²⁰ Contudo, tal constatação não pode servir para relativizar a garantia da dignidade da pessoa humana, mas para conformar o seu conteúdo mínimo. Assim, na realidade brasileira, não inserir o meio ambiente nesse núcleo seria mesmo comprometer a própria saúde, a moradia, além de impossibilitar a fruição em sua plenitude da formação educacional do indivíduo.

Em casos mais extremos, além da desagradabilidade constantemente gerada pela habitação, trânsito e usufruto de um ambiente poluído, este ambiente pode mesmo comprometer a própria vida do ser humano. Veja-se, aí, o aspecto mais extremo, e, também por isso, o que melhor demonstra a necessidade de consideração desse direito fundamental dentro do núcleo da dignidade humana, com todas as implicações a isso inerentes.

Resta, pois, o Estado vinculado à busca de proteção do mínimo existencial, também no seu viés *ambiental*, concluindo-se que na “missão constitucional conferida aos poderes

¹¹⁸ Impossível imaginar tal situação quando se esteja diante de uma situação fática onde inexistente água potável, coleta de lixo, moradia em local insalubre, e etc. É, assim, a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado norte possibilitador da própria dignidade, estando, por isso mesmo, inserida no seu núcleo.

¹¹⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado socioambiental de direito*, 2008, p. 273.

¹²⁰ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Safe, 2002, p. 63.

públicos de proteger a vida e a dignidade humana contra todas as suas ameaças existenciais” deve ter incluída a “degradação ambiental”.¹²¹

A implicação mais assente do fato de estar inserido no núcleo da dignidade da pessoa humana consiste na possibilidade de exigência de sua efetivação imediata, inclusive judicialmente. Surge disso, contudo, o questionamento sobre o posicionamento dos demais direitos fundamentais – notadamente os sociais, que pressupõem atuação positiva estatal – mormente no que diz com a possibilidade, em virtude dessa situação de aparente superioridade do núcleo da dignidade, do comprometimento mesmo da efetividade daquel’outros direitos.

O esclarecimento dessa questão se mostra importante, principalmente quando se põe o mínimo existencial ambiental defronte com a prescrição do § 1º do art. 5º da Constituição Federal. Ora, muito embora se tenha adiantado que a posição de preferência é apenas aparente – dada a condição de pressuposto de fruição dos demais direitos conferia ao mínimo social – importante proceder no esclarecimento acerca do posicionamento dos demais direitos fundamentais frente ao mínimo existencial.

2.3 A efetividade dos direitos fundamentais não inseridos no mínimo existencial ambiental.

A idéia de efetividade das normas jurídicas parte do pressuposto de que estas, e o direito como um todo, existem para realizar-se.¹²² Sendo esta a idéia fundante deste trabalho, e tendo em vista que a defesa aqui esposada se faz no sentido da necessária efetivação imediata dos direitos sociais componentes do mínimo existencial, a que posição restariam relegados os demais direitos sociais?

Muito embora aparentemente depreciados, com relação aos direitos eleitos como componentes do núcleo da dignidade, aos demais direitos sociais caberá a função precípua de conformadores da atividade política do Estado. Fala-se, assim, na eficácia negativa e vedativa do retrocesso, bem como na eficácia interpretativa dos direitos sociais.

¹²¹ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado socioambiental de direito*, 2008, p. 281.

¹²² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 227.

Resta claro que ao mínimo existencial também são conferidas essas eficácias, somando-se a elas a possibilidade de exigência imediata. Contudo, “para além desse núcleo ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem apenas outras modalidades de eficácia jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias”.¹²³

Realmente, a depreciação aqui é somente aparente, tendo em vista que, ao lado da necessária busca de implementação de um mínimo que garanta uma existência digna, toda a atuação estatal em sua esfera de liberdade política, cujas decisões variarão a depender dos representantes escolhidos pela sociedade para deliberarem sobre as opções políticas a serem naquele momento tomadas, deverão ser realizadas dentro dos demais direitos fundamentais, e, dentre eles, os direitos sociais.

Desse modo, caso não implementados naquele momento, em razão de opção política, não poderão, por outro lado, serem desrespeitados. Além disso, trabalham também como conformadores de sentido de todo o ordenamento jurídico. Ao desrespeito da eficácia interpretativa e negativa desses direitos cabe acionamento do Judiciário. Tem-se, assim, muito embora sendo condicionada a efetividade desses direitos às opções políticas daquele determinado momento, gama de efeitos de suma importância a eles conferidos.

Disso tudo exsurge que o mínimo existencial é decorrência do próprio Estado Social, o qual, ao tomar para si as rédeas no sentido de diminuição das desigualdades materiais, buscando o respeito da dignidade da pessoa humana, tem, por conta disso, de garantir um mínimo prestacional que assegure aos indivíduos a ele submetidos uma existência digna.

Aos demais direitos fundamentais e, em especial os sociais – tendo em vista a errônea compreensão de que somente estes implicam custos¹²⁴ – cabe a função conformadora da atividade política, uma vez que, para serem implementados, devem passar por uma necessária escolha trágica, onde uns terão prevalência sobre outros. Ilógico seria imaginar a possibilidade de escolha no que pertine ao mínimo existencial, ao menos num Estado Democrático de Direito.

¹²³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248.

¹²⁴ Quando da análise da questão da reserva do possível, trataremos do custo dos direitos.

Haverá escolha, por outro lado, no que pertine ao modo pelo qual esse mínimo será garantido: quais políticas, o modo de execução dessas, a quantia possível a atender as necessidades daqueles que não conseguem proverem-se sozinhos, e daí por diante. Tendo em vista a efetividade *imediata* do mínimo existencial ambiental, bem como que o principal mecanismo de atuação estatal para a efetivação de direitos é a política pública, impende tratar das possibilidades, a partir disso, dessa efetividade, bem como, nesse mesmo sentido, de eventuais mecanismos de controle dessas políticas, sendo este, pois, o tema do próximo capítulo.

3 A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

No primeiro capítulo, tratamos de alguns postulados teóricos a fundar o próprio desenvolvimento do presente trabalho, quais sejam a normatividade da Constituição, sua superioridade hierárquica, o *status* diferenciado dado aos direitos fundamentais, bem como à dignidade da pessoa humana, que pode ser entendida, como visto, como fonte dos direitos fundamentais, positivada em nosso ordenamento jurídico na condição de fundamento do Estado brasileiro.

Longe de pretender discutir a correção desses postulados, muito menos de defendê-los como desprovidos de possibilidade de crítica, os adotaremos na condição de premissas, tendo em conta a própria estruturação da Constituição Federal de 1988, aliada ao fato de que eles se coadunam com o objetivo aqui buscado: análise da possibilidade – ou possibilidades – de conferir efetividade ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, esteja-se na presença de políticas públicas nesse sentido ou não.

Desse modo, adotaremos como nossas as premissas estabelecidas pelo chamado neoconstitucionalismo – ou constitucionalismo contemporâneo – cabendo ainda tecer acerca desse algumas considerações.¹²⁵

De fato, além das sobreditas características – que nos oferecem nortes para a compreensão do sistema normativo e para compreender e buscar a aplicação das suas normas – há ainda questões relacionadas com o conteúdo mesmo da Constituição que ensejam alguns esclarecimentos.

Barcellos apresenta, sucintamente, as características específicas do neoconstitucionalismo do ponto de vista material, as quais resume em duas: a incorporação de valores e opções políticas nos textos das Cartas Constitucionais e a expansão de conflitos,

¹²⁵ Para um estudo sobre o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, ver BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de direito administrativo, n. 240, abril-junho de 2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1 e ss.

específicos e gerais, tendo em vista as opções normativas e filosóficas existentes dentro do sistema constitucional.¹²⁶

No que diz com a primeira situação, tem-se que a experiência histórica de regimes autoritários formalmente legais fez insurgir um movimento de reação no sentido de garantia dos sistemas normativos ante tais atrocidades. Desse modo, foi sendo formado, na edição das Cartas que sucederam tais regimes políticos, um verdadeiro consenso mínimo voltado a introduzir nos textos constitucionais valores e opções políticas fundamentais, de modo que se tem, a partir disso, um mecanismo de conteúdo mínimo que “passa a estar fora da discricionariedade da política ordinária, de tal modo que qualquer grupo político deve estar a ele vinculado”.¹²⁷

Assegura-se, pois, um conteúdo mínimo a partir do qual não se tenha a possibilidade de retorno das absurdidades perpetradas anteriormente, além de servirem, de outro lado, de nortes de busca do bem comum, dentro do Estado Social de Direito. A segunda característica, por outro lado, é consequência da implementação desta nas constituições. Note-se que, na busca de um consenso mínimo para a introdução de valores fundamentais nos sistemas constitucionais, dada a pluralidade e o dinamismo próprios da sociedade contemporânea, restam inseridas pretensões que se contradizem nos casos concretos, necessitando o ajustamento das mesmas no sentido de uma convivência harmônica.

Desse modo, têm-se os conflitos específicos, entre as normas constitucionais que, dotadas de igual hierarquia, exigem solução no sentido de busca de sua harmonização.

No entanto, para além desses conflitos, “o neoconstitucionalismo convive ainda com um conflito de caráter geral, que diz respeito ao próprio papel da Constituição”.¹²⁸ Este conflito enseja a possibilidade de adoção de dois posicionamentos: o substancialista, defensor da possibilidade de a Constituição impor ao cenário político os valores que considera essenciais, e que compõem o chamado consenso mínimo (note-se que, aqui, as opções valorativas consagradas na Constituição vinculam os legisladores infraconstitucionais); e a procedimentalista, segundo a qual somente cabe à Constituição a atuação no sentido de

¹²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de direito administrativo, n. 240, abril-junho de 2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 85.

¹²⁷ *Idem*, p. 86.

¹²⁸ *Idem*, p. 87.

garantir o correto funcionamento das instâncias de deliberação democrática, dependendo a escolha dos valores e opções políticas da maioria em cada momento histórico (aqui, por outro lado, não há a vinculação às opções valorativas anteriormente consubstanciadas na Constituição).

Em lugar da tomada de posicionamento entre uma corrente e outra, nos parece mais acertado o posicionamento que compreende esse conflito como somente aparente, visto que as duas posições frente ao papel da Constituição não se consubstanciam em “duas idéias antagônicas ou totalmente inconciliáveis”.¹²⁹

E tal constatação se dá exatamente tendo em conta que, para o correto funcionamento das instâncias de deliberação democrática, há de ser materialmente assegurado um conjunto mínimo de prestações que permitam aos cidadãos condições mínimas de dignidade, o que descamba na previsão de valores e opções políticas no sentido de assegurar esse suporte sem o qual não restará possível o funcionamento da democracia.

Há, por fim, de ser levada em consideração a advertência de que esse debate entre substancialistas e procedimentalistas não se restringe aos campos acadêmicos, dado que “afeta a concepção do aplicador do direito acerca do sentido e da extensão do texto constitucional que lhe cabe interpretar e, *a fortiori*, repercute sobre a interpretação jurídica como um todo”.¹³⁰

Interessante frisar que, dessa discussão, seja por um lado, seja por outro, exsurge o seguinte ponto em comum: a necessidade de garantia de um mínimo de condições materiais. Os procedimentalistas voltam-se para esse mínimo como um conjunto de condições sem o qual o funcionamento da democracia resta comprometido; os substancialistas por sua vez, entendem os valores constitucionalmente previstos como vinculativos da atividade política, devendo assim serem respeitadas e ter sua implementação buscada.¹³¹

Disso, temos que aparece a necessidade de efetivação de certa gama de valores, seja para os que conferem uma normatividade maior – também valorativa – ou menor – somente procedimental – à Constituição. Esse rol de valores mínimos pode ser facilmente conectado

¹²⁹ *Idem*, p. 88.

¹³⁰ *Idem*, p. 89.

¹³¹ *Idem*.

ao mínimo existencial ambiental anteriormente esposado, tendo em vista que se coaduna com o mínimo para o funcionamento da democracia, bem como na condição de pressuposto à efetividade dos demais direitos fundamentais, no que se constitui em primeiro caminho a ser seguido pelo Estado, para posterior prestação dos demais direitos fundamentais.

Ante o exposto, também aqui se defende a efetivação imediata do núcleo da dignidade da pessoa humana. A Constituição, assim, termina por imperativizar a realização imediata do mínimo existencial ambiental, mormente através do estabelecimento e implementação de políticas públicas. No presente capítulo, pois, pretender-se-á realizar estudo justamente no sentido da busca da efetividade desse núcleo – e, mais especificamente, do direito ao meio ambiente equilibrado – pressupondo a execução de políticas públicas, o que implica, por outro lado, no gasto de recursos públicos, como se sabe, limitados.

Pertinente trazer, nesse sentido, o relacionamento entre Constituição, direitos fundamentais, políticas públicas limitação de recursos públicos e vinculação de escolhas políticas, da seguinte forma:

(i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo, em certa medida (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e o gasto de recursos públicos.¹³²

Este será o caminho aqui seguido, buscando responder ao questionamento acerca da possibilidade de controle – e, em caso afirmativo, por meio de quais parâmetros – das políticas públicas estabelecidas, bem como sobre o controle em caso de ausência de política pública para efetivar o núcleo da dignidade.

Antes de proceder em tal desiderato, tendo em conta a constante referência à eficácia e efetividade dos direitos fundamentais (e, via de consequência, da dignidade da pessoa humana e do seu núcleo), procederemos em rápida incursão no tema, objetivando esclarecê-lo, até

¹³² BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 117.

mesmo para indicar o que se está a fazer referência quando da abordagem do controle das políticas públicas.

3.1 Eficácia dos direitos fundamentais.

O já mencionado § 1º do art. 5º da CF é claro ao prescrever a aplicação imediata dos direitos fundamentais. Se parece certo que “esse dispositivo serve para salientar o caráter preceptivo e não programático dessas normas”, de modo que podem esses direitos “ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência de lei”¹³³, tal consideração implica a necessidade de estabelecer como essa invocação imediata poderá ocorrer.

Aliás, esse dispositivo constitucional deve servir de guia em toda observação a ser realizada dos direitos fundamentais, vez que conferiu a eles – e não a outras normas constitucionais – posição de proeminência quando da busca da aplicação dos preceitos constitucionais, não sendo descabido conferir-lhe o título de “precioso instrumento colocado à disposição dos direitos fundamentais pelo Constituinte”.¹³⁴

Contudo, importante ter em mente a seguinte advertência de Sarlet:

ainda que se queira negar – e não sem certa razão – a utilização da expressão ‘normas programáticas’, isto em nada altera o fato da existência, também na nossa Constituição vigente – em escala sem precedentes no constitucionalismo pretérito –, de normas que, em virtude de sua natureza (forma de positivação, função e finalidade), reclamam uma atuação concretizadora dos órgãos estatais, especialmente do legislador, sem que, à evidência, se esteja a negar eficácia e aplicabilidade (inclusive imediata) a estas normas.¹³⁵

Se parece certo a existência de direitos fundamentais que reclamam uma atuação concretizadora do Estado, certo também é que não cabe ao Estado agir de qualquer modo, como que escolhendo quando e como procederá nessa busca de concretização. Como já dito alhures, se o mínimo existencial deve ser imediatamente buscado e efetivado, tendo no âmbito de deliberação política a discussão sobre os rumos da efetividade dos demais direitos, não

¹³³ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Safe, 2002, pp. 37-38.

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007, p. 245.

¹³⁵ *Idem*, p. 279.

podem os agentes investidos do poder e imbuídos da capacidade de participar dessas discussões e determinar os rumos da nação traçar metas em outro sentido que não este.

Em outras palavras, a Constituição, por meio das normas que impõem a realização dos direitos fundamentais, ao lado do mínimo existencial ambiental, que deve ser imediatamente efetivado, vincula as discussões que a ele ultrapassam, de modo que, ao âmbito de deliberação política cabe discutir como será efetivado o núcleo da dignidade; este, uma vez efetivado, permitirá a discussão sobre qual(is) dos demais direitos fundamentais terão agora os meios de efetivação averiguados, bem como o caminho para tanto. Note que reside aí uma eficácia vinculativa do conteúdo dos direitos fundamentais.

Importante deixar claro, desde já, a diferença entre eficácia e efetividade. A primeira se conecta com a possibilidade de a norma jurídica produzir efeitos jurídicos, ou seja, como sendo a potencialidade “de ser aplicada aos casos concretos”, enquanto que a segunda se relaciona com a eficácia social, sendo a ocorrência no mundo dos fatos – mundo real – dos preceitos legais.¹³⁶

Já fixamos, anteriormente, o entendimento de que apenas ao mínimo existencial ambiental é conferida efetividade imediata. Deixamos claro, também, que aos demais direitos fundamentais cabe o âmbito da deliberação política para a decisão sobre a sua aplicação imediata. Contudo, a eficácia dos direitos fundamentais não se resume à possibilidade de ter no mundo dos fatos concretizados os seus preceitos (efetividade).

Também já foi dito, muito embora em termos genéricos, que, ao lado da possibilidade de exigência de produção imediata de efeitos concretos, tem-se a eficácia negativa e vedativa do retrocesso, bem como a eficácia interpretativa dos direitos fundamentais como conformadoras da atividade política do Estado. Contudo, procederemos agora na explicitação das eficácias jurídicas comumente atribuídas pela doutrina aos direitos fundamentais, visto

¹³⁶ KRELL, Andreas Joachim. *Discrecionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 89. O autor faz uso dessa diferenciação justamente para aclarar que o grande problema que surge para a legislação ambiental é quando da sua aplicação, ou seja, quando da busca pela materialização das consequências jurídicas contidas nessas leis.

que apresentarão os mesmos como parâmetros de controle das políticas públicas, bem como das atividades legislativa e administrativa do Estado.¹³⁷

Para a finalidade do presente estudo – compreender a eficácia dos direitos fundamentais – interessante fazer uso do exposto por Ingo Wolfgang Sarlet. Este autor elaborou importante estudo, no qual engloba as cargas eficaciais admitidas pela doutrina como comuns a todos os direitos fundamentais.¹³⁸

Antes de adentrar na questão das cargas eficaciais, interessante fazer referência ao necessário corte metodológico a ser aqui empreendido, posto que não é da pretensão da presente monografia realizar análise a respeito das classificações elaboradas pela doutrina ao longo dos anos na busca de compreender e sistematizar a problemática da eficácia das normas constitucionais.¹³⁹ Resta, pois, fixarmo-nos no sentido de que, das classificações elaboradas pela doutrina, resta assente a presença de duas espécies de normas jurídicas na nossa Constituição: de um lado, as que detenham plena eficácia, e, de outro, as que apresentem esta contida, ou reduzida. Contudo, não se pode esquecer que toda e qualquer norma constitucional é dotada de um mínimo de eficácia, que vai variar a depender de sua densidade normativa.¹⁴⁰

Vale apontar, assim, as principais cargas eficaciais que são, via de regra, comuns a todos os direitos fundamentais. A primeira eficácia é a derogatória, consistente na revogação dos atos anteriormente editados e contrários ao conteúdo do direito fundamental. Outrossim, em não havendo contradição, com a recepção das normas jurídicas anteriores pela ordem jurídica instaurada a partir da entrada em vigência da nova Constituição, se dá a eficácia interpretativa – que veremos logo mais – tendo em vista que a interpretação das normas

¹³⁷ Importa ressaltar que já fixamos nosso entendimento com relação à questão da efetividade dos direitos fundamentais, ao compreender que ao núcleo da dignidade da pessoa humana é dado esse traço de exigibilidade de efetivação imediata. Assim, este tópico fixará a questão da chamada eficácia jurídica. Para ver nosso posicionamento com relação à eficácia social, ou efetividade, ver o tópico que trata do mínimo existencial, bem como do mínimo existencial ambiental, no capítulo anterior.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007, p. 312 e ss.

¹³⁹ Para um levantamento das doutrinas que buscaram classificar a eficácia das normas constitucionais, ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007, p. 252 e ss. Ver também, nesse mesmo sentido, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34 ed., rev. e atual. São Paulo: Saria, 2008, p. 387 e ss.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007, p. 266.

infraconstitucionais deverá realizar-se de acordo com as normas constitucionais.¹⁴¹ Por outro lado, se serão revogadas as leis anteriores que com os direitos fundamentais não se coadunam, as editadas durante a sua vigência que com eles colidirem deverão ser declaradas inconstitucionais.¹⁴²

Outra eficácia é a chamada vinculativa, no sentido de que deve o legislador, na prática da sua atividade, “concretizar os programas, tarefas, fins e ordens” previstos nas normas veiculadoras de direitos fundamentais, restando obrigado, ainda, a não se afastar dos parâmetros estabelecidos pelos direitos fundamentais a prestações. Parece óbvio que, “quanto maior o grau de abstração do preceito, maior a liberdade de conformação do legislador e o grau de arbítrio dos órgãos estatais”.¹⁴³

Mas isto, muito embora pareça enfraquecer a eficácia vinculativa dos direitos fundamentais, se coaduna com o fato de que alguns deles *necessitam* de alto grau de abstração (como seria possível definir, no próprio texto constitucional, v.g., a dignidade da pessoa humana?), sendo concretizados a partir da constatação, pelo legislador ordinário, dos reclamos sociais naquele sentido, bem como dos melhores meios possíveis para atendê-los.

Há de se conferir, também, aos direitos fundamentais, a eficácia de parâmetros para interpretação, aplicação e integração das normas jurídicas, condicionando também, nesse mesmo sentido, a atividade discricionária da Administração, bem como do Judiciário.¹⁴⁴ Nesse sentido, são os direitos fundamentais, dada a sua situação de *status* diferenciado, parâmetros conformadores de todo o ordenamento jurídico, de modo que as demais normas jurídicas devem ser compreendidas de acordo com as suas prescrições, sob pena de inconstitucionalidade.

Decorrência disso é a vinculação da atividade exercida pela Administração, seja ela discricionária¹⁴⁵ ou não, aos direitos fundamentais, de modo que os atos normativos que os infringem devem ser retirados do ordenamento jurídico.

¹⁴¹ *Idem*, p. 313.

¹⁴² *Idem*, p. 314.

¹⁴³ *Idem*, p. 313.

¹⁴⁴ *Idem*, pp. 314-315.

¹⁴⁵ Nesta, inclusive, deve-se dar relevância a esta eficácia dos direitos fundamentais, tendo em vista que, muito embora tenha a Administração Pública, nesses casos, liberdade para agir, escolhendo os melhores meios para

Tem-se, ainda, que os direitos fundamentais geram, pelo menos, um direito subjetivo no sentido negativo, visto que possibilitam ao indivíduo exigir do Estado que este “se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental”.¹⁴⁶

Há, por fim, mais uma eficácia relacionada por Sarlet, que é justamente no sentido de proibição do retrocesso para aqueles direitos fundamentais que já foram objeto de concretização. Proíbe-se, desse modo, que venha o legislador abolir “determinadas situações jurídicas por ele próprio criadas”.¹⁴⁷

Também Ana Paula de Barcellos realiza estudo no sentido de determinar a eficácia jurídica dos enunciados normativos constitucionais, considerando-os como detentores das seguintes eficácias: simétrica, de nulidade, de ineficácia, de anulabilidade, negativa, vedativa de retrocesso, de penalidade, interpretativa, além de outras modalidades, tendo em vista que, como advertido pela autora, tal enumeração não é exaustiva.¹⁴⁸

Em momento posterior, fixa a autora que, das modalidades de eficácia apresentadas, as que tradicionalmente a doutrina reconhece aos princípios são três: a negativa – que impede a prática de atos, edição de leis ou aplicação de normas em sentido oposto ao determinado pelo princípio –; a interpretativa – que determina que as disposições infraconstitucionais, e mesmo as constitucionais, devem ser interpretadas buscando a realização mais ampla possível do princípio que rege a matéria –; e a de vedação do retrocesso – que consiste na vedação de retroceder ao já consolidado, no que pertine à garantia dos direitos fundamentais.¹⁴⁹

Sobredita autora, em suas considerações acerca das eficácias dos enunciados constitucionais, traça a mesma diferenciação anteriormente delineada entre eficácia e efetividade¹⁵⁰, tratando esta última como uma exigência do princípio da dignidade.¹⁵¹

atingir os fins públicos, tanto estes meios como a determinação desses fins devem coadunar-se com os direitos fundamentais, possibilitando, inclusive, a discussão judicial dos atos administrativos praticados.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 315.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 317.

¹⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. ampl. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 102.

¹⁴⁹ *Idem*, pp. 107-108.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 102 e ss.

Interessante notar, desde já, que as eficácias jurídicas conferidas aos direitos fundamentais permitem qualificá-los como parâmetros conformadores das políticas públicas, uma vez que estas devem estar, como todas as demais normas jurídicas dentro do ordenamento, em conformidade com os direitos fundamentais, em seus variados tipos de eficácia, sob pena de poderem ser retiradas do ordenamento jurídico, inclusive pela via judicial.

No caso dos direitos fundamentais inseridos no núcleo do princípio da dignidade humana, dado o fato de serem imediatamente exigíveis, tem-se aí um interessante parâmetro de discussão de estar a política pública ou não respeitando o núcleo da dignidade, seja pelo fato de se voltar para a implementação de direitos nele não inseridos – ou mesmo de direitos que não sejam fundamentais – seja pelo fato de que, muito embora se voltem para esses direitos, não estejam buscando efetivá-los da melhor forma.

Nesse contexto também se abre a possibilidade de controle da atuação da Administração Pública no que pertine às políticas públicas a partir dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, visto que os mesmos detém eficácia interpretativa e negativa inconsteste.

Antes, porém, de adentrar nessas questões, importante se faz traçar o paralelo entre a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais – e, principalmente, do mínimo existencial ambiental – e um dado fático, a reserva possível, visto que esta não pode jamais ser utilizada como parâmetro de relativização desses direitos, mas de busca racional da maior prestação possível dos mesmos.

3.2 O problema da limitação de recursos e o custo dos direitos: é possível falar numa reserva do possível?

Antes de se falar em reserva do possível, ou mesmo em custo dos direitos, interessante fazer paralelo entre os direitos fundamentais chamados de negativos e os positivos, tendo em vista que, num primeiro momento, somente estes últimos aparentam acarretar custos ao Estado.

¹⁵¹ Em breves linhas, chega a autora, a partir disso, após o trato de outras considerações, à conclusão de exigibilidade imediata – inclusive judicialmente – do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial.

Flávio Galdino, em interessante estudo sobre os custos dos direitos, defendendo num primeiro momento a classificação dos direitos fundamentais em positivos e negativos¹⁵² – face sua utilidade no estabelecimento de linha histórico-evolutiva dos Estados, bem como por diferenciar os direitos fundamentais que são de pronto exigíveis dos demais – traça, em momento posterior, interessante compreensão dos direitos fundamentais, no sentido de serem todos, na realidade, positivos.¹⁵³

Nessa mesma linha se pronuncia Gustavo Amaral, ao defender que não somente os chamados direitos positivos têm custos, mas, na verdade, todos os têm, visto que há, com relação a toda a gama de direitos, a pressuposição de uma estrutura de fiscalização para implementá-los, o que implica num gasto de manutenção.¹⁵⁴

Ambos os autores fundamentam-se nos argumentos desenvolvidos por Cass Sustein e Stephen Holmes, esposados na obra *The cost of rights*, para superar a classificação dos direitos em positivos e negativos, arrematando Galdino que “[...] todos os direitos públicos subjetivos são positivos, isto é, demandam uma prestação positiva do Estado para sua efetivação, o que implica custos públicos”.¹⁵⁵

De fato, os autores americanos desenvolvem, na obra citada, interessante estudo a respeito do custo dos direitos, afirmando, já na introdução da obra, que se é verdade que a implementação dos direitos depende de atuação governamental, a isto deve ser conectado, como corolário, que os direitos custam dinheiro. Sejam, assim, direitos negativos ou positivos, estes implicam a utilização de recursos públicos.¹⁵⁶

O trabalho desenvolvido, dividido em quatro partes, traz, logo no capítulo I da primeira parte (intitulada “porque um Estado sem dinheiro não pode proteger direitos”¹⁵⁷) o seguinte título: “todos os direitos são positivos”.¹⁵⁸ Afastando a concepção de que somente os

¹⁵² *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 152-153.

¹⁵³ *Idem*, p. 198.

¹⁵⁴ *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 73.

¹⁵⁵ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 215.

¹⁵⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999, p. 15.

¹⁵⁷ “Why a penniless state cannot protect rights”. Tradução nossa. *Idem*, p. 33.

¹⁵⁸ “All rights are positive”. Tradução nossa. *Idem*, p. 35.

chamados “direitos positivos” implicam gastos, afirmam os autores que não há como se assegurar que as liberdades pessoais restarão garantidas apenas pela limitação da interferência do Estado, visto que “nenhum direito é simplesmente um direito a ser deixado sozinho pelos oficiais do governo. Todos os direitos são pretensões a uma resposta estatal positiva”.¹⁵⁹

Assim, arremata Galdino que

Mister seja compreendido que todas as atividades administrativas possuem caráter prestacional, demandando agentes públicos e atos materiais que as corporifiquem, sendo inobjetoável que todas elas implicam custos para a sociedade, que devem ser justamente considerados no momento em que devam ser tomadas as decisões, inclusive quanto ao estabelecimento dessas atividades administrativas.¹⁶⁰

Pode-se concluir, pois, que, ao se referir a direitos fundamentais, necessariamente se estará aludindo a direitos que exigem do Estado o gasto de recursos públicos, ainda que no sentido de aparelhá-lo administrativamente para que consiga fiscalizar e impor a realização dos direitos, uma vez que mesmo omitir-se custa dinheiro ao Estado.¹⁶¹ Contudo, em sendo os recursos finitos, surge o problema da escassez¹⁶², de modo que escolher dar guarida a um direito fundamental, implica na renúncia na prestação de outro(s).

Assim, todos os direitos, sejam eles de liberdade, sejam sociais, estão condicionados às trágicas escolhas públicas, restando inseridos no rol das escolhas sociais, sendo, pois, passíveis de preterimento, face a limitação fática de recursos públicos disponíveis para sua implementação.¹⁶³

Dentro dessa perspectiva devem ser compreendidos os direitos fundamentais como um todo. Contudo, no que pertine aos direitos fundamentais constantes do mínimo existencial, uma vez que se trata do próprio núcleo da dignidade da pessoa humana, não haverá escolha a ser feita no âmbito político, dado o caráter mesmo de essencialidade das prestações a serem realizadas pelo Estado, sob pena de infração dos valores mínimos atribuídos a qualquer

¹⁵⁹ “No right is simply a right to be left alone by public officials. All rights are claims to an affirmative governmental response”. Tradução nossa. *Idem*, p. 44.

¹⁶⁰ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 217.

¹⁶¹ *Idem*, p. 226.

¹⁶² AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 133.

¹⁶³ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 227-228.

indivíduo. Terão, portanto, de ser sempre prestados, independentemente da vontade política, restando as escolhas trágicas aos demais direitos fundamentais.

Note-se, pois, que somente poderá ser considerado o argumento de ausência de recursos no que pertine ao mínimo existencial em caso de, mesmo após a aplicação de todo o disponível na busca da prestação dos direitos do núcleo da dignidade, restar ainda ausente algo por fazer. Nesse caso, pode-se falar em ausência de recursos, ou no limite da reserva do possível, dado que o Estado já agiu no limite das suas possibilidades, sem, contudo, ser-lhe possível assegurar o pressuposto mínimo sem o qual não há que se falar sequer em possibilidade de proteção à dignidade da pessoa humana, bem como em possibilidade de fruição dos demais direitos fundamentais.

No que diz respeito ao termo reserva do possível, temos o seu surgimento na jurisprudência constitucional alemã, a qual entende que “a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos”. Essa disponibilidade, por outro lado, estaria “localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos”.¹⁶⁴

É de se notar, contudo, que a situação concreta na qual a Corte Alemã se pronunciou nesse sentido discutia a obrigatoriedade ao Estado na criação de vagas nas universidades suficientes para atender a todos os candidatos.¹⁶⁵ Além disso, deve-se ter em mente que este argumento surgiu de uma discussão numa sociedade onde o Estado Social restou efetivamente implantado, diferentemente do Brasil, onde esse modelo de Estado nunca se concretizou.¹⁶⁶

Aqui, temos que ter em mente a advertência de que transferir, sem qualquer ponderação ou reflexão o conceito de reserva do possível do direito alemão para o brasileiro, bem como o entendimento de que seriam os direitos sociais (prestacionais) mandados, e não direitos fundamentais propriamente ditos, se constituiria na adoção de soluções estrangeiras

¹⁶⁴ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Safe, 2002, p. 52.

¹⁶⁵ *Idem*.

¹⁶⁶ *Idem*, p. 54.

em casos diversos dos aqui encontrados, e que não se coadunam com as necessidades materiais presentes na realidade brasileira.¹⁶⁷

Portanto, aplicar apressadamente teorias estrangeiras mais possibilita complicar que resolver os casos concretos postos à análise. Interessante observar que a realidade alemã não era a de ausência de prestação de educação, mas de intenção de que o Estado passasse a oferecer tantas vagas em universidades quanto se fizessem necessárias para atender ao número de inscritos.

Utilizar o argumento da reserva do possível, forjado para solucionar essa situação concreta, para negar, por exemplo, uma moradia a um indivíduo, bem como alguma alimentação ao mesmo¹⁶⁸, mostra-se desproporcional, despropositada e absurda, ferindo toda a lógica de proteção do ser humano e de sua dignidade, constante de todo o texto constitucional.

Nos tribunais brasileiros, a aplicação do argumento da reserva do possível na questão da implementação dos direitos fundamentais se mostra ainda em processo de amadurecimento, uma vez que se encontram posições no sentido de aplicação imediata dos dispositivos veiculadores de direitos fundamentais, sem qualquer preocupação com a questão do custo dos direitos, deixando de levar em consideração as possíveis consequências dessas decisões para o orçamento público, enquanto que outras negam-se a obrigar o Estado a adotar políticas públicas ou prestações materiais específicas, sob o argumento de invasão da competência do Executivo. Há, ainda, um terceiro posicionamento, que leva em consideração a questão do custo, ponderando-se a mesma com os bens em conflito, para a partir disso construir a decisão do caso concreto.¹⁶⁹

Aqui, importante colacionar o posicionamento esposado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, no qual, apesar de julgar prejudicada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº. 45, há a defesa dos argumentos aqui

¹⁶⁷ *Idem*, p. 56.

¹⁶⁸ A referência a alguma foi proposital, pois não é necessário colacionar nenhum dado estatístico para se ter em mente a realidade de um sem número de brasileiros que não contam nem com alimentação diária assegurada, muito menos com uma alimentação digna, e, quiçá, com os demais direitos componentes do núcleo da dignidade da pessoa humana.

¹⁶⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 226.

esposados, inclusive o de que “a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais”.¹⁷⁰

Contudo, a chamada cláusula de reserva do possível condiciona, para a realização dos direitos prestacionais, a observância de um binômio “que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”.¹⁷¹

De todo o exposto acerca da chamada reserva do possível, que leva em conta exatamente o dado fático de que a realização dos direitos fundamentais implica em custos, faz-se interessante realizar algumas ponderações finais. A primeira é o reforço no sentido de que, muito embora a decisão do Ministro Celso de Mello não entre na questão, não só aos direitos prestacionais – mormente os sociais – deve-se imputar a existência de custos para realização.

Deve restar claro, conforme já dito, que para a efetivação de qualquer direito, mesmo os chamados negativos, há a existência de custos para o Estado que os presta, posto que, para a defesa dos direitos de liberdade, muito embora estes não exijam do Estado uma atuação prestacional propriamente dita, exigem que o mesmo detenha um aparato organizacional no sentido de garantir a plena fruição desses direitos. Nesse sentido, tenha-se em mente o estabelecimento de corpos de pessoal para prevenir e reprimir violações a esses direitos, varas jurídicas para apreciar e julgar os casos, entre outros.

Não que se esteja a pretender relativizar tais direitos. Muito pelo contrário, conforme anteriormente já defendido, estes também integram o mínimo existencial ambiental. O que deve ser afastada é a falácia de que somente os direitos de caráter prestacional implicam em gastos.

A segunda observação a ser feita é a de que estamos diante de um dado fático que, muito embora não possa ser desprezado, ainda é fático, e não jurídico. E não pode ser

¹⁷⁰ Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em 25 de abril de 2009.

¹⁷¹ *Idem*.

desprezado sob pena de conferir apenas simbolicamente efetividade aos direitos fundamentais. Interessante, nessa esteira, trazer o conceito de legislação simbólica tecido por Marcelo Neves, para quem esta se caracteriza pela “produção de textos cuja referencia manifesta à realidade è normativo-jurídica, mas que serve, primaria e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”.¹⁷²

A busca aqui é, exatamente, em sentido oposto, visto que se persegue, a partir da identificação dos efeitos jurídicos decorrentes do núcleo da dignidade da pessoa humana, a eficácia social dos direitos nela consignados. Assim, a partir do momento no qual o argumento da reserva do possível for utilizado para relativizá-los – sobrepondo a instância econômica sobre a jurídica – deve ele ser, de imediato, afastado.

A importância dos custos dos direitos, bem como da reserva do possível que ele denota, é exatamente no sentido de buscar ao máximo a efetividade dos direitos fundamentais. Nesse sentido, como visto, somente se restringirá o núcleo da dignidade da pessoa humana em caso de ausência demonstrada de recursos. E essa ausência não pode ser justificada com dados de gastos em outras áreas, dada a fundamentalidade desses direitos.

Note-se que a implementação imediata do mínimo existencial ambiental é decorrência da própria configuração do Estado brasileiro. Assim, somente após a destinação dos recursos necessários à efetivação desses é que se poderá falar nos demais direitos, sejam eles fundamentais ou não.¹⁷³ Não há como se justificar, dessa forma, a não realização de direitos fundamentais ante a ausência de recursos quando estão sendo destinados, no orçamento, cifras milionárias para gastos com publicidade, por exemplo.

Nesses termos é que deve ser entendida a questão do custo dos direitos, como também da reserva do possível, somente em ultima instância podendo servir de argumento para a não realização dos direitos fundamentais, e, principalmente, do mínimo existencial ambiental.

¹⁷² NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 30.

¹⁷³ Os custos dos direitos de liberdade, bem como dos órgãos necessários ao funcionamento do Estado estão sendo tomados como pressupostos a essa discussão, mesmo porque não se pode falar em Estado atuando sem que se dê condições materiais para tanto, nem em direitos de liberdade garantidos – visto que também inseridos no mínimo existencial – sem os devidos recursos destinados à manutenção dos órgãos estatais imbuídos dessa proteção. Uma discussão possível, aqui, contudo, é no que diz com o gasto racional desses recursos, respeitando o que prescreve o princípio da eficiência, insculpido no *caput* do art. 37 da CF.

Feitas essas considerações, é de se frisar que a questão central aqui tratada é a da efetividade dos direitos fundamentais – mormente do direito ao meio ambiente equilibrado – e o controle das políticas públicas. Tendo em vista que estas são o principal instrumento de efetivação dos direitos fundamentais (e com o mínimo socioambiental não é diferente), resta deixar claro como é possível controlá-las, dado que, caso estas não atinjam efetivamente seus objetivos, são os próprios direitos fundamentais que não estão sendo realizados.

Antes, porém, de proceder nessas considerações, interessante novamente trazer à baila a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, referida mais acima, onde ele deixa claro em determinado trecho que, com relação à questão da formulação e execução das políticas públicas,

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de 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 injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna, e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, 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 aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Procedamos, pois, na busca dos parâmetros possibilitadores da análise da consonância das políticas públicas com o ordenamento jurídico, de modo a que, caso restem infringidos, seja possível o controle judicial das políticas públicas.

3.3 Controle das políticas públicas.

Já foi dito que o mínimo existencial ambiental deve ser imediatamente efetivado. Também já foi dito que as políticas públicas se constituem no principal meio de efetivação dos direitos fundamentais (e, assim, do próprio mínimo existencial ambiental).

Quando do esforço definitório do que venha a ser uma política pública, observou-se que esta contém alguns elementos, e que estes podem, dado que jurídicos, serem controlados juridicamente.

Assim, tendo em conta o aspecto da política pública como sendo uma ação coordenação, temos que essa ação deve-se valer de meios que se coadunem com as prescrições constitucionais. Nesse mesmo sentido temos de ter em mente a questão do programa de uma política pública, uma vez que, sendo nele encontrados os objetivos, instrumentos de ação e recursos a serem aplicados numa determinada política pública, evidencia-se aí toda uma gama de questões que podem ser objeto de discussão acerca da conformidade com os imperativos da Constituição.

No que diz com o processo, enquanto elemento de uma política pública, temos que este deve estar de acordo com as regras previstas para o seu desenvolvimento válido e regular. Vemos, pois, que uma política pública, em sendo identificada, nos oferece elementos que podem ser objeto de controle, visto que a partir desses é que se poderá controlar as políticas públicas.

Esse controle, além disso, “se constitui num elemento indispensável de estabilização das relações sociais”.¹⁷⁴

3.3.1 Em busca de parâmetros de controle.

Antes de adentrar na busca anunciada, lembremos da advertência já feita, no sentido de que há um conjunto mínimo de normas constitucionais – e que compõem o núcleo da dignidade da pessoa humana – que devem ser observados, buscados e implementados independente das escolhas políticas ocorrentes num determinado momento. E essa argumentação independe das correntes que estudam o alcance da Constituição, tendo em vista que, tanto os substancialistas como os procedimentalistas tem em comum o entendimento de que deverá ser respeitado e implementado esse núcleo mínimo de direitos, seja pelo argumento de vinculatividade dos legisladores ordinários às escolhas políticas e valores consagrados na Constituição (caso dos primeiros), seja no sentido da necessidade de ser

¹⁷⁴ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 140.

garantir um mínimo de direitos que possibilite o funcionamento das instâncias de deliberação democrática.

Assim, ultrapassamos tais posicionamentos teóricos para chegar na imperatividade do imediato cumprimento do mínimo existencial ambiental. Contudo, como garantia de tal cumprimento, devem ser buscados os parâmetros que possibilitem controlar as políticas públicas, tendo em vista que por meio destas se implementará o mínimo existencial ambiental.

Buscando uma construção dogmática que permita o controle das políticas públicas, Barcellos¹⁷⁵ identifica parâmetros de três categorias: uma formada pelos de caráter objetivo; outra pelos que se conectam com o resultado final esperado da atuação; e, por fim, uma relacionada com os meios escolhidos para a realização das metas constitucionais.

Na primeira categoria estão os de mais fácil identificação, uma vez que nestes há previsão expressa na Constituição do *quantum* de recursos a serem aplicados no sentido de realização de políticas públicas que os promovam.¹⁷⁶

Temos, aí, a garantia de aplicação mínima de recursos para assegurar os direitos fundamentais à saúde – art. 198, § 2º, CF –, à educação – art. 212 – e ao custeio da seguridade social – arts. 194 e 195. Assim, caso não haja correspondência entre o percentual constitucionalmente referido e o efetivamente aplicado, nasce a possibilidade de controle do descumprimento da prescrição constitucional.¹⁷⁷

Na segunda categoria de parâmetros, temos aqueles que levam em conta o resultado final esperado da ação do Estado. Para a definição destes, há de haver “um trabalho hermenêutico que consiste em extrair das disposições constitucionais efeitos específicos, que possam ser descritos como metas concretas a serem atingidas em caráter prioritário pela ação do Poder Público”.¹⁷⁸

Inicialmente, resta interligar este parâmetro com o primeiro, uma vez que enquanto este se ocupa com os parâmetros objetivos de destinação – os percentuais e vinculações

¹⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de direito administrativo, n. 240, abril-junho de 2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹⁷⁶ *Idem*, p. 94.

¹⁷⁷ *Idem*, pp. 95-96.

¹⁷⁸ *Idem*, p. 96.

constitucionalmente expressos – o parâmetro agora analisado se volta para o resultado final dessas destinações. Assim, se aquela destinação não se fizer suficiente, há de haver a sua complementação, possibilitando assim o atingimento do resultado esperado.¹⁷⁹

A definição do mínimo a ser obrigatoriamente oferecido pelo Estado à população deve partir da consideração de que este não termine por esvaziar o espaço de escolha política, ou mesmo levar os recursos públicos a uma possível exaustão. A busca, contudo, deve ser no sentido de “um conjunto de prestações mínimas que deva ser oferecido pelo Estado independentemente do grupo político no poder”.¹⁸⁰

A conexão desse “conjunto de prestações mínimas” com o mínimo existencial ambiental parece ser evidente. De fato, conforme todo o exposto quando da consideração desse mínimo social, temos que ele é exatamente esse conjunto de prestações a serem obrigatoriamente oferecidas pelo Estado aos indivíduos, sob pena de comprometimento insuperável da dignidade do ser humano, terminando por fulminar as próprias bases da República Federativa do Brasil.

Desse modo, aquilo que, muito embora componente do mínimo existencial ambiental, não tenha critério objetivo a implicar na destinação de verbas definidas buscando sua efetivação, cairá no controle dos resultados esperados da atuação estatal, tanto que, mesmo os que detêm tal destinação de recursos podem necessitar de valores que a ela ultrapassem, o que deve ser buscado.

E esse “deve ser buscado” é exatamente no sentido exposto quando do trato da questão da reserva do possível, restando claro que, caso se tenha objetivamente constatado que não pode o Estado prestar do modo esperado um determinado direito, deve ser buscado o máximo possível com os recursos disponíveis.

Há aqui, por fim, um caminho a ser trilhado, conforme as expressas determinações constitucionais, no sentido da busca dos resultados finais esperados: em primeiro, devem ser buscados resultados no que pertine ao mínimo existencial ambiental, visto que é o conjunto das prestações mínimas que devem obrigatoriamente ser oferecidas pelo Estado,

¹⁷⁹ *Idem.*

¹⁸⁰ *Idem*, p. 97.

independentemente do grupo que esteja no poder; em segundo, deve ser buscada a efetividade dos demais direitos fundamentais, cujo conteúdo não pode sequer ser diminuído¹⁸¹, dada a fundamentalidade dos valores que expressam para o Estado brasileiro; e há, por fim, os demais direitos, somente cogitáveis de efetivação após os dois primeiros.

Note-se que, para além do mínimo existencial ambiental, os direitos fundamentais – ou não – a serem efetivados vão depender das escolhas próprias dos espaços de deliberação política. Nesse espaço também estará, muito embora não sem controle, a escolha dos meios para a realização das metas constitucionais, que é o terceiro parâmetro de controle.

Chegamos, pois, no terceiro e último dos parâmetros de controle das políticas públicas apresentados por Barcellos. Neste, conforme já adiantado, muito embora a escolha “dos meios através dos quais as finalidades constitucionais podem ser alcançadas”¹⁸² seja uma atividade tipicamente política, ou seja, dependente de definição e deliberação político-majoritária, tem-se que, sob pena de comprometimento da efetividade dos fins constitucionalmente previstos como devendo ser obrigatoriamente buscados, deve também haver o controle desses meios, através de parâmetros que tenham “o fim de eliminar das possibilidades de escolha à disposição das autoridades públicas os meios comprovadamente ineficientes para a realização das metas constitucionais”.¹⁸³

O presente parâmetro, assim, conecta-se com o princípio da eficiência, constitucionalmente prescrito no *caput* do art. 37, como vinculador da atividade da Administração Pública de todos os entes federativos, seja ela direta ou indireta.¹⁸⁴

O princípio da eficiência, no entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, muito embora sua inegável fluidez, deve ser entendido “na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é

¹⁸¹ Art. 60, § 4º, IV, CF: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”. (grifo nosso)

¹⁸² *Idem*.

¹⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de direito administrativo, n. 240, abril-junho de 2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 98.

¹⁸⁴ Art. 37, *caput*, CF: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”.

o dever administrativo por excelência”. Conecta-o, o presente autor, ainda, com o chamado princípio da boa administração.¹⁸⁵

Di Pietro¹⁸⁶, por sua vez, nos dá o seguinte panorama acerca do princípio da eficiência:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. (grifado no original)

Nota-se, a partir disso, que não pode a Administração Pública, a pretexto de realizar as finalidades constitucionalmente estabelecidas, eleger critérios que ofendam a necessária busca do cumprimento de suas obrigações a partir dos melhores meios possíveis, visto que deve ela, seja com relação à sua atuação particular, seja no que diz com sua própria estrutura organizacional, sempre objetivar os melhores resultados e o melhor desempenho possível na prestação dos serviços públicos.

Desse modo, conclui Barcellos no sentido de que “as políticas públicas têm de contribuir com uma eficiência mínima para a realização das metas estabelecidas na Constituição; caso contrário, não apenas se estará fraudando as disposições constitucionais, como também desperdiçando recursos públicos”.¹⁸⁷ Esses recursos públicos, conforme já sublinhado, longe de serem infinitos, são escassos, implicando, inclusive, em escolhas trágicas, no sentido de que a opção pela efetividade de um determinado direito implica na renúncia, ainda que momentânea, da implementação de outros.

Não se pode, por outro lado, implicar tal parâmetro na substituição da vontade dos democraticamente escolhidos pela população para tanto pela vontade do juiz, mas na possibilidade, a partir de informações que permitam, com consistência científica, avaliar os meios escolhidos, de “eliminar as hipóteses de ineficiência comprovada”.¹⁸⁸

¹⁸⁵ *Curso de direito administrativo*. 15. ed. refundida, ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 112.

¹⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 83.

¹⁸⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de direito administrativo, n. 240, abril-junho de 2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 98.

¹⁸⁸ *Idem*.

Expostos os presentes parâmetros de controle, resta ainda a necessidade de, a eles, se conectar – até mesmo por imperativo de lógica – a possibilidade de obtenção de informações dos órgãos públicos, de modo a ser possível saber se houve o respeito às escolhas constitucionais, à indicação objetiva de recursos bem como se os meios escolhidos não padecem de ineficiência comprovada.

A utilização desses parâmetros no sentido de controlar as políticas públicas se conecta aos objetivos e meios eleitos para atingi-las, bem como se estas estão cumprindo as metas constitucionais relacionadas a um mínimo de investimento normativamente prescrito, tudo isso no sentido da busca da concretização da justiça social e da efetivação dos direitos fundamentais.¹⁸⁹

Desse modo, é no elemento programa, componente das políticas públicas, que é possível encontrar a sua consonância com os meios e fins constitucionalmente estabelecidos. O elemento ação-coordenação termina por restar, ainda que indiretamente, dentro dos meios necessários para a implementação da política, visto que esta, para realizar-se, implica numa ação coordenada. Já o processo, por sua vez, se conecta ao respeito das previsões legais e constitucionais que determinam a participação popular na formação das políticas públicas.

Restam, pois, ao lado dos mecanismos tradicionais de controle das normas jurídicas, a possibilidade de controle das políticas públicas por meio dos parâmetros estabelecidos. Contudo, em caso de inexistência de política pública, é possível ao Judiciário a exigência da efetivação imediata de algum direito fundamental?

A pergunta é relevante, visto que estamos, até o presente momento, a tratar da possibilidade de controle judicial de políticas públicas. Estas existem. Não há, como vimos, uma substituição propriamente dita da vontade dos democraticamente escolhidos para tanto pela dos juízes, mas a garantia de aplicação das determinações constitucionais pelo Judiciário.

Mas a questão agora é outra: em não havendo política pública alguma, é possível ao Judiciário agir, determinando que estas sejam implementadas, ou mesmo implementando-as ele próprio?

¹⁸⁹ SARMENTO, George. *Direitos fundamentais e técnica constitucional: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda*. In Revista do mestrado em direito, v. 2, n. 3, dez 2006. Maceió: Edufal, 2008, p. 66.

Algumas ponderações se fazem necessárias.

Anote-se, desde já, que o argumento da separação dos poderes do Estado como impossibilitador, seja do controle de políticas existentes, seja de políticas que deveriam existir, deve desde já ser afastado, visto que ela se funda na especialização das funções estatais e não veda o exercício ocasional de uma função por órgão especializado em outra, desde que se compatibilize com sua atividade primordial.¹⁹⁰

A problemática do controle jurisdicional da atividade administrativa “envolve a tensão entre os princípios constitucionais da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação dos poderes”.¹⁹¹ Essa tensão, contudo, não pode ser resolvida simplesmente adotando-se posicionamentos radicais que pressupõem uma verdadeira castração da atuação dos Poderes componentes da República. Assim, deve objetivar esse controle evitar condutas perpetradas por agentes públicos de quaisquer dos poderes que venham a lesionar ou ameaçar direito.¹⁹²

Somando-se a isso, deve-se ter em conta que a Constituição Federal de 1988 acolheu a teoria dos freios e contrapesos – a qual confere ao Judiciário atuação no controle do poder político – de modo que o controle jurisdicional das políticas públicas é plenamente compatibilizado ao funcionamento do sistema constitucional brasileiro.¹⁹³

Nessa esteira, a separação dos poderes deve ser compreendida levando em conta a realidade atual. Assim, “na medida em que as leis deixam de ser vistas como programas *condicionais* e assumem a forma de programas *finalísticos*, o esquema clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade”.¹⁹⁴ A imperatividade é, pois, no sentido de uma nova compreensão dos dogmas do constitucionalismo clássico, que devem ser repensados de acordo com a lógica do Estado Social.¹⁹⁵

Além disso, deve-se ter em mente que autorizar o Judiciário a ir além do controle das políticas públicas, possibilitando que este mesmo as crie, seria mesmo perigoso, tendo em

¹⁹⁰ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 149.

¹⁹¹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 107.

¹⁹² *Idem*, p. 110.

¹⁹³ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, pp. 106-107.

¹⁹⁴ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Safe, 2002, p. 90.

¹⁹⁵ *Idem*, p. 91.

vista que ele “não possui aparato técnico para a identificação das reais prioridades sociais”.¹⁹⁶ Não há aqui a discussão acerca da legitimidade do Judiciário em proceder nesse sentido, mas de impossibilidade técnica mesmo.

Note-se que a Administração Pública, na sua atividade executiva das leis – a realize bem ou mal – detém todo um corpo técnico voltado à identificação das prioridades sociais e posterior definição dos meios para atingi-las. Se não restam dúvidas sobre a possibilidade de controle da correção do exercício dessa atividade com as determinações constitucionais, empecilhos surgem quando da possibilitação de que um técnico em leis passe a fazer as vezes de político, o que descambaria na já referida substituição da vontade do político pela do juiz.

Dessa forma, se é certo que toda a atuação da Administração Pública deve se dar em conformidade com os princípios constitucionais e com as normas asseguradoras dos direitos fundamentais, também é certo a

[...] impossibilidade de o julgador renovar os juízos de prognose do agente administrativo, durante a valoração dos conceitos indeterminados e, de ponderação, durante o exercício da discricionariedade, para fins de constituir nova decisão, quando do Direito não é possível se inferir outra objetivamente [...].¹⁹⁷

Reside nessa limitação a solução da tensão entre a inafastabilidade da tutela jurisdicional e a separação dos poderes.¹⁹⁸ Assim, a única possibilidade de substituição do ato – e não da vontade – dos eleitos para tanto pelo do juiz seria quando da inexistência de liberdade para a prática do ato, situação na qual o “Poder Judiciário poderá interferir de forma positiva”.¹⁹⁹

Retornando aos temas já anteriormente tratados, temos que essa ausência de liberdade para a prática do ato, seja por parte do legislador, seja pelo administrador, é invariavelmente conectada ao mínimo existencial ambiental. Desse modo, em se tratando dos direitos que o compõem, é possível ao Judiciário determinar, interferindo de forma positiva, o que deve ser feito, sob pena do já assinalado desrespeito à dignidade da pessoa humana, no que diz não só com a própria sobrevivência da pessoa, mas com o fato de que seja possível a esta ter uma

¹⁹⁶ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 151.

¹⁹⁷ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 111.

¹⁹⁸ *Idem*.

¹⁹⁹ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 132.

vida digna, o que culmina no ferimento dos próprios fundamentos do Estado Socioambiental Brasileiro.

Firma-se, assim, o entendimento de ser possível não somente o controle das políticas públicas pelo Judiciário – de acordo com os parâmetros estabelecidos – senão também a sua implementação direta por este Poder, em caso de ausência, quando se estiver diante da necessidade de implementação de política pública que busque efetivar os direitos fundamentais que compõem o mínimo existencial ambiental, posto que não há aqui opção no sentido de escolha em atuar ou não, mas cogência da própria Constituição no sentido de sua implementação imediata.

Dessa forma, não poderá ser de outro modo com relação ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ausente política pública, e assente a necessidade de atuação estatal positiva no sentido de garantir a defesa desse direito, pode – e deve – o Judiciário determinar a tomada de medidas no sentido de assegurá-lo, fazendo uso, inclusive, caso necessário, do aparato técnico da própria Administração Pública, visto que a efetividade desse direito é busca de todo o Estado, que se separa em poderes tendo em vista uma melhor atuação estatal, e não a impossibilitação do cumprimento das suas finalidades.

Outrossim, não é demais lembrar a natureza supra-estatal desse direito fundamental, bem como o fato de ele engendrar, hoje, internacionalmente, grandes discussões – não só no plano científico, mas também no político – no sentido de sua proteção, sob pena de comprometimento, inclusive, da existência da raça humana na Terra.

Contudo, por mais que o Judiciário exerça a sua função de controle jurisdicional dos atos que venham a ameaçar ou ferir direitos fundamentais perpetrados pela Administração Pública, necessário se faz ser possível identificar qual o ente do qual se exigirá atuação implementadora do mínimo existencial ambiental. Note-se que, se, de um lado, é de se discutir a legalidade do ato praticado, de outro, por vezes, a ilegalidade reside na inércia do poder público em tomar qualquer iniciativa.

Nessas duas hipóteses, saber de quem exigir atuação resta imprescindível para a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, tendo em vista que este

direito encontra-se dentre aqueles relacionados pela Carta Magna como sendo de competência executiva comum.

De fato, para que seja possível identificar o ente político a quem cabe a atuação positiva no sentido de efetivar o direito ao meio ambiente equilibrado, surge a questão que diz respeito ao fato de ter a Constituição Federal de 1988 estabelecido uma série de competências materiais comuns, em seu art. 23, dentre as quais estão elencados o meio ambiente e o patrimônio histórico (incisos III, IV, VI, VII e XI).²⁰⁰

Essas competências, como veremos, autorizam – e mais, impõem – todos os entes federativos a atuar nos termos nela consignados. O funcionamento conjunto, contudo, deverá dar-se nos termos do estabelecido em leis complementares, o que, muito embora a tramitação de projeto com esse objetivo no Congresso Nacional, nunca foi implementado.²⁰¹

Desse modo, para que seja possível a identificação do ente político a quem seja possível exigir a imediata efetivação do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, cabe ainda proceder em algumas ponderações no que diz com as competências administrativas comuns, analisando a possibilidade de admitir-se algum critério que nos auxilie nesse desiderato. Outrossim, tendo em vista que, atualmente, resta tramitando projeto de lei complementar visando traçar regras para o funcionamento das competências comuns²⁰², convém analisar de que modo busca essa proposta solucionar o problema, bem como se, de fato, possibilita que este tenha resolução plausível.

²⁰⁰ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; [...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; [...] XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;”

²⁰¹ A redação anterior fazia referência somente à lei complementar no singular, podendo sugerir que toda a temática relativa ao exercício das competências administrativas comuns deveria ser aglutinada num mesmo instrumento legal. A regulamentação do tema, contudo, ainda não aconteceu.

²⁰² Tem-se, hoje, aguardando votação, o PLP nº. 12/2003, ao qual foram apensados os PLPs nºs. 1277/2007 e 388/2007. Contudo, muito embora esteja a matéria na iminência de ser discutida em primeiro turno na Câmara dos Deputados, a apreciação vem sendo adiada, após a passagem pelas comissões relacionadas à matéria, desde 19/05/2009, por acordo dos líderes. A última postergação da discussão da matéria ocorreu em 24/06/2009. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/sileg/prop_deta_lhe.asp?id=104885>. Acesso em: 25/06/2009.

4 COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS COMUNS, POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVIDADE

O art. 23 da CF, em seu *caput*, prevê que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, passando, daí, a listar uma série de matérias em seus incisos, dentre as quais algumas relacionadas ao meio ambiente, e, via de consequência, ao direito fundamental que a ele protege.

Assim, prevê, aquele artigo, em seus incisos III, IV, VI, VII e XI, situações nas quais devem tanto a União, como os Estados, o Distrito Federal e os Municípios agir no sentido de assegurá-las:

- III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
- IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;
- VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
- VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;
- XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

Interessante observar que as situações alinhavadas relacionam-se com o meio ambiente natural, cultural e artificial. Desse modo, não se exige grande esforço interpretativo para que se conclua pela estipulação constitucional de competência comum para atuação no sentido da defesa do meio ambiente, nas áreas discriminadas nos incisos transcritos.

Já foi dito, quando do trato do conceito de políticas públicas, que estas se consubstanciam no principal meio de que dispõe o Estado para atuar no sentido da promoção dos direitos fundamentais. É que é exatamente por meio de um conjunto de atos, organizados num programa e tendentes a um fim que persegue o Estado o cumprimento de seus deveres fundamentais.

Além disso, em não tendo uma política pública uma forma pré-determinada – de modo que não é possível afirmar que se está de frente para a simples afirmação legal nesse sentido, ou mesmo se afastar da mesma pela simples negativa estatal – não se pode olvidar da

circunstância de estar o poder público a pôr em prática determinada política pública sem que o agente exequente disso tenha completa consciência.²⁰³

Tome-se, como exemplo, a situação dos percentuais constitucionalmente fixados de aplicação de tributos nas áreas de saúde e educação,²⁰⁴ visto que, anualmente, são os entes políticos obrigados a cumpri-los. Ao destinar as quantias, está o Estado atuando, mediante uma série de atos organizados no sentido da promoção da saúde e da educação. Assim, ainda que não reste expressamente declarado, existe uma perene política pública, por força de letra constitucional expressa, no sentido do constante investimento na melhoria e expansão dos programas de saúde e de educação. Tratam-se, pois, de verdadeiras políticas públicas relacionadas àqueles direitos fundamentais.

Nesse ponto, convém afirmar, pois, que a relação entre as competências para agir executando leis, conferidas aos Poderes Executivos dos entes políticos da federação brasileira e a atuação estatal no sentido da implementação de políticas públicas é estreita. E essa proximidade decorre exatamente do fato de que se, de um lado, somente pode o Estado agir mediante expressa autorização legal, de outro, em sua atuação, após habilitado, depende de competência para tanto.

De fato, via de regra, tem-se a comum decorrência da competência para execução das leis elaboradas e inseridas no ordenamento jurídico brasileiro pelo ente praticante desse exercício – e competente para tanto –, ao passo que existem casos que, de tão importantes, tiveram o seu exercício determinado pela Carta Constitucional como sendo comum.

²⁰³ A identificação da presença de uma política pública deverá ser, assim, a partir do enquadramento de um conjunto de atos estatais no seu conceito, independentemente de confirmação formal do ente público no sentido de estar a praticar atos incluídos numa determinada política pública. Interessante observar que Eros Roberto Grau, considerando que a expressão políticas públicas engloba qualquer intervenção estatal na sociedade, termina concluindo que “o *direito* é, também, ele próprio, uma *política pública*” (original destacado), in *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, p. 26.

²⁰⁴ O artigo 198, § 2º e seus incisos, da Constituição Federal estabelece os percentuais obrigatórios com relação à saúde: “§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º”. O art. 212, por sua vez, prevê as percentagens a serem destinadas para a educação: “Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

Contudo, se não há grandes discussões sobre a competência do ente federado para executar as leis que criou, a dúvida se instaura quando se está diante das hipóteses elencadas no art. 23 da CF, visto que, independente do ente competente para legislar, nas matérias lá previstas, a competência administrativa é comum, ou seja, cabe a todos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios agir concomitantemente, no sentido da implementação dos temas lá discriminados.

Ocorre que a compreensão de que o supramencionado artigo estatuiu a possibilidade de execução administrativa de leis editadas por outro ente federativo não é pacífica. Assim, ao lado da defesa de que este, entendido sistematicamente com os arts. 21, 22, 24 e 25 do Estatuto Político pretende, efetivamente, traçar aquelas hipóteses nas quais cabe a atuação conjunta de todos os entes federados, independentemente daquele que deve legislar naquelas matérias – numa clara distinção entre as competências legislativas e as administrativas – há quem defenda que tal somente se mostra possível caso haja a atuação também legislativa conjunta.

Diante de tal situação, importa analisar as competências administrativas, em contraste com as competências legislativas.

4.1 Competências administrativas e competências legislativas na Constituição Federal de 1988.

Paulo de Bessa Antunes, após aclarar que tem sido atribuída ao art. 23 interpretação de que o mesmo traçou hipóteses de competência administrativa, garantindo aos entes políticos a possibilidade de, nas matérias lá previstas, adotar medidas preventivas ou repressivas, atribui a ele três possíveis caminhos conceptuais: o primeiro, afirmando a necessidade de celebração de convênio entre o ente legislador e o exequente; o segundo, determinando que a Constituição, ao estabelecer esse dever de cuidado, conferiu a capacidade legislativa para tanto; e, por fim, tem-se a aplicação direta das leis de um ente federativo por outro.²⁰⁵

No entanto, mencionado autor, pouco depois, firma-se, muito embora compreendendo que tal competência não é legislativa, mas de atuação na busca da implementação de um federalismo cooperativo, no sentido de que as competências comuns previstas no art. 23

²⁰⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, pp. 105-106.

pressupõem que cada ente aplique “suas próprias normas, não podendo simplesmente aplicar normas de outros entes federativos”.²⁰⁶ Tal posicionamento parte da impossibilidade, segundo afirmado pelo autor, de aplicação por um ente federado de normas jurídicas elaboradas por outro, principalmente no que diz respeito à imposição de multas.²⁰⁷

Edis Milaré também segue nesse mesmo sentido, fazendo confusão entre as competências administrativas e legislativas ao defender que do fato de ter a Carta Magna atribuído ao Município a competência administrativa de *proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas* – artigo 23, inciso VI – decorre que, para cumprir tal desiderato, compete-lhe também a edição de leis sobre a matéria.²⁰⁸

Defendendo expressamente a possibilidade de legislar como decorrência implícita do previsto no art. 23, Patrícia Azevedo da Silveira deixa claro que, na sua concepção, “trata-se então da competência comum da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, a qual também constitui uma competência implicitamente legislativa”.²⁰⁹

Em sentido inverso, defendendo a possibilidade de um ente político executar administrativamente leis editadas por outro se manifesta Andreas Joachim Krell, tendo em vista que admitir como decorrência das competências administrativas comuns uma capacidade legislativa nas áreas discriminadas no art. 23 implicaria na própria dissolução do “sistema próprio das competências legislativas estabelecido nos arts. 22, 24, 30, I-II, CF”.²¹⁰

Nessa mesma órbita de compreensão também se manifesta Vladimir Passos de Freitas, ao afirmar que “é importante observar que, em face da competência comum, pouco importa quem seja o detentor do domínio do bem ou o ente que legislou a respeito. Todos podem atuar na preservação das árvores, da fauna, da flora”.²¹¹

²⁰⁶ *Idem*, p. 108.

²⁰⁷ *Idem*, pp. 155-156.

²⁰⁸ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 229.

²⁰⁹ *Competência ambiental*. 1. ed. (ano 2002), 4. tir. Curitiba: Juruá, 2005, p. 153.

²¹⁰ *Discrecionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 100.

²¹¹ FREITAS, Vladimir Passos de. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 77.

Também distinguindo as competências para legislar daquelas para agir, José Afonso da Silva bem assevera que as competências prescritas no art. 23 dizem “respeito à prestação dos serviços referentes àquelas matérias, à tomada de providências para a sua realização”,²¹² aduzindo, mais à frente, que a competência dos Municípios em matéria ambiental está prevista nos incisos daquele artigo. Contudo, “nesse dispositivo o que se outorga é a competência para ações materiais. Portanto, a competência fica mais no âmbito da execução de leis protetivas do que no de legislar sobre o assunto”.²¹³

Impende, assim, firmar posicionamento acerca das competências administrativas frente às executivas, de modo a não confundi-las. Interessante, aqui, colacionar o apresentado por De Plácido e Silva, que nos oferece a raiz etimológica do termo competência, como sendo “derivado do latim *competentia*, de *competere* (estar em gozo ou no uso de, ser capaz, pertencer ou ser próprio)”, acrescentando, no que diz com a competência administrativa, que esta “indica a soma de poderes que as leis outorgam às autoridades administrativas, para que possam administrar e gerir os negócios públicos”, conceituando, ainda, competência legislativa como sendo “o poder que se confere a uma instituição, para que possa elaborar leis sobre determinados assuntos”.²¹⁴

Em semelhante rumo caminha José Afonso da Silva ao apresentar classificação das competências, entendendo que “*competência* é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar as suas funções”.²¹⁵

A competência, seja ela para legislar ou agir, se traduz, assim, num estado, numa capacidade atribuída pela Constituição a um determinado órgão. A partir dessa indicação, tem ele o poder de agir. Temos, desse modo, a divisão dessa possibilidade de atuação em material

²¹² *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 77.

²¹³ *Idem*, p. 79.

²¹⁴ *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 319-320.

²¹⁵ *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 477.

e legislativa, subdividindo-se a primeira em exclusiva e comum, e a última em exclusiva, privativa, concorrente e suplementar.²¹⁶

Os problemas na definição de quem é o ente competente, seja na atuação criativa de normas jurídicas, seja na atividade de sua aplicação residem exatamente nas situações onde são os entes cumulativamente capazes do exercício da competência. Temos, nesse diapasão, a competência concorrente para legislar e a competência material comum.

A competência legislativa concorrente, estabelecida no art. 24 da CF, se consubstancia na possibilidade de os entes federativos disporem sobre os temas ali elencados, cabendo à União confeccionar as normas gerais sobre as matérias lá elencadas. A competência material comum, por outro lado, é a capacidade cumulativa que tem os entes federados no sentido de agir nas matérias discriminadas no art. 23 da CF. Essa atuação, vale dizer, deverá ocorrer nos termos de lei complementar a ser editada tendo em vista a implementação de um federalismo cooperativo, nos termos do parágrafo único desse artigo.

Note-se que, no último caso, a atuação de um ente não exclui a do outro, de modo que, caso não haja uma atuação coordenada, existe a possibilidade real – e de fato ocorrente – do agir no mesmo sentido por parte dos entes federados, mediante seus órgãos administrativos.

Não haveria, desse modo, lógica na disposição das competências para legislar se houvesse, a partir da inovadora determinação²¹⁷ de competência comum para agir em situações de grande relevância, também a possibilidade de editar leis. Assim, admitir que as competências previstas no art. 23 implicam numa atribuição da possibilidade de legislar resta mesmo, seguindo na mesma linha da mencionada observação feita por Krell²¹⁸, na admissão da desimportância, inaplicabilidade, ou, mesmo, ausência de qualquer força normativa do previsto nos arts. 22, 24 e 30 da CF.

²¹⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130; FREITAS, Vladimir Passos de. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 56; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22 ed., rev. e atual. nos termos da reforma constitucional (até a emenda constitucional n. 39, de 19.12.2002). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 477 e ss.

²¹⁷ Veja-se, nesse sentido, a afirmação de Paulo Affonso Leme Machado: “A Constituição Federal de 1988 inovou na técnica legislativa, trazendo artigos diferentes a competência para legislar e a competência para administrar”, in *Direito ambiental brasileiro*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 109.

²¹⁸ Vide nota de rodapé nº. 202.

Acompanharemos, assim, a linha que compreende o art. 23 como determinando uma série de competências administrativas comuns, de modo que cabe a todos os entes políticos a execução das leis inseridas no ordenamento jurídico acerca das matérias ali enunciadas, não havendo que se mencionar a atribuição de competência, seja de forma explícita ou implícita, para legislar, isto partindo-se, inclusive, de toda a sistemática de divisão das competências legislativas previstas na Carta Magna.

Fixada esta questão, a idéia de atuação conjunta, no sentido do estabelecimento de um federalismo cooperativo – nos termos do parágrafo único do art. 23 da CF – depende, por óbvio, de regras que fixem a forma como esta ação deve ocorrer, visto que, nem de longe, seria possível extrair da Constituição que o funcionamento deve se dar através de atuação sobreposta dos entes políticos. Tal possibilidade descamba no dispêndio de recursos públicos para a execução de atos iguais, ferindo o princípio da eficiência, que, como visto, deve ser o fio condutor de toda atuação da Administração Pública.

Demais disso, parece totalmente dissociada da idéia de atuação conjunta a realização dos mesmos atos pelas diferentes esferas de poder. Na verdade, deve restar claro qual o ente que melhor poderá atender ao interesse público e às finalidades constitucionalmente previstas quando diante de situação na qual tenha a Carta Política estabelecido a competência comum. Somente com isso é que será possível se falar em efetividade dos direitos fundamentais que dependem da atuação administrativa comum para tanto.

Tal, como visto, é o caso do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, posto que sua implementação, proteção e fomento passa, necessariamente, por uma atuação intensa do Poder Público no sentido de fiscalizar as situações onde seja possível a ocorrência de dano ambiental, expedindo e cassando licenças, embargando obras e atividades, bem como fomentando práticas que consagrem a proteção ambiental, através da execução de políticas públicas educativas. Assim, a “competência material é a que atribui a uma esfera de poder o direito de fiscalizar e impor sanções em caso de descumprimento da lei. É identificada pelo uso dos verbos ‘prover’, ‘editar’, ‘autorizar’, ‘promover’, ‘administrar’ e ‘organizar’”.²¹⁹

²¹⁹ FREITAS, Vladimir Passos de. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 71-72.

Assim, deve restar claro que ente federativo atuará de modo a privilegiar o princípio da eficiência, bem como a própria intenção ínsita na Constituição em estabelecer um federalismo cooperativo (o que, de certo, não é o mesmo que um modelo de atuação centralizado). Nasce disso, pois, a relevância da compreensão do funcionamento do sistema das competências administrativas comuns, tendo em vista que, a partir daí, será possível não só proceder em análise crítica de eventuais políticas públicas já elaboradas, como também estabelecer qual ente deve ser obrigado a atuar em caso de ausência de política de promoção do meio ambiente.

Aqui, vale trazer a advertência de Paulo de Bessa Antunes, de que as competências ambientais devem ter sua repartição devidamente entendida “para que a proteção do meio ambiente possa, verdadeiramente, acontecer de forma efetiva e concreta e que, sobretudo, se realize nos limites da ordem jurídica democrática”.²²⁰ De fato, a compreensão correta dos ditames constitucionais que estabelecem as competências ambientais é de fundamental importância para a efetividade do direito ao meio ambiente equilibrado.

Interessante frisar que, para o presente trabalho, será dada prevalência ao estudo das competências administrativas. Não que o debate acerca das competências legislativas em matéria ambiental seja de importância menor, ou que estas últimas não apresentem discussões. Não. O que se tem é que, para os fins do estudo pretendido, as competências administrativas ambientais, por representarem o momento de intervenção do ente estatal na realidade social, se conectam de forma direta com a efetividade do direito em tela através da execução de políticas públicas.

O debate acerca de a quem compete legislar em que momento em tema de direito ambiental, muito embora de suma importância, vale aqui somente no sentido de permitir sua diferenciação da questão da competência executiva, visto que nesta é que se reveste de forma assente a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dependente que é de atuação positiva estatal para ver-se implementado na realidade social.

²²⁰ *Direito ambiental*. 10 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 74.

Além disso, deve-se ter em mente que, no que diz respeito às leis ambientais brasileiras, “sem dúvida, a maior dificuldade reside na falta de aplicação dessas normas”.²²¹

É esse o caminho a ser trilhado, visto que o exercício das competências materiais é determinante para a efetividade do direito ao meio ambiente equilibrado, que não pode ser refém de interesses políticos que impliquem em desperdício de recursos, mas sim impõe atuação eficiente e que busque a sua máxima otimização.

Ocorre que a situação aqui, muito embora a relevância da atuação – e da determinação do ente competente para agir –, se mostra complicada, visto que, em geral, os Municípios são reféns da ajuda de capital e técnica dos outros entes políticos, decorrência do fato de que, na maior parte dos casos, são desprovidos dos recursos exigidos para a consecução das atividades.²²² Disso resulta que, em lugar de atividades que busquem a aplicação fática de um verdadeiro federalismo cooperativo, tenha-se a prática de colaboração que não se funda “numa parceria equilibrada, mas num relacionamento de verdadeira *subordinação*, sujeito à instabilidade e ‘jogos políticos’”.²²³

Se é possível afirmar que o poder local pode traçar medidas mais efetivas para a solução do caso – dada a sua proximidade com a situação – também cabe constatar que os recursos restam sobremaneira localizados no poder central. Não basta, pois, a simples afirmação de que compete aos Municípios agir prioritariamente, sem que haja condições materiais para tanto. Por outro lado, de se vislumbrar, desde logo, uma verdadeira omissão de agir do poder detentor, por determinação constitucional, de maior capacidade econômica (União), em dar condições fáticas de efetividade dos ditames constitucionais.

A doutrina vem traçando alguns critérios que permitem aferir, ao menos em princípio, qual dos entes federativos é o competente materialmente para agir em prol da defesa do meio ambiente, independentemente da capacidade de elaborar leis. Dentre eles, vale destacar o princípio da eficiência, o princípio da subsidiariedade, e os critérios do interesse e da

²²¹ KRELL, Andreas Joachim. *Discrecionariade 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. 90.

²²² KRELL, Andreas Joachim. *Discrecionariade 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. 95.

²²³ *Idem*, p. 96.

colaboração. A esses, como veremos, interessante acrescentar o critério da determinação constitucional da destinação das receitas, como consequência direta do fato de que a atuação estatal de promoção dos direitos fundamentais implica, inexoravelmente, no dispêndio de recursos.

Após tal estudo, interessante analisar o Projeto de Lei Complementar que se encontra aguardando votação no Congresso Nacional, de modo a opinar sobre a sua viabilidade no sentido de direcionar a atuação comum dos entes federados. Trataremos, ainda, dos resultados de pesquisa de jurisprudência realizada nos sítios do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da temática das competências administrativas ambientais.

4.2 Análise dos critérios para a determinação do ente federativo materialmente competente.

Muito embora correndo o risco de ser acaciana, vale a afirmação de que somente importa determinar o ente competente nos casos elencados no art. 23 da CF, visto que, via de regra, é competente para executar o ente federado que legislou. Contudo, como identificar o ente político competente para atuar na proteção e fomento das matérias elencadas nos incisos desse artigo?

Interessante notar que não basta apontar critérios que direcionem para um ou outro ente com base somente, v.g., no grau do impacto que a atividade desenvolvida venha a ter (se local, competente é o Município, se estadual, cabe ao Estado, ultrapassando o território deste, à União). E tal se dá exatamente tendo em vista que, por vezes, apesar de se chegar à competência do Município, este não detém condições materiais para atuar.

De outro modo, a União, muito embora sendo o ente político que concentra grande parte da obtenção dos recursos públicos, em virtude da alta concentração nela da arrecadação de tributos, pode ser identificada como o ente competente, sem que tenha, no entanto, corpo de pessoal habilitado nas proximidades do local onde a atuação se faz necessária.

Assim, inicialmente, cabe trazer os critérios de identificação apontados por Celso Antonio Pacheco Fiorillo, que, alertando primeiramente para a complicada tarefa de determinar quem seria o competente para a atuação em tema de competência comum traça, em seguida, dois critérios, o da preponderância do interesse e o da colaboração. Assim,

por vezes, o fato de a competência ser comum a todos os entes federados poderá tornar difícil a tarefa de discernir qual a norma administrativa mais adequada a uma determinada situação. Os critérios que deverão ser verificados para tal análise são: a) o critério da preponderância do interesse; e b) o critério da colaboração (cooperação) entre os entes da Federação, conforme determina o já transcrito parágrafo único do art. 23. Desse modo, deve-se buscar, como regra, privilegiar a *norma que atenda de forma mais efetiva o interesse comum*.²²⁴ (original destacado)

Além de apontar os critérios de escolha da norma administrativa mais adequada para ser aplicada numa determinada situação – e, via de consequência, de seleção do próprio ente que as profere – esclarece o autor que, em virtude da ausência da lei complementar que irá disciplinar a atuação dos entes políticos nos temas de competência material comum, “a responsabilidade pela proteção do meio ambiente é comum e solidária a todos os entes da Federação”.²²⁵ Assim, somente cessará essa situação de solidariedade na responsabilização pela proteção do meio ambiente quando da inserção no sistema jurídico dessa lei complementar. Enquanto não, pois, todos os entes respondem pela proteção ambiental, inclusive juridicamente. Guardemos essa observação, à qual retornaremos em momento posterior.

Ao tratar do critério da preponderância do interesse, José Afonso da Silva esclarece que este, ao qual chama de princípio da predominância do interesse, serve de norte para a repartição da competência para as entidades que compõem o Estado Federal, de modo que “à União caberão aquelas matérias e questões de *predominante interesse geral, nacional*, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de *predominante interesse regional*, e aos Municípios concernem os *assuntos de interesse local*”.²²⁶ (original destacado)

O próprio autor aponta, logo em seguida, para a problemática da utilização do princípio do interesse, uma vez que a distinção do que é interesse nacional, regional e local se mostra cada vez mais complicada.²²⁷ Tal não é sem razão, se se reparar para o fato de que a ausência de atuação de um dos entes federados num tema que seja, v.g., local, pode levar a graves danos numa outra localidade, ou em várias outras. A isso se deve somar a circunstância

²²⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132.

²²⁵ *Idem*.

²²⁶ *Curso de direito constitucional positivo*. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 476.

²²⁷ *Idem*.

de que, uma vez omissa ou deficiente em sua atuação preventiva o Poder Público, e concretizado o dano ambiental, não cabe mais falar em prevenção, mas em reparação, sendo os danos decorrentes da deficiência de atuação prévia não mais de caráter local, mas regional ou mesmo nacional.²²⁸

Não que esse critério não deva ser levado em conta. De fato, em situações diversas, a sua utilização permite a identificação de a quem se buscar, seja para solicitar uma licença, seja para cobrar atitude repressora em defesa do meio ambiente, seja para, juridicamente, exigir ação ou reparação do dano ambiental. Contudo, à vista da problemática da ausência de recursos para atuar dos Municípios e dos Estados, não há como solucionar questões que envolvam essa problemática somente a partir do critério do interesse, visto que, para atuar necessita o ente de capital.

O segundo critério apontado por Fiorillo, da colaboração entre os entes federados, resta transcrito de forma expressa no parágrafo único do art. 23 da Carta Magna. Contudo, não existe, ainda, Lei Complementar definindo os critérios dessa cooperação. Isto, contudo, não pode servir de pretexto para uma atuação desordenada, de sobreposição de esforços, que mais se conectam com interesses políticos que com a proteção do meio ambiente.

Gilberto Bercovici, apontando para a inovação da Constituição Federal de 1998, na inclusão dos Municípios como entes da federação, deixa claro que a Carta instituiu o federalismo cooperativo no Brasil, elencando, no art. 23, CF, uma série de matérias cuja competência para execução é comum ente União, Estados, Distrito Federal e Municípios.²²⁹

A justificativa para o estabelecimento do federalismo cooperativo no Estado brasileiro encontra-se na sua configuração prestacional, visando a consecução de seus objetivos por meio de políticas públicas. A partir disso, tem-se um estabelecimento uniforme de atuação em todo o âmbito nacional – visto que ao poder central cabe traçar a linha a ser seguida pelas políticas a serem desenvolvidas no território nacional como um todo – “sendo o federalismo cooperativo considerado como o federalismo adequado ao Estado Social”.²³⁰

²²⁸ Nesse sentido, ver SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 73.

²²⁹ *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 55-56.

²³⁰ *Idem*, p. 57.

Note-se que essa homogeneização da atuação – a partir do estabelecimento de um padrão em todo o território – não pode ser confundida com a centralização da prática dos atos pelo Estado. A homogeneização deve se fundar na cooperação entre os entes federados, na qual se busca uma progressiva redução das desigualdades regionais, de modo a permitir uma similitude nas condições de vida em todo o país.²³¹

Contudo, essa homogeneização pressupõe, ainda, a transferência de recursos de uma região para a outra, apresentando nisso o federalismo cooperativo sua faceta fiscal, consubstanciando-se numa verdadeira cooperação financeira, determinando uma atuação conjunta, com base na “necessidade de solidariedade federal por meio de políticas públicas conjuntas e de compensações das disparidades”.²³²

A cooperação, assim, pressupõe uma atuação conjunta dos entes políticos no sentido do fiel cumprimento das matérias elencadas no art. 23, CF. Contudo, a isso deve ser somada a transferência de recursos de modo a possibilitar a atuação dos entes menos capitalizados. E esse repasse de capital se mostra necessário principalmente quando se tem em vista que somente a partir disso é que se mostra possível tornar operável a ação promotora da efetividade dos direitos fundamentais.

Desse modo é de se conectar toda a atuação no campo das competências comuns ao princípio da eficiência. Esse princípio, como visto anteriormente, determina que, tanto na atuação do agente público como na própria organização da Administração Pública, devem ser buscados os melhores meios possíveis para o atendimento dos direitos fundamentais, cuja efetividade é o próprio fim do Estado Social.

Outrossim, toda atuação estatal, partindo-se da busca do efetivo estabelecimento do federalismo cooperativo idealizado na Constituição Federal deve ter em conta o que determina o princípio da subsidiariedade. Esse princípio, proveniente da doutrina social da igreja católica,²³³ segundo Silvia Faber Torres,

no plano político, traduz-se no princípio federativo, empregando-se quer como critério de repartição de competência entre as diversas esferas

²³¹ *Idem.*

²³² *Idem.*, pp. 58-59.

²³³ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 177.

federativas, quer como regra para a solução de conflitos de atribuições que surjam entre elas, de modo a fortalecer, sempre, afinal, o poder local, e manter a gestão administrativa o mais próximo possível do cidadão. Implica, pois, em definir que tarefas cumprem às instâncias menores e quais, por dedução, devem ser realizadas pelos entes maiores e central.²³⁴

Compreende o princípio da subsidiariedade de forma semelhante Edison Botelho Silva Júnior, ao indicar que esse princípio dirige-se para a ordenação dos diversos estratos estatais que se interpõem ao indivíduo, de modo que “a camada superior atua essencialmente nas competências em que a camada inferior não consiga agir eficazmente”.²³⁵

O princípio da subsidiariedade atua exatamente no sentido de indicar que, na determinação do ente político competente para agir, seja sempre dada preferência àquele mais próximo do cidadão, qual seja o Município. Assim, em matéria de execução de medidas em busca da proteção do meio ambiente, ao ente municipal deve ser sempre atribuída prevalência de atuação.

Pode ser compreendida como tendo privilegiado a atuação local a Lei nº. 6.938/81, instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente. Assim, o seu art. 14 expressamente dispõe que os causadores de degradação ambiental, independentemente das penalidades definidas por legislação federal, estadual ou municipal, sujeitar-se-ão, ainda, em caso de “não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental” às sanções lá elencadas, prevendo, ainda, no seu § 2º, expressamente que “no caso de omissão da autoridade estadual ou municipal, caberá ao Secretário do Meio Ambiente a aplicação das penalidades pecuniárias previstas neste artigo”.

É de se notar que o legislador, ao lado de prever a aplicação de penalidades no art. 14, determinou que a atuação federal será complementar à estadual e municipal, somente sendo cabível quando da omissão dessas esferas.

²³⁴ *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 35-36.

²³⁵ *A cidadania européia segundo o princípio da subsidiariedade*. In: COSTA, Marli M. M. da (org.). *Direito, cidadania e políticas públicas*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2006, p. 48.

A utilização desse princípio como norte interpretativo das competências administrativas comuns é vista doutrinariamente como guia para a mudança de entendimento jurisprudencial, que, notadamente, privilegia a União em caso de conflito de competência.²³⁶

Contudo, mais uma vez, retornamos à questão do custo para a atuação prestacional estatal, tendo em vista que privilegiar o Município para a consecução dos fins almejados pelo art. 23 da CF – o que, de certo, atende aos ditames do princípio da eficiência, bem como à busca da implantação de um federalismo cooperativo no Brasil – não soluciona o problema da identificação das fontes de recurso necessárias para tanto.

Aqui, importa identificar que a nossa Carta Constitucional, quando do estabelecimento do federalismo brasileiro, distribuiu de forma centralizadora os poderes autônomos,²³⁷ de modo que detém a União verdadeiro monopólio na arrecadação das receitas públicas. Adentra aí a importância do cooperativismo entre os entes políticos, através, principalmente, da celebração de convênios, os quais, no mais das vezes, contém o repasse de recursos financeiros e técnicos aos Municípios, visto que estes, de modo geral, são desprovidos dos meios necessários para o exercício de suas funções administrativas.²³⁸

O caminho sempre volve para a questão do estabelecimento de um federalismo cooperativo entre os entes políticos brasileiros. Ainda que se privilegie a atuação do ente local, torna-se imprescindível a pactuação prévia, visando exatamente dotar de recursos o Município. Imprescindível, assim, a inserção no plano jurídico brasileiro da Lei Complementar prevista no parágrafo único do art. 23, CF.

Contudo, há possibilidade de exigir-se judicialmente, de pronto, atuação estatal no sentido da implementação de políticas públicas em defesa do meio ambiente, ou seja, de atuação prestacional no sentido de garantir a efetividade do direito fundamental que a este tutela. O caminho judicial de exigir tal prestação, caso pretenda buscar a melhor forma de atender aos imperativos constitucionais, deve se pautar nos critérios e princípios tratados neste

²³⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 172.

²³⁷ “A teoria do federalismo costuma dizer que a repartição de poderes autônomos constitui o núcleo do conceito de Estado Federal”. SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 71-72.

²³⁸ KRELL, Andreas Joachim. *Discrecionalidade 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. 95.

tópico, visto que tendenciam toda a atuação estatal no sentido de prestar o máximo com o mínimo de recursos.

O pólo passivo de eventual acionamento do Poder Judiciário para exigir a implementação de política pública que se preste à efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser composto por todos os entes federativos, visto que, no atual sistema de funcionamento das competências administrativas comuns, “não existindo supremacia de nenhuma das esferas na execução destas tarefas, as responsabilidades também são comuns, não podendo nenhum dos entes da Federação se eximir de implementá-las”.²³⁹

Admitindo tal possibilidade de exigência jurisdicional, buscou-se saber de que modo vem sendo o tema das competências administrativas em matéria de meio ambiente tratado pela jurisprudência pátria. Para tanto, foi realizada pesquisa nos nossos tribunais superiores. Vejamos o que dela resultou.

4.3 As competências administrativas ambientais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Antes de adentrar na análise do projeto de Lei Complementar que visa disciplinar a atuação dos entes políticos em matéria de competências administrativas comuns, em tramitação no Congresso Nacional,²⁴⁰ pertinente analisar, mediante pesquisa de jurisprudência, como vem se pronunciando o STF e o STJ a respeito das competências administrativas ambientais.

Para tanto, foi realizada pesquisa, em 16/07/2009, nos sítios da internet desses dois tribunais,²⁴¹ utilizando-se do seguinte critério de busca: pesquisou-se as jurisprudências que contivessem qualquer dos signos *competência*, *administrativa* e *ambiental*.

O resultado, de um modo geral, foi pouco animador. No STF, a procura realizada indicou a existência de nove acórdãos. Contudo, relacionado ao tema das competências administrativas ambientais, não foi encontrado nenhum. Assim, depurou-se a busca,

²³⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 60.

²⁴⁰ PLP nº. 12/2003, ao qual foram apensados os PLPs nºs. 127/2007 e 388/2007.

²⁴¹ < <http://www.stf.jus.br>> e < <http://www.stj.gov.br>>, respectivamente.

analisando-se as decisões monocráticas. Dos trinta e nove pronunciamentos decisórios trazidos como resultado da pesquisa, encontrou-se um, proferido na AC 1255 MC/RR, que tratou sobre o conflito positivo de competências administrativas ambientais entre a União e o Estado de Roraima, posto que pretendeu aquela a criação de reserva extrativista em área que abrange a atuação desse Estado no mesmo sentido.

Segundo o pronunciamento do relator, Ministro Celso de Mello, a questão que suscitou a ação cautelar impetrada pelo Estado de Roraima em face da União Federal e do IBAMA foi no sentido de se saber se pode a União Federal estabelecer reservas extrativistas em área na qual restam inseridas terras de titularidade de um Estado-membro, onde ele esteja desenvolvendo atividades semelhantes.

Partindo da configuração da importância da proteção do meio ambiente, bem como tecendo considerações acerca do princípio do desenvolvimento sustentável, concluiu o relator que cabe “à União Federal, considerada a maior abrangência dos interesses por cuja defesa deve velar, o desempenho de um papel de alto relevo no plano da proteção ambiental e da utilização dos mecanismos inerentes ao fiel adimplemento de tal encargo constitucional”.²⁴²

Interessante, ainda, com relação a essa decisão, notar que o relator faz expressa menção aos critérios de determinação do ente que detém competência material para atuar alinhavados por Celso Antonio Pacheco Fiorillo, já tratados. Ocorre que há a utilização do critério da preponderância do interesse como sobreposto ao da cooperação – de modo que este somente seria utilizado quando possível – havendo, além disso, a fixação de que a preponderância do interesse deve pender, ordinariamente, para os da União, visto que estes revestem-se de maior abrangência.

Ora, aqui resta assente a observação de Paulo de Bessa Antunes acerca da tendência centralizadora da jurisprudência, conferindo, em caso de conflito de competência, seja ela

²⁴² Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(1255\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(1255)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 16 de julho de 2009.

para legislar ou para atuar, a prevalência da União sobre o Distrito Federal, Estados e Municípios.²⁴³

A decisão monocrática proferida pelo STF, assim, mostra-se em dissonância com os postulados fixados no decorrer do presente estudo. De fato, entender pela preponderância, via de regra, da União, é afastar-se da subsidiariedade, que aponta, exatamente, em sentido contrário, fixando a competência local como a ser considerada mais relevante, atuando as demais de forma complementar.

A questão da maior abrangência levantada deveria ser tomada sob a ótica do federalismo cooperativo, de modo que caberia à União a instituição dos rumos a serem tomados em todo o território, buscando a homogeneização das condições de vida. Assim, no sentido da busca pela efetividade das políticas públicas, dar-se-ia prevalência à atuação dos entes locais, posto que conectados de forma direta com os problemas da comunidade, díspares, como se sabe, de região para região.

Passando para o Superior Tribunal de Justiça, temos que a pesquisa foi realizada com base no critério apresentado, qual seja a presença de *competência, administrativa e ambiental* em acórdãos proferidos por esta Corte. Foram encontrados vinte e nove acórdãos, dos quais vale destacar três, por relação, ainda que indireta, com o tema da determinação da competência administrativa comum em matéria ambiental.

Em primeiro, vale destacar o acórdão proferido no AgRg no REsp 711405/PR, que tratou sobre a possibilidade de atuação fiscalizatória do IBAMA quando da potencialidade de dano ambiental a bem pertencente à União, em caso de omissão do órgão estatal competente para o licenciamento. O pronunciamento foi no sentido da possibilidade do exercício da competência de fiscalizar pelo ente central, mesmo que no caso tenha-se a competência para licenciar atribuída a outro ente.

Contrastando essa decisão com os critérios de determinação da competência aqui defendidos, tem-se por possível o seu enquadramento neles. Muito embora deva sempre ser levada em consideração a questão de fundo da constante prevalência da atuação central em

²⁴³ O autor, in *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, relaciona uma série de jurisprudências e, no decorrer da obra, vai assentando essa tendência centralizadora de nossos tribunais das competências nas mãos da União.

detrimento das regionais e locais, no caso decidido, tratou-se de atuação complementar em caso de omissão do órgão estatal. A busca foi, assim, no sentido da proteção efetiva do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, mediante a atuação complementar do órgão central, que viu ameaçado bem da União em virtude de inatuação do órgão estatal.

A segunda decisão a ser analisada, proferida no AgRg no Ag 973577/SP, tratou da possibilidade de figurar o Estado de São Paulo no pólo passivo em Ação Civil Pública que discutia o estabelecimento de loteamentos irregulares em Áreas de Proteção Ambiental. Vale destacar o seguinte trecho do acórdão prolatado:

A conclusão exarada pelo Tribunal a quo alinha-se à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, orientada no sentido de reconhecer a legitimidade passiva de pessoa jurídica de direito público para figurar em ação que pretende a responsabilização por danos causados ao meio ambiente em decorrência de sua conduta omissiva quanto ao dever de fiscalizar. Igualmente, coaduna-se com o texto constitucional, que dispõe, em seu art. 23, VI, a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. E, ainda, o art. 225, caput, também da CF, que prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.²⁴⁴

Muito embora não esteja diretamente conectada com a questão da determinação do ente competente para o exercício da competência administrativa comum, a decisão fixou-se dentro da lógica de responsabilização de todos os entes por omissão na proteção do meio ambiente, valendo, por isso, ser destacada. De fato, de acordo com a posição ora defendida, se a todos cabe a proteção – muito embora preferencialmente seja determinada a um ente específico a atuação, os demais devem agir supletivamente, inclusive em caso de omissão daquele – também a todos cabe a responsabilidade pelo dano ambiental decorrente de omissão.

Por fim, o terceiro acórdão a ser analisado é o constante do REsp 673765/SP. Tem-se, aqui, a fixação da competência do órgão estadual de proteção do meio ambiente. O caso tratado versa sobre a possibilidade de o órgão estatal lavrar auto de infração e impor multa administrativa quando do derramamento de óleo proveniente de navio. O argumento

²⁴⁴ Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=973577&b=ACOR>. Acesso em: 16 de julho de 2009.

defendido no recurso era o da competência exclusiva da Capitania dos Portos do Ministério da Marinha, por força do art. 14, § 4º da Lei nº. 6.938/81 c/c arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº. 5.357/67 vigentes à data da ocorrência do fato.

Dois posicionamentos firmados no acórdão são relevantes. O primeiro restou consignado após a afirmação de que os dispositivos acima mencionados não têm o condão de tornar incompetentes os órgãos estaduais para a fiscalização do derramamento de óleo por navios. Do contrário, o que se deu foi, a partir do art. 2º da Lei nº. 5.357/67, o reforço da mesma. Assim, logo após tal fixação, dispôs o acórdão que “a *ratio* do art. 14. da Lei n.º 6.938/81 está em que a ofensa ao meio ambiente pode ser bifronte atingindo as diversas unidades da federação”.²⁴⁵ Resta aqui consignado, ainda que de forma indireta, o critério do interesse para a determinação da competência administrativa comum.

O segundo posicionamento a ser destacado consubstancia-se na afirmação de que “o artigo 14 da Lei nº 6.938/81, mantido pela Lei nº 7.804/89, permite a aplicação de multas pela autoridade estadual com base em legislação federal, vedando expressamente a sua cobrança pela União, se já tiver sido aplicada pelo Estado”.²⁴⁶ Nesse ponto, interessa destacar que a Lei instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente expressamente previu – o que foi confirmado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – a possibilidade de aplicação de multas instituídas em leis federais pelos órgãos estaduais, sem prejuízo, conforme se infere do seu *caput*, dos órgãos municipais.

Aqui se foge do argumento de que as competências administrativas comuns trouxeram, de forma indireta, a competência legislativa comum nas matérias ali elencadas, visto que não está autorizado um ente a aplicar legislação do outro.²⁴⁷ Assim, de se notar que a jurisprudência do STJ, muito embora seguindo a tendência centralizadora manifestada pelo STF como pano de fundo, termina por adotar posicionamentos que melhor se coadunam com o federalismo cooperativo, com o princípio da eficiência da atividade administrativa, bem como com os demais critérios anteriormente analisados.

²⁴⁵ Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=673765&b=ACOR>. Acesso em: 16 de julho de 2009.

²⁴⁶ *Idem*.

²⁴⁷ Nesse sentido, ver ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 155-156.

Cabe ainda, contudo, analisar o PLP 12/2003, visto que, estando na iminência de ser debatido e votado pela Câmara dos Deputados, pode vir a ser o instrumento legal disciplinador das competências administrativas comuns estabelecidas no artigo 23, incisos VI e VII da Constituição Federal.²⁴⁸

4.4 O Projeto de Lei Complementar nº. 12/2003.

O PLP 12/2003 foi apresentado pelo então Deputado Sarney Filho, tendo por relator o Deputado Geraldo Pudim. Ao longo de sua tramitação pelas Comissões que detinham relação com o tema (constituição e justiça, meio ambiente e desenvolvimento sustentável, dentre outras) teve a ele apensados os projetos PLP 127/2007 e 388/2007, este último relacionado ao PAC – Programa de Aceleração do Crescimento, do Governo Federal do Brasil.

Talvez pela inserção do PLP 388/2007 no PAC, e seu apensamento ao PLP 12/2003, tenham sido retomadas as discussões acerca da regulamentação de incisos do art. 23 da CF. Nesse sentido, vale a observação de que as propostas legislativas tendentes a regulamentar esse artigo não chegaram a ser discutidas de forma mais ampla.²⁴⁹

De fato, é de se relacionar a falta de interesse de discussão dos projetos da referida Lei Complementar à questão de que muitos dos integrantes das esferas Administrativa e Legislativa do Poder Central “temem as profundas alterações nas responsabilidades jurídicas e políticas, referentes ao cumprimento das respectivas tarefas por parte dos três níveis de governo, que essa lei complementar deverá causar”.²⁵⁰

Quem sabe por isso esse projeto se encontre, muito embora discutido em demorado trâmite nas Comissões da Câmara dos Deputados, sendo objeto de sucessivas determinações

²⁴⁸ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

[...]”

²⁴⁹ KRELL, Andreas Joachim. *Discrecionalidade 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. 101. O autor aponta os PLPs 72/1999, 234/1998, 118/2000, 145/2000 e 159/2000 (todos relacionados ao saneamento básico), todos arquivados.

²⁵⁰ *Idem*.

de “não apreciação por acordo dos líderes”, sempre que é colocado em pauta para discussão em primeiro turno.²⁵¹

Resta saber, aqui, da análise do projeto de Lei Complementar em trâmite no Congresso Nacional, que pretende traçar as regras do funcionamento do federalismo cooperativo nos temas relacionados nos incisos VI e VII previstos no art. 23 se, de fato, este atende às pretensões de determinar o funcionamento das competências administrativas comuns nos temas aí elencados.²⁵²

Desse modo, pretende o mencionado projeto de Lei Complementar traçar o funcionamento das competências comuns no para “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” (art. 23, VI, CF); e, ainda, para “preservar as florestas, a fauna e a flora” (art. 23, VII, CF).

Impende notar, ainda antes da apreciação do PLP 12/2003, que será objeto de análise no presente estudo exatamente este projeto, sem as modificações constantes dos substitutivos apresentados pelas comissões que o examinaram, uma vez que estes vão ainda ter sua pertinência confirmada pelo Plenário da Câmara dos Deputados.

Assim, o PLP nº. 12/2003 divide-se em três capítulos: o primeiro constando de suas disposições gerais; o segundo tratando do Sistema Nacional do Meio Ambiente, subdividindo-se em três seções – uma de disposições gerais, outra sobre as competências e a última tratando do Sistema de Informações sobre Meio Ambiente; e o terceiro capítulo, versando sobre as disposições finais e transitórias.

Da análise dos artigos componentes desse projeto, é de se notar que, se de um lado pretende-se estabelecer uma divisão racional de competências entre os órgãos federal, estaduais e municipais ambientais, de outro, termina-se descambando na mesma tendência

²⁵¹ Em 19/5/2009, 16/6/2009, 23/6/2009 e 24/6/2009 o projeto foi posto em discussão em primeiro turno para, em seguida, não ser apreciado – à exceção da primeira data, quando a não apreciação foi decorrência do encerramento da sessão – por acordo dos líderes.

²⁵² Interessante notar que, anteriormente, defendemos que não somente as matérias tratadas nesses incisos do art. 23 da CF detêm relação com o meio ambiente, acrescentando a estes os incisos III, IV e XI. Não se está, agora, afastando estes últimos, mas, tão somente, analisando a PLP que, expressamente, somente veio regulamentar os incisos acima elencados. Nada impede, nos termos do parágrafo púnico deste artigo que, em momento posterior, venha-se a ser discutido novo projeto de Lei Complementar que venha disciplinar o funcionamento das competências administrativas comuns nos incisos IV e XI.

centralizadora de atuação nas mãos da União, além de, em várias situações, contrapor competências sem determinar o conteúdo de cada uma delas.

Iniciemos, pois, elencando os princípios enumerados no art. 2º, que regem o funcionamento da cooperação entre os entes federativos. São trazidas sete diretrizes: I – unicidade e perenidade da Política Ambiental em todo o país, contemplando-se as particularidades regionais e locais; II – co-responsabilidade entre sociedade e Poder Público na gestão e conservação ambiental; III – O caráter de ordem pública e interesse social da gestão e conservação do meio ambiente; IV – a divulgação periódica e completa da situação ambiental em todo o território do país (instituindo, inclusive, no Capítulo II, Seção III, o Sistema de Informações sobre Meio Ambiente, por meio do qual serão organizados e divulgados esses dados); V – atuação direta da União nos temas abrangidos pela Lei Complementar, nos casos de interesse nacional ou regional e supletiva sempre que necessário à garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado; VI – atuação municipal nos casos de interesse exclusivamente local e, nos demais casos, preliminarmente, até que atue o ente federativo competente; e VII – atuação dos Estados e do Distrito Federal em caráter residual, ou seja, nos casos onde não haja nem interesse nacional, regional (União competente) ou exclusivamente local (competência municipal).

Muito embora se encontre dentre as diretrizes elencadas como princípios a idéia de um federalismo cooperativo – o inciso I do art. 2º é assente com a instituição de um federalismo cooperativo homogêneo, que ao mesmo tempo em que prevê uma Política Nacional de atuação, está atento para o atendimento das disparidades regionais – revela-se também, por outro lado, uma tendência de concentração de competência no poder central. Assim, no inciso V temos a previsão de atuação da União nos casos de interesse local e regional, bem como a atuação supletiva desse ente *sempre que necessário*. Ora, atente-se para o fato de que a indeterminação dessa necessidade abre espaço para ingerências de cunho político que ultrapassam a proteção ambiental, dado que nem sempre é possível aferir se os demais órgãos estão ou não tomando as medidas necessárias.

Demais disso, ao se conjugar o disposto no inciso V com os incisos VI e VII, nota-se que quase todos os temas podem ser incluídos como de competência da União, vez que, como visto, é hoje praticamente impossível mensurar em que medida um caso detém interesse

exclusivamente local,²⁵³ sendo também complicado determinar que casos não detenham nem interesse nacional, regional ou local, para daí aferir a competência dos Estados e do Distrito Federal.

Somando-se a isso, deve-se ter em conta que, afora as competências expressamente estabelecidas aos entes federal, estadual/distrital e municipal, não se tem o estabelecimento efetivo de um federalismo cooperativo, mas sim conteúdos normativos que somente abrem a possibilidade do seu estabelecimento.²⁵⁴ Essa possibilidade, vale dizer, sempre existiu, independentemente da Lei Complementar pretendida pelo projeto analisado.

Há de se convir, por outro lado, que em alguns temas restou estabelecido qual será o ente competente para ação, o que permite a identificação daquele a quem se deve recorrer, seja para a obtenção de licença, seja para exigir a atuação – inclusive judicialmente – seja, ainda, para contestar a submissão de particular à atuação de um ente que adentre na competência do outro. Muito embora tenha havido a excessiva concentração de competências de atuação no órgão federal (o que fere a subsidiariedade e a eficiência), isso não deixa de caminhar para um, ainda que pequeno, avanço.²⁵⁵

Contudo, em outras matérias, restou permanecendo, pelo menos de forma indireta, a sobreposição de atuação. Nesse sentido, é comum a todos os órgãos ambientais “exercer o controle e a fiscalização relativos às normas ambientais” (arts. 8º, XIII, 9º, III e 10º, II). Assim, muito embora se tenham os casos onde resta assente qual ente é competente para atuar, resta de competência de todos controlar e fiscalizar o que se relacione com as normas ambientais. Tal dispositivo, por outro lado, abre margem à exigência judicial de proteção ambiental não somente do ente competente, mas, em caso de não cumprimento do disposto na lei, responsabilizar também aqueles que não controlaram e fiscalizaram a aplicação das normas ambientais.

²⁵³ Nesse sentido, vide SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 73.

²⁵⁴ Quando do elenco das competências dos órgãos ambientais dos entes políticos, resta inserido, ao fim dos artigos 8º, parágrafo único, 9º, § 2º e 10º, § 2º, que os órgãos *poderão* firmar convênios para o desempenho das atribuições ali previstas.

²⁵⁵ Veja-se, exemplificativamente, com relação aos órgãos federais, o disposto no artigo 8º, incisos I (na questão da formulação da Política Nacional do Meio Ambiente), II, III, IV, V, entre outros; no que pertine aos órgãos estaduais e distritais, artigo 9º, incisos XII, XIII, XV, XVI, XVII, entre outros; e, por fim, no que diz com a competência dos órgãos municipais, artigo 10º, incisos X e XI, todos do PLP 12/2003.

Outrossim, o tema que merece maior destaque reside exatamente na concentração de atribuições na competência da União. Muito embora a tendência hoje seja a de privilegiar a atuação localizada, permitindo a identificação dos melhores e menos onerosos caminhos para que se tenha a efetividade dos direitos fundamentais que dependem de atividade prestacional estatal, o PLP nº. 12/2003 terminou por privilegiar a União em caso de determinação do ente competente, caminho também seguido pela jurisprudência do STF e do STJ.

Dessa forma, tenhamos em mente o preceituado nos arts. 9º, II e 10º, III, o primeiro prevendo que compete aos órgãos estaduais e distrital “estabelecer normas relativas a controle, manutenção e recuperação da qualidade ambiental, respeitada a legislação federal pertinente”, e o segundo, que compete aos órgãos municipais do SISNAMA “estabelecer normas relativas a controle, manutenção e recuperação da qualidade ambiental, respeitada a legislação federal e estadual pertinente”.

Não é difícil notar o caráter de mero complemento atribuído, primeiro, ao estabelecimento de normas pelos órgãos estaduais, e, ainda mais restritamente, aos órgãos municipais. De fato, levando-se em conta que estes podem precisar estabelecer estratégias de atuação que, dadas as peculiaridades locais, sejam díspares da legislação federal – e mesmo da estadual – tais dispositivos denotam mais uma concentração de competência na União que uma homogeneização das políticas em matéria ambiental, esta última buscando uma igualdade das condições de vida de toda a sociedade, respeitando as particularidades de cada local.

Outra situação que traz em seu bojo a concentração executiva nos órgãos federais é a relacionada ao licenciamento ambiental. Vejamos, para tanto, o que dispõem os arts. 8º, XIV, a, 9º, VI e 10º, IV:

Art. 8º Compete aos órgãos federais do SISNAMA:

[...]

XIV – efetuar o licenciamento ambiental de empreendimento ou atividade:

a) com significativo impacto ambiental regional ou nacional, assim reconhecido por decisão específica do órgão colegiado de que trata o inciso II do art. 4º;

[...]

Art. 9º Compete aos órgãos estaduais e do Distrito Federal do SISNAMA:

[...]

VI – efetuar o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades potencialmente causadores de poluição ou degradação do meio ambiente, salvo o previsto no inciso XIV do art. 8º;

[...]

Art. 10. Compete aos órgãos municipais do SISNAMA:

[...]

IV – efetuar o licenciamento ambiental, em substituição ao órgão estadual do SISNAMA, no caso de empreendimento ou atividade cujo impacto ambiental circunscreva-se ao território do município, se assim for previsto por convênio com o órgão estadual;

[...]

Note-se que o Conselho Deliberativo Nacional, presidido pelo titular do Ministério responsável pela área ambiental, é quem vai determinar que empreendimento será de competência da União, visto que a ele caberá identificar onde reside significativo impacto regional ou nacional.

Além disso, o que resta não enquadrado dentre os empreendimentos de impacto nacional ou regional será de competência dos órgãos ambientais dos Estados e do Distrito Federal, cabendo somente aos Municípios licenciar se houver convênio com o órgão estadual. Não basta, aqui, que se tenha a ocorrência de impacto ambiental exclusivamente local, mas que o Município tenha celebrado convênio com o Estado, estando daí autorizado para atuar.

Interessante notar que a exigência da celebração de convênio para atuar somente reside, em todo o PLP nº. 12/2003, aqui, para que seja possível ao Município exercer o licenciamento ambiental, ainda que a obra detenha interesse exclusivamente local. Nos demais casos, o convênio é tratado como possibilidade. Para além do evidente paradoxo consubstanciado no projeto de lei (visto que determina, quando da fixação de suas diretrizes, que aos Municípios cabe atuação nos casos de interesse exclusivamente local), deve-se atentar, mais uma vez, para a excessiva restrição da ação dos órgãos municipais na proteção do meio ambiente.

O formato do PLP nº. 12/2003 não deve, contudo, causar espécie, visto que é resultado da concepção de federalismo predominante no Brasil, baseada na concentração dos poderes no ente central.²⁵⁶

²⁵⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 67 e ss.

Desse modo, não é possível, nem de longe, considerar esse projeto como possibilidade de indicação do funcionamento das competências administrativas ambientais de modo a buscar a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que pressupõe coerência e eficiência na execução das políticas públicas que visem implementá-lo, políticas estas que, por força do art. 23 da CF, são de competência executória comum.

CONCLUSÃO

A efetividade dos direitos fundamentais deve ser uma busca permanente, e a sua conquista é resultado das ações empreendidas a cada dia. O meio ambiente, ao mesmo tempo em que deve ser protegido pelo Estado brasileiro e pela sociedade, é também lesado por esses mesmos sujeitos. Assim, a perseguição aqui deve ser constante e inflexível, principalmente porque sem um meio ambiente propício à vida, a própria continuidade da existência do homem resta ameaçada.

Muito embora tenha a Constituição Federal de 1988 estabelecido um cenário de atuação conjunta nas áreas de maior relevância – assumindo a dicotomia competência legislativa e competência administrativa – a realidade é a de aparente desimportância por parte dos entes públicos no sentido da implementação das matérias onde a atuação é dever de todos. Dessa forma, o estabelecimento de critérios que possibilitem não só a compreensão dessa atuação conjunta de acordo com a sistemática constitucional, mas também que importem em acionamento do aparelhamento estatal para que cumpra os objetivos constitucionalmente traçados é de suma importância.

Desse modo, ganha em relevância observar que o princípio da eficiência é norte orientador e interpretativo de toda a atividade da Administração Pública, sendo o exercício fora da lógica estabelecida a partir dele inconstitucional. Decorrencia disso é a utilização do princípio da subsidiariedade, ordenando a competência primária do ente local, mais conectado que é com os problemas, podendo, a partir disso, sugerir e implementar soluções mais eficazes e que importem num custo menor aos cofres públicos.

Contudo, em virtude da alta concentração do poder arrecadatório na União, esta deve ser chamada a também agir, dotando os Municípios dos recursos técnicos e financeiros necessários para a efetivação das políticas públicas que visem à efetividade do direito ao meio ambiente equilibrado. Nesse sentido, o federalismo cooperativo se mostra como o caminho a ser seguido pela República Federativa do Brasil.

Outrossim, esperar que os entes políticos, de bom grado, se reúnam e se organizem para implementar políticas públicas em matéria ambiental já mostrou que desvaloriza o interesse público em prol de interesses políticos particulares das autoridades administrativas.

Resta, pois, imperativa a participação da sociedade civil, tanto na elaboração das leis como na sua fase de execução.

A importância do reconhecimento de uma política pública se mostra assente, visto que, a partir do enquadramento de um conjunto de ações estatais no seu conceito, é possível passar ao exercício do controle dos atos praticados bem como da política em si. O reconhecimento do programa de uma política pública, bem como dos objetivos por ela almejados mostra-se em ganho para a sociedade, destinatária das prestações que são característica do Estado Social, modelo no qual o Estado brasileiro se enquadra.

Nessa esteira, perfilar pela imperatividade da busca da imediata efetividade dos direitos inseridos no núcleo da dignidade da pessoa humana, consubstanciada no mínimo existencial ambiental, através de atuação dos entes políticos, que se traduz em políticas públicas, é posicionar-se no sentido de admitir àquela dignidade o espaço que lhe é atribuído pela Constituição Federal de 1988, o de fundamento da República brasileira.

A possibilidade de exigência através do Poder Judiciário de implementação imediata do mínimo existencial ambiental visa, assim, não só fazer valer os ditames constitucionais, senão garantir um mínimo de prestações para a sociedade brasileira, sem as quais não é possível falar-se senão em sobrevivência, esta, inclusive, não garantida para alguns, que sobrevivem abaixo da linha de pobreza. Contudo, devem ser todos os entes federativos conectados ao desrespeito ao direito fundamental relacionado nesse mínimo – dentre eles o direito ao meio ambiente equilibrado – chamados a participar do acionamento judicial na condição de litisconsortes passivos, muito embora a exigência de atuação deva ser dirigida ao ente local, logicamente com a participação integrada dos demais para dar substrato à atuação.

Importante, ainda, observar que, muito embora possa – e deva – o Judiciário controlar as políticas públicas de acordo com os princípios constitucionais, bem como com os critérios do interesse e da colaboração, a determinação de atuação num ou noutro sentido somente se mostra possível se não se puder extrair outro significado da lei, sob pena de substituir a vontade do agente administrativo – legitimado para tanto – pela vontade do juiz. Ao núcleo da dignidade deve ser dado, assim, imediato cumprimento, inclusive judicialmente, deixando a opção pela efetivação ou não do restante da gama de direitos ao âmbito da discussão legislativa.

No entanto, muito embora possam ser encontrados critérios que possibilitam a busca por uma atuação da Administração Pública no sentido da constante implementação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a realidade jurisprudencial se mostra excessivamente voltada para uma interpretação centralizadora da competência na União dos casos concretos, como se pode vislumbrar da pesquisa de jurisprudência realizada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

Essa tendência centralizadora, para além disso, é também seguida no Projeto de Lei Complementar nº. 12/2003, em tramitação na Câmara dos Deputados, que visa estabelecer as regras de cooperação entre os entes políticos em matérias de cunho ambiental, estabelecidas nos incisos VI e VII do art. 23 da CF.

Tal realidade, contudo, não deve obstar a busca pelo estabelecimento dos meios possibilitadores da efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E tal busca deve ser, exatamente, a partir da intensa discussão jurisprudencial através do ajuizamento de ações judiciais fundadas na discussão das políticas públicas ambientais (ou da ausência das mesmas) a partir da lógica da descentralização e da otimização dos recursos públicos, finitos como se sabe, sem que se tenha como plausível o argumento da reserva do possível para a destinação de recursos para a satisfação do mínimo existencial ambiental, quando se sabe das cifras milionárias destinadas a gastos de menor importância, como, v.g., publicidade governamental.

Dessa forma, correlacionar as políticas públicas – visto que são o principal meio de atuação do Estado Social – com a imediata efetividade do mínimo existencial ambiental e as competências administrativas ambientais (cujo estudo deve buscar determinar o ente competente para a atuação, implementando políticas públicas ambientais) descamba exatamente na relação de critérios e observações que possibilitem o controle da atividade administrativa pelos cidadãos, a partir da utilização do aparelhamento judiciário, tudo isso no sentido da melhoria das condições ambientais, e, via de consequência, da própria qualidade de vida da sociedade brasileira, dando-se substrato à concretização do postulado maior da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de direito administrativo, n. 240, abril-junho de 2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de direito administrativo, n. 240, abril-junho de 2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti; rev. da trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

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.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_138/r138-04.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2009.

COUTO, Cláudio Gonçalves. *Política constitucional, política competitiva e políticas públicas*. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho, 2002.

ECO, Umberto. *O Signo*. 5. ed. Lisboa: Presença, 1997.

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.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

HÄRBELE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002.

_____. *Discrecionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*.

Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antônio bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. refundida, ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, Angelo Braga Netto Rodrigues de. *Direitos fundamentais, igualdade e substituição tributária progressiva*. Revista do mestrado em direito, v. 2, n. 2, jun 2006. Maceió: Nossa Livraria, 2006.

MILARÈ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, tomo IV*. São Paulo: RT, 1967.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

ROBERTO, Welton. *Os direitos de personalidade sob uma nova concepção fundamental de direitos humanos*. Revista do mestrado em direito, v. 2, n. 2, jun 2006. Maceió: Nossa Livraria, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SARMENTO, George. *Direitos fundamentais e técnica constitucional: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda*. In Revista do mestrado em direito, v. 2, n. 3, dez 2006. Maceió: Edufal, 2008.

_____. *Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais*. In Revista do mestrado em direito, v. 1, n. 1, dez 2005. Maceió: Nossa Livraria, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA JÚNIOR, Edison Botelho. *A cidadania européia segundo o princípio da subsidiariedade*. In: COSTA, Marli M. M. da (org.). *Direito, cidadania e políticas públicas*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Patricia Azevedo da. *Competência ambiental*. 1. ed. (ano 2002), 4. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRENNEPOHL, Natascha. *Seguro Ambiental*. Bahia: Jus Podium, 2008.

ANEXO A

PLP N°. 12/2003