

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.367.549 - MG (2011/0132513-5)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA
PROCURADOR : FLORIANO VIEIRA LUCIANO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS
(Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado (fls. 769, e-STJ):

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO AO MEIO AMBIENTE - ARTIGO 225 DA CF/88 - DEPÓSITO DE ENTULHO - DANO AMBIENTAL - NOVA POLÍTICA PÚBLICA - LEI N.º 10.280/09 - DANOS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - OBRA PÚBLICA - ATO DISCRICIONÁRIO - SENTENÇA CONFIRMADA. Incumbe à Municipalidade a defesa e preservação do meio ambiente, a fim de propiciar um desenvolvimento urbano equilibrado, pelo que deve, com a máxima prioridade, se abster da prática de qualquer atividade lesiva, em atenção à obrigação de garantia de efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que lhe é imposta pela Carta Maior, devendo ser responsabilizado pelas lesões que por ação ou omissão vier a causa. Nos dias atuais, o Município de Uberlândia possui legislação que atende ao interesse da população local no sentido de implementar uma política pública para gestão dos entulhos da construção civil, priorizando a reutilização e a reciclagem, regularizando o transporte dos entulhos, inclusive, com o licenciamento dos transportadores privados, prevendo medidas em prol do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Diante da ausência de comprovação de qualquer ilegalidade perpetrada pela Municipalidade, quanto ao depósito de entulhos provenientes da construção civil, que estivesse causando danos ao meio ambiente a serem reparados através da presente demanda, deve ser confirmada a sentença de primeiro grau, que julgou improcedente o pedido inicial, eis que a escolha da realização de

Superior Tribunal de Justiça

obra pública específica é ato discricionário do Poder Executivo, a ser realizado de acordo com sua conveniência."

Sustenta o agravante, nas razões do especial, violação dos arts. 333 do Código de Processo Civil; e 7º, 8º e 14 da Lei 6.838/81; 3º da Lei n. 7.347/85.

Assevera que "quando do ajuizamento da ação, o Parquet deixou evidenciado - e comprovou fartamente - que o Município de Uberlândia, quanto ao trato das questões relativas aos resíduos da construção civil, não estava cumprindo os comandos constitucionais, as disposições de lei federal, as normas regulamentares do CONAMA e - também - a legislação local pertinente. (...) No caso vertente, deve ser reconhecido que todas as provas técnicas - perícias, laudos, vistorias e documentos públicos - foram firmados por servidores que gozam de fé pública, combinado com o art. 19, II, da Constituição Federal" (fls. 811/812, e-STJ).

Aduz, que "a simples edição de nova lei municipal não autoriza reconhecer que o Município de Uberlândia se adequou - satisfatoriamente - à indispensável proteção ao meio ambiente local e à saúde pública, deixando de acarretar poluição ambiental em decorrência da ineficiente coleta dos resíduos no âmbito de seu território" (fl. 812).

Alega ainda, que "o Poder Judiciário tem competência para impor ao Município a obrigação de adotar as medidas administrativas necessárias à correta gestão dos resíduos sólidos da construção civil no âmbito do seu território" (fls. 820, e-STJ).

Apresenta as contrarrazões (fls. 871/889), sobreveio o juízo de admissibilidade negativo da instância de origem (fls. 912/915), o que ensejou a interposição do agravo (fls. 923-937).

Em decisão monocrática, o agravo não foi conhecido (fls. 999, e-STJ). :

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. NÃO COMPROVAÇÃO DA CONTINUIDADE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. FALTA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. SÚMULA 283/STF. AGRAVO NÃO CONHECIDO."

Irresignado, o Ministério Público Federal interpôs agravo regimental (fls. 1008/1016, e-STJ), que foi parcialmente provido, para anulação da decisão monocrática, convertendo o agravo em recurso especial, de

Superior Tribunal de Justiça

conformidade com o art. 34, XVI do Regimento Interno desta Corte (fls. , e-STJ):

**"PROCESSUAL CIVIL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO.
ANULAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA. CONVERSÃO DO
AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 34, XVI, DO
REGIMENTO INTERNO DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL
PARCIALMENTE PROVIDO."**

É, no essencial, o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL N° 1.367.549 - MG (2011/0132513-5)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DANO AMBIENTAL. IMPLEMENTAÇÃO DE OBRA PÚBLICA. USINA DE RECICLAGEM DE RESÍDUOS SÓLIDOS. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Cinge-se a controvérsia dos autos à possibilidade do Ministério Público, em obrigação de fazer, por meio de ação civil pública, compelir o Administrador a implementar obra pública, qual seja, usina de reciclagem de entulhos provenientes da construção civil, que estivesse causando danos ao meio ambiente.

2. Há um *contradictio in adjecto*, no acórdão recorrido, uma vez que demonstra claramente que houve crime ambiental, mas que após a edição da Lei Municipal n. 10.280/2009, o município não estaria causando danos e degradação ao meio ambiente, sem apontar qual medida concreta fora tomada para a cessação do dano ambiental, concluindo ainda, a inexistência da violação do art. 333, I, do Código de Processo Civil.

3. Portanto, afasta-se o óbice da Súmula 7/STJ, uma vez que o recorrente apresentou suficientemente as provas que destinaram à comprovação do dano ambiental e a necessidade de implementação da usina de reciclagem de entulho, com o devido licenciamento ambiental, para a atividade de coleta de entulhos e sua destinação final, pois, apenas a aprovação de lei municipal, regulamentando a destinação dos resíduos sólidos, não é suficiente para afastar o dano ambiental presente ou futuro.

4. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

5. Se prevalecesse o entendimento de que em face do princípio da separação dos poderes estaria o Judiciário impedido de corrigir distorções em matéria de políticas públicas, a efetivação de outros princípios igualmente constitucionais ficaria comprometida, o que contraria a hermenêutica atual que privilegia a harmonização das normas e princípios constitucionais conflitantes, de modo a buscar a máxima eficácia possível de ambos, e assim evitar que a

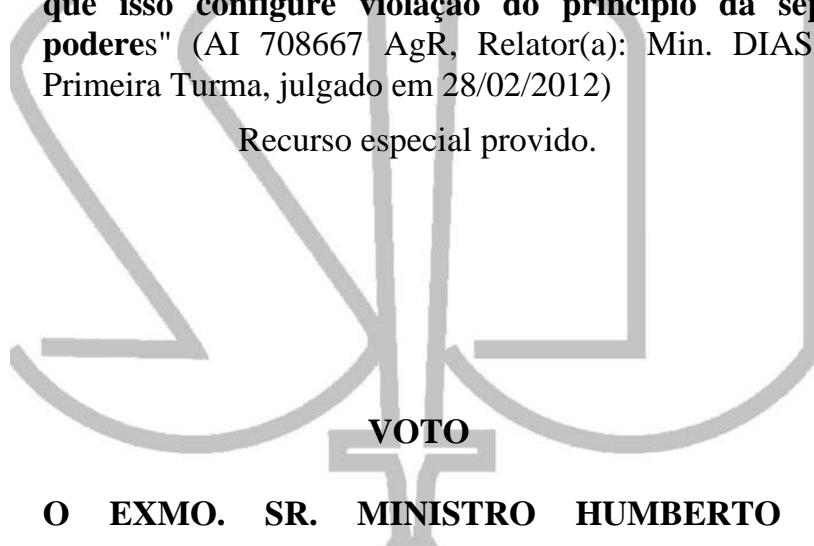
Superior Tribunal de Justiça

aplicação de um implique na exclusão de total de outro.

6. Reconheço que em algumas situações é impossível estabelecer, num plano abstrato, qual a ordem de prioridades que a atividade administrativa deve tomar. Nestes casos, a identificação pela preferência de atuação estatal apenas poderia ser identificada na análise do caso. Todavia, ainda que abstratamente, não se pode deixar de reconhecer que alguns direitos, tais como a educação, a saúde e o meio ambiente equilibrado fazem parte de um núcleo de obrigações que o estado deve considerar como prioritárias.

7. Irretocável, portanto, a posição do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, no sentido de que "**O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes**" (AI 708667 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012)

Recurso especial provido.



O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS
(Relator):

Cinge-se a controvérsia dos autos à possibilidade de o Ministério Público, em obrigação de fazer, por meio de ação civil pública, compelir o Administrador a implementar obra pública, qual seja, usina de reciclagem de entulhos provenientes da construção civil, que estivesse causando danos ao meio ambiente.

DA SÚMULA 7/STJ.

Esta Corte possui jurisprudência majoritária, no sentido de que analisar a violação do art. 333 do Código de Processo Civil, demandaria, necessariamente, revisão de matéria fático-probatória.

Neste sentido:

Superior Tribunal de Justiça

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. REMOÇÃO DE SERVIDORA POR MOTIVO DE SAÚDE. REVISÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

(...)

3. Ao apreciar a demanda, o Tribunal de origem registrou que a situação da recorrida se amolda à hipótese da legal, pois ficou devidamente comprovada a condição de doença conhecida como psoríase causada por estresse emocional. Desse modo, não há como aferir eventual violação do art. 333, I, do CPC sem que se reexamine o conjunto probatório dos presentes autos. Incide no caso a Súmula 7 desta Corte superior.

Agravo regimental improvido.

(*AgRg no AREsp 414.344/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 27/11/2013*)

No entanto, há um *contradictio in adjecto*, no acórdão recorrido, uma vez que demonstra claramente que houve um crime ambiental, mas que após a edição da Lei Municipal n. 10.280/2009, o município não estaria causando danos e degradação ao meio ambiente, sem apontar qual medida concreta fora tomada para a cessação do dano ambiental, concluindo ainda, a inexistência da violação do art. 333, I, do Código de Processo Civil (fls. 778/784, e-STJ):

"In casu, verifica-se dos autos que a Curadoria de Defesa do Meio Ambiente, através do Procedimento Administrativo nº 017/98, apurou a denúncia relativa às Centrais de Entulho, que estariam degradando o meio ambiente, sobretudo áreas de preservação permanente, tendo sido apurado pelo Coordenador de Planejamento e Supervisão da Diretoria Regional de Saúde de Uberlândia, órgão vinculado à Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais, em seu parecer técnico realizado em 28 de junho de 1.999, que em todas as centrais de entulho existia lixo doméstico, estando a Central de Entulho do Bairro Nossa Senhora das Graças e a Central de Entulho do Bairro Mansur a alguns metros de um córrego, tendo a Central Geral de Entulho do Bairro Aclimação já aterrado uma nascente d'água, não havendo qualquer seletividade do entulho (fls. 53/55), constando, ainda, do Parecer Técnico realizado pelo Departamento de Geografia da universidade Federal de Uberlândia, que:

"Central de Entulho Geral do Bairro Aclimação.

Superior Tribunal de Justiça

A disposição de entulhos produzidos na área urbana de Uberlândia está sendo realizada no interior de uma grande erosão, denominada de voçoroca ou boçoroca, desenvolvida junto a nascente do Córrego Perpétua e adjacente ao Bairro Aclimação
(...)

Ao visitar o local de disposição de entulho, o aspecto que de imediato chama a atenção é a grande diversidade de materiais ali depositados. Pode-se observar no locar uma grande quantidade de materiais orgânico, os quais vão desde restos vegetais até lixo orgânico doméstico. Outros tipos de materiais descartados podem ser caracterizados, dentre estes destacam-se: recipientes metálicos (latarias) diversos utilizados como embalagens de diversos produtos, entre estes os que merecem maior atenção são os solventes, tintas, vernizes, derivados de petróleo e outros; recipientes plásticos empregados para acondicionamento de refrigerantes, e produtos químicos em geral; uma grande quantidade de madeira, sacos plásticos e papéis; retalhos de vidraria; pneumáticos; além de entulhos de construção propriamente ditos. (fls. 57/58).

Com efeito, foram constatados, naquela época - há mais de uma década, vários problemas decorrentes do aterramento esperados a curto e médio prazo: "1) Contaminação da água que nasce sob a erosão a partir dos produtos existentes no entulho; 2) recalque diferencial causado pela decomposição da matéria orgânica na área aterrada, resultando na subsistência de parte da área aterrada; 3) A não realização de obras na contenção das águas pluviais de escoamento superficial poderá resultar na reativação dos processos erosivos na área aterrada. Nesse caso poderá ocorrer a remoção e o transporte de materiais diversos dispostos no interior da erosão e a sua disposição junto à vereda, conduzindo ao seu assoreamento", fl. 94.

Ainda, restou demonstrado naquele estudo que na Central de Entulho Geral do Bairro Aclimação a área aterrada tinha se transformado em uma grande boçoroca, e que esta erosão alterou a nascente d'água para o seu interior, e que estariam sendo depositados, sobre uma área de proteção ambiental, não só entulhos de construção, mas todo tipo de lixo, inclusive, alguns altamente contaminantes, o que ocorria diretamente sobre a nascente, o que poderia causar sério impacto sobre a saúde pública, sobretudo às pessoas residentes nas proximidades, que utilizam a água desta nascente.

Apurou-se, ainda, que a Central de Entulho do Bairro Nossa Senhora das Graças não possuía qualquer fiscalização, estando localizada a 60 metros da cabeceira do córrego Liso, tendo sido

Superior Tribunal de Justiça

verificado no local "uma diversidade de materiais, dentre estes pode-se distinguir papéis, embalagens plásticas, latas de tintas, vernizes e solventes, resíduos orgânicos residenciais, madeira; animal morto (cão); dentre outros", fl. 91, colocando em risco área de preservação permanente, conforme conclusão do trabalho técnico:

"A central de entulho visitada foi implantada sobre um terreno de inclinação moderada sem qualquer tipo de obra para contenção das águas de escoamento superficial geradas durante os períodos chuvosos. Assim sendo, materiais ali dispostos podem ser carreados no sentido da cabeceira do córrego Liso", fl. 96.

Também a Central de Entulho do Bairro Mansur encontrava-se a menos de trinta metros do Córrego Óleo, não havendo qualquer fiscalização do ente municipal, tendo sido observado livre acesso de crianças na área interna da central e a mesma diversidade de lixos depositado, ao que se acresce que parte do terreno é inclinado, favorecendo o escoamento superficial da água da chuva e consequente carregamento de materiais para o córrego do Óleo.

O Secretário Municipal de Serviços Urbanos, através do Ofício n.º 1.428/2000, datado de 27 de novembro de 2000, esclareceu que as Centrais de Entulho do Bairro Aclimação e do Bairro Nossa Senhora das Graças teriam sido desativas e que a Central de Entulho do Bairro Mansur estaria em atividade regular, com a devida fiscalização e manutenção (fl. 80).

Entretanto, Segundo o Parecer Técnico realizado em 02 de maio de 2001, e firmado por Geógrafo Diretor da Divisão de Interação com órgãos Municipais, a Central de Entulho do Bairro Nossa Senhora das Graças foi instalada em área plana em relação a que foi desativada, no entanto, não havia controle do material depositado, havendo, inclusive, lixo doméstico (fl. 141), estando parte da cerca de proteção destruída.

Da mesma forma, na central de Entulho do Bairro Mansur também não havia fiscalização do material depositado, existindo deficiência na cerca de proteção, e, a despeito de não estar instalada em área de preservação permanente, encontrava-se em área de declividade, podendo comprometer o córrego do Óleo (fl. 141).

No tocante a Central de Entulho do bairro Aclimação, não tina sido completamente desativada, estando o escoamento de água possivelmente contaminada pela grande quantidade de lixo.

Novamente a Prefeitura Municipal de Uberlândia se manifestou esclarecendo que solucionaria os problemas, ativando a fiscalização dos locais de depósito de entulho, melhorando as

Superior Tribunal de Justiça

condições ambientais (fl. 144), tendo o denunciante afirmado que estava satisfeitos com a conduta perpetrada pela Administração Pública na solução dos problemas ambientais decorrentes do depósito do entulho. (fl. 107), ensejando o arquivamento do procedimento pelo Promotor de Justiça, decisão que não foi homologada pela Procuradoria-Geral de Justiça, ao fundamento de tratar-se de direitos difusos e que o Município não teria solucionado por completo os problemas ambientais existentes (fls. 168/169).

Com a determinação de realizações de novas vistorias nas centrais de entulho, segundo o BO n.º 2390/1, firmado em 13/11/2003, a Central de Entulho do Bairro Aclimação, embora desativada pelo Município, continuava sendo utilizada pela população como depósito de lixo (fl. 190), a Central de Entulho do Bairro Nossa Senhora das Graças foi totalmente desativada, com regeneração da vegetação natural (BO 2391/1, fl. 201), e que Central de Entulho do Bairro Mansur, localizada próxima a área de preservação permanente, estava em pleno funcionamento (BO n.º 2392/1, fl. 210).

Em audiência marca junto à Promotoria Estadual, esclareceu o Secretário Municipal de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, que a Central de Entulho do Bairro Mansur já estava desativada, limpa e cercada, a Central de Entulho do Bairro Aclimação continuava desativada, coberta de mata nativa e de difícil acesso, com limpezas a cada 30 dias para manutenção local, e estaria funcionando regularmente a Central de Entulho do Bairro Nossa Senhora das Graças, com a realização de limpezas semanais (fl. 240). Acrescentou a existência de uma política atual efetiva comprometida com o meio ambiente, e que estaria em tramitação Projeto de Lei que instituiria o sistema municipal para gestão sustentável de resíduos da construção civil, em atendimento ao estabelecido na resolução n.º 307 do CONAMA (fls. 241/242).

Entretanto, em 30 de outubro de 2007, foi verificado que havia muito lixo na Central de Entulho localizada no Bairro Nossa Senhora das Graças (fl. 518), com risco imediato de carreamento para área de preservação permanente (fl. 518), e, da mesma forma da Central de Entulho do Bairro Santa Mônica (fl. 522) e na Central do Bairro Jardim Patrícia, que fica nas proximidades do Córrego do Óleo.

Posteriormente, foi requisitada vistoria na Central de Entulhos localizada no Bairro Tibery e Av. Anselmo Alves dos Santos, tendo sido constatado que o depósito de entulhos está ocorrendo em área de preservação permanente (fl. 418), concluindo que "o aterramento está degradando a APP local

Superior Tribunal de Justiça

intensamente, tanto visual como ambientalmente", fl. 421 e que "no local não mais existe vegetação típica de área de preservação permanente", fl. 434, apesar de ter sido comprovado nos autos a regular fiscalização dos materiais depositados (fl. 430), evidente o dano ambiental, inclusive, com assoreamento de nascente (fl. 443).

Lado outro, segundo o Relatório Técnico apresentado pela Secretaria Municipal de Planejamento Urbano e Meio Ambiente, não haveria poluição na apontada Central de Entulhos (fls. 432/433). Ainda, O Parecer Técnico n.º 008/2008, também emitido pelo mesmo órgão, "a Central de Entulho instalada na Rua Faris Ibrahim Curi, não está localizada em área de preservação permanente. Com a implantação da infra-estrutura pública houve a supressão da vegetação e a drenagem do excesso de águas do subsolo à montante de Central por se tratar de um fundo de vale caracterizado pela presença de solos encharcados. Dentro da Central de Entulho, o solo é permeável não interferindo na dinâmica de percolação das águas superficiais", fl. 563.

Com efeito, percebe-se que o Procedimento Administrativo realizado pelo Ministério Público foi bastante extenso, com duração de quase uma década, e, entre inúmeros atos, percebe-se que a Municipalidade, ao longo dos anos, aumentou gradativamente o seu compromisso com a proteção do meio ambiente, tomando algumas medidas efetivas, outras nem tanto, tendo solucionado grande parte dos problemas havidos na década de 90.

Destarte, essa a situação dos autos no momento da propositura da ação, conforme procedimento administrativo realizado pelo Ministério Público e documentos produzidos pelo Município, não tendo sido produzidas novas provas durante a dilação probatória do feito."

Portanto, afasta-se o óbice da Súmula 7/STJ, uma vez que o recorrente apresentou suficientemente as provas que destinaram à comprovação do dano ambiental e a necessidade de implementação da usina de reciclagem de entulho, com o devido licenciamento ambiental, para a atividade de coleta de entulhos e sua destinação final, pois apenas a aprovação de lei municipal, regulamentando a destinação dos resíduos sólidos, não é suficiente para afastar o dano ambiental presente ou futuro.

DA POSSIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMPELIR O ADMINISTRADOR Á REALIZAÇÃO DE OBRA CONCRETA POR MEIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

O Tribunal de origem, manteve a decisão de primeiro grau, no

Superior Tribunal de Justiça

sentido de que "a escolha da realização de obra pública específica é ato discricionário do Poder Executivo, a ser realizado de acordo com sua conveniência" (fls. 788, e-STJ).

Com efeito, observa-se que a matéria central do recurso especial aborda questão polêmica a respeito da possibilidade do controle judicial de políticas públicas, tema que exige análise mais aprofundada a respeito não só dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito, como também de alguns dogmas constitucionais que estão arraigados em nossa cultura jurídica.

Entendo que, a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em prol das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de concretizar políticas de transformação da realidade social.

Com isso, não só o Poder Executivo, mas também o Poder Judiciário sofreram alterações em sua estrutura funcional, de modo a possibilitar a efetividade dos direitos sociais.

Se, de um lado, a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, de outro, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos direitos sociais constitucionalmente garantidos.

A ilicitude gerada pelo não cumprimento injustificado do dever da administração pública em implementar políticas de governo acarreta a desarmonia da ordem jurídica, o que faz merecer correção judicial, sob pena de transformar em letra morta os direitos sociais.

Assim, pode-se dizer que o princípio da separação dos Poderes - inicialmente formulado em sentido forte, até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas - nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz de diferentes realidades constitucionais.

Em decisão recente, e que pode ser considerada como um marco para a nova interpretação do princípio da separação dos Poderes, entendeu a Corte Suprema nos autos da ADPF-45 que:

"É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte em especial – a atribuição de formular e implementar

Superior Tribunal de Justiça

políticas públicas, pois nesse domínio, o encargo reside, primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático."

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

Dessa forma, não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa.

Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

Outro ponto importante a ressaltar é que, se prevalecesse o entendimento de que em face do princípio da separação dos poderes estaria o Judiciário impedido de corrigir distorções em matéria de políticas públicas, a efetivação de outros princípios igualmente constitucionais ficaria comprometida, o que contraria a hermenêutica atual, que privilegia a harmonização das normas e princípios constitucionais conflitantes, de modo a buscar a máxima eficácia possível de ambos, e assim evitar que a aplicação de um implique na exclusão de total de outro.

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânones hermenêutico da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o conteúdo.

Neste sentido, a correta interpretação do princípio da separação dos Poderes, em matéria de políticas públicas deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei.

Fora daí, quando a Administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem sentido, ou fugindo da finalidade à qual estava vinculada, não cabe a aplicação do referido princípio, e autorizado se

Superior Tribunal de Justiça

encontra o Poder Judiciário a reconhecer que o Executivo não cumpriu com sua obrigação legal, agredindo com isso, direitos difusos e coletivos, e a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

O sistema jurídico deve ser analisado sob a premissa de que todos os seus postulados estão em harmonia, sob pena de quebrar a lógica intrínseca do próprio sistema. Ora, diante de um ordenamento jurídico que consagra o princípio da separação dos Poderes, e que também impõe ao Poder Público a prática de atividades positivas destinadas a efetivar os direitos sociais, a melhor interpretação é aquela que se coaduna com os dois postulados.

Em suma, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se pode dar de forma indiscriminada, pois isso violaria o princípio da separação dos Poderes. No entanto, quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programas de governo, a interferência do Poder Judiciário é perfeitamente legítima e serve como instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada.

Quanto à impossibilidade de estabelecer hierarquização entre as prioridades da atividade administrativa, segundo os defensores desta tese, ao Estado brasileiro foi atribuída uma série de obrigações positivas necessárias à efetivação dos direitos sociais, e, por não haver escalonamento entre elas, não se pode identificar quais as mais prioritárias.

Reconheço que em algumas situações é impossível estabelecer, num plano abstrato, qual a ordem de prioridades que a atividade administrativa deve tomar. Nestes casos, a identificação pela preferência de atuação estatal apenas poderia ser identificada na análise do caso concreto.

Todavia, ainda que abstratamente, não se pode deixar de reconhecer que alguns direitos, tais como a educação, a saúde e o meio ambiente equilibrado fazem parte de um núcleo de obrigações que o estado deve observar como prioritárias.

Neste sentido:

"Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violão do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes.

1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas

Superior Tribunal de Justiça

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

2. *Agravo regimental não provido.*

(AI 708667 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 09-04-2012 PUBLIC 10-04-2012) (grifo nosso)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. VAGA EM ESTABELECIMENTO DE EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que "embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento." (Grifei)

(RE 595595 AgR/SC - Rel. Min. Eros Grau, julgado em 28.4.2009, DJe 29.5.2009.)

Também o Superior Tribunal de Justiça, em ambas as Turmas da Primeira Seção, já adentrou na análise de tais questões e as enfrentou com a grandeza que se espera desta Corte:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. COLETA DE LIXO. SERVIÇO ESSENCIAL. PRESTAÇÃO DESCONTINUADA. PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL. NORMA DE NATUREZA PROGRAMÁTICA. AUTO-EXECUTORIEDADE. PROTEÇÃO POR VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO.

1. *Resta estreme de dúvida que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção, ou*

Superior Tribunal de Justiça

ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétreia de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade.

2. 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. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

3. Em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública.

4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétreia.

5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos.

7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que

Superior Tribunal de Justiça

para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em 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. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10. 'A questão do lixo é prioritária, porque está em jogo a saúde pública e o meio ambiente.' Ademais, "A coleta do lixo e a limpeza dos logradouros públicos são classificados como serviços públicos essenciais e necessários para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei n.º 7.783/89. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE.' 11. Recurso especial provido."

(REsp 575998/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 7.10.2004, DJ 16.11.2004.)

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

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.

2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.

3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.

5. Recurso especial provido."

(REsp 429570/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11.11.2003, DJ 22.3.2004.)

Irretocável, portanto, a posição do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, no sentido de que "**O Poder Judiciário, em situações excepcionais,**

Superior Tribunal de Justiça

pode determinar que a Administração Pública adote medidas asseguratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes" (AI 708667 Agr, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/2/2012)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

