

## **NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DO MEIO AMBIENTE**

*PROGRAM STANDARDS AND CONSTITUTIONAL ADMINISTRATIVE  
DISCRETION PUBLIC POLICY ENVIRONMENT*

**Márcio Frezza Sgarioni**<sup>1</sup>

**Renato Luís Bordin de Azeredo**<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 As normas constitucionais programáticas e a força normativa da Constituição; 2 Os conceitos jurídicos indeterminados; 3 Discricionariiedade administrativa e judicialização das políticas públicas; 3.1 Estudo de caso: RESP 429.570 – saneamento ambiental; 3.2 Estudo de caso: RESP 575.998-MG – prestação descontinuada da coleta de lixo; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

### **RESUMO**

Diante do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado é feita a análise do conteúdo e alcance das normas constitucionais programáticas e como estas definem e limitam a atividade da Administração nas políticas públicas relativas ao meio ambiente. Também é analisada a atividade jurisdicional perante a controvertida temática da discricionariiedade administrativa, em especial com a discussão sobre a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados. Por fim, são trazidos dois casos concretos onde se vinculam as temáticas referentes às políticas públicas, direitos fundamentais e apreciação jurisdicional da discricionariiedade administrativa em sede de direito fundamental ao meio ambiente.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Linha de Pesquisa: Novos Direitos. Bolsista CAPES. Advogado. Endereço eletrônico: [marciosgarioni@terra.com.br](mailto:marciosgarioni@terra.com.br).

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Linha de Pesquisa: Novos Direitos. Bolsista CAPES. Auditor Público Externo do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: [rlbordin@tce.rs.gov.br](mailto:rlbordin@tce.rs.gov.br)

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Constitucional; Direito Ambiental; Normas programáticas; Discricionariiedade administrativa.

## **ABSTRACT**

Given the fundamental right to healthy and balanced environment is the analysis of the content and scope of constitutional programmatic laws and how they define and limit the activity of the Administration on public policies regarding the environment. It also analyzes the activity before the court disputed issue of administrative discretion, especially with the discussion on the interpretation of vague legal concepts. Finally, two specific cases are brought where they link the issues of public policy, fundamental rights and judicial review of administrative discretion in place of the fundamental right to the environment.

**KEYWORDS:** Constitutional Law; Environmental Law; Program standards; Administrative discretion.

## **INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao direito ao ambiente o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade bem como consagrou a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado – Socioambiental – de Direito. Esse direito fundamental de terceira dimensão encontra amparo no princípio da solidariedade inserido de forma transversa ou direta nos demais princípios do Direito Ambiental (CF/88, art. 3º, inciso I c/c art. 5º, § 2º e art. 225).<sup>3</sup>

No entanto, como foi bem lembrado pelo constitucionalista português José Eduardo Figueiredo Dias, que mesmo reconhecendo essa transversalidade do direito ambiental, é inegável que o campo do direito público, em especial o direito constitucional e o administrativo e ainda com maior destaque para o último, é o que maior significação tem na regulamentação jurídica das condutas relacionais ao meio ambiente.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Estado de Direito Ambiental: uma análise da recente jurisprudência ambiental do STJ sob o enfoque da hermenêutica jurídica, p. 69

<sup>4</sup> DIAS, José Eduardo Figueiredo Dias. Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente, p. 27. Por isso, Figueiredo Dias menciona a situação de protagonismo do direito administrativo na sua relação com o direito ambiental.

Diante da jusfundamentalidade do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado propomos analisar a questão das normas programáticas em cotejo com as políticas públicas, consideradas estas como um conjunto organizado de normas, medidas e atos tendentes à realização de determinados objetivos e unificados pela sua finalidade. Tais políticas consistem em condutas da Administração Pública voltadas à consecução de programas ou metas previstos em normas constitucionais ou legais.<sup>5</sup>

Rogério Gesta Leal, em outro estudo, define política pública como “ação estratégica” de instituições ou pessoas de direito público, cujo objetivo e o alcance de fins previamente determinados por “finalidades, objetivos e princípios de natureza pública”, marcada por elevados níveis de racionalidade programática e “caracterizada por medidas organizacionais e de planejamento.”<sup>6</sup>

Também é visível a problemática que envolve a noção de políticas públicas, onde se evidenciam, num País como o Brasil, o despreparo dos governantes; o nepotismo e o clientelismo; a corrupção; e a falta de clareza na separação entre o público e o privado.<sup>7</sup>

Por isso, também se propõe a análise da judicialização das políticas públicas diante da discricionariiedade administrativa e dos conceitos jurídicos indeterminados sempre presentes da legislação ambiental, com uma hermenêutica voltada para a efetivação do Estado Socioambiental de Direito.

---

<sup>5</sup> KRELL, Andreas J. Discricionariiedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo, p. 85. No mesmo sentido COMPARATO, Fábio Konder. ENSAIO SOBRE O JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: “Mas, se a política deve ser claramente distinguida das normas e dos atos, é preciso reconhecer que ela acaba por englobá-los como seus componentes. É que a política aparece, antes de tudo, como uma *atividade*, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.”

<sup>6</sup> LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais; p. 161.

<sup>7</sup> Para um aprofundamento a respeito da evolução histórica das tarefas públicas e do papel do Estado e dos indivíduos na implementação destas tarefas remete-se o leitor ao seguinte texto: SILVA, Almiro do Couto. Os Indivíduos e o Estado na Realização de Tarefas Públicas, p. 171-197.

## **1 AS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO**

Konrad Hesse no seu famoso escrito 'A força normativa da constituição' iniciava afirmando que as questões constitucionais não eram, originariamente, questões jurídicas, mas sim questões políticas, já que em épocas anteriores o desenvolvimento das Constituições demonstrou que as regras jurídicas não se mostravam aptas a controlar de forma efetiva a divisão dos poderes políticos.<sup>8</sup>

Salientava ainda o jurista alemão que entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma 'tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar'.<sup>9</sup>

Em outro enfoque, Hesse leciona que a preservação da força normativa da Constituição não pode estar assentada em uma estrutura unilateral. Pretendendo preservar a força normativa de seus princípios fundamentais, deve a Constituição incorporar, mediante ponderação, parte da estrutura contrária. Por isso salienta que direitos fundamentais não podem existir sem deveres.<sup>10</sup>

No caso brasileiro, cujos debates acerca da Constituição só vieram três décadas após a Lei Fundamental de Bonn e os escritos de Hesse, urge salientar as resistências enfrentadas pelo sistema, ante o padecimento do país de "patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional".<sup>11</sup> Caberia à Constituição e aos seus intérpretes romper com a posição mais retrógada que mantinham as Cartas Políticas como mero repositório de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata.<sup>12</sup>

Um ponto de partida inicial da análise das normas programáticas refere-se ao seu caráter jurídico. Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao

---

<sup>8</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição, p. 124.

<sup>9</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição, p. 125: A Constituição jurídica, no que tem de fundamental sucumbe cotidianamente em face da Constituição real.

<sup>10</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição, p. 134.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, p. 33.

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, p. 33.

longo do Séc. XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite a atuação dos poderes públicos. A conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. E ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.<sup>13</sup>

Este tipo de norma jurídica tem como conteúdo o fim a ser atingido, sem a determinação da conduta a ser realizada. Por esta razão, como preleciona Ferrari<sup>14</sup>, *"fica ao destinatário da norma uma ampla discricionariedade para escolher os meios adequados à persecução do fim determinado. O que não arranha ou diminui a obrigatoriedade de atingi-los"*.

Ainda, segundo a autora temos como característica das normas programáticas, o fato de participarem da mesma natureza *"de todas as outras que integram um diploma constitucional rígido"* com idêntica hierarquia, impedindo que (mesmo diante do incômodo que causam para a realização das políticas públicas) sejam descartadas ou não observadas.<sup>15</sup>

Aliás, é cediço que não há hierarquia entre normas constitucionais originárias. As normas programáticas tratam-se de diretivas materiais permanentes. As constituições sociais passam a ter a conotação do dirigir, na medida em que definem fins e programas do Estado, o que nem sempre tem sido veiculado mediante normas precisas, dotadas de todos os elementos necessários para incidir, ao contrário, no mais das vezes, o enunciado de suas normas é dotado de grande imprecisão, o que vem a comprometer sua eficácia e aplicabilidade<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, p. 32

<sup>14</sup> FERRARI, Maria Macedo Nery. Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade, p. 175.

<sup>15</sup> FERRARI, Maria Macedo Nery. Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade, p. 182.

<sup>16</sup> FERRARI, Maria Macedo Nery. Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade, p. 157.

Este modo de prever a atividade estatal, com objetivos delineados por meio de normas de grande imprecisão, traz a tona às normas que são previstas no texto supremo apenas em princípio, e constituem as normas constitucionais de conteúdo programático<sup>17</sup>.

E nem seria necessário lembrar *“que tais objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social, fora do Estado”*<sup>18</sup>

A Constituição, por si mesma, não pode realizar nada, mas pode impor tarefas, estabelecer metas e criar mecanismos para a superação de resistência à vontade de sua conformação<sup>19</sup>. O Estado, então, assume, ao lado de sua função negativa ou defensiva, a função positiva de assegurar o desenvolvimento da personalidade, intervindo na vida social, econômica e cultural, mediante o planejamento de políticas públicas de médio e longo prazo.<sup>20</sup> O caráter jurídico-normativo da parte dirigente da Constituição é o grande problema.

No afã de definir as tarefas do Estado, o enunciado das normas constitucionais passa a apresentar uma certa imprecisão, a medida que traduzem fins, esquemas genéricos, princípios, programas a serem desenvolvidos e observados, o que pode, como consequência, em certos casos, comprometer a sua eficácia e aplicabilidade, mas é inquestionável que as normas programáticas revelam as tendências socioculturais de uma comunidade estatal, informando a ordem jurídico-positiva, a concepção do Estado, servindo de inspiração para o aplicador do direito<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> FERRARI, Maria Macedo Nery. Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade, p. 157.

<sup>18</sup> COMPARATO, Fábio Konder. ENSAIO SOBRE O JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

<sup>19</sup> FERRARI, Maria Macedo Nery. Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade, p. 154.

<sup>20</sup> FERRARI, Maria Macedo Nery. Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade, p. 159.

<sup>21</sup> FERRARI, Maria Macedo Nery. Nery. Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade, p. 171.

Dentro da perspectiva de obrigatoriedade se atingirem os fins veiculados por estas normas valemo-nos da lição de Miozzo<sup>22</sup>, para quem um dos principais argumentos que se lança contra a possibilidade de demandar em juízo, direitos que exijam condutas ativas do Estado, diz respeito à diferença estrutural entre os direitos clássicos de liberdade, de inspiração liberal e os direitos sociais (estes exigem uma atuação positiva do Estado), típicos das Constituições surgidas a partir de meados do Séc. XX.

Todavia, a divisão dos direitos fundamentais em dimensões, prende-se ao fato de melhor ser explicitada a matéria do que uma real diferença entre a natureza desses direitos. Todos são direitos fundamentais. Aliás, para Queirós<sup>23</sup>, ao não existir uma diferenciação de natureza entre os diferentes tipos de direitos fundamentais, cai por terra a tese da inexigibilidade intrínseca dos direitos fundamentais sociais.

Ao abordar matéria relativa às normas programáticas, em especial as que tratam de direitos sociais, é sempre pertinente menção à lição de Sarlet<sup>24</sup>, para quem *“estamos vivenciando inclusive o surgimento de uma Constituição européia, além de ter (ainda) um caráter marcadamente compromissário e dirigente, o que, somado ao fato – bem lembrado por Lênio Streck – de que as promessas da modernidade entre nós sequer foram minimamente cumpridas e que o Estado democrático (e social) de Direito brasileiro, na condição de Estado de justiça material, não passa de um simulacro, torna a discussão em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos sociais absolutamente obrigatória e inadiável.”*

Veja-se que ao autor está a tratar a matéria em sede de proibição de retrocesso social com críticas contumazes ao atual estágio de implementação dos direitos

---

<sup>22</sup> MIOZZO, Pablo Castro. A dupla face do princípio da proibição do retrocesso sociais e os direitos fundamentais no Brasil, p. 77-8

<sup>23</sup> QUEIROS, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais – Funções, âmbito, questões interpretativas e problemas de justicialidade.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro, p. 341. Ver também: SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental, p. 81.

sociais. Imagine-se se não houvesse a possibilidade de exame judicial de direitos veiculados pela Constituição Federal através de normas programáticas em que situação se estaria?

Uma das críticas à possibilidade de judicialização das normas deste jaez toma por base a teoria da separação de poderes. Todavia, a teoria da separação dos poderes originou-se em um determinado momento histórico. Com surgimento do Estado Social, que não existia na época dessa formulação teórica, houve um deslocamento do foco de tensão do Legislativo para o Executivo.

Se o papel Legislativo e do Executivo foi drasticamente modificado, com a incorporação às Constituições de direitos fundamentais (pensados como negativa e positivamente vinculantes), é possível pensar o Judiciário a partir da realidade que subjazia ao pensamento de Montesquieu e suas formulações teóricas?

Miozzo pondera que a separação entre direito e política não é tão simples como se pode imaginar<sup>25</sup>. A Constituição cria pontos de intersecção que não podem ser negados.

As transformações ocorridas a partir da formulação inicial da teoria da separação dos poderes não passaram despercebidas para Almiro do Couto e Silva<sup>26</sup>, para quem o Estado Liberal assumia a feição de Estado Social, já que busca propiciar uma série de benefícios e vantagens para a comunidade estatal.

Por esta razão, a análise da separação dos poderes tem que ser recontextualizada, sendo mister que se questione a respeito do seu papel e, conseqüentemente, da função dos “três poderes”, dentro da idéia de Estado Democrático de Direito no Brasil, a partir da mutação sofrida pela “aplicação” da teoria ao longo da história, conforme Miozzo<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> MIOZZO, Pablo Castro. A dupla face do princípio da proibição do retrocesso sociais e os direitos fundamentais no Brasil, p. 135

<sup>26</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo, p. 19

<sup>27</sup> MIOZZO, Pablo Castro. A Dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil, p. 129

Para Steinmetz<sup>28</sup>, houve quem visse na aplicação do princípio da proporcionalidade uma ameaça ao princípio da separação dos poderes, mais precisamente, uma ameaça ao equilíbrio entre o Poder Legislativo e ao Poder Judiciário. O exame da proporcionalidade, pelo Judiciário, das intervenções legislativas nos direitos fundamentais acarretaria o enfraquecimento do poder legislativo, poder democrático legítimo, e poderia, no limite, resultar em um “Estado de Juízes” ou “governo de juízes”.

Ainda, segundo Steinmetz<sup>29</sup>, *“não se pode invocar a separação dos poderes para deixar em aberto a possibilidade de os direitos fundamentais ficarem à livre disposição do legislador”*. E, adiante, reforça o eminente autor que *“o legislador também está vinculado à Constituição e, por conseguinte, aos direitos fundamentais.”*. É diante desse novo panorama que devem ser analisadas as normas programáticas.

Para que se tenha uma adequada compreensão da efetividade das normas programáticas, faz-se necessária uma breve análise do que sejam princípios e regras, especialmente em razão de que essas normas se encontram veiculadas visando aos fins a serem alcançados. Aliás, é nesse sentido que José Afonso da Silva<sup>30</sup> afirma que *“programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos”*, nos quais obviamente estão incluídos o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, visando realizar os fins sociais do Estado.

Princípios constitucionais guardam as estimações fundamentais da ordem jurídica, condensam bens e valores considerados fundamentos de validade do sistema jurídico. Possuem um papel fundamental, haja vista sua função ordenadora ser de ação imediata, na medida em que tenham condições de serem auto-executáveis, exercendo – ainda – ações no plano integrativo e construtivo

---

<sup>28</sup> STEINMETZ, Wilson. Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade, p. 194.

<sup>29</sup> STEINMETZ, Wilson. Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade., p. 194-6

<sup>30</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais, p 138.

como no essencialmente prospectivo, sendo função preponderante a de servir como critério interpretativo para as demais normas.

Os princípios constitucionais são verdadeiros alicerces e proposições lógicas, na estruturação de um sistema constitucional. Para Paulo Bonavides os princípios *“são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.”*<sup>31</sup>.

Segundo Ana Paula de Barcellos os princípios dividem-se em dois grupos: o primeiro grupo congrega os princípios que descrevem efeitos relativamente indeterminados, cujo conteúdo, em geral, é a promoção de fins ideais, valores ou metas políticas. E essa indeterminação, ainda que relativa, decorre de a compreensão integral do princípio depender de concepções valorativas, filosóficas, morais e/ou de opções ideológicas <sup>32</sup>. O segundo grupo também pretende produzir efeitos associados a metas valorativas ou políticas, assim como acontece com o primeiro, mas os fins aqui descritos são determinados, o que aparentemente os aproximaria das regras.

A dificuldade, porém, é que a identificação das condutas necessárias e exigíveis para a realização dos efeitos desses princípios não depende apenas da complexidade do próprio efeito e/ou da variedade de circunstâncias fáticas sobre as quais ele incide, como nas regras. Por conta da natureza do efeito pretendido, não se trata apenas de empreender um raciocínio lógico-jurídico para apurar as condutas exigíveis; cuida-se, diversamente, de escolher entre diferentes condutas possíveis a partir de distintas posições políticas, ideológicas e valorativas. Se há um caminho que liga o efeito às condutas no caso das regras, há uma variedade de caminhos que podem ligar o efeito do princípio a diferentes condutas, sendo que o critério que vai definir qual dos caminhos escolher não é exclusivamente jurídico ou lógico<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, p. 229.

<sup>32</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais, p. 63.

<sup>33</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais, p. 64.

Conclui a autora que os princípios diferenciam-se das regras porque (i) seus efeitos são indeterminados a partir de certo ponto, ao contrário das regras, e/ou porque (ii) os meios para atingir os efeitos pretendidos pelo princípio (mesmo que estes sejam definidos) são múltiplos. Já, as regras são enunciados que estabelecem desde logo os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, efeitos determinados e específicos<sup>34</sup>.

Figueiredo Dias igualmente assevera o papel exercido pelos princípios do direito ambiental enquanto orientadores do “direito” e da “política” do meio ambiente, porquanto operam de forma vinculativa a todas as entidades públicas e privadas, influenciando na interpretação das leis ordinárias e na integração de suas lacunas nos casos de submissão ao Poder Judiciário. Ainda no aspecto administrativo, tais princípios “devem ser considerados como critérios de decisão da Administração” diretamente vinculantes inclusive com natureza de garantias.<sup>35</sup>

## 2 OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

A fixação da extensão e intensidade de um conceito atormenta, a todo o momento, o jurista. Se os conceitos jurídicos fossem só descritivos, o grau de indeterminação encontrar-se-ia reduzido ou mesmo desapareceria, porém, os conceitos normativos expressam idéias de valor, que varia no tempo e no espaço, como, por exemplo, os que tratam da lealdade, da boa-fé, da dignidade da pessoa humana. Não obstante, o Direito ao utilizar conceitos jurídicos vagos, fluidos, imprecisos, indeterminados, protege, invariavelmente, uma zona de conteúdo mínimo indiscutível.<sup>36</sup>

Isso não impede ao Judiciário a definição objetiva de tais termos. Quando se fala em conceitos jurídicos indeterminados, não se quer com isso pensar em liberdade de escolha de valores. Conforme FORSTHOFF, a aplicação dos

---

<sup>34</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais, p. 61.

<sup>35</sup> DIAS, José Eduardo Figueiredo Dias. Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente, p. 18.

<sup>36</sup> FERRARI, Maria Macedo Nery. Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade, p. 203.

conceitos jurídicos indeterminados é sempre um problema de interpretação e não de escolha discricionária da realização de valores, e isso que se trate tanto de conceitos normativos como de conceitos empíricos. Os conceitos jurídicos indeterminados significam, então, a dificuldade na descoberta da solução justa dentro da abertura objetiva da lei para a sua concretização, o que deverá surgir da interpretação normativa, pois, como bem ensina Eros Grau, interpretar é compreender os signos lingüísticos.<sup>37</sup>

Andreas J. Krell já havia alertado que *“nas últimas duas décadas, cresceu consideravelmente o número de autores germânicos que não aceitam mais a distinção rígida entre conceitos indeterminados e discricionariiedade”*. Segundo Krell, esses autores representam talvez a maioria. Assim, seria errônea a afirmação de vários autores brasileiros de que a posição que distingue rigidamente entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariiedade refletiria a linha da ‘moderna’ doutrina alemã.<sup>38</sup> Além disso, menciona que *‘grau de envolvimento ideológico do intérprete-aplicador com o ideal de proteção do meio ambiente’*, vincula-se às normas programáticas (principiológicas) que tratam da proteção ambiental, assumindo uma função de vinculação ou direção interpretativo-discricionária.<sup>39</sup>

### **3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Preceitua Antônio Herman Benjamin, entre outros benefícios da constitucionalização do ambiente, no seu aspecto substantivo, há a redução da discricionariiedade administrativa, na medida em que esta constitucionalização

---

<sup>37</sup> FERRARI, Maria Macedo Nery. Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade, p. 207. MORENO, Fernando Sainz. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, p. 191, assevera que os problemas advindos dos conceitos jurídicos indeterminados obrigam o juiz realizar um peculiar trabalho de concreção.

<sup>38</sup> KRELL, Andreas J. Discricionariiedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo, p. 31.

<sup>39</sup> KRELL, Andreas J. Discricionariiedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo, p. 59-60

traz imposições ao administrador no sentido de permanente proteção do meio ambiente. Do mesmo modo possibilita ao cidadão comum questionar os atos e ações administrativas que possam prejudicar os sistemas naturais e a biodiversidade.<sup>40</sup>

Para Benjamin, diante desse quadro afigura-se uma única hipótese de comportamento do Estado, ser responsável pela formulação de políticas públicas menos gravosas ao equilíbrio ecológico “aventando, inclusive, a não-ação ou manutenção da integridade do meio ambiente pela via de sinal vermelho ao empreendimento proposto”.<sup>41</sup>

Juarez Freitas ao analisar a discricionariedade administrativa menciona o direito fundamental à boa administração pública, que se relaciona com o dever da Administração observar “a cogência da totalidade dos princípios constitucionais” que rege a própria Administração. Esse direito fundamental à boa administração pública compreende a eficiência e o cumprimento dos deveres “com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.”<sup>42</sup>.

Evidentemente a questão da discricionariedade administrativa, hoje, traz em relevo sua controvertida judicialização. Até que ponto tornar “litigiosa” a opção administrativa (e política) é benéfica na proteção do meio ambiente?

Andreas J. Krell assinala o outro lado da moeda, afirmando que um controle judicial mais intenso dos atos administrativos na área ambiental não significa, necessariamente, um “aumento” de proteção ambiental. Krell utiliza como exemplos os julgamentos de Mandados de Segurança impetrados por particulares que se sentem lesados por medidas de órgãos ambientais, como a

---

<sup>40</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira, p. 75.

<sup>41</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira, p. 75.

<sup>42</sup> FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública, p. 22. Freitas ainda destaca (p. 24) “Em conexão, pode-se conceituar a discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública.”

negação de licenciamento, sanções pecuniárias, afetação de imóveis por medida de conservação.<sup>43</sup>

Outra crítica à submissão judicial da discricionariedade administrativa é aquela referente à violação ao princípio constitucional da divisão dos poderes. A atuação judicial no espaço de atuação das funções do legislativo e do executivo seria, para essa corrente, uma possibilidade de ingerência de um poder sobre o outro.

Conforme se verá, tal crítica não procede e para tanto, valemo-nos de importantes argumentos desenvolvidos por Anizio Pires Gavião Filho, que, tratando do direito fundamental ao meio ambiente como prestação em sentido estrito, admite a via judicial para defesa do meio ambiente em face de atos do Poder Executivo e Legislativo.

As observações feitas por Gavião Filho seguem nessa ordem lógica: o princípio da divisão dos poderes é “princípio da Constituição”, não sendo apenas um limitador do poder estatal, mas uma forma de distribuir e controlar o exercício desse poder. O conteúdo e o alcance desse princípio passam por três aspectos: a) constituição de poderes; b) coordenação de poderes; e c) equilíbrio de poderes.<sup>44</sup>

Como o Estado constitucional contemporâneo não deve se configurar numa modelagem “compartimentada e isolada”, devemos pensar no princípio como uma combinação de funções, rejeitando-se o argumento que se utiliza da clássica separação dos poderes como um obstáculo à realização pela via jurisdicional<sup>45</sup> das políticas públicas voltadas à proteção do meio ambiente.

De igual modo o argumento da “reserva do possível” não poder utilizado como dogma para a não-realização do comando constitucional de dever de proteção ao meio ambiente. As ações administrativas não podem ser postergadas sob a

---

<sup>43</sup> KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo, p. 57.

<sup>44</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Direito fundamental ao ambiente, p. 164-5.

<sup>45</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Direito fundamental ao ambiente, p. 167. Muito embora o autor afaste o argumento da separação dos poderes para a realização dos direitos fundamentais à prestações em sentido estrito pela via jurisdicional, temos que a doutrina do autor também pode ser aplicada na discricionariedade administrativa.

alegação de contingências financeiras. Embora dependam de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidas pelo governante, o argumento da reserva do possível não é capaz de obstruir a efetivação judicial de normas constitucionais.<sup>46</sup>

Dentre inúmeros casos trazidos ao Poder Judiciário propomos trazer os fundamentos utilizados em dois julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, onde a discussão sobre proteção ambiental, discricionariedade administrativa e judicialização é bem delimitada.

### **3.1 Estudo de caso: RESP 429.570 – saneamento ambiental:**

Sarlet e Fensterseifer já elaboraram análise acerca do caso denominado “saneamento ambiental” tratando a situação posta à análise judicial como forma de “governança judicial” em matéria ecológica.<sup>47</sup> Nessa questão amalgamam-se a tutela dos direitos sociais e proteção do meio ambiente. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), reformando posição anteriormente firmada, acaba por intervir na seara administrativa corrigindo omissões estatais, fiscalizando a esfera da discricionariedade da Administração Pública.

O STJ admitiu a possibilidade de impor à Administração Pública a realização de obra de recuperação de solo imprescindível à proteção ambiental, transitando pela via do controle judicial da própria conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário. A controvérsia que transborda dessa interferência, na análise do STJ, é aquela que questiona se o Judiciário, diante de omissão do Poder Executivo, pode interferir nos critérios da conveniência e oportunidade da Administração para dispor sobre a prioridade da realização de obra pública voltada para a reparação do meio ambiente, no chamado mérito administrativo, impondo-lhe a imediata obrigação de fazer? Em caso negativo, estaria deixando

---

<sup>46</sup> KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo, p. 83.

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais, p. 89.

de dar cumprimento à determinação imposta pelo art. 3º, da lei de ação civil pública?<sup>48</sup>

A Min. Eliana Calmon salienta que o primeiro aspecto a considerar diz respeito à atuação do Poder Judiciário, em relação à Administração, ressaltando que no passado, estava o Judiciário atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de Direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes à lei. No caso em comento, com a comprovação de um dano objetivo causado ao meio ambiente, ao Poder Público competiria providenciar a correção, já que possuidor do encargo de gerência do patrimônio público. E diante disso, ordenou que a Administração providenciasse imediatamente as obras necessárias à recomposição do meio ambiente.

### **3.2 Estudo de caso: RESP 575.998-MG – prestação descontinuada da coleta de lixo:**

Noutro caso paradigmático levado ao controle judicial, o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do Min. Luiz Fux, igualmente colocou o tema da discricionariiedade administrativa na pauta, optando pela possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, no caso prestação descontinuada da coleta de lixo (tratado como serviço essencial). E para tanto utilizou de fundamentos constitucionais (que tecnicamente seria mais adequado no Supremo Tribunal Federal, nos termos das competências jurisdicionais delimitadas na própria Constituição) como o prejuízo ao direito fundamental à saúde, ao ambiente e à dignidade humana.<sup>49</sup>

Entendeu a Colenda Turma do STJ não se tratar de mera ingerência do judiciário na esfera da administração, já que não se poderia falar em “discricionariiedade do administrador” frente aos direitos consagrados constitucionalmente e, *ipso facto*, a atividade é “vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.”

---

<sup>48</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 429.570-GO, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª. T., j. 11.11.2003.

<sup>49</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 575.998-MG, rel. Min. Luiz Fux, 1ª. T., j. 07.10.2004.

Com o afastamento da tese discricionariedade (e da conseqüente impossibilidade de análise do mérito administrativo com seu juízo de oportunidade e conveniência), questiona o em. Ministro se a norma ora sob enfoque era programática ou definidora de direitos.<sup>50</sup> O STJ adota a postura que a hipótese versada tem um direito consagrado pela Constituição Federal e uma explicitação desse direito por norma infraconstitucional, no que possibilita ao Judiciário “torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.”<sup>51</sup>.

Andreas J. Krell, por sua vez, menciona que a idéia de um controle judicial funcionalmente limitado não colide com a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, pois é inimaginável uma Administração desprovida de uma margem de decisão independente, porém essa liberdade fica adstrita ao dever de motivação.<sup>52</sup>

Como se pode observar, mesmo com a posição forte de um Tribunal da importância do STJ, sempre haverá vozes em sentido contrário, com o rol de dogmas já conhecido: separação dos poderes, mérito do ato administrativo, reserva do possível.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> FERRARI, Maria Macedo Nery. Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade, p. 194: Sendo a norma programática indicadora de critérios de valor, determinante dos fins a que deve se dirigir o Estado e a sociedade e sobre os quais está inspirada e fundada a ordem jurídica, delas deve valer-se o Juiz para resolver os casos levados à sua Jurisdição e isto, aqui no Brasil, também, pela exigência do artigo 5º da Lei de Introdução do Código Civil

<sup>51</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 575.998-MG, rel. Min. Luiz Fux, 1ª. T., j. 07.10.2004. São esclarecedores os argumentos ementados: É evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica dispêndio, e atuar sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto, no regime democrático e no estado de direito, o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. [...] Afasta da assim a ingerência entre os poderes, o judiciário atacado de malferimento da lei nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa legal. [...] Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. [...] Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano.

<sup>52</sup> KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo, p. 40.

<sup>53</sup> LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais, p. 169, menciona o nível de discussão que pode ocorrer na análise judicial de políticas públicas justamente por se tratar de um “tema delicado e afeto a alguns dogmas, tais como os da independência dos Poderes e o das competências institucionais específicas.”

No entanto temos que caminhar para a realização dos direitos consagrados constitucionalmente, onde a proteção do meio ambiente também guarda estreita relação com o princípio indelével da dignidade da pessoa humana, podendo-se construir (ou ao menos seguir o caminho) da efetivação de um Estado Socioambiental.

A concepção de Estado Socioambiental adotada no presente trabalho é aquela que resulta da convergência necessária da tutela dos direitos sociais e dos direitos fundamentais num mesmo projeto jurídico-político voltado para o desenvolvimento humano em padrões sustentáveis<sup>54</sup>, onde o Estado deve levar em conta a crise ambiental e posicionar-se diante da tarefa (inadiável) de defesa do meio ambiente, intervindo de forma comprometida com a implantação de novas políticas públicas<sup>55</sup>.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com os esforços advindos da evolução constitucional nas últimas décadas, as normas programáticas passam a ter uma dimensão exacerbada no cenário jurídico especialmente pelo fato de serem incorporados nas constituições os direitos sociais. Nessa nova dimensão dos direitos fundamentais o Estado passa a ter um papel modelador da própria sociedade ao exercer funções que geram benefícios e vantagens aos cidadãos.

Inobstante as normas programáticas terem como conteúdo o fim a ser atingindo, sem a determinação da conduta a ser realizada, não há dúvidas a respeito da supremacia e dos efeitos sobre as demais normas do ordenamento jurídico e sobre a atividade da Administração, na medida em que se tratam de normas constitucionais.

---

<sup>54</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental e mínimo existencial (ecológico?), p. 11.

<sup>55</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental e mínimo existencial (ecológico?), p. 21.

Nesse contexto, as normas infraconstitucionais e toda a atividade administrativa que conflita com elas são inconstitucionais e devem ser expurgadas do sistema por qualquer das vias de ataque, tanto no controle difuso como no concentrado. Este é o efeito mínimo que se espera dessas normas.

Também não são olvidadas as dificuldades estruturais dos países de Terceiro Mundo, para a concreção de políticas públicas que tornem reais e concretas as determinações constitucionais decorrentes das normas programáticas. Por isso é relevante a discussão sobre a atividade jurisdicional na sindicância da discricionariiedade administrativa, mesmo com todas as críticas que sofre, em especial àquelas contrárias ao ativismo judicial, ao decisionismo, à indevida ingerência e suposta afronta ao princípio da separação dos Poderes.

O que não se pode perder de vista é que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário desempenham funções que devem estar voltadas para a concretização do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado e a discricionariiedade na escolha dos meios adequados à persecução do fim determinado não mitiga a obrigatoriedade da busca de sua finalidade.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 2ª edição. Ed. Renovar – Rio de Janeiro/São Paulo/Recife – 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. Porto Alegre. V. 28, nº 60, jul./dez, 2004, p. 27-65.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 57-130. .

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 429.570-GO, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª. T., j. 11.11.2003.

SGARIONI, Márcio Frezza; AZEREDO, Renato Luís Bordin de. Normas constitucionais programáticas e discricionariiedade administrativa em matéria de políticas públicas do meio ambiente. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.1, 1º quadrimestre de 2011. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 575.998-MG, rel. Min. Luiz Fux, 1ª. T., j. 07.10.2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **ENSAIO SOBRE O JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS**. Belo Horizonte, n. 16, ano 4 Outubro 2002 Disponível em:

<<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=51168>>. Acesso em: 17 maio 2010.

DIAS, José Eduardo Figueiredo Dias. **Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente**. Cadernos CEDOUA. 2ª Ed., Coimbra: Almedina, 2007.

FERRARI, Maria Macedo Nery. Normas Programáticas. In: FERRARI, Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 153-249.

FREITAS, Juarez. **Discricionariiedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública**. São Paulo: Ed. Malheiros. 2ª Ed. 2009.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. In: Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

KRELL, Andreas J. **Discricionariiedade 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.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) **Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005**, Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 157-178.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Estado de Direito Ambiental: uma análise da recente jurisprudência ambiental do STJ sob o enfoque da hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 56, ano 14, out/dez 2009, p. 55-92.

MIOZZO, Pablo Castro. **A dupla face do princípio da proibição do retrocesso sociais e os direitos fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SGARIONI, Márcio Frezza; AZEREDO, Renato Luís Bordin de. Normas constitucionais programáticas e discricionariiedade administrativa em matéria de políticas públicas do meio ambiente. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.1, 1º quadrimestre de 2011. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

MORENO, Fernando Sainz. **Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Editorial Civitas, 1976

QUEIROS, Cristina. **Direitos fundamentais sociais – funções, âmbito, questões interpretativas e problemas de justicialidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**, Editora Del Rey, n. 4, jul/dez., 2004, p. 317-366.

\_\_\_\_\_. FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 52, ano 13, out/dez 2008, p. 73-100.

\_\_\_\_\_. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 58, ano 15, abr/jun 2010, p. 41-85.

\_\_\_\_\_. Estado Socioambiental e mínimo existencial (ecológico?). In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 11-38.

SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. Porto Alegre. Cadernos de Direito Público, nº 57, Dezembro 2003, p. 13-31.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998.

STEINMETZ, Wilson. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.