

**ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FLÁVIO AVELLAR SILVA FREITAS

**A CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO AO MEIO
AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO: O CONTROLE
DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS POR
VIA DA AÇÃO DIRETA**

Belo Horizonte – MG
2013

FLÁVIO AVELLAR SILVA FREITAS

A CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE
ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO: O CONTROLE DA
CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS POR VIA DA
AÇÃO DIRETA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Beatriz Souza Costa.

Belo Horizonte – MG
2013

FICHA CATALOGRÁFICA

FREITAS, Flávio Avellar Silva. *A Concretização Judicial do Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado: O Controle da Constitucionalidade das Leis Orçamentárias por Via da Ação Direta*. Local: Belo Horizonte. Minas Gerais – Brasil. 2013.

Número de Páginas: 146.

Dissertação apresentada à Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Beatriz Souza Costa

Banca Examinadora: Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio (ESDHC) e Prof. Dr. Emílio Peluso Neder Meyer (UFMG).

Palavras-chave: Estado Constitucional Democrático de Direito. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Orçamento público. Políticas públicas. Leis orçamentárias. Controle abstrato de constitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade.

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

FLÁVIO AVELLAR SILVA FREITAS

A CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO: O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS POR VIA DA AÇÃO DIRETA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: ___/___/___

Orientadora: Profa. Dra. Beatriz Souza Costa

Professor Membro: Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio

Professor Membro: Prof. Dr. Emílio Peluso Neder Meyer

Nota: _____

Belo Horizonte
2013

RESUMO

Este estudo tem por escopo abordar, sob as luzes do princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito, a problemática afeta à possibilidade de o Poder Judiciário, com o fito de participar do contexto de concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado realizar, em sede de ação direta de inconstitucionalidade genérica, o controle da constitucionalidade abstrata das leis que, estabelecendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, consubstanciam o orçamento público. Tem, ainda, como propósito, uma vez admitido o controle em abstrato da constitucionalidade das leis orçamentárias, no intuito de efetivar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, alinhar parâmetros para a intervenção jurisdicional nessa matéria. Para a consecução de tal desiderato, adotou-se, como referencial teórico, a perspectiva de José Joaquim Gomes Canotilho, para quem o Estado de Direito em sua caracterização hodierna se apresenta como um estado constitucional, convertendo-se em um Estado Constitucional Democrático de Direito. No que tange à vertente teórico-metodológica empregada, consistiu essa na jurídico-dogmática, tendo sido desenvolvido o raciocínio dedutivo, a partir da utilização do método compreensivo ou interpretativo como estratégia de investigação. Quanto aos resultados, alcançou-se, ante o prisma do princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito, a compreensão dos aspectos que permeiam a efetivação judicial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado por meio da propositura, perante o Supremo Tribunal Federal, de ação direta de inconstitucionalidade, que tenha por escopo a verificação da congruência, em abstrato, das leis orçamentárias com as normas que promanam dos dispositivos da Constituição da República. Por derradeiro, a conclusão pretendeu evidenciar a plena viabilidade de o Poder Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal, participar da concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por meio da submissão das leis orçamentárias à fiscalização abstrata da constitucionalidade, em sede de ação direta, desde que observados alguns parâmetros.

Palavras-chave: Estado Constitucional Democrático de Direito. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Orçamento público. Políticas públicas. Leis orçamentárias. Controle abstrato de constitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This study has the scope to address, under the lights of the principle of the democratic constitutional state of law, the issue affects the ability of the judiciary, with the aim of participating in the context of realization of the right to an ecologically balanced hold in seat direct action of unconstitutionality generic, abstract control of the constitutionality of laws, establishing a multiannual plan, budget guidelines and annual budgets, consolidate public budgets. It also has as its purpose, once admitted in the abstract control of the constitutionality of budgetary laws in order to give effect to the fundamental right to an ecologically balanced environment, aligning parameters for judicial intervention in this matter. To achieve this aim, it was adopted as the theoretical framework, the prospect of José Joaquim Gomes Canotilho, for whom the rule of law in today's characterization is presented as a constitutional state, becoming in a democratic constitutional state of law . Regarding the theoretical and methodological aspects employed consisted in this legal-dogmatic, having been developed deductive reasoning, from the use of the method or interpretive understanding as a research strategy. As for the results, was achieved, compared to the prism of the principle of the democratic constitutional state of law, understanding the aspects that permeate the judicial execution of the right to an ecologically balanced by filing before the Supreme Court, direct action of unconstitutionality, which has the scope to check the consistency in the abstract of budgetary laws with the norms that flow from the provisions of the Constitution. For the last, the conclusion sought to demonstrate the feasibility of the full Judiciary, represented by the Supreme Court, to participate in the realization of the right to an ecologically balanced environment, through the submission of budgetary laws surveillance abstract constitutionality, based on direct action since observed some parameters.

Keywords: Democratic Constitutional State of Law. Right to an ecologically balanced environment. Budget. Public policies. Budget laws. Abstract control of constitutionality. Direct action of unconstitutionality.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	09
2. O PRINCÍPIO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO	17
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	17
2.2 O CONCEITO DE ESTADO	17
2.3 O CONCEITO DE DIREITO	18
2.4 O CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO	18
2.5 NATUREZA JURÍDICA DO ESTADO DE DIREITO.....	22
2.6 MANIFESTAÇÕES DO ESTADO DE DIREITO	22
2.7 O ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO	26
2.8 O ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO	30
3. O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	31
3.1 ESTRUTURA NORMATIVA	31
3.2 NATUREZA JURÍDICA	33
3.3 FUNDAMENTALIDADE	35
3.4 TITULARIDADE	38
3.5 DIMENSÕES	39
3.6 NORMATIVIDADE, APLICABILIDADE DIRETA E EFICÁCIA	41
3.7 IMPLICAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS	46
4. O ORÇAMENTO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	48
4.1 CONCEITO DE ORÇAMENTO	48
4.2 ASPECTOS DO ORÇAMENTO	49
4.3 NATUREZA JURÍDICA DO ORÇAMENTO	50
4.4 FUNÇÕES DO ORÇAMENTO	56
4.5 PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS.....	58

4.5.1 PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE	59
4.5.2 PRINCÍPIO DA ANUALIDADE.....	60
4.5.3 PRINCÍPIO DA EXCLUSIVIDADE.....	60
4.5.4 PRINCÍPIO DA UNIDADE.....	61
4.5.5 PRINCÍPIO DA NÃO-AFETAÇÃO	62
4.6 AS LEIS ORÇAMENTÁRIAS.....	63
4.6.1 O PLANO PLURIANUAL.....	64
4.6.2 A LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS.....	65
4.6.3 OS ORÇAMENTOS ANUAIS.....	67
4.6.3.1 O ORÇAMENTO FISCAL.....	67
4.6.3.2 O ORÇAMENTO DE INVESTIMENTO DAS ESTATAIS	69
4.6.3.3 O ORÇAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL.....	69
4.6.4 A LEI COMPLEMENTAR FINANCEIRA.....	70
4.7 O ORÇAMENTO PÚBLICO E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO	71
4.8 O ORÇAMENTO PÚBLICO E A FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DA CONSTITUCIONALIDADE	72
5. A FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS POR MEIO DA AÇÃO DIRETA	73
5.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	73
5.1.1 CONCEITO	74
5.1.2 PRESSUPOSTOS	74
5.1.2.1 A CONSTITUIÇÃO FORMAL	75
5.1.2.1 A CONSTITUIÇÃO COMO NORMA FUNDAMENTAL, RÍGIDA E SUPREMA.....	75
5.1.2.3 A PREVISÃO DE UM ÓRGÃO COMPETENTE	76
5.1.3 FORMAS DE INCONSTITUCIONALIDADE	77
5.1.3.1 A INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO	77
5.1.3.2 A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	79
5.1.4 MODELOS.....	79
5.1.4.1 QUANTO AO NÚMERO DE ÓRGÃOS COM COMPETÊNCIA PARA O CONTROLE	80

5.1.4.2 QUANTO AO MODO DE MANIFESTAÇÃO DO CONTROLE	81
5.2 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	83
5.2.1 CONCEITO, ORIGEM E FINALIDADE.....	83
5.2.2 LEGITIMIDADE	84
5.2.3 COMPETÊNCIA E PARÂMETRO.....	86
5.2.4 OBJETO	86
5.2.4.1 AS LEIS ORÇAMENTÁRIAS COMO OBJETO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	89
5.2.5 PETIÇÃO INICIAL	93
5.2.6 PROCEDIMENTO	94
5.2.7 MEDIDA CAUTELAR	95
5.2.8 DECISÃO	96
5.2.9 EFEITOS DA DECISÃO	97
5.2.10 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E A NECESSIDADE DE PARÂMETROS PARA INTERVENÇÃO JURISDICIONAL	102
6. PARÂMETROS PARA A INTERVENÇÃO JURISDICIONAL	104
6.1 O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VINCULADAS AO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NO CONTEXTO DO EXAME ABSTRATO DA CONSTITUCIONALIDADE	104
6.2 CRÍTICAS DIRIGIDAS AO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO	107
6.2.1 A CRÍTICA DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO	108
6.2.2 A CRÍTICA FILOSÓFICA	112
6.2.3 A CRÍTICA OPERACIONAL	115
6.3 PARÂMETROS PARA A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	117
6.3.1 OBJETOS JURIDICAMENTE CONTROLADOS	118
6.3.1.1 CONTROLE DA FIXAÇÃO DE METAS E PRIORIDADES E DO RESULTADO FINAL ESPERADO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	118
6.3.1.2 CONTROLE DA QUANTIDADE DE RECURSOS A SER INVESTIDA	121
6.3.1.3 CONTROLE DO ATINGIMENTO DAS METAS FIXADAS PELO PODER PÚBLICO	122

6.3.1.4 CONTROLE DA EFICIÊNCIA MÍNIMA NA APLICAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS	124
6.3.1.5 OBJETOS PASSÍVEIS DE CONTROLE POR VIA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS	126
6.3.2 A RESERVA DO POSSÍVEL	129
6.4 A DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E O EMPREGO DA TÉCNICA DO APELO AO LEGISLADOR	134
7. CONCLUSÃO	139
REFERÊNCIAS	143

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 225, de modo ímpar na experiência constitucional brasileira, consagrou o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerando-o bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Inscrevendo-se na categoria dos denominados direitos fundamentais de terceira dimensão, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado encontra-se alicerçado sobre os valores da fraternidade e da solidariedade, ultrapassando, assim, os referenciais do indivíduo e do Estado-Nação, porquanto dirigir-se a todo o gênero humano.

As características acentuadas na própria dicção constitucional, a saber, a dominialidade coletiva e a essencialidade para a manutenção da existência humana, revelam que o meio ambiente se afigura como bem de titularidade difusa, portanto subjetivamente indeterminado, que se relaciona diretamente ao direito fundamental à vida, previsto no *caput* do artigo 5º, e ao princípio matriz da dignidade da pessoa humana, estatuído no inciso III, do artigo 1º.

Em virtude de tais relações e de sua associação necessária à ideia de pacto intergeracional – que, em verdade, se afigura subjacente a todas as Constituições, dada a pretensão de perpetuidade destas –, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, malgrado não inserido no catálogo de direitos proclamado no Título II da Lei Fundamental, não apenas por força da cláusula de abertura positivada no § 2º, do aludido artigo 5º, acaba por se revestir, inequivocamente, da nota da jusfundamentalidade, tanto em sentido formal, quanto em material, ostentando o condão de vincular e compromissar o agir de todos os Poderes da República.

Diante da relevância, da abrangência e da complexidade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o constituinte originário, ao definir suas linhas estruturais no artigo 225, entendeu por bem clarificar e minudenciar os deveres dele emergentes, cometendo aos Poderes Legislativo e Executivo, notadamente em seus §§ 1º a 4º, uma série de incumbências, consistentes, sobretudo, em obrigações legiferantes e em imposições conducentes ao desenvolvimento de políticas públicas, com o fito de densificá-lo, robustecendo a tutela conferida ao bem jurídico ambiental.

Examinando-se as tarefas estatuídas pelos parágrafos do artigo 225, observa-se que as mesmas, mormente as que se devem consubstanciar por meio de políticas públicas – além de pressuporem a necessidade da promulgação de leis e da edição de atos administrativos que

as concebam e as delineiem – exigem, para o seu aperfeiçoamento, a disponibilidade e o aporte de recursos materiais, visto apresentarem, inequivocamente, uma dimensão econômica.

Por requerer a efetivação das políticas e ações decorrentes do artigo 225 a realização de despesas – as quais, em virtude da lógica imanente às finanças públicas, devem se afigurar antecedidas pela previsão de receitas –, impõe-se que tanto as últimas, quanto as primeiras se encontrem contempladas no orçamento público, que, ultrapassando as feições de uma peça de natureza exclusivamente jurídica, visto se apresentar disciplinado por normas constitucionais e legais, assume, também, as dimensões técnica, econômica e, especialmente, política, na medida em que, inserido num contexto de demandas quase que ilimitadas e de fontes escassas, alberga as escolhas dramáticas que devem ser feitas pelos Poderes da República no que atina à gestão dos assuntos estatais.

Constata-se, nessa senda, que, para a consecução dos desideratos que derivam do referido dispositivo constitucional e para o conseqüente cumprimento do dever de concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado por parte dos Poderes da República, o orçamento público, na condição de instrumento de planejamento de toda a atuação estatal, passa a ostentar fulcral relevância, na medida em que por intermédio dele se definem os quantitativos de recursos que serão alocados para o atendimento das diversas necessidades públicas.

Acorde o preceituado nos artigos 165 a 169 da Constituição da República, consubstancia-se o orçamento público em três institutos, consistentes no plano plurianual, nas diretrizes orçamentárias e no orçamento anual, os quais, afigurando-se submetidos à reserva legal, têm o seu estabelecimento condicionado à apreciação e à aprovação de projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo por parte do Legislativo, a quem se faculta, inclusive, nos termos do artigo 166, §§ 2º e 3º, a possibilidade de apresentação de emendas, de sorte a se alterar as opções realizadas e apresentadas pelo primeiro nas propostas de aludidas normas.

No que tange ao Poder Judiciário, a Constituição da República outorgou-lhe um papel diferenciado na concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, permitindo-lhe – a partir da deflagração do controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, por meio do processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade –, o desenvolvimento de uma função fiscalizadora e corretora da atuação do Legislativo e do Executivo.

Consistindo no mais relevante instrumento de efetivação do controle abstrato de constitucionalidade, revela-se a ação direta como um dos mais cristalinos desdobramentos da conformação da República Federativa do Brasil como um Estado Constitucional Democrático

de Direito, o qual ostenta como nota distintiva a presença de uma Constituição, que – se traduzindo como o diploma jurídico primacial, de que todos os demais atos do ordenamento retiram seu fundamento de validade –, reveste-se de inequívoca força normativa e de eficácia vinculante dos Poderes Públicos.

Malgrado o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual revistam a forma de leis, as quais, por via de consequência, deveriam apresentar os atributos da generalidade e da abstração, percebe-se, na linha esposada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n.º 1.640 e da ADI n.º 2.100, a prevalência de entendimento no sentido de que os normativos que lhes conferem existência não podem ser compreendidos como leis na vertente material, dotadas de teor verdadeiramente jurídico, caráter vinculativo e de força inovadora do ordenamento, uma vez que o orçamento público – porquanto se cuidar de um mero ato administrativo, concessor de autorizações para a realização de despesas ante a previsão de receitas, e, portanto, produtor de efeitos concretos e limitados –, somente seria considerado como lei sob o prisma formal.

Não obstante a Constituição brasileira tenha preceituado, em termos não restritivos, que a ação direta de inconstitucionalidade apresenta por desiderato a fiscalização de leis e atos normativos, o Supremo Tribunal Federal, conforme se pode extrair do acórdão atinente ao julgamento da ADI n.º 842, acabou por consolidar posicionamento no sentido de que atos estatais de efeitos concretos, mesmo que veiculados sob as vestes de leis formais, não se submeteriam, em sede de controle concentrado, à jurisdição constitucional de referida Corte.

Com efeito, o orçamento público, porquanto se tratar de um ato administrativo, que se limitaria a desenvolver uma tarefa meramente arrecadatória, somente poderia ser concebido como lei sob o prisma formal.

De sorte a reforçar a negativa da possibilidade de as normas orçamentárias passarem pelo crivo da fiscalização abstrata da constitucionalidade, tem-se, também, aduzido que a tarefa de definir o modo como se deveria estabelecer a relação entre receitas e despesas se cuidaria de matéria reservada à seara da discricionariedade administrativa, em que não se poderia imiscuir o Poder Judiciário, dado o risco de restar configurada ofensa ao princípio da separação de poderes.

Sustenta-se, ainda, que o órgão judicante, em virtude de suas limitações funcionais, careceria de conhecimentos técnicos, sobretudo aqueles relativos à economia e finanças, para efetivar a apreciação de questões relativas ao orçamento público.

Em decorrência de tal compreensão, aspectos inerentes ao orçamento público acabam por quedar-se imunes à apreciação do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, no bojo de

uma ação direta de inconstitucionalidade, restaria obstado o questionamento dos mesmos sob a perspectiva de sua congruência com a disciplina constitucional, redundando na criação de vulnerabilidades para a Constituição e para o próprio Estado de Direito.

Todavia, ainda que de maneira tímida, observa-se, no próprio Supremo Tribunal Federal, consoante o sinalizado no julgamento da ADI n.º 2.925 e em decisão que apreciou requerimento de medida cautelar aforado no âmbito da ADI n.º 4.048, a formação de vertente de pensamento que admite a possibilidade de que, a partir do ajuizamento da ação direta, sejam as leis que compõem o orçamento público submetidas ao juízo abstrato de constitucionalidade, o que acaba por proporcionar, nesse aspecto, uma abertura à participação do Poder Judiciário no processo de concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assenta-se o florescimento dessa nova feição interpretativa no entendimento de que a Constituição da República – ao determinar que as leis possam ser objeto do controle de constitucionalidade e ao dispor que certos atos, ainda que de efeitos concretos e limitados, devam ser veiculados por intermédio das referidas espécies normativas –, não realizou qualquer ressalva quanto aos últimos, excluindo-os da jurisdição constitucional abstrata exercida pelo Supremo Tribunal Federal, mormente por intermédio do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.

Nessa perspectiva, conforme clássico axioma hermenêutico, não seria dado ao intérprete, no momento de efetivar a leitura e de delimitar a extensão e o sentido do texto da Constituição, proceder a uma diferenciação em um aspecto em que não se verificou o estabelecimento de qualquer exceção por parte do constituinte, sob pena de se acarretar, em patente ofensa ao princípio da segurança jurídica – um dos pilares do Estado Democrático Constitucional de Direito –, a subtração de um sem número de atos editados sob a forma de lei da fiscalização abstrata da constitucionalidade.

Dentre tais atos, encontrar-se-iam as leis orçamentárias, as quais, restando excluídas do alcance do crivo da constitucionalidade abstrata, acabariam por restringir, de modo sensível, eventual contribuição do Poder Judiciário na atividade de efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ante a persistência de tal compreensão, estaria o órgão judicante obstado de realizar, em última instância, a verificação da idoneidade ou inidoneidade das políticas públicas destinadas à concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na medida em que lhe seria vedado examinar a suficiência ou insuficiência dos recursos orçamentários alocados para a consecução de tal fim constitucional.

O principal problema a ser apreciado neste estudo identifica-se com a indagação, sob as luzes do princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito, acerca da viabilidade de o Poder Judiciário, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, proceder, em abstrato, ao exame das leis orçamentárias, de sorte a se inserir no contexto de concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Afigura-se, ainda, como um desdobramento de tal problema o questionamento quanto aos parâmetros que deveriam ser observadas pelo Judiciário, uma vez admitido o controle em abstrato da constitucionalidade das leis que conferem substância ao orçamento público, no desiderato de participar da realização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Reside a justificativa desta pesquisa na necessidade de se examinar, em uma perspectiva consonante ao princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito, em que a Constituição, como norma fundamental do ordenamento jurídico, apresenta força normativa e efeito vinculativo dos Poderes Públicos, a questão conducente à efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a partir da aferição, em abstrato, da compatibilidade vertical das leis orçamentárias, por meio do ajuizamento da ação indireta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

A problemática relativa à fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis que compõem o orçamento público, sobretudo no que tange à sua admissibilidade – além de ter se revelado como objeto de decisão relativamente recente do Supremo Tribunal Federal, na apreciação de pedido de medida cautelar na ADI n.º 4.048, a qual pode representar a superação de jurisprudência consolidada de referida Corte –, mostra-se de significativa relevância, visto consistir em um dos mais relevantes meios de participação do Poder Judiciário no processo de concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ensejando o debate em torno, dentre outros, dos princípios da separação de poderes e da segurança jurídica.

Observa-se que a temática atinente à submissão da matéria orçamentária à análise jurisdicional, a qual é concebida, ordinariamente, como reservada à discricionariedade administrativa, ainda não se revela explorada pela doutrina com a profundidade desejada, mormente sob a ótica de sua imprescindibilidade para a realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Evidenciam tais aspectos, relativamente ao objeto deste trabalho, a existência de uma lacuna no conhecimento, cuja investigação se apresenta necessária.

Consiste o objetivo geral do presente estudo em compreender, ante o prisma do princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito, os aspectos que permeiam a efetivação judicial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado por meio da propositura, perante o Supremo Tribunal Federal, de ação direta de inconstitucionalidade, que tenha por escopo a verificação da congruência, em abstrato, das leis orçamentárias com as normas que promanam dos dispositivos da Constituição da República.

Afiguram-se, ainda, como objetivos específicos a feitura de breves considerações a respeito do princípio do Estado de Direito, na perspectiva de sua compreensão como Estado Constitucional Democrático de Direito; o delineamento de notas em torno do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos contornos que lhe foram conferidos pela Constituição da República de 1988, de modo a se ressaltar sua fundamentalidade formal e material, sua natureza jurídica, sua aplicabilidade direta e sua carga eficaz; o estudo acerca do orçamento público, nos moldes em que foi traçado pelo constituinte de 1988, enfatizando-se a discussão atinente à natureza jurídica das leis que o estruturam ao estabelecerem o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual; a exposição de alguns pontos concernentes ao controle abstrato de constitucionalidade, por intermédio da abordagem da ação direta, especialmente no que atina ao entendimento das leis orçamentárias como objeto daquela; e o debate quanto aos parâmetros a serem observados pelo Supremo Tribunal Federal, com o propósito de participar da concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao apreciar, no âmbito de uma ação direta de inconstitucionalidade, a compatibilidade vertical das leis orçamentárias.

As nuances concernentes à efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a partir da deflagração, perante o Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta, do controle abstrato da constitucionalidade das leis orçamentárias, serão consideradas sob a ótica do princípio do Estado de Direito, o qual, em sua caracterização hodierna, na perspectiva de José Joaquim Gomes Canotilho, se afigura como uma forma de organização da sociedade e de estruturação do poder político que necessita se conformar às normas estatuídas pela Constituição, convertendo-se, assim, em um Estado Constitucional Democrático de Direito.

Pretende-se, desde essa perspectiva, a qual constitui o paradigma teórico fundamental deste trabalho, atingir-se a compreensão em torno dos elementos que perpassam a concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado por intermédio do exame, no bojo de uma ação direta de inconstitucionalidade, da relação de compatibilidade, em abstrato, entre as leis que instituem o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o

orçamento anual, definindo o orçamento público, e as demais normas jurídicas positivadas na Constituição da República de 1988.

A vertente teórico-metodológica a ser empregada, para o aperfeiçoamento da análise do objeto de investigação desta pesquisa, consistirá na jurídico-dogmática, a qual opera com elementos internos ao ordenamento jurídico, desenvolvendo investigações com o propósito de compreender as relações normativas nos diversos campos do Direito e de avaliar as estruturas intrínsecas ao mesmo.

Justifica-se tal opção em razão do fato de o objeto de pesquisa exigir a interconexão conceitual de institutos e construções doutrinárias diversificadas, que demandam o exame de elementos de cunho jurídico, os quais permeiam tanto o marco teórico, quanto as próprias definições dos elementos tematizados.

O raciocínio desenvolvido nesta pesquisa, por seu turno, consistirá no dedutivo, o qual se cuida do processo lógico que se vale da dedução para alcançar uma conclusão acerca de determinadas premissas, laborando com a ideia de subordinação, em que uma especificidade se subordina a uma regularidade geral.

No que tange ao método de investigação, utilizar-se-á o compreensivo ou interpretativo, o qual se utiliza do procedimento analítico de decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis.

Radica a razão dessa escolha no fato de o objeto de pesquisa versar conceitos e noções complexas como as de Estado Constitucional Democrático de Direito, direitos fundamentais, meio ambiente, constitucionalidade-inconstitucionalidade, segurança jurídica, políticas públicas, orçamento público, separação de poderes, ação, jurisdição, e processo, dentre outros, os quais exigirão a sua decomposição em estruturas mais simples, impondo-se a efetivação de cotejos e o delineamento de interfaces entre uns e outros, a fim de que se alcance a compreensão pretendida.

A pesquisa terá ainda caráter prospectivo, uma vez que abordará, sob o enfoque do princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito, a problemática concernente à efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a partir da fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis que compõem o orçamento público, no âmbito de um processo de natureza objetiva, que se instaura em virtude da propositura da ação direta.

Por fim, por se cuidar de uma pesquisa qualitativa, utilizar-se-ão, como técnicas de pesquisa, a de documentação direta, valendo-se da consulta à diplomas normativos diversos e à decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, e a de documentação indireta, em que serão utilizadas fontes secundárias, representadas por meio do exame bibliográfico.

Oferecerão substrato para a aproximação ao objeto de pesquisa livros, artigos e monografias sobre o princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito, orçamento público, direitos fundamentais, meio ambiente, e controle de constitucionalidade, bem como variados diplomas normativos, tais como a Constituição Federal e leis ordinárias.

Para a consecução dos desideratos da presente pesquisa, realizar-se-á, no segundo capítulo, uma exposição bastante sintética acerca do princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito, salientando-se sua configuração como uma forma de estruturação do poder político e de organização da sociedade, que se revela em observância às diretivas traçadas pelas normas constitucionais.

Em seguida, no terceiro capítulo, far-se-á uma breve explanação em torno do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, enfatizando-se sua natureza jurídica, sua fundamentalidade formal e material, bem assim sua aplicabilidade direta e sua eficácia, nos termos do artigo 5º, § 1, da Constituição da República.

No quarto capítulo, será abordado o orçamento público, em consonância às linhas traçadas na Constituição ora vigente, discutindo-se sua natureza jurídica, mormente das leis que o consubstanciam, ao instituírem o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual.

Serão tratadas, no quinto capítulo, algumas generalidades a respeito do controle jurisdicional de constitucionalidade, especialmente no que tange à denominada ação direta de inconstitucionalidade genérica, de modo a se enfatizar a possibilidade de se compreender as leis orçamentárias como objeto da mesma.

Já, no sexto capítulo, serão debatidas balizas a serem respeitadas pelo Supremo Tribunal Federal, em sua atividade de concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao apreciar, no âmbito de uma ação direta de inconstitucionalidade, a compatibilidade vertical das leis orçamentárias.

Por derradeiro, a conclusão terá por escopo evidenciar a plena viabilidade de o Poder Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal, participar da concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por meio da submissão das leis orçamentárias à fiscalização abstrata da constitucionalidade, em sede de ação direta, desde que observados alguns parâmetros.

2 O PRINCÍPIO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 Considerações iniciais

Antes de se proceder à tentativa da construção de uma ideia que se afigure idônea a exprimir o sentido do princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito, impõe-se a efetivação de algumas considerações em torno da própria noção de Estado de Direito, o qual, segundo Luis Legaz y Lacambra, mencionado por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco¹, constitui:

(...) um dos maiores mistérios da ciência jurídico-política; é na esfera da ciência do Direito e do Estado, o que na Teologia é o mistério do Deus-Homem, o mistério do Criador da Natureza submetido à Natureza. Deus e Homem verdadeiro, diz o Credo; legislador e, não obstante, submetido à lei, afirma a teoria política.

Em face dessa dificuldade, a tarefa de firmar uma definição que permita enunciar o que se pode entender como Estado de Direito, deve apresentar como pressuposto necessário a feitura de esclarecimentos acerca dos conceitos de Direito e de Estado.

2.2 O conceito de Estado

Conforme José Afonso da Silva², o qual se fundamenta em definição cunhada por Balladore Pallieri, o Estado traduz-se como

(...) uma *ordenação* que tem por *fim* específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada *população* sobre um dado *território*, na qual a palavra *ordenação* expressa a idéia de poder soberano, institucionalizado. O Estado, como se nota, constitui-se de quatro elementos essenciais: um *poder soberano* de um *povo* situado num *território* com certas *finalidades*. E a *constituição*, como dissemos antes, é o conjunto de normas que organizam estes elementos constitutivos do Estado: *povo*, *território*, *poder* e *fins* (grifos no original).

Trata-se, portanto, o Estado de uma coletividade de pessoas que se organiza politicamente em um determinado espaço físico, para, de modo autônomo e independente, alcançar objetivos que a mesma estabeleceu.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 40.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 97-98.

2.3 O conceito de Direito

Apresentada uma noção a respeito de Estado, cumpre, com assento em lapidar ensinamento de Canotilho³, trazer à baila a ideia de *Direito*, o qual

(...) compreende-se como um *meio de ordenação* racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece *regras e medidas*, prescreve *formas e procedimentos* e cria *instituições*. Articulando medidas ou regras materiais com formas e procedimentos, o direito é, simultaneamente, *medida material e forma* da vida coletiva (K. Hesse). Forma e conteúdo pressupõem-se reciprocamente: como meio de ordenação racional, o direito é indissociável da realização da *justiça*, da efectivação de *valores* políticos, económicos, sociais e culturais; como *forma*, ele aponta para a necessidade de garantias jurídico-formais de modo a evitar acções e comportamentos arbitrários e irregulares de poderes públicos. As palavras plásticas de Jhering são aqui recordadas: “a forma é inimiga jurada do arbitrio e irmã gémea da liberdade”. Como medida e forma da vida colectiva, o *direito* compreende-se no sentido de uma *ordem jurídica global* que “ordena” a vida política (especificamente através do direito constitucional), regula relações jurídicas civis e comerciais (através do direito civil e comercial), disciplina o comportamento da administração (direito administrativo), sanciona actos ou comportamentos contrários ou “desviantes” da ordem jurídica, designadamente por lesões graves dos bens constitucionalmente protegidos (direito criminal), cria formas, procedimentos e processos para “canalisar, em termos jurídicos”, a solução dos conflitos de interesses públicos e privados (direito processual, direito procedimental) (grifos no original).

Outra visão digna de registro acerca do conceito de Direito, encontra-se consignada nos escritos de Mendes, Coelho e Branco⁴, os quais, com supedâneo na teoria do normativismo jurídico concreto de Miguel Reale, conceituam aquele como o conjunto de normas que, em uma dada sociedade e em certo momento histórico, em virtude da influência decisória do poder, organiza os fatos sociais em consonância à determinados valores, compreendendo-se tais normas “não como simples proposições lógicas, abstratas ou formais, mas como substratos que dialeticamente integram e superam, que *shintetizam*, portanto, as tensões entre fatos e valores, os quais, nelas e por elas, tornam-se fatos e valores especificamente *jurídicos*”.

2.4 O conceito de Estado de Direito

Restando expostas algumas concepções alusivas aos conceitos de Direito e de Estado, apresenta-se permitido, no que tange ao desiderato fundamental de se aclarar o

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 237-238.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 41.

significado do princípio do Estado Constitucional de Direito, a realização de um avanço, consistente na busca de definições que auxiliem na compreensão do sentido do termo “Estado de Direito”.

Intuitivamente, sobretudo por força da própria conjugação dos conceitos de Direito e de Estado, pode-se entender o Estado de Direito como aquele que tem os seus fundamentos, contornos, formas de atuação, e limites traçados e estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Não obstante tal perspectiva se afigure, em essência, correta, a mesma se revela insuficiente para exprimir a complexidade do fenômeno do Estado de Direito.

Acorde o raciocínio de Canotilho⁵, de modo a se atingir o exato entendimento do que vem a ser o Estado de Direito, que, em fórmula sintética e na mesma linha assinalada, pode ser percebido como “um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo *direito*”, necessário se revela compreender, antes, o que constitui o seu contrário, isto é, um “Estado de não direito”.

O “Estado de não direito”, consoante o jurista lusitano⁶, trata-se daquele “em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito”, caracterizando-se por três elementos básicos, ou seja: 1) é um Estado que edita leis arbitrárias, cruéis ou desumanas; 2) é um Estado em que o direito se confunde com a ‘razão do Estado’, a qual se apresenta imposta e iluminada por ‘chefes’; e 3) é um Estado que se assenta em “radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito”.

De sorte a clarificar ainda mais sua posição, prossegue o aludido doutrinador⁷ aduzindo, em conclusão, que não se afigura como um Estado de Direito:

(...) aquele (...) em que as leis valem apenas por serem leis do poder e têm à sua mão força para se fazerem obedecer. (...) aquele que identifica direito e força, fazendo crer que são direito mesmo as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais desumanas. (...) aquele em que o capricho dos déspotas, a vontade dos chefes, a ordem do partido e os interesses de classe se impõem com violência aos cidadãos. (...) aquele em que se negam a pessoas ou grupos de pessoas os direitos inalienáveis dos indivíduos e dos povos.

Uma vez evidenciado o que não se pode conceber como um Estado de Direito, impõe-se, nesse passo, a realização de esforços no sentido de se atingir uma desejada delimitação conceitual.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 11.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 11-12.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 13.

Para tanto, convém destacar, inicialmente e uma vez mais, a posição de Canotilho⁸, o qual enuncia, em termos mais genéricos, que “o princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a conseqüente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes”.

Salienta, ainda, o autor português⁹, que “ao ‘decidir-se’ por um estado de direito a constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a *medida do direito*”.

Importante se revela, também, a lição de Silva¹⁰, o qual – em referência às origens do Estado de Direito, que era entendido como uma construção marcadamente liberal, recebendo, assim, a denominação de *Estado Liberal de Direito* –, alinha as características básicas que o mesmo assumiu, a saber:

(a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a *lei* considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal.

A concepção liberal do Estado de Direito servira de apoio aos direitos do homem, convertendo os súditos em cidadãos livres, consoante nota Verdú, a qual, contudo, se tornara insuficiente, pelo que a expressão *Estado de Direito* evoluíra, enriquecendo-se com conteúdo novo (grifos no original).

Digna de relevo se mostra, outrossim, a manifestação de Mendes, Coelho e Branco¹¹, que, com fundamento em Ernst Wolfgang Böckenförde, afirmam que, no seio da teoria do Estado do liberalismo alemão, a expressão Estado de Direito representava uma construção linguística que traduzia “o *Estado da razão*; o *Estado do entendimento*; ou, mais detalhadamente, o *Estado em que se governa segundo a vontade geral racional e somente se busca o que é melhor para todos*”. (grifos no original)

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 9.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 237.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112-13.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 41-42.

Concorde os constitucionalistas pátrios¹², na conceituação da antiga doutrina alemã acerca do Estado de Direito, novamente com força em Böckenförde, verificavam-se os traços essenciais a seguir:

a) está afastada, desde logo, qualquer idéia ou objetivo transpessoal do Estado, que não é criação de Deus, nem tampouco uma ordem divina, mas apenas uma comunidade (*res publica*) a serviço do interesse comum de todos os indivíduos. As inclinações supra-sensíveis dos homens, a ética e a religião, sob essa ótica, estão fora do âmbito de competências do Estado de Direito.

b) os objetivos e as tarefas do Estado limitam-se a garantir a liberdade e a segurança das pessoas e da propriedade, possibilitando o autodesenvolvimento dos indivíduos;

c) a organização do Estado e a regulação de suas atividades obedecem a princípios racionais, do que decorre, em primeiro lugar, o reconhecimento dos direitos básicos da cidadania, tais como a liberdade civil, a igualdade jurídica, a garantia da propriedade, a independência dos juízes, um governo responsável, o domínio da lei, a existência de representação popular e a sua participação no Poder Legislativo.

Em sentido semelhante, mas como reflexo da evolução conceitual, afirma Canotilho¹³, que o Estado de Direito se apresenta sob a forma de estado de distância, nos dizeres de Kloepfer, visto que garante os indivíduos perante o Estado e as demais pessoas, de modo a lhes assegurar, por meio de ações positivas, um espaço intangível de autonomia, marcado pela diferença e individualidade, que deve proporcionar, também, o desenvolvimento da personalidade, intervindo nos domínios social, econômico e cultural.

Complementa o referido autor¹⁴ que imanente ao conceito de Estado de Direito se encontra, ainda, a ideia de justiça, que se apresenta vinculada ao valor da igualdade, podendo esse “estado de direito justo” ou “estado de justiça” se configurar como aquele em que, segundo Ronald Dworkin, são observados e protegidos os direitos, inclusive os das minorias; como aquele em que, de acordo com John Rawls, se verifica “equidade na distribuição de direitos e deveres fundamentais e na determinação de benefícios da cooperação em sociedade”; ou aquele em que há, conforme Karl Marx, equilíbrio na distribuição de bens e equivalência de oportunidades.

Do exame das noções apresentadas em torno do Estado de Direito, observa-se que subjacente a esse se encontra a ideia central de um Estado que se submete ao ordenamento jurídico, em especial à Constituição, a fim de se atingir, a um só tempo, a redução do exercício arbitrário do poder e a salvaguarda de direitos daqueles que integram a sociedade.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 42.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 238.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 239.

2.5 Natureza jurídica do Estado de Direito

O Estado de Direito afigura-se como uma norma jurídica, que se encontra, de forma expressa ou tácita, consagrada nos textos constitucionais de diversas nações, caracterizando-se, fundamentalmente, nos dizeres de Canotilho¹⁵, como um “princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal (a doutrina alemã refere-se a *material-verfahrenmässiges Formprinzip*), que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do estado”.

2.6 Manifestações do Estado de Direito

Consoante o asseverado por Canotilho¹⁶, a concepção de um Estado “domesticado pelo direito” consolidou-se, gradativamente, no Ocidente, iniciando-se nos diversos países da Europa, de acordo com as circunstâncias e condições concretas havidas nesses, para, em seguida, migrar para o continente norte-americano.

Assim, segundo leciona o constitucionalista lusitano¹⁷, sob a inspiração do liberalismo, houve, na Inglaterra, o florescimento da ideia de *rule of law* (regra do direito ou império do direito); na França, o nascimento da exigência do *État legal* (Estado de legalidade); na Alemanha a construção do princípio do *Rechtsstaat* (Estado de Direito), ou seja, um Estado subordinado ao Direito; e, nos Estados Unidos da América do Norte, a criação do Estado constitucional, isto é, um Estado submetido à Constituição.

O *rule of law* britânico, leciona Canotilho¹⁸, contempla, em essência, quatro aspectos estruturais:

Em primeiro lugar, significa a obrigatoriedade da adopção de um *processo justo* legalmente regulado quando se torna necessário julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade ou propriedade. Em segundo lugar, a regra do direito impõe a prevalência das leis e costumes do país perante a discricionariedade do poder real. A sujeição de todos os actos do poder executivo à soberania dos representantes do povo (parlamento) recorta-se como a terceira ideia da regra do direito. Finalmente, a regra do direito significa direito e igualdade de acesso aos tribunais por parte de qualquer indivíduo a fim de aí defender os seus direitos segundo os princípios do direito comum e qualquer entidade (pública ou privada) (grifos no original).

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 237.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 24.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 24.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 24-25.

Os Estados Unidos, por seu turno, ao desenvolver o modelo do Estado Constitucional, agregou mais alguns elementos ao conjunto de regras que emanam do conceito de *rule of law*, o qual, desde o seu nascedouro, passou a veicular dimensões básicas do Estado de Direito¹⁹.

De acordo com o autor português²⁰, o paradigma do Estado Constitucional norte-americano se notabiliza, desde logo, pelo “*poder constituinte do povo*” – o qual se traduz como “o direito de o povo fazer uma *lei superior* (constituição) da qual constem os esquemas essenciais do governo e respectivos limites” –, bem como pela assunção de um papel de centralidade, na estrutura organizativa estatal, “dos direitos e liberdades dos cidadãos gerados histórica e juridicamente na república”.

Sob o prisma desse modelo de Estado Constitucional, além da exigência de um governo disciplinado pela Constituição e limitado pelos direitos e liberdades, compreende-se, também, acorde notícia Canotilho²¹, que o poder necessita de uma justificação, de uma legitimação, não se afigurando suficiente a simples proclamação de que o governo era representativo, na medida em que se impõe a clarificação das “*razões do governo*”, isto é, das “*razões públicas* demonstrativas do *consentimento* do povo em ser governado sob determinadas condições”.

Nesse sentido, “o ‘governo que se aceita’ ou ‘está justificado’ será apenas o *governo subordinado a leis* transportadoras de princípios e regras do direito, de natureza duradoura e vinculativa, explicitados na constituição”²².

Ademais, no Estado Constitucional norte-americano, segundo a lição do precitado doutrinador²³, os tribunais exercem a justiça em nome do povo, o que importa na consideração dos magistrados como “agentes do povo nos quais este deposita a confiança de preservação dos princípios de justiça radicados na consciência jurídica geral e consagrados na lei constitucional superior”.

Por contarem com esta confiança da população, os magistrados, havendo necessidade, exercem o seu “*direito de acesso à constituição*”, sendo-lhes permitido desaplicar e considerar “nulas as más leis editadas pelos órgãos de governo da nação (fiscalização judicial de constitucionalidade das leis)”²⁴.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 25.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 25.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 25.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 25.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 25-26.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 26.

Já a França revolucionária, ao conceber o *État legal*, consoante o ensinamento de Canotilho²⁵, legou um aspecto decisivo para a compreensão do Estado de Direito:

Não há Estado de direito onde não houver uma constituição feita pela nação (entenda-se: pelos representantes da nação). E uma sociedade cuja lei constitucional superior não contenha uma *declaração ou catálogo de direitos* e uma organização do poder político segundo o *princípio da divisão de poderes* não tem verdadeiramente constituição. Doravante, as ideias de direitos fundamentais consagrados na constituição e de divisão de poderes assumem-se como núcleo essencial de qualquer Estado constitucional (grifos no original).

No que tange à construção alemã do *Rechtsstaat* (Estado de Direito), esta, além de considerar alguns fundamentos já contemplados na Inglaterra, nos Estados Unidos da América do Norte e na França, acrescentou, acorde o precitado jurista²⁶, outros elementos à ideia de um “Estado domesticado pelo direito”, o qual deve se apresentar como “um Estado juridicamente vinculado em nome da *autonomia individual*, ou se se preferir, em nome da autodeterminação da pessoa”.

Em arremate, assevera Canotilho²⁷ que, nos termos da perspectiva germânica,

o Estado de direito, para o ser verdadeiramente, tem de assumir-se como um *Estado liberal de direito*. Contra esta ideia de um Estado de polícia que tudo regula a ponto de assumir como tarefa própria a felicidade dos súditos, o Estado de direito perfila-se como um Estado de limites, restringindo a sua acção à defesa da ordem e segurança públicas. Por sua vez, os direitos fundamentais liberais – a liberdade e a propriedade – decorriam do respeito de uma *esfera de liberdade individual* e não de uma declaração de limites fixada pela vontade política da nação. Compreende-se, assim, que qualquer intervenção autoritária sobre os dois direitos básicos – liberdade e propriedade – estivesse submetida à existência de uma lei do parlamento (grifos no original).

Outra importante manifestação do Estado de Direito – a qual surge a partir da constatação sociohistórica da insuficiência das elaborações anteriores para a efetivação e proteção dos direitos e liberdades de todos os indivíduos –, consiste no denominado Estado Social de Direito, em que, nos dizeres de Mendes, Coelho e Branco²⁸, “a expressão *social* sinaliza para o propósito de corrigir/superar o individualismo clássico de caráter liberal pela afirmação dos *direitos sociais*, com a conseqüente realização da justiça social”.

Configurando-se, a um só tempo, como o resultado de uma síntese e de uma evolução das construções do *rule of law* britânico, do *État legal* francês, do *Rechtsstaat*

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 26.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 26.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 26-27.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 47.

alemão, do Estado constitucional estadunidense e do Estado Social de Direito, emerge, ainda, a concepção do Estado Democrático de Direito, o qual, nas palavras de Canotilho²⁹, se converte em “uma ordem de domínio legitimada pelo povo”, centrada em duas ideias básicas, a saber, “o Estado legitimado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo”.

Nessa vereda, conforme o assinalado por Silva³⁰, o Estado Democrático de Direito se apresenta como aquela forma de organização da comunidade e do poder político que

(...) tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir.

Asseveram Mendes, Coelho e Branco³¹ que o Estado Democrático de Direito pode ser compreendido como

(...) a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o poder e o indivíduo, considera-se *democrático* aquele Estado de Direito que se empenha em aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos (grifos no original).

Pertinente, por fim, trazer a lume a compreensão de Pablo Lucas Verdú, citado pelos referidos autores³², o qual, ressaltando que, em qualquer de seus tipos históricos, o Estado de Direito sempre representou uma vitória, manifesta-se nos seguintes termos:

O Estado de Direito, em qualquer das suas espécies: Estado liberal de Direito, Estado social de Direito, Estado democrático de Direito, é uma conquista. Quero dizer que cada um deles se estabeleceu, ou tentou estabelecer-se, lutando contra estruturas de poder contrárias, a saber: Estado liberal de Direito, frente ao Antigo Regime; Estado social de direito contra o individualismo e o abstencionismo do Estado liberal; Estado democrático de direito que luta com as estruturas sócio-políticas do anterior: resquícios individualistas, neocapitalismo opressor, sistema estabelecido privilegiado.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 28 e 32.

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 120.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149.

³² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 44.

2.7 O Estado Constitucional Democrático de Direito

Discorrendo sobre a caracterização hodierna do Estado de Direito como uma forma de organização da sociedade e de estruturação do poder político que necessita se conformar às normas estatuídas pela Constituição, Canotilho³³ assevera que:

O estado de direito é um **estado constitucional**. Pressupõe a existência de uma constituição que sirva – valendo e vigorando – de *ordem normativo-jurídica fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – supremacia da constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o “primado do direito” do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão (grifos no original).

A concepção do Estado de Direito como um estado constitucional apresentou-se como decorrência da reunião de certas condições sociais e históricas, as quais são noticiadas por Reinhold Zippelius³⁴, nos seguintes termos:

A formação de um poder de Estado soberano, ou seja, a consolidação do poder político no Estado, serviu, sem dúvida, para a criação de constelações políticas ordenadas e para a garantia da paz jurídica. No entanto, o poder que era suficientemente forte para proteger o cidadão e para garantir o direito, também era suficientemente forte para oprimir o cidadão e dispor arbitrariamente do direito (...). As instituições do moderno Estado constitucional e de Direito nasceram, em grande parte, como resposta ao desafio de um absolutismo absoluto. Neste sentido, a história da liberdade do cidadão é uma história da restrição e do controlo do poder do Estado. Na Inglaterra, as pretensões absolutistas do rei encontraram a resistência enérgica do parlamento que viu ameaçados os seus antigos direitos tradicionais e as liberdades inalienáveis dos cidadãos. Destes confrontos, e mais tarde na sequência do movimento pela independência da América do Norte e da Revolução Francesa, nasceram instituições para assegurar estes direitos e liberdades. Neste processo histórico surgiu o Estado constitucional e de Direito. Este procura um compromisso entre a necessidade de um poder do Estado homogéneo e suficientemente forte para garantir a paz jurídica e a necessidade de prevenir um abuso do poder estatal e de estabelecer limites a uma expansão totalitária do poder do Estado, assegurando na maior medida possível as liberdades individuais. Esta necessidade não se verifica exclusivamente em relação a um monarca absolutista, mas também, na mesma medida, face ao absolutismo maioritário de uma democracia. Também um domínio da maioria que não esteja limitado pelos direitos de liberdade pode converter-se em tirania.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 239.

³⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 384.

Observa-se que esse Estado Constitucional e de Direito a que alude Zippelius – por força do processo evolutivo que se iniciou com o advento do Estado Liberal de Direito, passando pelo Estado Social de Direito, para, por fim, culminar com o Estado Democrático de Direito –, acabou por se conformar, no contexto contemporâneo, como um Estado Constitucional Democrático de Direito, em que, segundo Canotilho³⁵:

A “decisão” plasmada na constituição de se estruturar um esquema fundador e organizatório da comunidade política segundo os cânones do Estado de direito democrático significa, pelo menos, a *rejeição* de tipos de Estado estruturalmente totalitários, autoritários e autocráticos (grifos no original).

Ressalta o aludido doutrinador³⁶ que a configuração de um dado país como um Estado Constitucional Democrático de Direito – em que a Constituição se revela como ordem normativo-jurídica fundamental, que vincula o agir de todos os poderes públicos, revestindo-se de supremacia (princípios da constitucionalidade e da supremacia da Constituição) –, importa na consagração de mais outros quatro elementos constitutivos, os quais se identificam com a vinculação do legislador à Constituição, com a vinculação de todos os atos do Estado à Constituição, com o princípio da reserva da Constituição e com o princípio da força normativa da Constituição.

A vinculação do legislador, nas palavras do constitucionalista português³⁷, “sugere a indispensabilidade de as leis serem feitas pelo *órgão*, terem a *forma* e seguirem o *procedimento* constitucionalmente fixado para se considerarem, sob o ponto de vista *orgânico formal* e *procedimental*, conformes o princípio da constitucionalidade”. (grifos no original)

Em virtude do postulado da vinculação do legislador, a Constituição se apresenta como um “*parâmetro material intrínseco*” dos atos legislativos, o que significa que somente serão válidas as leis que se revelem materialmente congruentes com aquela³⁸. (grifos no original)

Acrescenta, ainda, Canotilho³⁹, que a “*proeminência ou supremacia da constituição manifesta-se, em terceiro lugar, na proibição de leis de alteração constitucional*”, excetuadas

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 35.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 239-242.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 240.

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 240.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 240.

as leis de revisão que venham a ser elaboradas nos termos previstos na própria Constituição. (grifos no original)

No que concerne à vinculação de todos os atos do Estado a Constituição, esclarece o referido jurista⁴⁰ que:

O **princípio da conformidade dos actos do estado com a constituição** é mais amplo que o *princípio da constitucionalidade das leis*. Ele exige desde logo a conformidade intrínseca e formal de todos os actos dos poderes públicos (em sentido amplo: estado, poderes autónomos, entidades públicas) com a constituição (...). Mesmo os actos não normativos directamente densificadores de momentos políticos da constituição – actos políticos – devem sujeitar-se aos parâmetros constitucionais e ao controlo (político ou jurídico) de conformidade (...). O princípio da constitucionalidade não é apenas uma exigência de actos que não violem positivamente a constituição; também a *omissão* inconstitucional, por falta de um cumprimento de um dever de legislar contido em normas constitucionais, constitui uma violação ao princípio da constitucionalidade (...). Como corolário lógico do princípio da constitucionalidade e do princípio da legalidade deve registar-se o *dever da administração revogar os actos ilegais* que eventualmente tenha praticado (grifos no original).

Já o princípio da reserva da Constituição, o qual significa, segundo Canotilho⁴¹, que algumas questões alusivas ao “estatuto jurídico do político não devem ser reguladas por leis ordinárias mas sim pela constituição”, acaba por se articular com o postulado da liberdade de conformação do legislador, que redundará na concessão de um espaço de atuação ao mesmo e na ideia de que o diploma constitucional não desejou “remeter para o órgão legiferante tarefas de mera execução das leis”.

Nos termos da lição de tal autor⁴², a reserva da Constituição se concretiza, especialmente, por meio do princípio da tipicidade constitucional de competências – o qual acarreta a necessidade de que todas as funções e competências dos órgãos constitucionais tenham fundamento na Constituição e se reconduzam às normas desta que as instituíram, ou seja, os “*órgãos constitucionais só têm competência para fazer aquilo que a constituição lhes permite*” –, e do princípio da constitucionalidade de restrições a direitos, liberdades e garantias, que exige que as limitações a estes sejam feitas diretamente pela Constituição ou por força de lei, “mediante autorização constitucional expressa e nos casos previstos pela constituição”. (grifos no original)

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 240.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 241.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 241.

A força normativa da Constituição, por seu turno, pretende, conforme o acentuado por Canotilho⁴³, elidir a dissolução jurídico política resultante:

(1) da pretensão de prevalência de “fundamentos políticos”, de “superiores interesses da nação”, da “soberania da nação” sobre a normatividade jurídico-constitucional; (2) da pretensão de, através do apelo ao “direito” ou à “ideia de direito”, querer desviar a constituição da sua função normativa e substituir-lhe uma *superlegalidade* ou *legalidade de duplo grau* ancorada em “valores” ou princípios transcendentais (Preuss). (grifos no original)

Cumprindo invocar, uma vez mais, os dizeres do referido jurista⁴⁴, o qual, lembrando o caráter evolutivo do Estado de Direito, adverte que:

O Estado constitucional democrático de direito é um ponto de partida e nunca um ponto de chegada. Como ponto de partida, constitui uma *tecnologia jurídico-política razoável* para estruturar uma ordem de segurança e paz jurídicas. Mas os esquemas políticos-organizacionais, ou seja, *as formas de organização política*, não chegaram ao “fim da história”. (grifos no original)

Discorrendo a respeito do Estado Democrático de Direito, Silva⁴⁵ alinha os princípios e a tarefa que, na ordem jurídico-constitucional brasileira inaugurada a partir de 05 de outubro de 1988, afiguram-se decorrentes da estruturação da República Federativa do Brasil segundo tal modo de organização da comunidade e do poder político, os quais se encontram a seguir arrolados:

- (a) *princípio da constitucionalidade*, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que dotada de supremacia, vincule todos os poderes e dos atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional;
- (b) *princípio democrático*, que nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º);
- (c) *sistema de direitos fundamentais*, que compreende os individuais, coletivos, sociais e culturais (títulos II, VII e VIII);
- (d) *princípio da justiça social*, referido no art. 170, *caput*, e no art. 193, como princípio da ordem econômica e da ordem social; como dissemos, a Constituição não prometeu a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa, como o fez a Constituição portuguesa, mas com certeza ela se abre, também, timidamente, para a realização da democracia social e cultural, sem avançar significativamente rumo à democracia econômica;
- (e) *princípio da igualdade* (art. 5º, *caput*, e I);

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 242.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 34.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 122.

(f) *princípio da divisão de poderes* (art. 2º) e da *independência do juiz* (art. 95);
(g) *princípio da legalidade* (art. 5º, II);
(h) *princípio da segurança jurídica* (art. 5º, XXXVI a LXXIII).

A tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social. (grifos no original)

2.8 O Estado Constitucional Democrático de Direito e o Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

Verifica-se, na esteira das considerações ora tecidas, que a definição da República brasileira como um estado constitucional democrático de direito estabelece as condições de possibilidade da efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual, em virtude de sua jusfundamentalidade em sentido formal e material, ostenta caráter vinculativo de todos os poderes, acabando por nortear as ações do Executivo, do Legislativo e do Judiciário.

Relativamente ao Executivo e ao Legislativo, a incumbência de realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – que se afigura diretamente derivada do princípio magno do Estado Constitucional Democrático de Direito –, se aperfeiçoa, sobretudo, por intermédio do orçamento, especialmente pela previsão de receitas que se destinem à consecução de políticas públicas que viabilizem seu exercício.

Ao Judiciário, por seu turno, reserva-se uma tarefa tão relevante quanto aquela cometida aos demais poderes – também emanada do princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito –, consistente no livre desenvolvimento da fiscalização abstrata da constitucionalidade no que tange às leis que estabelecem o orçamento, de modo a averiguar a idoneidade ou inidoneidade das receitas alocadas para o implemento das políticas públicas voltadas à efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em face das interações que se formam entre o princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, notadamente sob a perspectiva da participação do Judiciário em sua concretização, serão delineadas no capítulo a seguir algumas observações em torno do referido direito.

3 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

3.1 Estrutura normativa

O direito ao meio ambiente⁴⁶ ecologicamente equilibrado encontra-se positivado no artigo 225, da Carta da República de 1988, a qual se apresentou, na história jurídico-constitucional brasileira, como a primeira Constituição a se preocupar, de modo mais detido e minudente, com a tutela do bem jurídico ambiental, erigindo-o à condição de autêntico direito fundamental.

Assim preceitua o aludido dispositivo constitucional:

Art. 225. 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.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

⁴⁶ Pressuposto para o estudo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado revela-se a compreensão do conceito de meio ambiente. Embora a discussão em torno do conceito de meio ambiente se apresente acerba, para as finalidades deste trabalho, adotar-se-á a concepção de Beatriz Souza Costa (COSTA, Beatriz Souza. *Meio Ambiente como Direito à Vida: Brasil, Portugal, Espanha*. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010, p. 57), a qual assevera que: “*Meio ambiente é o conjunto de elementos naturais e artificiais partilhados com seres humanos e não humanos, necessários ao desenvolvimento e sobrevivência dessas espécies de forma harmônica e solidária* (grifos no original).

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Observa-se, em face da estrutura normativa do artigo 225 da Lei Fundamental, que o constituinte originário, de sorte a garantir a concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, delineado como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impôs aos Poderes Executivo e Legislativo vários deveres, consistentes na concepção e no desenvolvimento de políticas públicas⁴⁷, conforme se infere do disposto nos incisos I, II, V e VI, do § 1º, e na elaboração de leis e atos normativos, a teor do estabelecido, expressamente, nos incisos III, IV e VII, do precitado § 1º, e nos §§ 2º, 3º, 4º e 6º.

Verifica-se, ademais, que o artigo 225 encerra em seu texto tanto normas que se caracterizam como princípios – que, nos termos do ensinamento de Robert Alexy⁴⁸, podem

⁴⁷ Esclarece Ana Paula de Barcellos (BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 101) que: ‘A expressão *políticas públicas* pode designar, de forma geral, a “*coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e provadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*”. Nesse sentido, trata-se de conceito bastante abrangente que envolve 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. Com efeito, a combinação de um conjunto normativo adequado, uma regulação eficiente, uma política de fomento bem estruturada e ações concretas do Poder Público poderá conduzir os esforços públicos e as iniciativas privadas para o atingimento dos fins considerados valiosos para a Constituição e pela sociedade. (grifos no original)

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86-87, o qual, ao abordar a diferença entre regras e princípios, se manifesta nos seguintes termos: El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas e reales existentes. Por lo tanto los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios e reglas opuestos. En cambio, las *reglas* son normas sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* em el ámbito de lo fáctica e jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas e principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio. (grifos no original) Explicando a diferenciação proposta por Alexy entre regras e princípios, Emílio Peluso Neder Meyer (MEYER, Emílio Peluso Neder. *A Decisão no Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 369-370) esclarece que: “O que importa, em verdade, é o critério da distinção. Um primeiro e mais antigo critério é o da *generalidade*. Os princípios são normas de um grau de generalidade alto. Tal teoria foi defendida por Del Vecchio e Bobbio. É certo que os princípios possuem um grau de generalização maior; mas esta não é a causa da distinção, não diferenciando em essência as categorias. Os princípios não se formam num processo de generalização; Galuppo exemplifica tal fato com uma pergunta acerca do que o princípio federativo generalizaria. Essa é a *tese fraca da separação*. A *tese forte* é a que afirma a diferença não no grau, mas do tipo qualitativo. Segundo Alexy, Dworkin emprega dois argumentos quando forma sua distinção (ou seja, Alexy vê em Dworkin uma distinção morfológica entre regras e princípio e não uma distinção que se fará em cada caso

ser compreendidos como mandados de otimização –, quanto normas que se apresentam como regras – as quais, consoante o jurista germânico, podem ser ou não cumpridas, devendo haver, caso sejam válidas, a realização exata daquilo determinam.

Nesse sentido, exemplificam-se como princípios contemplados no artigo 225 o da equidade intergeracional – que se encontra expressamente previsto em seu *caput*, ao prever o dever de se proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações –, bem como o da precaução, que se apresenta tacitamente positivado em seu § 1º, incisos IV e V, os quais estabelecem, respectivamente, a necessidade de estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, e a necessidade de se controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente⁴⁹.

Relativamente às regras, podem ser indicadas como exemplos as disposições do inciso I do § 1º, do artigo 225, que prescreve ao Poder Público o dever de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, de seu § 5º, que determina serem indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais, assim como de seu § 6º, o qual impõe que usinas nucleares terão sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

3.2 Natureza jurídica

Nos contornos que lhe foram conferidos pelo constituinte de 1988, o bem jurídico ambiental, que se revela como objeto do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, se afigura como bem de uso comum do povo.

concreto, é dizer, que é operacional). Em primeiro lugar, as regras são aplicadas na forma do tudo ou nada (*all-or-nothing-fashion*); ou a regra é válida e se aceita suas conseqüências jurídicas, ou não, e então ela não conta para a decisão. Já os princípios, ainda que suas formulações sejam aplicáveis ao caso, não determinam necessariamente a decisão, apenas proporcionam razões que contam favor de uma ou outra decisão. Em segundo lugar, nas colisões entre princípios, demonstra-se que estes têm uma *dimensão de peso*. O princípio de maior peso terá um valor decisório, sem que se invalide o de menor peso. No conflito de regras, ao menos uma será sempre válida. Alexy opõe uma dúvida ao argumento do tudo ou nada caso se tenha em conta que na ocasião da decisão de um caso pode ser introduzida em uma regra uma exceção até então desconhecida. Mas o critério de distinção ela colisão é, para Alexy, adequado”. (grifos no original)

⁴⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e meio ambiente na perspectiva do Direito Constitucional Comparado*. In Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 69.

Conforme os termos do artigo 99 do Código Civil de 2002, os bens de uso comum do povo apresentam-se como uma espécie do gênero bens públicos, sendo exemplificados, no próprio dispositivo legal, como os mares, rios, estradas, ruas e praças.

Não estabelece o Código Civil o conceito de bens de uso comum do povo, podendo esses ser compreendidos, acorde a lição de Caio Mário da Silva Pereira⁵⁰ como aqueles que,

(...) pertencentes embora a uma pessoa jurídica de direito público, estão franqueados a todos, como os mares, rios, estradas, ruas, praças. Estes bens são por natureza *inalienáveis* e *imprescritíveis*, e, via de regra, sua utilização é permitida ao povo, sem restrições e sem ônus.

(...) No direito atual, o que é franqueado é seu *uso*, e não o seu domínio, sendo eles, portanto, objeto de uma relação jurídica especial, na qual o proprietário é a entidade de direito público (União, Estado e Município) e usuário todo o povo, o que aconselha cogitar ao direito sobre eles, tendo em vista este sentido peculiar de direito público de propriedade que os informa, no qual faltam elementos essenciais ao direito privado de propriedade, e se apresentam outros em caráter excepcional. Assim é que a propriedade é um direito exclusivo, no sentido de que o *dominus* tem o direito de impedir que qualquer pessoa, que não ele, se utilize da coisa, ao passo que, nos *bens de uso comum do povo*, o uso por toda a gente não só se concilia com o domínio público da coisa, como constitui mesmo o fator de sua caracterização. (grifos no original)

Malgrado dispor o artigo 225 que o meio ambiente se trata de bem de uso comum do povo, inserindo-se, assim, na categoria dos bens públicos – que, a teor do disposto no artigo 98 do Código Civil, contemplam “bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno” –, esse enunciado normativo não deve ser compreendido de forma peremptória.

Tal decorre do fato de o próprio artigo 225 estabelecer que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que significa a impossibilidade de sua titularidade ser reduzida à figura do Estado, representado pelas pessoas jurídicas de direito público interno.

Em virtude de tal contexto, Celso Antônio Pacheco Fiorillo⁵¹ sustenta a tese de que o bem jurídico ambiental se revela, em verdade, como bem difuso, incluindo-se em uma terceira categoria de bens, a qual se aparta da tradicional dicotomia classificatória de bem público e de bem particular.

Nos dizeres de mencionado doutrinador⁵²:

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 21. ed., vol. I, 2006, p. 443.

⁵¹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12. ed., rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 175.

⁵² FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12. ed., rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 176.

Daí podermos reiterar nossa visão no sentido de que o art. 225 da Constituição, ao estabelecer a existência jurídica de um bem que se estrutura como de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, configura uma nova realidade jurídica, disciplinando bem que não é público nem, muito menos, particular. O art. 225 estabelece, por via de consequência, a existência de uma norma constitucional vinculada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como reafirma que *todos*, e não somente as pessoas naturais, as pessoas jurídicas de direito privado ou mesmo as pessoas jurídicas de direito público interno, *são* titulares desse direito, não se reportando, por conseguinte, a uma pessoa individualmente concebida, mas sim a uma coletividade de pessoas indefinidas, no sentido de destacar uma posição para além da visão individual, demarcando critério nitidamente transindividual, em que não se pretende determinar, de forma rigorosa, seus titulares. O povo, portanto, é quem exerce a titularidade do bem ambiental dentro de um critério, adaptado à visão da existência de um “bem que não está na disponibilidade particular de ninguém, nem de pessoa privada nem de pessoa pública”. O bem ambiental criado pela Constituição Federal de 1988 é, pois, um bem de *uso comum*, a saber, um bem que pode ser desfrutado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais. Além disso, para que o bem tenha estrutura de ambiental, deve ser, além de *uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida* (grifos no original).

Adotando linha próxima, Sébastien Kiwonghi Bizawu e Fernanda Carneiro⁵³ aduzem que:

(...) a Constituição de 1988 reservou um capítulo próprio para o meio ambiente em que esculpe e se atribui ao Poder Público e a coletividade o dever de proteção ambiental.
Dessa forma, forçoso é reconhecer que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem comum, um patrimônio comum da sociedade que ser merece ser protegido a fim de evitar uma crise ecológica suscetível de afetar o próprio direito à vida, como um dos princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). “Toda a pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Compreende-se, nessa perspectiva, se apresentar o bem jurídico ambiental, de fato, como um bem difuso, não ostentando condições – em virtude de sua titularidade subjetivamente indeterminada, que transcende até mesmo o conceito de povo, uma vez se referir a todos –, de se integrar à categoria dos bens de uso comum, que, como espécie do gênero bem público, encontra sua dominialidade no universo restrito das pessoas jurídicas de direito público interno.

3.3 Fundamentalidade

Convém, inicialmente, salientar que, não obstante o fato de o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não se encontrar situado no Título II da Constituição da

⁵³ BIZAWU, Sébastien Kiwonghi. CARNEIRO, Fernanda. *Cidadania e Educação Ambiental: Diálogo Necessário para a Efetivação dos Direitos Fundamentais do Homem*. In *Temas de Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010, p. 102.

República de 1988, o qual consagra os direitos e garantias individuais, apresentando-se, ao revés, positivado no Título VIII, que se dedica à ordem social, o aspecto topográfico não ostenta o condão de descaracterizá-lo como autêntico direito fundamental.

Embora não conste do catálogo de direitos fundamentais delineado no Título II, por força da cláusula de abertura prevista no artigo 5º, § 2º, a qual enuncia 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”, a fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado resta cristalina, não podendo a simples localização do artigo 225 no texto da Carta Magna retirar-lhe tal predicado.

Outrossim, afigura-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – em virtude das características ressaltadas na própria dicção do artigo 225 da Constituição da República, isto é, a dominialidade coletiva e a essencialidade para a manutenção da existência humana –, diretamente relacionado ao direito à vida⁵⁴, previsto no *caput* do artigo 5º, e ao princípio matriz da dignidade da pessoa humana, estatuído no inciso III, do artigo 1º, o que revela encontrar-se o mesmo revestido, inequivocamente, da nota da jusfundamentalidade, tanto em sentido formal, quanto em sentido material.

Verifica-se, nesse sentido, o entendimento de Orci Paulino Bretanha Teixeira⁵⁵, o qual sustenta que

O direito ao meio ambiente equilibrado no Brasil, a exemplo de outros países, é apresentado e estruturado como direito fundamental por ser essencial à sadia qualidade de vida; e tem como meta, entre outras, a defesa dos recursos ambientais de uso comum, ou seja, o patrimônio da humanidade, necessários para uma vida digna. Este direito é portador de uma mensagem de interação entre o ser humano e a natureza para que se estabeleça um pacto de harmonia e de equilíbrio. Ou seja, um novo pacto: homem e natureza. Fixada a sua importância, passa a ser reconhecido como direito fundamental, embora não conste como tal do catálogo destes direitos.

Ressaltando a inclusão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no rol de direitos fundamentais, prossegue o referido autor⁵⁶, aduzindo que:

⁵⁴ Nesse diapasão, se posiciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho (FEREIRA FILHO, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. V. 2, p. 276.), que, ao comentar o artigo 225 da Constituição brasileira assim se posiciona: “Direito ao meio ambiente. Este é um direito de solidariedade – a terceira ‘geração’ dos direitos fundamentais (a primeira, as liberdades; a segunda, os direitos sociais). Na verdade, pode se retrair, com facilidade, a sua genealogia. Provém do direito à vida (primeira geração), por intermédio do direito à saúde (segunda geração)”.

⁵⁵ TEIXEIRA, Orci Paulino Teixeira. *O Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Direito Fundamental*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006, p. 67.

⁵⁶ TEIXEIRA, Orci Paulino Teixeira. *O Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Direito Fundamental*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006, p. 85.

Em nosso sistema, o direito ao meio ambiente integra o rol dos direitos reconhecidos na Constituição e assume um caráter de direito formal e materialmente fundamental, pois está ancorado no texto constitucional.

(...)

A fundamentabilidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado decorre de seu reconhecimento em nossa Constituição como meio para a preservação da vida humana – condição que revela a proteção jurídica ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no sentido formal e material.

Em linha semelhante, Beatriz Souza Costa⁵⁷, destacando a natureza do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito subjetivo no ordenamento jurídico-constitucional pátrio, assim se manifesta:

No Brasil, não há dúvida de que o meio ambiente é considerado um direito fundamental, porque qualquer interpretação contrária não encontrará amparo. A própria Constituição Federal, em seu art. 225, enuncia que “todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Portanto, fala de ‘todos’ e de cada ‘um’. Sendo assim, o indivíduo tem o direito fundamental e subjetivo a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Sampaio⁵⁸, vinculando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não só ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas, também, à ideia de um pacto entre gerações, em caráter conclusivo, arremata:

Não bastasse a existência das condições formais de um direito fundamental, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ainda goza de relevo especial na missão de tutelar e de desenvolver o princípio da dignidade humana ou como desdobramento imediato da co-responsabilidade intergeracional. Somados, assim, requisitos formais e materiais, pode se falar no Brasil de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como se pode referir a uma “ordem ambiental” que completa e condiciona a “ordem econômica” e que, por tipologia, integra-se na “ordem social”.

Vale destacar que também o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança 22.164⁵⁹, reconheceu a fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, segundo se infere de trechos de sua ementa:

O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído,

⁵⁷ COSTA, Beatriz Souza. *Meio Ambiente como Direito à Vida: Brasil, Portugal, Espanha*. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010, p. 63.

⁵⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e meio ambiente na perspectiva do Direito Constitucional Comparado*. In Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 98.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS n. 22.164-. Rel. Min. Celso de Mello. *DJ* 1, p. 39.206, 17.11.1995. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 07 jun de 2013.

não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social (...) Os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Conforme o assentado pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se apresenta como direito de terceira geração⁶⁰, que se alicerça sobre os valores da fraternidade e da solidariedade, ultrapassando, dessa forma, os referenciais do indivíduo e do Estado-Nação, uma vez se dirigir a todos os seres humanos.

3.4 Titularidade

Nos termos do preceituado no artigo 225 da Constituição da República, *todos* têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual é considerado bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Diante do fato de o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado inscrever-se na categoria dos direitos fundamentais de terceira geração e de apresentar como objeto o bem jurídico ambiental, que ostenta a natureza de bem difuso, sua titularidade afigura-se coletiva, revelando-se subjetivamente indeterminada.

Ao dispor que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o artigo 225 da Lei Fundamental, na lição de Paulo Affonso Leme Machado⁶¹, estabeleceu que:

⁶⁰ Defensor da perspectiva de que os direitos fundamentais apresentam gerações, dada sua historicidade, afigura-se Bobbio (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 5-6), o qual assevera que inseridos na primeira encontram-se os direitos de liberdade, como a liberdade religiosa, política, pessoal, social e civil. Referindo-se aos direitos de segunda, terceira e quarta geração, esclarece o referido autor que: “Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda, emergiram hoje os chamados de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles, o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver em um ambiente não poluído. Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”. Explicando a ideia imanente aos direitos de terceira geração, Orci Paulino Bretanha Teixeira (TEIXEIRA, Orci Paulino Teixeira. *O Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Direito Fundamental*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006, p. 78) pontua que: “Na terceira geração, são concebidos os direitos à humanidade – isto é, direitos que transcendem o individual e o coletivo. São aqueles em que os interesses individuais ou privados se subordinam a interesses da maioria ou públicos, em prol do bem-estar social. Os direitos fundamentais, não obstante preservem sua dimensão individual, têm como característica a titularidade coletiva, muitas vezes indefinida ou indeterminável”.

⁶¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 19. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 133.

O direito ao meio ambiente equilibrado é de cada um, como pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência.

O uso do pronome indefinido – “todos” – alarga a abrangência da norma jurídica, pois, não particularizando quem tem direito ao meio ambiente, evita que se exclua quem quer que seja.

Percebe-se, assim, que, no ordenamento jurídico-constitucional pátrio, não só os brasileiros, natos ou naturalizados, mas, também, os estrangeiros, desde que presentes em território nacional, se afiguram titulares do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em sentido oposto ao ora sustentado, Fiorillo⁶² assim se manifesta:

Registre-se a nossa discordância com esse posicionamento, porque entendemos que o povo, enquanto conjunto de indivíduos que falam a mesma língua, têm costumes e hábitos assemelhados, afinidades de interesses, história e tradições comuns, é quem exerce a titularidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentro de uma visão constitucional plenamente adaptada aos interesses de uma sociedade de massa, até mesmo porque o art. 225, ao definir o bem ambiental, preceitua-o como um bem de uso comum do *povo*. (grifo no original).

Quanto à titularidade passiva, figuram como sujeitos, conforme Sampaio⁶³, o Estado, que tem a obrigação de não embarçar as pretensões liberais do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a de salvaguardar a integridade e o uso adequado dos bens ambientais, assim como os indivíduos e grupos, que “também têm o dever de não impedir o exercício do direito pelos outros e de fazer uso adequado dos recursos naturais”.

De modo semelhante, Fiorillo⁶⁴ assevera que o bem ambiental, por sua natureza fundamental, resultante de sua vinculação “a aspectos de evidente importância à vida, merece tutela tanto do *Poder Público* como de *toda a coletividade*, tutela essa consistente num *dever*, e não somente em mera norma moral de conduta”. (grifos no original)

3.5 Dimensões

Assim como outros direitos fundamentais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado encerra duas dimensões, a saber, uma objetiva e uma subjetiva.

⁶² FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12. ed., rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 63-64.

⁶³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e meio ambiente na perspectiva do Direito Constitucional Comparado*. In Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 100.

⁶⁴ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12. ed., rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 66.

Explicando as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, lecionam Mendes, Coelho e Branco⁶⁵ que:

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou então essa dimensão se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem e, ainda, correspondem a competências – em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhe as posições jurídicas.

Conquanto essa seja a perspectiva de maior realce dos direitos fundamentais, ela convive com uma dimensão objetiva – ambas mantendo uma relação de remissão e de complemento recíproco.

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.

Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático.

No que tange especificamente ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por meio da dimensão objetiva, conforme a lição de Sampaio⁶⁶, reconhecem-se vários aspectos daquele, a saber, “como núcleo axiológico positivado, como instituição protegida” e “como veículo de emancipação”, que decorrem da simples afirmação do direito, assim como “dever ou tarefa estatal, individual ou coletiva”, que necessita ser enumerado de forma expressa.

Relativamente à dimensão subjetiva do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essa, segundo o referido autor⁶⁷:

(...) é dada pela sua natureza dúplice: a) de direito individual e de liberdade – de acesso, uso e gozo de um ambiente ecologicamente equilibrado. Entre suas faculdades estão, portanto, o prazer contemplativo, a exploração racional dos recursos e o simples viver em um ambiente são. Mas, como seu objeto é indivisível, as faculdades podem ou devem ser contingenciadas pelo igual direito de todos – das

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 245-246.

⁶⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e meio ambiente na perspectiva do Direito Constitucional Comparado*. In Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 99.

⁶⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e meio ambiente na perspectiva do Direito Constitucional Comparado*. In Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 99-100.

presentes e futuras gerações. Por isso mesmo, a face coletiva do direito tem precedência sobre a face individual e b) direito de prestação – direito transporta interesses individuais e coletivos de prestação estatal no sentido de sua configuração e efetiva tutela.

Refere-se, ainda, Sampaio⁶⁸ a uma dimensão objetivo-subjetiva do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em que esse é reconhecido tanto como direito subjetivo, quanto como tarefa ou dever do Estado e da sociedade.

3.6 Normatividade, aplicabilidade direta e eficácia

Em decorrência da caracterização da fundamentalidade formal e material do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, revela-se esse permeado por três axiomas teóricos do constitucionalismo contemporâneo, consistentes na normatividade, na aplicabilidade direta e na eficácia dos preceitos instituidores de direitos fundamentais, os quais – sendo extraídos, no âmbito do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, do disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição da República, que estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, –, acabam por se apresentar como pressupostos autorizadores da participação do Poder Judiciário em sua efetivação.

Discorrendo sobre o sentido e o alcance da norma inserta no artigo 5º, § 1º, do texto da Constituição da República, preleciona Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁹ que:

(...) somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocadamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (...). Percebe-se, desde logo, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma de suas diferenças essenciais relativamente às normas-princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta. Para além disso (e justamente por esse motivo), cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente

⁶⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e meio ambiente na perspectiva do Direito Constitucional Comparado*. In Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 100-101.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12. ed., rev., at. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 270-271.

fundamentada e justificada, presunção esta que não milita em favor das demais normas constitucionais, que, como visto, nem por isso deixarão de ser imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, na medida em que não reclamarem uma *interpositio legislatoris*, além de gerarem – em qualquer hipótese – uma eficácia em grau mínimo. Isto significa, em última análise, que, no concernente aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e a eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto, no âmbito da exegese calcada em cada norma de direito fundamental e sempre afinada com os postulados de uma interpretação tópico-sistemática (...).

Esclarece, ainda, o referido autor⁷⁰ que:

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbe a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.

Relativamente à questão da normatividade do texto constitucional e da centralidade dos direitos fundamentais na ordem jurídica, Ana Paula de Barcellos⁷¹ esclarece que

(...) As disposições constitucionais, tenham elas a natureza de regra ou de princípio, são dotadas de *normatividade*, isto é: são normas jurídicas. Como tais, pretendem produzir efeitos no mundo dos fatos e desfrutam da imperatividade própria do Direito. Mais do que isso, as normas constitucionais gozam de superioridade hierárquica no âmbito do sistema jurídico.

(...) Os direitos fundamentais têm *status* diferenciado no âmbito do sistema constitucional e, *a fortiori*, do sistema jurídico como um todo. Fala-se da *centralidade* dos direitos fundamentais, como consequência da centralidade do homem e da sua dignidade. Isso significa de forma simples, que, em última análise, tanto o Estado como o Direito existem para proteger e promover os direitos fundamentais, de modo que tais estruturas devem ser compreendidas e interpretadas tendo em conta esta diretriz.

Verifica-se, nesse sentido, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, gozando da condição de direito fundamental, se impregna de força normativa, assumindo um papel de significativo relevo no sistema jurídico, não podendo os preceitos que o consagram serem considerados como simples programas ou orientações, destituídos de

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12. ed., rev., at. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 270-271.

⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 104.

qualquer carga coercitiva, cuja observância dependeria de uma liberalidade dos poderes públicos.

Nessa linha, esclarece Sampaio⁷², em alusão à generalidade dos direitos fundamentais, que esses:

São vinculações, mandados e objetivos referidos a aspirações, necessidades e interesses humanos que se adscvem ora como nítidos dispositivos de direitos subjetivos, ora como enunciados de princípios e tarefas estatais (e às vezes individuais e sociais) de hierarquia constitucional. Mesmo os enunciados que prescrevem direitos subjetivos estão acompanhados de comandos objetivos direcionados para o Estado com vistas a uma obrigação de fazer (garantir o livre exercício dos direitos de cunho liberal por meio de prestações jurídicas e políticas – de segurança, de burocracia orientada para a defesa desses direitos – e realizar o conteúdo dos genericamente chamados “direitos sociais”).

No que tange ao dogma da aplicabilidade direta, que, no sistema constitucional brasileiro, se infere do disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição da República, salientando que o mesmo “se refere aos direitos fundamentais em geral, não se restringindo apenas aos direitos individuais”, Mendes, Coelho e Branco⁷³ asseveram que:

O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, § 1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles.

Essa característica indicada pela própria Constituição, entretanto, não significa que, sempre, de forma automática, os direitos fundamentais geram direitos subjetivos, concretos e definitivos.

(...)

Prosseguem os referidos autores⁷⁴, sustentando que:

⁷² SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e meio ambiente na perspectiva do Direito Constitucional Comparado*. In Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 91.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 251-252.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 251-252.

A inteligência do art. 5º, § 1º, da Constituição não pode fazer-se sem atenção à natureza das coisas, consoante lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que adverte: “pretender que uma norma incompleta seja aplicada é desejar uma impossibilidade, ou forçar a natureza, que, rejeitada, volta a galope”.

Por isso, sustenta Celso Bastos que, quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe assegurem aplicabilidade, nos casos em que a aplicação do direito pelo juiz importar infringência à competência reservada ao legislador, ou ainda quando a Constituição expressamente remeter a concretização do direito ao legislador, estabelecendo apenas que o direito será exercido na forma prevista em lei – nessas hipóteses, o princípio do § 1º do art. 5º da CF haverá de ceder.

Essas circunstâncias levam a doutrina a entrever no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal uma norma-princípio, estabelecendo uma ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. O princípio em tela valeria como indicador de aplicabilidade imediata da norma constitucional, devendo-se presumir a sua perfeição, quando possível.

Diante da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, a qual, necessariamente, se estende ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, afigura-se cristalino que esse se apresenta como matéria sujeita à apreciação jurisdicional, mesmo em se tratando de obrigações prestacionais – sejam materiais ou normativas –, incumbindo ao Poder Judiciário, sobretudo por meio do Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, o dever de concretizá-lo, rechaçando a inércia e também atuação deficiente, inadequada e desarrazoada do Executivo e do Legislativo.

Endossando tal perspectiva e reforçando a importância da intervenção jurisdicional no que atina ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, Sampaio⁷⁵ esclarece que:

O Judiciário se impõe como grande artífice do desenvolvimento do aspecto objetivo dos direitos fundamentais, tanto quanto tradicionalmente *sempre* serviu de amparo para os direitos individuais.

A observação de enquadramento imperfeito entre direito fundamental, direito subjetivo e tutela jurisdicional nem precisaria ser feita se considerarmos a bidimensionalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: uma individual e outra coletiva. Tem-se, sempre, pela primeira, a hipótese de judicialidade da questão ambiental pelo princípio da responsabilidade do causador do dano ainda que retrogradamente sob as feições clássicas da responsabilidade civil. Coletivamente, quando não existir instrumento processual específico no ordenamento jurídico, pode-se reclamar da inércia legislativa ou de sua atuação inconsequente, desarrazoada ou deficiente, postulando-se correção de rumos, imputação de responsabilidades e de cumprimento do dever de realizar o direito, bem como eventual colmatação de lacunas legais decorrentes de posições recalcitrantes do legislador. Certamente que, neste caso, pode haver controvérsia sobre a legitimidade judicial de substituição dos representantes populares eleitos. Mas o princípio do Estado Democrático de Direito não se consola apenas com a

⁷⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e meio ambiente na perspectiva do Direito Constitucional Comparado*. In Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 92-93.

figura da representação política formal, exigindo simultaneamente a participação popular e a colaboração judicial responsável nos exercícios de concretização dos direitos fundamentais. (grifo no original)

Quanto à questão da eficácia dos direitos fundamentais de cunho prestacional, a qual pode ser aplicada ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em virtude de esse também contemplar prestações materiais e normativas, Sarlet⁷⁶ acentua que

A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade. O quanto de eficácia cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá, por outro lado, sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto. Convém salientar, ademais, que estamos tratando da eficácia como diretamente decorrente da Constituição, e não da eficácia de direitos derivados, no sentido de direitos legais, oriundos da concretização – em nível infraconstitucional – das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais.

Observa-se, nesse norte, um importante aspecto da carga eficaz, ainda que variante, do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consistente no seu caráter vinculativo da atuação dos Poderes Públicos.

Vincula-se o Legislativo por meio da necessidade do exercício da função legiferante, seja no sentido de conformar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, seja no sentido de se abster da edição de leis e atos normativos que se apresentem em situação de incongruência com o mesmo.

Já a vinculação do Executivo se verifica por força das exigências de concepção e de realização de políticas públicas que visem a salvaguarda de tal direito e da abstenção de atividades que venham a ofendê-lo.

O Judiciário, por seu turno, afigura-se vinculado ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado por intermédio do dever de efetivá-lo, seja aplicando-o aos casos concretos, de sorte a resolver os conflitos de interesse, seja promovendo a jurisdição constitucional, de modo a rechaçar as leis e atos normativos que lhe lesionem e a sanar as eventuais omissões inconstitucionais.

Nessa ordem de ideias, Sampaio⁷⁷, em arremate, sustenta que:

⁷⁶ , SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12. ed., rev., at. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 280-281.

Parece, enfim, mais correto afirmar com Zagrebelsky, que o direito ao meio ambiente é fundamental e estruturalmente aberto, pois exige de todos um dever de configuração e de efetividade. Poderemos até ser seduzidos por sua dimensão subjetiva e pelos encantos privatistas para considerarmos que a norma que o consagra define tantos os seus sujeitos (indivíduos, coletividade), quanto o seu objeto (meio ambiente) e os vínculos entre eles, por mais que seu exercício possa encontrar dificuldades práticas.

Face tais considerações, é necessário, nesse passo, assinalar as repercussões orçamentárias do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

3.7 Implicações orçamentárias

Examinando-se as tarefas estatuídas pelos parágrafos do artigo 225 da Constituição da República, o qual consagra o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, percebe-se que as mesmas, em especial aquelas que se devem consubstanciar através de políticas públicas – além de pressuporem a necessidade de promulgação de leis e a edição de atos administrativos que as concebam e as delineiem – demandam, para o seu aperfeiçoamento, a disponibilidade e o aporte de recursos materiais, uma vez apresentarem, inequivocamente, uma repercussão econômica.

Tal peculiaridade termina por aproximar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado dos denominados direitos fundamentais prestacionais, os quais, para a viabilização de seu exercício, impõem ao Estado o adimplemento de obrigações positivas, que importam, inequivocamente, na realização de despesas.

Por força da lógica imanente às finanças públicas, a realização dessas despesas deve se afigurar antecedida pela previsão de receitas, exigindo-se que tanto as últimas, quanto as primeiras se encontrem contempladas no orçamento, o qual se consubstancia, conforme o preceituado nos artigos 165 a 169 da Constituição da República, por meio de leis que estabeleçam o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual.

Verifica-se, dessa forma, que, para a consecução dos objetivos que decorrem do artigo 225 da Lei Fundamental, o orçamento público assume inquestionável relevância, na medida em que por intermédio dele se definem os quantitativos de recursos que serão alocados para proporcionar o atendimento do dever de efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado por parte dos Poderes da República.

⁷⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e meio ambiente na perspectiva do Direito Constitucional Comparado*. In *Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 97-98.

Ante a intrínseca relação que se firma entre a necessidade de concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o orçamento público, será realizada no capítulo que se segue a exposição de alguns aspectos desse fundamental instrumento de planejamento de toda a atuação dos poderes públicos.

4 O ORÇAMENTO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

4.1 Conceito de orçamento

No contexto hodierno, o orçamento, em decorrência da superação da perspectiva clássica, que o considerava uma simples peça de previsão de receitas e de autorização de despesas⁷⁸, passa a ser concebido como o mais relevante instrumento de planejamento da atuação estatal, porquanto permitir a definição de desideratos políticos, econômicos e sociais a serem perseguidos a partir de sua execução, bem como proporcionar a fixação dos quantitativos de recursos que deverão ser direcionados para o atendimento das diversas necessidades da população e dos poderes públicos, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais.

Reconhecendo essa mudança de percepção, sustenta Kiyoshi Harada⁷⁹ que

o orçamento há muito deixou de ser mero documento de caráter contábil e administrativo, para espelhar toda a vida econômica da Nação, constituindo-se em um importante instrumento dinâmico do Estado a orientar sua atuação sobre a economia.

(...)

No Estado moderno, não mais existe lugar para orçamento público que não leve em conta os interesses da sociedade. Daí porque o orçamento sempre reflete um plano de ação governamental. Daí, também, seu caráter de instrumento representativo da vontade popular, o que justifica a crescente atuação legislativa no campo orçamentário.

Um dos primeiros, no Brasil, a se dedicar ao estudo das finanças públicas sob um viés jurídico, Aliomar Baleeiro⁸⁰ compreende que o orçamento documenta, de modo expresso, a vida financeira de um determinado país ou circunscrição política, num dado lapso temporal – o qual, em regra, é estabelecido em um ano –, contemplando “o cálculo das receitas e das despesas autorizadas para o funcionamento dos serviços públicos ou para outros fins planejados pelo governo”.

Conforme o referido jurista⁸¹:

⁷⁸ Segundo o mencionado por Régis Fernandes de Oliveira (OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 361), Louis Trotabas, como um dos representantes da concepção clássica, ensina que “a noção geral de orçamento repousa sobre a necessidade de autorização de despesas e das receitas do Estado pelo Parlamento”.

⁷⁹ HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 19. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 58.

⁸⁰ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 521.

⁸¹ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 521.

Nos Estados democráticos, o orçamento é considerado o *ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei* (grifos no original).

Em sentido semelhante, Régis Fernandes de Oliveira⁸², esclarece que o orçamento pode ser conceituado como a lei periódica que – se afigurando como de observância obrigatória e se revestindo de eficácia vinculante no que tange ao comportamento dos agentes públicos – alberga a previsão de receitas e a fixação de despesas, de sorte a programar a vida econômica e financeira do Estado.

4.2 Aspectos do orçamento

Consoante a lição de Baleeiro⁸³, o estudo do orçamento abrange quatro aspectos fundamentais, a saber:

- a) o *jurídico*, isto é, a natureza do ato orçamentário à luz do Direito e, especialmente, das instituições constitucionais do país, inclusive as consequências daí decorrentes para os direitos e obrigações dos agentes públicos e dos governados;
- b) o *político*, pelo qual o orçamento revela com transparência em proveito de que grupos sociais e regiões ou para solução de que problemas e necessidades funcionará precipuamente a aparelhagem de serviços públicos. Por exemplo, se o custeio respectivo será suportado com mais sacrifício por esses mesmos grupos sociais ou por outros; enfim, a maior ou menor liberdade de ação do Poder Executivo na determinação de todos esses fatos do ponto de vista de regiões, classes, partidos, interesses, aspirações, etc;
- c) o *econômico*, através do qual se apreciarão, sobretudo, os efeitos recíprocos da política fiscal e da conjuntura econômica, assim como as possibilidades de o governo utilizá-los no intuito deliberado de modificar as tendências da conjuntura ou estrutura;
- d) o *técnico*, finalmente, que envolve os estabelecimento das regras práticas para realização dos fins indicados nos itens anteriores e para classificação clara, metódica e racional de receitas e despesas, processos estatísticos para cálculo tão aproximado quanto possível de uma e de outros, apresentação gráfica e contábil do documento orçamentário, etc. (grifos no original).

Militando nessa mesma coluna, Oliveira⁸⁴ assevera que o orçamento tem suas feições política, porquanto desvelar, relativamente à destinação de verbas, objetivos sociais e

⁸² OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 366.

⁸³ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 521-522.

⁸⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 362.

regionais; econômica, visto representar a atualidade da economia; técnica, em função do cálculo de receitas e despesas; e jurídica, em virtude da necessidade de atendimento das exigências instituídas pelas normas constitucionais e legais.

4.3 Natureza jurídica do orçamento

Matéria em que se verifica uma absoluta controvérsia doutrinária consiste na indagação em torno da natureza jurídica do orçamento, mencionando Oliveira⁸⁵ a existência de quatro posicionamentos: a) o que afirma que orçamento se trata de simples ato administrativo, sem caráter de lei; b) o que sustenta que o orçamento se afigura como lei, havendo, porém, divergência quanto a se cuidar de lei em sentido material, lei na vertente formal, ou, ao mesmo tempo, lei nas feições formal e material; c) o que aduz que o orçamento se apresenta como lei, no que atina à receita, e como ato administrativo, relativamente à despesa; e d) o que assevera que o orçamento se revela como ato-condição.

Consoante a primeira perspectiva assinalada pelo aludido autor, o orçamento – designado, por vezes, como “lei de meios” ou como “leis ânuas”⁸⁶ –, “seria mero instrumento de arrecadação, mesmo porque não diz respeito aos objetivos maiores do Estado”, convertendo-se, assim, em simples procedimento arrecadatório para que os poderes públicos exerçam suas funções⁸⁷.

Esclarece Oliveira⁸⁸ que, dessa forma, constituiria o orçamento um mero ato administrativo, que apenas, formalmente, se apresentaria veiculado por meio de lei, consistindo esse no pensamento de Louis Trotabas.

Analisado por outro ângulo, o orçamento se desvelaria como uma lei que difere das demais, porquanto, sem prejuízo de outras peculiaridades, haver prazos para que seja encaminhada pelo Poder Executivo ao Legislativo (artigo 35, § 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias); não poder ser objeto de lei delegada (artigo 68, § 1º, inciso III, da Constituição brasileira de 1988); resultar o seu descumprimento em crime de responsabilidade do Presidente da República (artigo 85, inciso VI), ao qual incumbe iniciar seu processo legislativo (artigo 84, inciso XXIII); existirem restrições previstas para a

⁸⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 366-367.

⁸⁶ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 553.

⁸⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 367.

⁸⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 367.

destinação de recursos (artigo 167); mostrarem-se limitadas as possibilidades de efetivação de emendas (artigo 166, § 3º); apresentar tramitação própria perante o Congresso Nacional; e ostentar conteúdo limitado à receita e à despesa (artigo 165, § 8º)⁸⁹.

Parecendo anuir com essa compreensão, assim se manifesta Baleeiro⁹⁰:

Formalmente, o orçamento não difere das demais das leis. Apresenta a redação comum às leis, recebe o número de ordem na coleção destas, resulta de projeto iniciado na Câmara dos Deputados, é objeto de sanção e poderá ser vetado, como já aconteceu no Brasil.

(...)

Se prolongarmos a análise do orçamento e o contrastarmos com a generalidade das leis, veremos que diversas peculiaridades o colocam em posição distinta.

Chamando-o embora de lei, a Constituição lhe reserva maior espaço e dispõe, desde logo, sobre a competência e a iniciativa para o anteprojeto, isto é, a “proposta” que incumbe ao Presidente da República (art. 81, XIX) limita o seu conteúdo (art. 60); estabelece a sua divisão da despesa em duas partes (*idem*); fixa a data até a qual se fará a remessa da proposta à Câmara e também a data para que o texto aprovado suba à sanção, assim como estabelece prazo para aprovação tácita (art. 66)⁹¹.

Mais ainda: a decretação dos impostos deve ser anterior ao exercício (art. 153, § 3º)⁹².

Essa peculiaridade é rica de consequências práticas e serve a classificação do orçamento entre os atos jurídicos.

Se prosseguirmos na investigação desse assunto até o processo de elaboração parlamentar do orçamento, observaremos que o Regimento comum do Congresso estatui para a elaboração desse ato regras especiais, diversas daquelas adotadas uniformemente para as outras leis.

A finalidade específica do orçamento e todas essas peculiaridades da sua elaboração e de conteúdo estão a indicar que, se é lei, no seu aspecto formal, contém algo *sui generis* quanto a sua substância. (grifos no original)

Em continuidade à exposição das diversas correntes que se formaram com o fito de explicar a natureza jurídica da “lei de meios”, noticia Oliveira⁹³ que o orçamento, noutra prisma, poderia ser percebido como lei em sentido material no que atina às receitas, visto que,

(...) na previsão dos recursos tributários e das denominadas receitas tributárias, há a constante possibilidade de cobrança. A previsão legal não se exaure em uma só previsão, mas sua ação-tipo é repetida.

Tem, pois, o caráter de generalidade e abstração, e inova, primariamente, no ordenamento jurídico.

⁸⁹ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 367.

⁹⁰ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 553-555.

⁹¹ Menções à dispositivos da Constituição brasileira de 1967.

⁹² Referência à dispositivo da Constituição brasileira de 1967.

⁹³ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 367.

Segundo o nominado doutrinador⁹⁴, a generalidade estaria caracterizada pelo fato de o orçamento atingir uma série ou classe de pessoas, afigurando-se a abstração, por seu turno, decorrente da repetição da denominada ação-tipo, sem que haja o esgotamento da previsão legal.

Nesse sentido, acorde Oliveira⁹⁵, a lei que viesse estabelecer a hipótese de incidência de um determinado tributo, descrevendo todos os elementos que o constituem, acabaria por se aplicar a cada ocorrência fática verificada no mundo empírico, sem que isto implicasse o esgotamento de seu conteúdo.

Já em relação à idoneidade do orçamento para inovar a ordem jurídica ensina o autor em questão⁹⁶, que não se poderia negar que aquele provoca alterações da realidade, uma vez permitir a exigência dos tributos, “colocando em posição de sujeição aqueles que praticarem fatos geradores, dando nascimento à obrigação tributária”.

O orçamento, além disso – continua Oliveira⁹⁷ –, de acordo com a perspectiva que defende que o mesmo se afigura como lei na vertente material,

permite à Administração efetuar a cobrança, lançar, impor restrições e obrigações. A publicação da lei orçamentária coloca a Administração em posição sobranceira na exigência de seus créditos, na medida em que ocorrerem. De seu turno, vê-se na contingência de operar seus instrumentos para realizar seus créditos e, igualmente, nasce para ela a obrigação de perseguir as finalidades ou aplicar os recursos naqueles débitos que a lei previu.

Em concordância com a tese da materialidade da lei orçamentária, Clara Cardoso Machado⁹⁸ esclarece que, para Sandoval Alves da Silva, a teoria da lei formal não se revela congruente com diversas disposições constitucionais, tais como: o poder de emendar o projeto de lei orçamentária (artigo 166, §§ 2º e 3º), a exigência de aprovação, na lei de diretrizes orçamentárias, de modificação de lei tributária (artigo 165, II), o princípio da programação orçamentária (artigos 165, § 4º e 166, § 3º, inciso I, e § 4º), o princípio democrático, e o sistema de direitos fundamentais.

⁹⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 367.

⁹⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 367.

⁹⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 367.

⁹⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 368.

⁹⁸ MACHADO, Clara Cardoso. *Controle jurisdicional de constitucionalidade em abstrato de lei orçamentária: análise da adi 4.048-1/DF*. Disponível em <http://www.evocati.com.br>. Acesso em 02 jun de 2013.

Na defesa da perspectiva da feição material do orçamento, prossegue a aludida autora⁹⁹ invocando, uma vez mais, Sandoval Alves da Silva, o qual sustenta que as leis orçamentárias “representam, *prima facie*, de forma geral e abstrata, o montante de recursos públicos disponíveis para cumprir as obrigações constitucionais de atendimento aos direitos constitucionais (...) e as obrigações de pagamento a serem assumidas pela Administração”.

Ainda favorável à materialidade da lei orçamentária, apresenta-se, conforme reporta Ricardo Lobo Torres¹⁰⁰, o ensinamento de Sainz de Bujanda, o qual

(...) considera o orçamento como “uma lei em sentido pleno, de conteúdo normativo, com “eficácia material constitutiva ou inovadora” e com todas as características de valor e força da lei, como sejam “a impossibilidade de que suas normas sejam derogadas ou modificadas por simples regulamentos e a possibilidade de modificar e até derogar normas precedentes de hierarquia igual ou inferior; (...)

Tratando das demais linhas de pensamento que se dedicaram a abordar a natureza jurídica “das leis ânuas”, sustenta Harada¹⁰¹ que alguns estudiosos, notadamente Leon Duguit, entendem que o orçamento se trataria de mero ato administrativo no que tange às despesas, visto que bastaria uma simples operação administrativa para realizá-las, compreendendo, relativamente à receita tributária, que o mesmo ostentaria características de lei em sentido material, porquanto gerar, em caráter genérico e abstrato, obrigações aos contribuintes.

Aduz Oliveira¹⁰², discorrendo a respeito do posicionamento de Duguit, que o mesmo:

Tem alguma razão. É que o aspecto despesa da lei vem sempre previsto em um ato administrativo. O ato administrativo é uma manifestação unilateral do Poder Público, ou de quem faça suas vezes, no exercício de função administrativa, que produz efeitos jurídicos individuais e imediatos.

No que tange à última concepção acerca da natureza da “lei de meios”, esclarece Harada¹⁰³ que outros autores, capitaneados por Gaston Jèze, atribuem ao orçamento o caráter de ato-condição relativamente à receita e à despesa, na medida em que aquele permitiria “a deflagração dos efeitos contidos em seu bojo”, não se afigurando suficiente apenas a previsão legal, por se exigir que os agentes públicos pratiquem atos jurídicos conducentes à “realização efetiva dos recursos, dando, a cada ano, eficácia à lei”.

⁹⁹ MACHADO, Clara Cardoso. *Controle jurisdicional de constitucionalidade em abstrato de lei orçamentária: análise da adi 4.048-1/DF*. Disponível em <http://www.evocati.com.br>. Acesso em 02 jun de 2013.

¹⁰⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 98.

¹⁰¹ HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 19. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 59.

¹⁰² OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 368.

¹⁰³ HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 19. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 59.

Conforme a lapidar lição de Baleeiro¹⁰⁴,

(...) Jêze estuda a despesa e a receita, enquadrando ambas na classe dos atos-condição, ato que não aumenta nada ao conteúdo da lei, mas a torna eficaz para determinadas situações. Ou, por outras palavras, o ato que atribui a um ou alguns indivíduos a situação geral e impessoal contida no ato-regra¹⁰⁵.

Ora, as receitas dominiais não dependem de autorização orçamentária. Em relação a essas receitas, o orçamento não tem sentido jurídico.

As receitas tributárias são estabelecidas em lei e tornam-se efetivas pelos atos jurídicos dos funcionários fiscais, que operam os lançamentos e demais formalidades regulamentares. O orçamento autoriza esses atos a lei eficaz a cada ano¹⁰⁶. Funciona, pois, como ato-condição nessa parte.

Quanto às despesas, ou preexistem às suas causas jurídicas, como por exemplo, as dívidas de onde promanam, ou o orçamento, autorizando-as, isenta de responsabilidades os funcionários que a realizam. Ou é ato-condição neste último caso ou não tem conteúdo jurídico.

Depois de apresentar as referidas correntes teóricas e asseverar a irrelevância dessa cizânia doutrinária em nosso ordenamento jurídico-constitucional, uma vez que a Constituição, em seu artigo 165, inciso III, e §§ 5º, 6º e 8º, concede ao orçamento a natureza de lei, Harada¹⁰⁷ pontifica que:

a lei orçamentária difere das demais leis, caracterizadas por serem genéricas, abstratas e constantes e permanentes. Ela é, na verdade, uma lei de efeito concreto para vigorar por um prazo determinado de um ano, fato que, do ponto de vista material, retira-lhe o caráter de lei. Exatamente, essa peculiaridade levou parte dos estudiosos a sustentar a tese do orçamento como ato-condição. Sob o enfoque formal, no entanto, não há como negar a qualificação de lei.

Portanto, entre nós, o orçamento é lei ânua, de efeito concreto, estimando as receitas e fixando as despesas, necessárias à execução da política governamental.

Alinhando-se ao posicionamento de Harada, Oliveira¹⁰⁸ assevera que o orçamento se trata de “lei em sentido formal, que estabelece a previsão de receitas e despesas, consolidando posição ideológica governamental, que lhe imprime caráter programático”.

Nessa vereda, apresenta-se também o escólio de Torres¹⁰⁹, o qual sustenta que:

¹⁰⁴ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 556.

¹⁰⁵ O ato-regra, acorde explicação de Aliomar Baleeiro (BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 556.), “contém normas de Direito em caráter geral e impessoal. A lei, o regulamento, a convenção coletiva de trabalho exemplificam o ato-regra. Em todos esses exemplos regulam-se aquelas situações gerais e impessoais”.

¹⁰⁶ De acordo com Hugo de Brito Machado Segundo, o qual cuidou da atualização da obra ora considerada (BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 556), Baleeiro parecia presumir, nesse passo, a vigência do princípio da anualidade, o qual “não subsiste no Direito Tributário Brasileiro”.

¹⁰⁷ HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 19. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 59-60.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 368.

A teoria de que o orçamento é *lei formal*, que apenas *prevê* as receitas públicas e *autoriza* os gastos, sem criar direitos subjetivos e sem modificar as leis tributárias e financeiras, é, a nosso ver, a que melhor se adapta ao direito constitucional brasileiro. (...) É bem verdade que a dicotomia entre lei formal e lei material, nos outros campos do direito, vem sendo asperamente criticada, pois enfraquece o princípio da legalidade e produz o agigantamento das atribuições do Executivo, deixando indefinido e incerto o contorno dos direitos da liberdade, que compõem o aspecto materialmente legislativo excluído da competência da Administração, mas, em tema de orçamento, ainda é importante, eis que visa a retirar da lei ânuia qualquer conotação material relativamente à constituição de direitos subjetivos para terceiros, sem implicar perda de sua função de controle negativo do Executivo no que concerne aos limites do endividamento e das renúncias de receita (grifos no original).

Essa concepção defendida pelos aludidos doutrinadores nacionais, acabou sendo, em dado momento, perfilada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, conforme o anteriormente mencionado, no julgamento da ADI n.º 1.640¹¹⁰ e da ADI n.º 2.100¹¹¹, se posicionou no sentido de que os normativos que conferem existência ao orçamento não poderiam ser considerados como leis em sentido material, dotadas de teor verdadeiramente jurídico e de força inovadora do ordenamento.

Não obstante a envergadura intelectual daqueles que advogam a compreensão de que o orçamento se trata apenas de lei em sentido formal¹¹², entende-se que aquele deve ser também concebido como lei na vertente material, que se reveste, inegavelmente, dos

¹⁰⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 96.

¹¹⁰ DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA – C.P.M.F. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA “UTILIZAÇÃO DE RECURSOS DA C.P.M.F.” COMO PREVISTA NA LEI Nº 9.438/97. LEI ORÇAMENTÁRIA: ATO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO – E NÃO NORMATIVO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO: ART. 102, I, “A”, DA C. F. 1 Não há, na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, a impugnação de um ato normativo. Não se pretende a suspensão cautelar nem a declaração final de inconstitucionalidade de uma norma, e sim de uma destinação de recursos, prevista em lei formal, mas de natureza e efeitos político-administrativos concretos, hipótese em que, na conformidade dos precedentes desta Corte, descabe o controle concentrado de constitucionalidade como previsto no artigo 102, I, “a”, da Constituição Federal, pois ali se exige que se trate de ato normativo. Precedentes. (...) (ADI 1.640, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/1998, DJ 03-04-1998). Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 01 jun de 2013.

¹¹¹ CONSTITUCIONAL. LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS. VINCULAÇÃO DE PERCENTUAIS A PROGRAMAS. PREVISÃO DA INCLUSÃO OBRIGATÓRIA DE INVESTIMENTOS NÃO EXECUTADOS DO ORÇAMENTO ANTERIOR NO NOVO. EFEITOS CONCRETOS. NÃO SE CONHECE DE AÇÃO QUANTO A LEI DESTA NATUREZA. SALVO QUANDO ESTABELECEER NORMA GERAL E ABSTRATA. AÇÃO NÃO CONHECIDA. (ADI 2.100, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/1999, DJ 01-06-2001). Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 01 jun de 2013.

¹¹² Na doutrina nacional, Baleeiro (BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 553-555), Torres (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 96), Oliveira (OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4ª ed., rev., at. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 368) e Harada (HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 19. ed., rev. e ampliada. São Paulo: Atlas, 2010. p. 59-60).

caracteres da generalidade e da abstração, porquanto não definir, inicialmente, quem são os devedores de tributos e quais são os beneficiários das prestações estatais.

Ademais, concorde Machado¹¹³, no momento em que a lei orçamentária estabelece uma despesa, constitui-se um dever jurídico para a Administração de implementar políticas públicas, “conferindo executoriedade e efetividade aos direitos (...) e garantindo em abstrato as condições de pagamento a quem for necessário para concretizar tais direitos”.

4.4 Funções do orçamento

Observa Torres¹¹⁴ que o orçamento desenvolve três funções¹¹⁵ precípuas, as quais, se identificando com a política, a econômica e a reguladora, devem ser “examinadas em suas conotações com o Direito e a Constituição, eis que o corte entre os aspectos normativos e os conteúdos políticos e econômicos implica posição nitidamente positivista e formalista”.

Em sua função política, o orçamento do Estado de Direito exprime uma forma de controle da Administração, que, desse modo, se encontra “adstrita à execução das despesas no período e nos limites estabelecidos pelo Legislativo”¹¹⁶.

Além disso, por força da atual necessidade de planejamento das ações estatais, a esse controle político se associa a coparticipação do órgão legiferante na elaboração do orçamento, por intermédio da discussão e aprovação do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e dos orçamentos anuais¹¹⁷.

Dessa maneira, essa função política do orçamento acaba por tratar, no contexto do princípio da separação de funções, do relacionamento entre os Poderes da República, que devem, embora de modo autônomo, atuar em harmonia¹¹⁸.

No que atina à função econômica do orçamento, consoante Torres¹¹⁹, cumpre que essa seja apreciada “a partir da visão histórica das conjunturas por que passou a economia”,

¹¹³ MACHADO, Clara Cardoso. *Controle jurisdicional de constitucionalidade em abstrato de lei orçamentária: análise da adi 4.048-1/DF*. Disponível em <http://www.evocati.com.br>. Acesso em 02 jun de 2013.

¹¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 65.

¹¹⁵ Função, nesse aspecto, deve ser compreendida como propósito, objetivo.

¹¹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 66.

¹¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 66.

¹¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 66.

¹¹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 70-76.

devendo aquele ser considerado em seu modelo clássico, em sua concepção anticíclica e na perspectiva de seu equilíbrio¹²⁰.

Sob a ótica do orçamento clássico, que vigorou até a década de 30 do século XX, aquele se apresentava fundado na ideia de um equilíbrio entre receitas e despesas, a qual – embora desprezada pelos juristas, que se preocupavam em discutir a natureza jurídica da lei de meios –, era considerada pelos economistas como o ponto cardeal da matéria orçamentária¹²¹.

Após a década de 30, com a prevalência do keynesianismo, migrou-se para um novo prisma, em que, de acordo com Torres¹²², se admitia a possibilidade de que o orçamento se apresentasse deficitário, “a fim de que o Estado pudesse aplicar em investimentos públicos, gerando o pleno emprego e combatendo as crises cíclicas do capitalismo”.

Já no fim dos anos 70, com o agravamento da crise da dívida pública, houve uma espécie de retorno à perspectiva de um orçamento equilibrado, advogando-se as ideias de que os incentivos fiscais, na via da receita pública, geravam os mesmos efeitos dos gastos na vertente da despesa; de que a redução dos impostos e dos benefícios sociais, de forma simétrica, privilegiava os ricos e prejudicava os pobres; e de que deveria se verificar o controle da dívida pública e a diminuição do tamanho do Estado¹²³.

Por força da crise do Estado de Bem-estar Social, reduz-se a relevância da função econômica do orçamento, perdendo esse, em conformidade ao ensinamento de Torres¹²⁴, “o objetivo de regulamentar a economia global do País”, visto que, novamente, passa-se a buscar o equilíbrio entre despesas e receitas.

Em decorrência de tal circunstância, a função reguladora, de acordo com o asseverado por referido autor¹²⁵, transfere-se da economia para outras searas, tais como o meio ambiente, as relações de consumo, o controle da concorrência, a entrega de prestações de saúde, assistência social e educação, havendo uma alteração do relacionamento entre os Poderes do Estado:

¹²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 70.

¹²¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 70.

¹²² TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 71.

¹²³ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 73-74.

¹²⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 76.

¹²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 76.

O orçamento regula o social e o econômico por intermédio da Administração; mas não vincula integralmente o Executivo, posto que a lei orçamentária apenas prevê as receitas e autoriza as despesas, competindo à autoridade administrativa, com larga dose de discricionariedade, efetivar os gastos e implementar a atividade-fim. Por outro lado, a Administração não dirige o orçamento; a fixação de receitas tributárias não se faz para atender integralmente as políticas públicas traçadas pelo Executivo, posto que se subordinam também a critérios de justiça fiscal e a leis materiais; a escassez de recursos limita os gastos públicos em políticas sociais e a lei anual orçamentária acaba por se constituir no documento que sintetiza e dá objetividade numérica à atividade administrativa.

A função reguladora, dessarte, salienta Torres¹²⁶, aponta no sentido de uma gestão responsável do orçamento, que considera, nos aspectos teóricos e práticos, o mercado livre, o qual pode ser compreendido como uma organização social em que as relações econômicas são resolvidas, previamente, entre os cidadãos, apresentando-se suscetível à tributação e à redistribuição.

4.5 Princípios orçamentários

Conforme Torres¹²⁷, “os princípios gerais do orçamento são os enunciados genéricos que informam a criação, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas orçamentárias”.

Ensina Miguel Reale¹²⁸ que “princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a aplicação e interpretação, quer para a elaboração de novas normas”.

A Constituição da República de 1988, em seus artigos 165 e 167, consagrou um grande número de princípios orçamentários, tendo sido estatuídos os do planejamento, da anualidade, da publicidade, da unidade, da universalidade, da clareza, da equidade entre regiões, da exclusividade, da legalidade, da não-afetação das receitas, da especialidade, da anterioridade e do equilíbrio orçamentário.

No que tange ao princípio do equilíbrio orçamentário, entende Oliveira¹²⁹ que o mesmo se apresenta, em verdade, como um pressuposto do orçamento:

O equilíbrio deve haver em decorrência lógica da própria existência do orçamento. Se este significa um plano de ação mediante ponderação das receitas e despesas,

¹²⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 77.

¹²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 147.

¹²⁸ *apud* TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 147.

¹²⁹ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 382-383.

óbvio está que deve haver equilíbrio entre gastos e receitas, sob pena de aniquilamento do próprio Estado, ou seu endividamento.

Malgrado o extenso rol de princípios orçamentários, em virtude dos limites epistemológicos deste trabalho, serão abordados, a seguir, apenas os da universalidade, da anualidade, da exclusividade, da unidade e da não-afetação.

4.5.1 Princípio da universalidade

O princípio da universalidade, consoante a lição de Oliveira¹³⁰, enuncia que todas as receitas e despesas devem estar previstas na lei orçamentária, restando rechaçada a possibilidade de qualquer exclusão.

Nas palavras de Torres¹³¹, por força de tal princípio, o “orçamento deve conter todas as receitas e despesas da União, de qualquer natureza, procedência ou destino, inclusive a dos fundos, dos empréstimos e dos subsídios. É princípio da máxima importância para o equilíbrio financeiro”.

Desse modo, dispõe o artigo 165, § 5º, da Constituição brasileira:

Art. 165 - (...)

§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Adverte, porém, o referido autor¹³² que há uma exceção ao princípio da universalidade, a qual:

Diz respeito aos tributos que podem ser cobrados de um a outro ano, sem que estejam previstos na lei orçamentária, pois podem ser previstos posteriormente à aprovação e sanção da própria lei. É o que consta da Súmula 66 do STF, ao dispor: “É legítima a cobrança do tributo que houver sido aumentado após o orçamento, mas antes do início do respectivo exercício financeiro”. É que o tributo sujeita-se ao

¹³⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383.

¹³¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 333.

¹³² OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383.

princípio da anterioridade. Basta que tenha sido instituído ou aumentado no exercício anterior para que possa ser cobrado no seguinte. Independe, pois, de previsão na peça orçamentária.

4.5.2 Princípio da anualidade

Segundo Oliveira¹³³, o princípio da anualidade – o qual poderia ser extraído do disposto no artigo 165, inciso III, da Constituição da República, que estatui que “leis de iniciativa do Executivo estabelecerão: (...) III – os orçamentos anuais” –, preceitua que o orçamento deve ser atualizado todos os anos, importando na necessidade de que para cada ano haja um orçamento.

Noutra perspectiva, esclarece Torres¹³⁴ que:

O princípio da anualidade orçamentária sinaliza no sentido de que o Legislativo deve exercer o controle político sobre o Executivo pela renovação anual da permissão para a cobrança dos tributos e a realização dos gastos, sendo inconcebível a perpetuidade da autorização para a gestão financeira.

Todavia, acorde o salientado por Oliveira¹³⁵:

Em verdade, não há princípio, antes periodicidade do orçamento, pois é importante que haja um termo inicial e final dos gastos e receitas públicas. Inclusive para o controle por parte da população. Tal princípio hoje está ultrapassado, porque, ao lado do orçamento anual, há o plurianual, denominado “plano” na Constituição Federal (art. 165, I). Inclusive dentro do orçamento anual há diversos orçamentos (fiscal, de investimento, da seguridade social). Já não mais se pode tratar a anualidade como princípio.

4.5.3 Princípio da exclusividade

Encontra-se o princípio da exclusividade insculpido, de modo expresse, no artigo 165, § 8º, da Constituição brasileira, o qual prescreve:

Art. 165 - (...)

§ 8º - A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

¹³³ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383.

¹³⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 329.

¹³⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38-384.

Por força do princípio da exclusividade, afiguram-se vedadas, de acordo com a lição de Torres¹³⁶,

(...) as caudas orçamentárias, os *riders*, os *cavaliers budgetaires*, os *omnibus*, o *Bepackung* (empacotamento), os orçamentos rabilongos, isto é, quaisquer dispositivos de lei material que não impliquem previsão de receita ou autorização de despesa e que foram comuns na antiga prática constitucional no Brasil e no estrangeiro.

Assevera, no entanto, Oliveira¹³⁷ que tal princípio comporta exceções:

A operação para antecipação de receita significa que, no início do ano, normalmente, o governo não tem caixa para suportar os gastos iniciais, especialmente aqueles relativos ao pagamento do funcionalismo público. Logo, tem de obter financiamento perante bancos comuns para suportar os gastos iniciais, até que haja ingresso de dinheiro. Dessa forma, quando se cuida de crédito suplementar. Isso independe de previsão orçamentária, diante da excepcionalidade do fato.

4.5.4 Princípio da unidade

Apresenta-se o princípio da unidade extraído do disposto no artigo 165, § 5º, da Constituição da República, significando, concorde Oliveira¹³⁸, que a peça orçamentária “deve ser única e uma só, contendo todos os gastos e receitas. Cuida-se de princípio formal, isto é, o documento é único”.

Nos dizeres de Founrouge, citado pelo referido doutrinador brasileiro¹³⁹, “el principio de *unidad* presupuestaria en la reunión o agrupación de todos los gastos y recursos del Estado en un documento unico”. (grifo no original)

Em perspectiva diversa, Torres¹⁴⁰ adverte que o princípio da unidade “não significa a existência de um documento único, mas a integração finalística e a harmonização entre os diversos orçamentos”, não conflitando, assim, com a existência de peças orçamentárias autônomas dos Estados e dos Municípios.

¹³⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 333.

¹³⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 384.

¹³⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 384.

¹³⁹ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 384.

¹⁴⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 99.

Acorde o aludido doutrinador¹⁴¹, o princípio em apreço aponta, apenas, no sentido de que “todas as despesas e fundos da mesma pessoa jurídica devem se unificar finalisticamente no mesmo orçamento”.

4.5.5 Princípio da não-afetação

O princípio da não-afetação revela-se consagrado no artigo 167, inciso IV, da Constituição brasileira, o qual preceitua se afigurar vedada:

Art. 167 - (...)

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades de administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo.

Conforme Torres¹⁴², “o princípio da não afetação enuncia a vedação constitucional, dirigida ao legislador, de vincular a receita pública a certas despesas”, encontrando-se o mesmo, nos termos do dispositivo constitucional em apreço, restrito aos impostos.

Nos termos da lição de Oliveira¹⁴³:

O salutar princípio significa que não pode haver mutilação das verbas públicas. O Estado deve ter disponibilidade da massa de dinheiro arrecadado, destinando-o a quem quiser, dentro dos parâmetros que ele próprio elege como objetivos preferenciais. Não se pode colocar o Estado numa camisa de força, minguando seus recursos, para que os objetivos traçados não fiquem ou não venham a ser frustrados. Deve haver disponibilidade para agir.

O princípio da não-afetação também não se mostra absoluto, havendo hipóteses previstas constitucionalmente, conforme o salientado por Oliveira¹⁴⁴, em que não se verificará a sua incidência:

¹⁴¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 99.

¹⁴² TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 335-336.

¹⁴³ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 385.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 385.

(...) a primeira decorrente de previsão do constituinte originário, que diz respeito à vinculação de recursos para o ensino; e a segunda introduzida pela EC 42/2003. Não se pode olvidar que a EC 31/2000 instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, vinculando verbas federais, estaduais e municipais para a atividade que será desenvolvida. A EC 42/2003 acrescentou vinculação “para realização de atividades da administração tributária”, o que complementa o inciso XXII do art. 37 da CF, para prestação de garantias às operações de crédito em antecipação de receitas previstas no art. 165, § 8º, e para atender ao pagamento de débitos para com a União (§ 4º do art. 167).

(...)

O dispositivo constitucional fala em vinculação de receita de *impostos*, o que significa que será possível vincular taxas e contribuições de melhoria. As exceções estão especificadas, tratando-se dos fundos aludidos nos arts. 158 e 159 e também dos recursos de educação e saúde. Ainda é exceção a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita e pagamento de crédito da União. Nada impede, pois, que, ao obter financiamento para atender a algum compromisso financeiro, o Estado, quando da obtenção do dinheiro, destine-o a saldar o compromisso.

Importante salientar que tais exceções ao princípio da não-afetação apresentaram-se como opções do constituinte originário e do constituinte reformador, que compreenderam a necessidade de vinculação de percentuais mínimos de receitas à matérias reputadas relevantes.

4.6 As leis orçamentárias

Consoante o estatuído no artigo 165, incisos I, II e III, da Constituição da República, o orçamento será composto por meio de três leis, todas de iniciativa do Poder Executivo, consistentes no plano plurianual, nas diretrizes orçamentárias e nos orçamentos anuais.

Esclarece Ricardo Lobo Torres¹⁴⁵ que o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais se apresentam como três formas de planejamento orçamentário, as quais:

se integram harmoniosamente, devendo a lei orçamentária anual respeitar as diretrizes orçamentárias, consonando ambas com o plano plurianual (arts. 165, § 7º, 166, § 4º e 167, § 1º). E tem os três que se compatibilizar com o planejamento global – econômico e social (art. 165, § 4º).

Diante da necessidade de se compreender em que consistem o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, serão realizadas, nos tópicos a seguir, ainda que de maneira breve, algumas considerações em torno do conteúdo e dos objetivos das leis ordinárias que os estabelecem.

¹⁴⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 78.

4.6.1 O plano plurianual

O plano plurianual, nas palavras de Torres¹⁴⁶, tem por escopo “estabelecer os programas e as metas governamentais de longo prazo. É planejamento conjuntural para a promoção do desenvolvimento econômico, do equilíbrio entre as diversas regiões do País e da estabilidade econômica”.

Nesse sentido, segundo o disposto no § 1º do artigo 165 da Constituição brasileira:

Art. 165 - (...)

§ 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

Observa Oliveira¹⁴⁷ que:

Limita o dispositivo às despesas de capital e às dela decorrentes e às relativas aos programas de duração continuada. As despesas de capital constituem-se nos *investimentos*, nas inversões financeiras e nas transferências de capital (art. 12 da Lei 4.320/64). Os investimentos são as “dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais de trabalho, aquisição de instalações, equipamento e material permanente e constituição ou aumento do capital de empresas que não sejam de caráter comercial ou financeiro” (art. 12, § 4º, da Lei 4.320/64).

As *inversões financeiras* destinam-se à aquisição de imóveis ou de bens de capital já em utilização, à aquisição de títulos representativos do capital de empresas ou entidades de qualquer espécie, já constituídas, quando a operação não importe aumento do capital, e à constituição ou aumento do capital de entidades ou empresas que visem a objetivos comerciais ou financeiros, inclusive operações bancárias ou de seguros (art. 12, § 5º, da Lei 4.320/64).

De outro lado, as *transferências de capital* são dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devem realizar, constituindo-se em auxílios ou contribuições (art. 12, § 6º, da Lei 4.320/64).

Ressalta Torres¹⁴⁸ que o plano plurianual se trataria de lei formal, que se afigura dependente do orçamento anual para de que possa ter eficácia no que tange à realização das despesas.

¹⁴⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 79.

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 386.

¹⁴⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 81

Conforme o entendimento de precitado autor¹⁴⁹, o plano plurianual “constitui mera *programação* ou *orientação*, que deve ser respeitada pelo Executivo na execução dos orçamentos anuais, mas que não vincula o Legislativo na feitura das leis orçamentárias”.

Importante consignar, ainda, que, em virtude do preceituado no artigo 165, § 7º, da Constituição da República, o orçamento fiscal e o orçamento de investimento das empresas estatais devem estar em congruência com o plano plurianual, e que, nos moldes do artigo 167, §1º, do mesmo diploma, nenhum investimento cuja execução ultrapassar um exercício financeiro poderá ser iniciado sem que haja prévia inclusão naquele, ou sem que essa seja autorizada por lei.

4.6.2 A lei de diretrizes orçamentárias

A lei de diretrizes orçamentárias, de acordo com o noticiado por Torres¹⁵⁰, se cuida de uma novidade introduzida pela Constituição brasileira de 1988 no ordenamento jurídico-constitucional, a qual se inspirou, em parte, nas Leis Fundamentais da República Federal da Alemanha e da França.

Segundo o preceituado no artigo 165, § 2º, da Constituição da República:

Art. 165 - (...)

§ 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Assevera o referido doutrinador¹⁵¹ que a lei de diretrizes orçamentárias – que deve ser elaborada no primeiro semestre –, apresentaria natureza formal, traduzindo-se como mera orientação ou sinalização para a feitura do orçamento.

Para Oliveira¹⁵², a lei de diretrizes orçamentárias se cuida de lei anual, na medida em que o mencionado § 2º do artigo 165 da Constituição refere-se à “despesas de capital para o

¹⁴⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 81.

¹⁵⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 85.

¹⁵¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 85.

¹⁵² OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 386.

exercício subsequente”, a qual “deve traçar regras gerais para aplicação ao plano plurianual e também aos orçamentos anuais”.

Noticia o referido doutrinador¹⁵³ que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 612¹⁵⁴, que apresentou como relator o Ministro Celso de Melo, compreendeu que a lei de diretrizes orçamentárias

(...) tem por objeto orientar a elaboração da lei orçamentária anual e dispor sobre as alterações na legislação tributária, além de estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. A ordinária vinculação da Lei de Diretrizes Orçamentárias a um exercício financeiro determinado define-lhe a natureza essencialmente transitória, atribuindo-lhe, em consequência, eficácia temporal limitada. Esse ato legislativo – não obstante a provisoriedade de sua vigência – constitui um dos mais importantes instrumentos normativos do novo sistema orçamentário brasileiro.

Pontua Torres¹⁵⁵, em consonância com a perspectiva de que as diretrizes orçamentárias configuram lei apenas em sentido formal, que essa:

Não cria direitos subjetivos para terceiros e nem tem eficácia fora da relação entre os Poderes do Estado. Da mesma forma que o plano plurianual, não vincula o Congresso Nacional quanto à elaboração da lei orçamentária, nem o obriga, se contiver dispositivos sobre alterações da lei tributária, a alterá-la efetivamente, nem o impede, no caso contrário, de instituir novas incidências fiscais, que isso significaria o retorno da reserva de iniciativa das leis que criam tributos ao Poder Executivo e conflitaria com o princípio da anterioridade definido no artigo 150, III. Não sendo lei material, não revoga nem retira a eficácia das leis tributárias ou das que concedem incentivos.

¹⁵³ Vide OLIVEIRA, Régis Fernandes. Curso de direito financeiro. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 386.

¹⁵⁴ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI N. 1.848/91, DO RIO DE JANEIRO (ART. 34) - LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTARIAS - NATUREZA JURÍDICA - NORMA LEGAL DE VIGENCIA TEMPORARIA - PLENO EXAURIMENTO DE SUA EFICACIA JURÍDICO-NORMATIVA - PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO. - A Lei de Diretrizes Orçamentárias possui destinação constitucional específica e veicula conteúdo material próprio, que, definido pelo art. 165, par. 2. da Carta Federal, compreende as metas e prioridades da Administração Pública, inclusive as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente. Mais do que isso, esse ato estatal tem por objetivo orientar a elaboração da lei orçamentária anual e dispor sobre as alterações na legislação tributária, além de estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. - A ordinária vinculação da Lei de Diretrizes Orçamentárias a um exercício financeiro determinado define-lhe a natureza essencialmente transitória, atribuindo-lhe, em consequência, eficácia temporal limitada. Esse ato legislativo - não obstante a provisoriedade de sua vigência - constitui um dos mais importantes instrumentos normativos do novo sistema orçamentário brasileiro. - Objeto do controle concentrado de constitucionalidade somente pode ser o ato estatal de conteúdo normativo, em regime de plena vigência. A cessação superveniente da vigência da norma estatal impugnada em sede de ação direta de inconstitucionalidade, enquanto fato jurídico que se revela apto a gerar a extinção do processo de fiscalização abstrata, tanto pode decorrer da sua revogação pura e simples como do exaurimento de sua eficácia, tal como sucede nas hipóteses de normas legais de caráter temporário. (ADI 612, Relator(a): Min. CELSO DE MELO, Tribunal Pleno, julgado em 03/06/1993, DJ 06-05-1994. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 01 jun de 2013).

¹⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 85-86.

Assim, afigura-se a lei de diretrizes orçamentárias como um plano prévio que, fundando-se em considerações econômicas e sociais, traçará orientações para a posterior elaboração das propostas orçamentárias do Executivo, do Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público¹⁵⁶.

4.6.3 Os orçamentos anuais

A lei orçamentária anual, a teor do disposto no artigo 165, § 5º, da Constituição brasileira, compreende o orçamento fiscal, concernente aos poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público; o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; e o orçamento da seguridade social, que abrange todas as entidades e órgãos a essa vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo poder público.

Leciona Torres¹⁵⁷ que:

A Constituição de 1988 resolveu integrar na mesma lei o orçamento fiscal, o da seguridade social e o dos investimentos das estatais. A medida não encontra paralelo importante no direito comparado, pois diversos países (...) ainda conservam o orçamento da seguridade social fora do orçamento do Estado. A unificação dos orçamentos teve o mérito de permitir o controle da utilização de recursos do orçamento fiscal e da seguridade social para suprir necessidades ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos (art. 167, VIII, CF); mas teve a desvantagem de confundir as fontes de financiamento da seguridade social com as do Tesouro Público, o que levou, afinal, à criação da “Super Receita”, com a unificação da Receita Federal e da Receita do INSS (grifos no original).

Diante desse esclarecimento inicial, cumpre tratar das três espécies de orçamento.

4.6.3.1 O orçamento fiscal

Nos termos do artigo 165, § 5º, inciso I, da Constituição, o orçamento fiscal diz respeito aos poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público.

¹⁵⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 86.

¹⁵⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 99-100.

As normas que complementam as disposições do orçamento anual, de acordo com Torres¹⁵⁸, são extraídas da Lei n.º 4.320/64 e das leis de diretrizes orçamentárias anuais.

No que tange às receitas, a Lei n.º 4.320/64, em seu anexo III, consoante o aludido autor¹⁵⁹, adota o critério de classificação por categorias econômicas, dividindo-as em correntes e de capital.

As receitas correntes abrangem a receita tributária, que resulta de impostos, taxas e contribuição de melhoria; a receita de contribuições, que decorre de compensações financeiras e contribuições econômicas; a receita patrimonial, que concerne à exploração de bens dominicais; a receita agropecuária, consistente na produção vegetal e mineral; a receita industrial; a receita de serviços; a receita atinente a transferências correntes intragovernamentais, intergovernamentais, e do exterior; e a receita relativa à outras transferências correntes, tais como as derivadas de multa e juros de mora, indenizações, restituições, e dívida ativa¹⁶⁰.

Já as receitas de capital contemplam operações de crédito, alienação de bens, amortização de empréstimos, e transferências de capital intragovernamentais e intergovernamentais¹⁶¹.

Relativamente às despesas, o orçamento anual conterá, conforme a lei de diretrizes orçamentárias anual, a discriminação daquelas por unidade orçamentária, detalhada por categoria de programação em seu menor nível, com suas respectivas dotações¹⁶².

Esclarece Torres¹⁶³ que da lei orçamentária anual poderá também constar:

a autorização para que o Executivo abra *crédito suplementar* (art. 165, § 8º, CF), destinado ao reforço das dotações orçamentárias, desde que com a indicação dos recursos correspondentes (art. 167, V, CF). Os *créditos especiais*, entretanto, que se destinam às despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica, exigem prévia autorização do Legislativo. A outra modalidade de *crédito adicional*, que é o *crédito extraordinário*, destina-se a despesas urgentes e imprevistas, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, e, ao contrário dos suplementares e dos especiais, pode ser aberto pelo Executivo através de medida provisória (art. 167, § 3º) (grifos no original).

¹⁵⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 100.

¹⁵⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 100.

¹⁶⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 100.

¹⁶¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 100.

¹⁶² TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 100.

¹⁶³ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 101.

4.6.3.2 O orçamento de investimento das estatais

O orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto também se integra à lei orçamentária anual.

Aduz Torres¹⁶⁴ que “o objetivo da novidade constitucional, que obviamente não atinge as despesas de custeio, foi o de impedir a transferências de recursos do Tesouro e as emissões inflacionárias para suprir a ineficiência das empresas estatais”.

Todavia, esclarece o referido autor¹⁶⁵ que a prática tem evidenciado que “as estatais são indomáveis, e os tetos de investimento vêm sendo desrespeitados frequentemente”.

4.6.3.3 O orçamento da seguridade social

O orçamento da seguridade social, em consonância com a lição de Torres¹⁶⁶, se trata de figura criada pela Constituição brasileira de 1988, que, por força do princípio da unidade, se integra à lei orçamentária anual.

Preceitua o artigo 165, inciso III, da Constituição que o orçamento da seguridade social abarca todas as entidades e órgãos da administração direta e indireta, assim como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo poder público.

Salienta o aludido doutrinador¹⁶⁷, que, em virtude da ausência de uma lei complementar, que, em observância ao estatuído no artigo 165, § 9º, da Constituição, venha a disciplinar a matéria orçamentária, a complementação normativa do orçamento da seguridade social tem sido efetivada por meio das leis de diretrizes orçamentárias anuais, as quais dispõem que aquele deverá compreender as dotações destinadas ao atendimento das ações de saúde, previdência e assistência social.

O conceito de orçamento da seguridade social, acorde Torres¹⁶⁸, encontra-se intrinsecamente relacionado ao tratamento que a Constituição dispensa à problemática da

¹⁶⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 101.

¹⁶⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 101.

¹⁶⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 101.

¹⁶⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 102.

¹⁶⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 102-103.

seguridade social, que, embora se apresente como uma expressão equívoca, pode ser entendida como

as ações e prestações do Estado tendentes a garantir os direitos sociais dos cidadãos, protegendo-os contra os riscos do trabalho e as contingências da própria existência humana (velhice, maternidade, desemprego involuntário, etc.). Distingue-se perfeitamente da segurança jurídica, que abrange a garantia dos direitos fundamentais e pode compreender as prestações positivas para a sua defesa, inclusive contra os riscos da vida. Segue-se daí que a proteção estatal à vida, à propriedade, à locomoção e aos demais direitos enumerados no art. 5º da CF, enquadram-se na idéia de *segurança dos direitos individuais*; ao passo que a proteção dos direitos sociais e as riscos provenientes da idade, do trabalho ou das demais contingências existenciais entende com a *seguridade social* (grifos no original).

Relativamente às fontes de financiamento da seguridade social, relembra o referido autor¹⁶⁹, que a mesmas devem se fundamentar nas contribuições de empregadores e empregados e “nas contribuições sociais exóticas enumeradas no art. 195 da Constituição, sendo que estas últimas sustentam a gratuidade dos sistemas de saúde e de assistência social”.

No que tange à vertente das despesas, observa Torres¹⁷⁰ que houve a inclusão dos gastos atinentes a todas as entidades vinculadas à seguridade social, significando que “qualquer que seja o órgão dos Ministérios ou das entidades da Administração Indireta, desde que pratiquem ações nas áreas de previdência, assistência e saúde, serão consideradas como unidades orçamentárias”.

4.6.4 A lei complementar financeira

Nos termos do artigo 165, § 9º, inciso I, da Constituição da República, lei complementar deverá dispor sobre o exercício financeiro, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual.

Consoante Oliveira¹⁷¹, “para plena eficácia dos dispositivos orçamentários, impõe-se a existência de uma lei complementar que disporá sobre a matéria prevista nos três orçamentos e nas respectivas leis”.

Verifica-se, ainda, a teor do disposto no inciso II, do § 9º, do artigo 165 da Constituição, que à mesma lei complementar caberá o estabelecimento de normas de gestão

¹⁶⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 104.

¹⁷⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 109.

¹⁷¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 395-396.

financeira e patrimonial da Administração direta e indireta, assim como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

4.7 O orçamento público e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos moldes em que foi estruturado no artigo 225 da Lei Fundamental, reclama dos Poderes Executivo e Legislativo o desenvolvimento e a realização de políticas públicas destinadas, dentre outros fins: 1) à preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e ao manejo ecológico das espécies e ecossistemas; 2) à preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País e à fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; 3) à definição dos espaços territoriais e de seus componentes a serem especialmente protegidos; 4) à exigência, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, de estudo prévio de impacto ambiental; 5) ao controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; 6) à promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino e à conscientização pública para a preservação do meio ambiente; e 7) à proteção da fauna e da flora, vedando-se práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Tais políticas públicas, em virtude de sua abrangência e complexidade, exigem, para o seu aperfeiçoamento, o aporte de recursos materiais e o adimplemento de obrigações positivas por parte do Estado, que importam, inequivocamente, na realização de despesas, porquanto ostentarem uma cristalina dimensão econômica.

Em virtude das características das finanças estatais, a realização dessas despesas deve encontrar-se antecedida pela previsão de receitas, havendo a necessidade de que ambas estejam previstas no orçamento público, em conformidade ao disposto nos artigos 165 a 169 da Constituição da República.

Nessa perspectiva, constata-se que para a concretização dos objetivos e mandados emergentes do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o orçamento público afigura-se imprescindível, visto que por meio das leis que lhe conferem substância se definem os quantitativos de recursos a serem alocados para proporcionar a efetivação das políticas públicas ambientais.

Assim, é possível afirmar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, desvinculado do orçamento público, sofre um sensível esvaziamento de seu conteúdo, desenvolvendo uma limitada eficácia negativa, no sentido de tão somente fundamentar a invalidação de leis e atos normativos infraconstitucionais que se lhe apresentem em situação de contrariedade.

4.8 O Orçamento público e a fiscalização abstrata da constitucionalidade

Uma vez abordada a temática atinente ao orçamento público, em que se conferiu destaque à sua natureza jurídica – de modo a evidenciar a necessidade de que o mesmo seja concebido como lei em sentido formal e material –, impõe-se o tratamento da discussão em torno da possibilidade ou não de se submeter os normativos que lhe consubstanciam, ao instituírem o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, ao crivo da constitucionalidade abstrata.

Afigura-se o debate acerca da admissibilidade ou inadmissibilidade da fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis orçamentárias como uma pré-condição para o exame da questão concernente à participação do Poder Judiciário na concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual – em virtude das características com as quais foi delineado no artigo 225 da Constituição da República –, exige, para a viabilização de seu exercício por parte de seus titulares, a realização de despesas, porquanto revelar-se dotado de inequívocas repercussões econômico-financeiras.

Nesse norte, efetivar-se-á, no capítulo subsequente, a exposição de algumas generalidades referentes ao controle abstrato de constitucionalidade, enfocando-se, em especial, a ação direta de inconstitucionalidade e a compreensão das leis orçamentárias como objeto dessa, porquanto se revelar tal instrumento processual como a sede mais adequada para o Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, intervir no contexto da efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

5 A FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS POR MEIO DA AÇÃO DIRETA

5.1 O controle de constitucionalidade

Embora tenha passado por diversas mutações, o conceito de Constituição – afirmam Mendes, Coelho e Branco¹⁷² –, parece ter conservado um núcleo permanente, que se identifica, nas palavras de Hans Kelsen, com a “idéia de um princípio supremo que determina integralmente o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento”.

Paralelamente a essa perspectiva de uma Constituição em sentido material, esclarecem referidos autores¹⁷³, cogitar-se a existência de uma Constituição na vertente formal, que pode ser compreendida como um “conjunto de regras promulgadas com a observância de um procedimento especial e que está submetido a uma forma especial de revisão”.

Konrad Hesse, conforme enunciam Mendes, Coelho e Branco¹⁷⁴, buscando construir um conceito que conjugasse “o conteúdo material e a realidade normativa da Constituição”, definiu-a como a “ordem jurídica fundamental da comunidade”, que traça “as linhas básicas do Estado e estabelece diretrizes e limites ao conteúdo da legislação vindoura”.

Não codificando, mas apenas regulando as linhas essenciais de aspectos que se apresentam relevantes e mercedores de uma disciplina, a Constituição, segundo Hesse¹⁷⁵, renunciando a uma pretensão de completude, reveste-se, um só tempo, das características da rigidez e da flexibilidade, de modo a evitar, a partir da conciliação entre estabilidade e desenvolvimento, a “dissolução da ordem constitucional” e o “congelamento da ordem jurídica”.

Salientam Mendes, Coelho e Branco¹⁷⁶ que somente a ideia de Constituição como ordem jurídica fundamental – que sintetiza as perspectivas de legitimidade material e de

¹⁷² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 999.

¹⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1000.

¹⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1000.

¹⁷⁵ *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.1000-1001.

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1001.

abertura constitucional –, se revelaria idônea a possibilitar a compatibilização entre o “controle de constitucionalidade – que pressupõe uma Constituição rígida – com a dinâmica do processo político-social”.

Nesse sentido, não obstante o controle de constitucionalidade afigurar-se como um instrumento de salvaguarda da ordem jurídico-constitucional, que se assenta sobre os pressupostos da rigidez, da supremacia e da unidade da Constituição, o mesmo não deve descurar-se da necessidade de acompanhar as transformações da realidade sócio-política.

5.1.1 *Conceito*

Acorde a lição de Dirley da Cunha Júnior¹⁷⁷, o controle de constitucionalidade, “enquanto garantia de tutela da supremacia da Constituição, é uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados”.

Esclarece mencionado doutrinador¹⁷⁸ que:

(...) partindo da premissa teórica de que uma Constituição rígida é suprema ante todos os comportamentos e atos do poder público, é indubitavelmente manifesta a necessidade em que se encontra o próprio texto constitucional de organizar *um sistema ou processo adequado de sua própria defesa*, em face dos atentados que possa sofrer, quer do Poder Legislativo, através das leis em geral, que do Poder Executivo, através de atos normativos e concretos. Assim, “é justamente a tais sistemas ou processos de defesa, ou guarda das Constituições rígidas, frente a tais ataques, que hoje se denomina ‘controle de constitucionalidade das leis’”. (grifos no original).

Percebe-se, em síntese, que o controle de constitucionalidade se trata de um procedimento de averiguação da congruência entre as leis e demais atos dos poderes públicos com a normativa constitucional.

5.1.2 *Pressupostos*

Baseando-se em Clèmerson Merlin Clève, em Celso Ribeiro Bastos e em Jorge Miranda, Cunha Júnior¹⁷⁹ assevera que a doutrina identifica três pressupostos para a

¹⁷⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 38.

¹⁷⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 38.

efetivação do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, consistentes na existência de uma Constituição formal; na compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia e rigidez; e na instituição de ao menos um órgão com competência para exercitar tal atividade de fiscalização.

5.1.2.1 A Constituição formal

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos exige a presença de uma Constituição formal e escrita, o que, nos dizeres de Cunha Júnior¹⁸⁰, significa a necessidade de “um conjunto normativo de princípios e regras escritas, plasmados num texto jurídico supremo”.

Desse modo, na perspectiva do aludido autor¹⁸¹, a denominada

(...) Constituição costumeira ou histórica (não escrita), por ser juridicamente uma constituição flexível, não dispõe de um controle de constitucionalidade, já que, nos países que a adotam, vige o princípio da supremacia do parlamento, não se aceitando a fiscalização dos atos dele decorrentes.

5.1.2.2 A Constituição como norma jurídica fundamental, rígida e suprema

A Constituição, além de apresentar-se como formal, a fim de que possa distinguir-se das espécies legislativas ordinárias e, assim, receber especial tutela por meio de um sistema de controle de constitucionalidade, necessita ser compreendida, consoante Cunha Júnior¹⁸², “como uma *norma jurídica fundamental*, rígida e suprema”. (grifos no original)

Aduz o precitado jurista¹⁸³ que:

(...) a rigidez constitucional decorre exatamente da previsão de um processo especial e agravado, reservado para a alteração das normas constitucionais, significativamente distinto do processo comum e simples, previsto para a elaboração e alteração das leis complementares e ordinárias. Essa diferença de regime, consistente na exigência de um processo especial e demasiadamente complexo para

¹⁷⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 39.

¹⁸⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 39.

¹⁸¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 39.

¹⁸² CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 39.

¹⁸³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 39.

alteração das normas constitucionais, confere à Constituição o *status* de norma jurídica fundamental, suprema em relação a todas as outras.

Ressalta Silva¹⁸⁴ que do postulado da rigidez constitucional deflui,

(...) como primordial consequência, o *princípio da supremacia da constituição* que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como uma pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno direito político”. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e organização de seus órgãos; é nela que se acham às *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. (grifos no original)

Em virtude do princípio da supremacia, observa Paulo Bonavides¹⁸⁵ a formação de uma hierarquia entre as fontes formais do Direito, que apresenta por consequência “o reconhecimento da ‘superlegalidade constitucional’, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania”.

Verifica-se, nessa vereda, que, por força do postulado da rigidez e do princípio da supremacia constitucionais, as leis e atos normativos que se afigurarem em situação de contrariedade à Lei Fundamental não poderão ser considerados válidos, devendo, pois, ser considerados tismados pela mácula da inconstitucionalidade, com a sua consequente extirpação da ordem jurídica.

5.1.2.3 A previsão de um órgão competente

Revela-se, de acordo com Cunha Júnior¹⁸⁶, igualmente indispensável para se promover a salvaguarda do texto constitucional a exigência da previsão, de forma expressa ou tácita, de um ou mais órgãos com competência para realizar o controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público.

¹⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45.

¹⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 267.

¹⁸⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 40-41.

Esse órgão incumbido de efetivar o controle de constitucionalidade, salienta o precitado doutrinador¹⁸⁷, “tanto pode exercer função jurisdicional como política; tanto pode, no primeiro caso, integrar a estrutura do Poder Judiciário como situar-se fora dela”.

Cumpra, ainda, consignar que, no Brasil, desde a Constituição de 1891, em virtude da influência da doutrina estadunidense do *judicial review of legislation*, incumbe ao Poder Judiciário, prioritariamente, o exercício do controle de constitucionalidade, nada obstante a faculdade concedida ao Executivo e ao Legislativo de, em situações excepcionais, promover a fiscalização preventiva e repressiva de certos atos e projetos legiferantes¹⁸⁸.

5.1.3 Formas de inconstitucionalidade

Sustenta Silva¹⁸⁹, que, por força do princípio da supremacia da Constituição, urge que todas as situações jurídicas se apresentem em conformidade com as normas constitucionais.

Tal necessidade de observância da Lei Fundamental, conforme o precitado doutrinador¹⁹⁰, além de demandar uma atuação positiva, em consonância com os ditames daquela, “exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional”.

Dessa forma, para Silva¹⁹¹, a Constituição da República de 1988 reconhece duas formas de inconstitucionalidades: a inconstitucionalidade por ação (atuação) e a inconstitucionalidade por omissão (art. 102, I, a, e III, a, b e c, e art. 103 e seus §§ 1º a 3º).

5.1.3.1 A inconstitucionalidade por ação

A inconstitucionalidade por ação, nas palavras de Mendes, Coelho e Branco¹⁹², “é aquela que resulta da incompatibilidade de um ato normativo com a Constituição”.

¹⁸⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 41.

¹⁸⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 41.

¹⁸⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 46.

¹⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 46.

¹⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47.

¹⁹² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1025.

Esclarece Silva¹⁹³ que:

O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a *incompatibilidade vertical* resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.

Essa incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis, decretos etc.) com a constituição é o que, tecnicamente, se chama *inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público (...)* (grifos no original)

Observa-se que a incompatibilidade de um ato normativo com a Lei Fundamental pode se manifestar de dois modos, caracterizando-se a inconstitucionalidade formal e a inconstitucionalidade material.

A primeira resta caracterizada, de acordo com Mendes, Coelho e Branco¹⁹⁴, quando “os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei”.

Sustentam os referidos autores¹⁹⁵ que “os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência”.

Já a inconstitucionalidade material configura-se, de acordo Silva¹⁹⁶, “quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da constituição”.

De forma mais minudente, explicam Mendes, Coelho e Branco¹⁹⁷ que:

Os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras e princípios estabelecidos na Constituição.

A inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo.

É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da

¹⁹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47.

¹⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1011.

¹⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1011.

¹⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24^a ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47.

¹⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.1013.

proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo.

O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa, ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*). (grifos no original)

5.1.3.2 A inconstitucionalidade por omissão

Verifica-se a inconstitucionalidade por omissão, acorde Silva¹⁹⁸, “nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais”.

Conforme Zeno Veloso, citado por Gregório Assagra de Almeida¹⁹⁹, a inconstitucionalidade por omissão pode ser assim compreendida:

Há omissão inconstitucional quando o legislador ou o administrador fica silente e inerte, deixando de dar concretude a uma norma constitucional, e o não fazer, no caso, é absoluto, bem como, embora tomando a medida normativa constitucionalmente prevista, atua deficientemente, com insuficiência, deixando de conferir eficácia completa e satisfatória ao preceito da “Lex Magna”. Verificamos então que a omissão pode ser absoluta ou total e parcial ou relativa.

Tem-se a omissão absoluta ou total, segundo lecionam Mendes, Coelho e Branco²⁰⁰, “quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada”.

Por seu turno, a omissão parcial ou relativa, acorde os nominados doutrinadores²⁰¹, “ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional”.

5.1.4 *Modelos*

Esclarece Cunha Júnior²⁰² que, considerando o direito constitucional comparado, revela-se possível identificar vários modelos de justiça constitucional²⁰³, isto é, “as diversas

¹⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47.

¹⁹⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 207.

²⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.1026.

²⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.1026.

²⁰² CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 93.

formas de manifestação e exercício do controle de constitucionalidade dos atos ou omissões do poder público”.

Diante da existência desses vários modelos de fiscalização da constitucionalidade, realizar-se-á, nos tópicos a seguir, tendo em vista a pertinência para o objeto desta pesquisa, uma breve abordagem em torno de dois critérios de discernimento, consistentes no número de órgãos com competência para o controle e no modo de manifestação do mesmo.

5.1.4.1 Quanto ao número de órgãos com competência para o controle

Relativamente ao número ou à quantidade de órgãos com competência para efetivar o controle de constitucionalidade tem-se, de acordo com Cunha Júnior²⁰⁴, o controle difuso e o controle concentrado.

Ocorre o controle difuso quando a fiscalização da constitucionalidade dos atos ou omissões dos poderes públicos é cometida a uma pluralidade de órgãos, tal como ocorre, segundo com o nominado autor²⁰⁵, nos Estados Unidos da América do Norte, que se caracteriza pelo sistema do *judicial review*²⁰⁶.

O controle será concentrado, por sua vez, quando o mesmo for reservado a um único ou poucos órgãos, como se verifica, conforme Cunha Júnior²⁰⁷, na Alemanha e demais países da Europa Continental²⁰⁸.

²⁰³ A expressão Justiça Constitucional, conforme José Alfredo de Oliveira Baracho (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 277-278.), “designa o conjunto de instituições e técnicas por meio das quais é assegurada a supremacia da Constituição, ao mesmo tempo que propicia a ampliação do conteúdo inserido na Constituição escrita, através da jurisprudência constitucional”. A ideia de Justiça Constitucional, de acordo com o referido autor, surge, já com o sentido atual, a partir de 1928, em Hans Kelsen e Charles Eisenmann, sendo que o primeiro a compreendia como a garantia jurisdicional da Constituição. Na lição do constitucionalista brasileiro, Eisenmann, primeiramente, define Justiça Constitucional como uma espécie de justiça ou meio de jurisdição por meio da qual se examinam aspectos das leis constitucionais, diferenciando-a, em seguida, da Jurisdição Constitucional, que se trata do órgão pelo qual a primeira é exercida. A partir de tal distinção, Eisenmann estabelece o sentido jurídico de Justiça Constitucional, que se trata, nas palavras do doutrinador em comentário, “do processo de garantia da repartição entre a legislação ordinária e a legislação constitucional, assegurando-se o respeito à competência do sistema de regras ou órgão supremo de ordem estatal”. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade das leis seria, embora a mais importante, apenas uma das técnicas que se encontram à disposição da Justiça Constitucional.

²⁰⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 98.

²⁰⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 98.

²⁰⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 279.

²⁰⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 98.

²⁰⁸ Consoante a lição de José Alfredo de Oliveira Baracho (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p.

Assevera o doutrinador em apreço²⁰⁹, que alguns autores observam, ainda, a existência de uma terceira modalidade, denominada mista ou eclética, que se trata daquela em que “o controle pode ser simultaneamente difuso e concentrado, como ocorre no Brasil e em Portugal”.

No Brasil, concorde Cunha Júnior²¹⁰,

o controle difuso pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, independentemente da instância ou grau de jurisdição (juízes e tribunais). Já o controle concentrado, só pode ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal (de leis e atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal), ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados (de leis e atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual).

5.1.4.2 Quanto ao modo de manifestação do controle

No que tange ao modo de manifestação do controle, esse, na lição de Cunha Júnior²¹¹, pode ser: a) por via incidental, que se provoca por meio de exceção ou defesa; b) por via principal, que se provoca por meio de ação direta; c) abstrato ou em tese; e d) concreto.

O controle será incidental, nas palavras do mencionado autor²¹²,

(...) quando a inconstitucionalidade é argüída incidentalmente, no curso de uma demanda, ou seja, num *caso concreto*, como **fundamento** do pedido nela deduzido. Nesse caso, a inconstitucionalidade ostenta **caráter prejudicial**, pois é matéria que necessita ser analisada e decidida **antes** pelo Judiciário, como condição e antecedente lógico para a solução da própria pretensão declinada na ação judicial proposta. Isto é, para acolher ou desacolher a pretensão do autor (exposta na petição inicial da ação) ou réu (externada na peça de defesa), o juiz deve necessariamente examinar a questão da constitucionalidade da lei ou do ato estatal, invocada por uma das partes como fundamento justificador da respectiva pretensão. Advertimos que, na via incidental, reitere-se, a inconstitucionalidade não é o pedido ou objeto da

301-302), o modelo europeu de Justiça Constitucional, também denominado austríaco, contou com a participação efetiva de Hans Kelsen para a sua estruturação e teorização, havendo uma aproximação entre os princípios de hierarquia e supremacia da Constituição. A contribuição de Kelsen decorre da “teoria da construção do direito por degraus”, que se revela, acorde o referido autor, como “exigência de um controle de constitucionalidade, exercido por uma jurisdição única, para garantir o princípio da hierarquia das normas e a coerência da ordem jurídica”. Na perspectiva kelseniana, segundo o salientado pelo constitucionalista brasileiro, somente uma Corte Constitucional única se revela competente para pronunciar-se sobre a anulação de uma norma contrária à Constituição, de modo a se garantir a coerência do ordenamento jurídico.

²⁰⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 98.

²¹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 98.

²¹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 98.

²¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 98-99.

demanda, mas sua causa de pedir, seu fundamento jurídico. Nessa via, o órgão competente será provocado por meio de *exceção* ou de *defesa*, em virtude da qual as partes (autor e réu) justificam sua pretensão (autor) ou defesa (réu). Além disso, a inconstitucionalidade pode ser suscitada por terceiros interessados que integram, de qualquer modo, a relação processual, e pelo Ministério Público que caiba intervir no feito. Permite-se, até, que o Juiz, de ofício, conheça e acolha a inconstitucionalidade, já que ele, mais do que ninguém, tem a obrigação de velar pela Constituição. (grifos no original)

Nesse sentido, o controle incidental será sempre concreto, uma vez “envolver a resolução de um litígio ou de uma controvérsia real entre as partes”²¹³.

Por seu turno, o controle será principal quando a inconstitucionalidade se afigurar como o próprio pedido ou objeto da ação. Nessa via, conforme Cunha Júnior²¹⁴, “há ações autônomas e especiais (as chamadas ações diretas) por meio das quais se leva ao exame judicial o pleito direto da inconstitucionalidade, ou da constitucionalidade, conforme o caso”.

Consoante a lição do aludido doutrinador²¹⁵:

No Brasil, o controle de constitucionalidade por via principal, através de ação direta, salvo algumas poucas hipóteses (ação direta de inconstitucionalidade interventiva e a arguição *incidental* de descumprimento de preceito fundamental), é sempre **abstrato** ou **em tese**. Isso significa que o controle abstrato relaciona-se com o controle concentrado e principal, pois nele a impugnação da constitucionalidade do comportamento do poder público é feita independentemente de qualquer litígio concreto. O controle abstrato, portanto, não desafia um processo contraditório de partes, conquanto se verifica num processo objetivo, cuja finalidade é a “defesa da Constituição”, por meio da supressão de atos contrários à *Fundamental Law*. (grifos no original)

Importante salientar, no entanto, que não se verifica uma correspondência necessária entre o controle incidental (por via de exceção) e o controle difuso e entre o controle principal (por via de ação) e o controle concentrado, visto que tal correlação, embora existente no Brasil, não se encontra reproduzida em outros sistemas jurídicos²¹⁶.

Esclarece Cunha Júnior²¹⁷ que:

Na Áustria, na Alemanha, na Itália e na Espanha, a questão da constitucionalidade suscitada incidentalmente (por via de exceção ou de defesa) conduz a um controle

²¹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 99.

²¹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 99.

²¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 99.

²¹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 99.

²¹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 99-100.

concentrado. Nesses países, uma vez levantada a questão de constitucionalidade, caberá ao juiz ou tribunal *a quo* não mais do que suspender o feito, suscitar o incidente e aguardar a decisão da Corte Constitucional a propósito da matéria. Percebe-se, daí, e em suma, que o controle difuso é sempre incidental, mas o inverso não é verdadeiro, haja vista que o controle incidental pode ser difuso (como ocorre no Brasil e nos Estados Unidos, por exemplo) e concentrado (como ocorre na Áustria, na Itália, na Alemanha e na Espanha). O controle concentrado, portanto, nesses países da Europa continental, pode ser provocado por via principal e por via incidental.

Ademais, a fiscalização de constitucionalidade pela via principal pode redundar tanto no controle abstrato de leis e atos normativos, quanto numa garantia concreta de direitos fundamentais, prestando-se a esse último fim institutos como a ação constitucional de defesa do ordenamento jurídico alemão e o recurso de amparo dos direitos mexicano e espanhol²¹⁸.

5.2 A ação direta de inconstitucionalidade

Preceitua o artigo 102, inciso I, alínea “a”, primeira parte, da Constituição da República de 1988 que, ao Supremo Tribunal Federal, compete, de modo precípua, efetivar a guarda da Lei Fundamental, incumbindo-lhe o processo e julgamento, em caráter originário, da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Consagrou tal dispositivo a denominada ação direta de inconstitucionalidade, que, apresentando-se disciplinada pela Lei n.º 9.968/99, se traduz como o mais relevante instrumento de exercício da fiscalização, em abstrato, da compatibilidade de leis e atos normativos com as normas que dimanam do texto constitucional.

5.2.1 Origem, conceito e finalidade

Conforme noticia Cunha Júnior²¹⁹, a ação direta de inconstitucionalidade apresenta como origem a Emenda Constitucional n.º 15/65 à Constituição de 1946, em que era concebida como uma representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual proposta pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal.

A Constituição brasileira, em seu artigo 102, inciso I, alínea “a”, dada sua natureza jurídica, denominou a antiga representação como ação direta de inconstitucionalidade,

²¹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 100.

²¹⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 171.

estabelecendo competir, originariamente, ao Supremo Tribunal Federal seu processo e julgamento²²⁰.

Trata-se a ação direta de inconstitucionalidade, de acordo com o entendimento de referido doutrinador²²¹, de uma ação de controle concentrado de constitucionalidade, destinada à defesa genérica de todas as normas constitucionais, que, eventualmente, sejam violadas por alguma lei ou ato normativo federal ou estadual.

A partir da propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade realiza o Supremo Tribunal Federal o exame, em abstrato, da compatibilidade ou incompatibilidade da lei ou ato normativo impugnado com a ordem constitucional, averiguando a existência de eventual antinomia²²².

Nos termos da lição de Alexandre de Moraes²²³, na ação direta de inconstitucionalidade:

O autor da ação pede ao STF que examine a lei ou ato normativo federal ou estadual *em tese* (não existe caso concreto a ser solucionado). Visa-se, pois, obter a invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

Verifica-se, assim, em função do ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, a instauração de um processo de natureza objetiva, “despido de qualquer carga de subjetividade”, em que se pretende não a resolução de um conflito de interesses, uma vez que não há lide, nem partes em contenda²²⁴, mas a salvaguarda do texto constitucional, por meio da extirpação do ordenamento jurídico de lei ou ato normativo que se afigure em eventual relação de contrariedade com o disposto na Carta Magna.

5.2.2 Legitimidade

A Constituição da República, em seu artigo 103, *caput*, incisos I a IX, estabeleceu, em rol taxativo, os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, ou

²²⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 171.

²²¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 171.

²²² CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 171.

²²³ MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 660.

²²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). *In Ações Constitucionais*. 5. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 451.

seja, o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, as Mesas das Assembleias Legislativas e a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; os Governadores dos Estados e o Governador do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados de Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional.

Não obstante não realizar o texto constitucional qualquer distinção entre os legitimados para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, acorde o informado por Almeida²²⁵, tem firmado entendimento no sentido de que as Mesas das Assembleias Legislativas, os Governadores dos Estados e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional deverão demonstrar a satisfação da exigência de pertinência temática²²⁶, visto se tratarem de autores interessados ou especiais, que devem, necessariamente, evidenciar a caracterização de um liame lógico entre a matéria contida na lei ou ato normativo impugnado e as questões institucionais defendidas pelos mesmos.

No que tange aos demais legitimados, isto é, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados de Brasil, e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal, ainda segundo o referido autor²²⁷, entende, por considerá-los neutros ou universais, não haver a necessidade de se evidenciar a pertinência temática, vez que o interesse processual para os mesmos revela-se presumido.

No pólo passivo, figurará o Advogado-Geral da União, nos termos do § 3º, do artigo 103 da Constituição da República, o qual dispõe: “quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.

²²⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 185.

²²⁶ Conforme Dirley da Cunha Júnior (CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 174), pode se compreender pertinência temática como uma forma de interesse processual que se expressa na necessidade de demonstração da existência de relação lógica entre a questão versada na lei ou ato normativo impugnado e os aspectos defendidos pelos legitimados especiais.

²²⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 185.

Segundo ensinamento de Cunha Júnior²²⁸, “a posição do Advogado-Geral da União na ação direta de inconstitucionalidade por ação é, segundo esclarece o Supremo Tribunal Federal, de curador da presunção de constitucionalidade da lei”, o que acarreta a obrigatoriedade de proceder à defesa do ato normativo questionado.

Estatui, ainda, o artigo 6º da Lei n.º 9.868/99 que “o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou ato normativo impugnado”, o que significa que também as referidas entidades, juntamente com o Advogado-Geral da União, ocuparão o pólo passivo na ação direta de inconstitucionalidade.

5.2.3 Competência e parâmetro

Nos termos do artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição brasileira, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Considerando que a ação direta de inconstitucionalidade se afigura como uma ação constitucional que se destina à defesa genérica de todas as normas constitucionais, a mesma, de acordo com Cunha Júnior²²⁹, apresenta por parâmetro “toda a Constituição, englobando as normas da parte permanente e da parte transitória do texto constitucional”.

5.2.4 Objeto

No que concerne ao objeto da ação direta de inconstitucionalidade, esse se revela muito mais restrito, compreendendo, segundo o artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal, apenas as leis ou atos normativos federais e estaduais, promanados dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário, que tenham sido editados posteriormente ao advento do texto constitucional e que ainda se encontrem em vigor.

Afiguram-se, portanto, como controláveis por via da ação direta de inconstitucionalidade, nos termos da lição de Almeida²³⁰, as emendas constitucionais, elaboradas pelo poder constituinte derivado; as leis ordinárias; as leis delegadas; as medidas provisórias; os decretos legislativos; as resoluções; os regimentos internos dos tribunais; os

²²⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2ª ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 172.

²²⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 181.

²³⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p p. 190.

regimentos internos do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Congresso Nacional; a aprovação de tratados internacionais; e outros atos normativos do Poder Executivo.

Quanto aos tratados internacionais, ainda com supedâneo em referido doutrinador²³¹, decidiu o Supremo Tribunal Federal que somente se admite o seu controle, por via da ação direta de inconstitucionalidade, se já incorporados, em definitivo, ao ordenamento jurídico interno.

Também se se sujeitam à ação direta de inconstitucionalidade as Constituições dos Estados-membros, que, a teor do disposto no artigo 25 da Constituição Federal, devem observar os princípios nessa consagrados.

Dessa forma, excluem-se do objeto da ação direta de inconstitucionalidade, segundo Cunha Júnior²³², os atos normativos de natureza privada, tais como estatutos de entidades associativas, convenções, bem como atos de efeitos concretos, mesmo que provenientes do poder público.

Assevera o sobredito autor²³³ que, embora a Constituição Federal se refira somente à normatividade dos atos dos poderes públicos, nada dispondo a respeito das leis, sejam essas de efeitos abstratos ou concretos, tem a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – consoante o salientado na introdução deste trabalho e se pode extrair do julgamento da ADI n.º 842²³⁴ –, se posicionado no sentido de que as últimas não se apresentam como objeto da ação direta de inconstitucionalidade, visto não se revestirem dos caracteres da generalidade, abstração e impessoalidade.

Criticando a concepção adotada pelo Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes²³⁵ esclarece que:

²³¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 190.

²³² CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 181.

²³³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 181.

²³⁴ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI N. 8.541 /92 (ART. 56 E PARS.) - ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO E A REGRA DE VALIDADE TEMPORAL DAS PROVAS SELETIVAS (CF , ART. 37 , II E III) - ATO DE EFEITOS CONCRETOS - INIDONEIDADE OBJETIVA DESSA ESPÉCIE JURÍDICA PARA FINS DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE DEPENDENTE DA PREVIA ANÁLISE DE ATOS ESTATAIS INFRACONSTITUCIONAIS - INVIABILIDADE DA AÇÃO DIRETA - NÃO-CONHECIMENTO. - Atos estatais de efeitos concretos, ainda que veiculados em texto de lei formal, não se expõem, em sede de ação direta, a jurisdição constitucional abstrata do Supremo Tribunal Federal. A ausência de densidade normativa no conteúdo do preceito legal impugnado desqualifica-o enquanto objeto juridicamente inidôneo para o controle normativo abstrato. (...) (ADI 842, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/1993). Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 01 jun de 2013.

²³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 181-182.

A extensão dessa jurisprudência, desenvolvida para afastar do controle abstrato de normas os atos administrativos de efeito concreto, às chamadas leis formais suscita, sem dúvida, alguma insegurança, porque coloca a salvo do controle de constitucionalidade um sem-número de leis.

Não se discute que os atos do Poder Público sem caráter de generalidade não se prestam ao controle abstrato de normas, porquanto a própria Constituição elegeu como objeto desse processo os atos tipicamente normativos, entendidos como aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração.

Ademais, não fosse assim, haveria uma superposição entre a típica jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária.

Outra há de ser, todavia, a interpretação se se cuida de atos editados *sob a forma de lei*. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre as leis dotadas de generalidade e aquelas outras, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou da vontade do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei (v.g., lei de orçamento, lei que institui empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública).

Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária.

Em continuidade a sua crítica, assevera o nominado doutrinador:

Ressalte-se que não se vislumbram razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, até porque *abstrato* – isto é, não vinculado ao caso concreto – há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade.

Por derradeiro, cumpre observar que o entendimento do Supremo Tribunal Federal acima referido acaba, em muitos casos, por emprestar significado substancial a elementos muitas vezes acidentais, a suposta generalidade, impessoalidade e abstração ou a pretensa concretude e singularidade do ato do Poder Público.

Os estudos e análises no plano da Teoria da Direito indicam que tanto se afigura possível formular uma lei de efeito concreto – *lei casuística* – de forma genérica e abstrata, quanto seria admissível apresentar como lei de efeito concreto uma regulação abrangente de um complexo mais ou menos amplo de situações.

Todas essas considerações parecem demonstrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não andou bem ao considerar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas (grifos no original).

Manifestando sua concordância em relação à crítica formulada por Mendes à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que tange à subtração das leis de efeito concreto do exame abstrato de constitucionalidade, Cunha Júnior²³⁶ assim se posiciona:

De feito, dispõe o art. 102, I, *a*, da Constituição Federal, que a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade serão propostas contra “lei” ou “ato normativo”. Não há aí – e isto salta aos olhos – qualquer

²³⁶

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 182.

referência à lei de efeitos abstratos. Logo, por um conhecido princípio de hermenêutica, não cabe ao intérprete distinguir onde o legislador (e constituinte!) não distinguiu e tampouco autorizou a distinção.

O Supremo Tribunal Federal, além disso, segundo Moraes²³⁷, também não admite ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia já tenha sido exaurida, tal como medida provisória não convertida em lei, compreendendo, ainda, como prejudicada a ação, em virtude da perda do objeto, no caso de a lei ou ato normativo impugnado vier a ser revogado antes do julgamento da mesma.

Afirma, ainda, Almeida²³⁸ que também não estariam sujeitas à ação direta de inconstitucionalidade, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, as súmulas, vez que não teriam as características de ato normativo; as normas constitucionais inconstitucionais, que seriam aquelas elaboradas pelo poder constituinte originário; as leis ou atos normativos anteriores à Constituição, visto que não se trataria de inconstitucionalidade, mas de revogação; as leis ou atos normativos municipais, que não se sujeitam à controle perante a Corte Constitucional; os decretos executivos, que, em razão de seu caráter de norma regulamentar e, portanto, secundária, não poderiam ter sua constitucionalidade controlada em abstrato; e os atos normativos estrangeiros.

5.2.4.1 As leis orçamentárias como objeto da ação direta de inconstitucionalidade

Respondendo ao questionamento concernente à possibilidade de se discutir, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, preceitos da lei orçamentária, Oliveira²³⁹, na linha do entendimento ainda prevalecente no Supremo Tribunal Federal, pronuncia-se, inicialmente, no sentido de que:

Descabe o controle concentrado de inconstitucionalidade sobre a lei orçamentária, uma vez que se cuida de ato político administrativo, e não normativo. Decidiu-se que não se pretendia a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, mas da destinação de recursos. Em outro julgado, o mesmo órgão decidiu que a Lei de Diretrizes Orçamentárias, ao vincular percentuais a programas, contém norma meramente administrativa, o que é incompatível com a ação direta, uma vez que ela somente pode ser dirigida contra norma geral e abstrata (ADIn 2.100/RS, rel. Min. Nelson Jobim). No mesmo sentido, acórdão relatado pelo Min. Maurício Côrrea (ADIn 2.057/AP, DJU 31.03.2000), em ação que objetivava a anulação de emenda parlamentar ao projeto de lei orçamentária. Decidiu-se que “constitui ato de natureza

²³⁷ MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 660.

²³⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 191.

²³⁹ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 359-360.

concreta a emenda parlamentar que encerra tão somente destinação de percentuais orçamentários, visto que destituída de qualquer carga de abstração e de enunciado normativo”.

Vê-se, pois, que descabe ação direta de inconstitucionalidade a dispositivos da lei orçamentária anual que apenas indica recursos para atendimento a despesas específicas, uma vez que se cuida de ato concreto. No mesmo sentido a emenda parlamentar que altera destino de recursos.

A fim de reforçar a negativa da possibilidade de as normas orçamentárias passarem pelo crivo da fiscalização abstrata da constitucionalidade, tem-se, também, aduzido, conforme o salientado por Machado²⁴⁰, que a tarefa de definir a forma como deveria se estabelecer a relação entre receitas e despesas se trataria de matéria reservada à discricionariedade administrativa, em que não poderia intervir o Poder Judiciário, dado o risco de se caracterizar ofensa ao princípio da separação de poderes.

Sustenta-se, ainda, de acordo com a nominada autora²⁴¹, que o órgão jurisdicional, por força de suas limitações, careceria de conhecimentos técnicos, em especial aqueles relativos à economia e finanças, para realizar a apreciação de questões relativas ao orçamento.

Observa-se que esses posicionamentos afiguram-se em consonância com a tese que sustenta que o orçamento constituiria apenas lei em sentido formal, produtora de efeitos concretos, que se limitaria a realizar a estimação das receitas e a fixação das despesas.

Consoante o anteriormente asseverado, compreende-se ostentar o orçamento a natureza de lei também na vertente material, que se reveste dos caracteres da generalidade e da abstração, porquanto não definir aquele, inicialmente, quem são os devedores de tributos e quais são os beneficiários das prestações estatais, além de se constituir, no momento em que se estabelece uma despesa, um dever jurídico para a Administração de desenvolver políticas públicas, conferindo executoriedade e efetividade aos direitos fundamentais.

Em virtude da filiação a tal perspectiva, afigura-se autorizado o entendimento de que não há quaisquer óbices à impugnação, no âmbito de uma ação direta de inconstitucionalidade, das leis que, instituindo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, constituírem o orçamento, uma vez restar inequívoca sua configuração como espécie normativa que atende às exigências do artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição da República de 1988.

Inidôneos a rechaçar a possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle abstrato da constitucionalidade das leis orçamentárias por via de ação direta se revelam, também, os

²⁴⁰ MACHADO, Clara Cardoso. *Controle jurisdicional de constitucionalidade em abstrato de lei orçamentária: análise da adi 4.048-1/DF*. Disponível em <http://www.evocati.com.br>. Acesso em 21 jun de 2013.

²⁴¹ MACHADO, Clara Cardoso. *Controle jurisdicional de constitucionalidade em abstrato de lei orçamentária: análise da adi 4.048-1/DF*. Disponível em <http://www.evocati.com.br>. Acesso em 21 jun de 2012.

argumentos da possível ofensa ao princípio da separação de poderes e da ausência de conhecimentos técnicos por parte daquele para realizar intervenções em matéria de orçamento.

Tais objeções ignoram o fato de o princípio da separação de poderes na República Federativa do Brasil apresentar-se sob a forma de um sistema de freios e contrapesos, em que há o exercício de funções típicas e atípicas por parte do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, além de se olvidarem da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de ação direta, nos termos do artigo 9º, § 1º, da Lei n.º 9868/99, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais aos órgãos ou entidades responsáveis pela edição da lei ou ato normativo impugnado, designar perito ou comissão de peritos, para que haja a emissão de parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, realizar-se a tomada de depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Abstraídas as discussões em torno da natureza jurídica do orçamento e da legitimidade ou não da intervenção do Poder Judiciário, verifica-se que o próprio Supremo Tribunal Federal tem sinalizado no sentido de uma alteração de entendimento no que tange à admissibilidade do controle abstrato de constitucionalidade das leis orçamentárias, consoante se observa do julgamento da ADI n.º 2.925²⁴² e da decisão que apreciou o requerimento de medida cautelar atinente à ADI n.º 4.048.

No julgamento da ADI n.º 2.925, assentou o Supremo Tribunal Federal, consoante se percebe da ementa do acórdão, que o controle concentrado de constitucionalidade se revela adequado quando a lei orçamentária apresenta contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta, tendo considerado inconstitucional a interpretação da Lei nº 10.640/2003 que “implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação

²⁴² PROCESSO OBJETIVO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORÇAMENTÁRIA. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta. LEI ORÇAMENTÁRIA - CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E DERIVADOS, GÁS NATURAL E DERIVADOS E ÁLCOOL COMBUSTÍVEL - CIDE - DESTINAÇÃO - ARTIGO 177, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária nº 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no § 4º do artigo 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas "a", "b" e "c" do inciso II do citado parágrafo. (...) (ADI 2.925, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2003, DJ 04-03- 2005). Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 01 jun de 2013.

do que arrecadado a partir do disposto no § 4º do artigo 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas "a", "b" e "c" do inciso II do citado parágrafo”.

Nesse sentido, Oliveira²⁴³, complementando seu raciocínio inicial, esclarece, com fundamento no referido aresto, que “se no orçamento se insere norma geral e abstrata, cabível é o controle direto”.

Relativamente à decisão que apreciou requerimento de medida cautelar concernente à ADI n.º 4.048²⁴⁴, de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Medes, observou-se um avanço na compreensão do Supremo Tribunal Federal, o qual, na ementa de tal julgado, assim se manifestou:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N° 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei n° 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. (...)

No âmbito, ainda, da mencionada ação direta, o Ministro Carlos Ayres Britto, anuindo à argumentação do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no sentido da viabilidade da submissão do orçamento à fiscalização abstrata da constitucionalidade, sustentou que a lei orçamentária “é a lei materialmente mais importante do ordenamento jurídico logo abaixo da Constituição. E deixar essa lei do lado de fora do controle de constitucionalidade, em processos objetivos, parece um contra-senso realmente”.

Verifica-se, ainda, que, sob as luzes do Estado Constitucional Democrático de Direito – em que a Constituição se afigura como ordem normativo-jurídica fundamental, que se reveste de supremacia e que vincula o agir de todos os poderes públicos –, a ideia de se vedar a submissão das leis orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade acaba

²⁴³ OLIVEIRA, Régis Fernandes. Curso de direito financeiro. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 360.

²⁴⁴ ADI 4.048, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, DJe 22-8-2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 01 jun de 2013

por redundar na vulneração da integridade da própria Constituição, consubstanciando-se intolerável ofensa ao princípio de sua força normativa.

5.2.5 *Petição inicial*

Nos moldes do artigo 3º, da Lei n.º 9.868/99, na ação direta de inconstitucionalidade, a petição inicial deverá conter, como requisitos indispensáveis: 1) a indicação do dispositivo ou dos dispositivos de que trata a ação, os quais são retirados da lei ou ato normativo impugnado, bem como os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada um daqueles (inciso I); e 2) a formulação do pedido, com as suas especificações (inciso II).

Interessante salientar que, embora a lei exija a indicação dos dispositivos que se reputam ofensivos à Constituição Federal, bem como dos fundamentos jurídicos de cada um deles, conforme esclarecem Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes²⁴⁵, não se encontra o Supremo Tribunal Federal, na formação do juízo de constitucionalidade, adstrito aos mesmos, em virtude da prevalência do princípio da causa de pedir aberta.

O inciso II, do artigo 3º, do mencionado diploma legal, ao estabelecer a necessidade da formulação do pedido e de suas especificações, ainda de acordo com os nominados autores²⁴⁶, acaba por consagrar, também no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, o princípio da demanda, que se apresenta como essencial à jurisdição constitucional, visto que, de certo modo, confere-se ao mesmo a qualificação do órgão decisório como um tribunal.

Cumprido ressaltar, também, que o pedido poderá contemplar, além do pronunciamento definitivo acerca da constitucionalidade da norma impugnada, a emissão de um juízo provisório sobre a matéria, por meio da concessão de medida cautelar²⁴⁷.

Estabelece o parágrafo único do aludido dispositivo a necessidade de que o autor da ação direta de inconstitucionalidade apresente, juntamente com a petição inicial em duas vias, cópias da lei ou ato normativo questionado, documentos que permitam a comprovação do

²⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes, WALD, Arnaldo e MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 384.

²⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, WALD, Arnaldo e MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 384.

²⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, WALD, Arnaldo e MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009 p. 384.

alegado, bem como procuração, que contemple poderes específicos²⁴⁸, caso seja subscrita por advogado.

De acordo com o *caput* do artigo 4º, da Lei 9.882/99, a petição inicial será indeferida liminarmente pelo relator nos casos de: 1) manifesta inadequação da ação; 2) não atendimento de quaisquer dos requisitos previstos no artigo 3º; e 3) inépcia.

Havendo o indeferimento da inicial, caberá, nos termos parágrafo único, do artigo 4º do mencionado diploma, a interposição de agravo, no prazo de cinco dias²⁴⁹.

Veda-se, ainda, nos moldes do artigo 5º da aludida lei, a possibilidade de desistência ao autor da ação direta de inconstitucionalidade, uma vez ensejar essa a instauração de um processo objetivo, que visa à salvaguarda da ordem constitucional.

5.2.6 Procedimento

Conforme anteriormente asseverado, encontra-se a ação direta de inconstitucionalidade regulamentada pela Lei n.º 9.868/99, a qual disciplinou o seu processo e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Uma vez proposta a ação a por um dos legitimados constantes do artigo 103 da Constituição, os quais são repetidos no artigo 2º de referido diploma legal, caso não haja requerimento de medida cautelar, o relator, de acordo com o disposto no *caput* do artigo 6º, pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, as quais serão prestadas num prazo de trinta dias, contados do recebimento do pedido (parágrafo único do artigo 6º).

Se houver pedido de cautelar, nos termos do artigo 10, da Lei n.º 9.868/99, segundo leciona Cunha Júnior²⁵⁰:

o relator – após, em regra, a audiência dos órgãos ou autoridades do qual emanou a lei ou ato impugnado, que deverão pronunciar-se em cinco dias e somente sobre os requisitos da medida cautelar – submetê-lo-á ao plenário do Tribunal e, somente após a decisão, pedirá as informações. Nada impede, entretanto, que a medida cautelar possa, a juízo do plenário, ser apreciada após o recebimento das informações.

²⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes, WALD, Arnoldo e MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 385.

²⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes, WALD, Arnoldo e MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 385.

²⁵⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 191.

O artigo 7º da precitada Lei não admite a intervenção de terceiros na ação direta de inconstitucionalidade, em virtude, segundo o precitado autor²⁵¹, do reconhecimento da natureza objetiva do processo de controle de constitucionalidade por ela proporcionado.

No entanto, nos termos do § 2º, do mencionado artigo 7º, poderá o relator, tendo em vista a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação, oral ou por escrito, de outros órgãos ou entidades, sejam legitimados ou não para a propositura da ação direta, consagrando a participação do denominado *amicus curiae* (amigo da Corte).

Após o transcurso do prazo das informações, nos termos do artigo 8º, da Lei n.º 9.868/99, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador da República, os quais deverão, cada qual, manifestar-se no prazo de quinze dias.

Vencidos tais prazos, acorde o artigo 9º do sobredito diploma legal, o relator lançará o relatório, remetendo cópia para todos os outros Ministros, e pedirá a designação de data para a efetivação do julgamento.

Segundo o § 1º, do referido artigo 9º, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O relator poderá, ainda, nos termos do § 2º, do mencionado artigo 9º, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

Tais informações, perícias e audiências, de acordo com o § 3º, do aludido artigo 9º, serão realizadas no prazo de trinta dias, contados da solicitação do relator.

Impende esclarecer, ainda, que não há prazo para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, a qual pode ser proposta a qualquer tempo, visto que o vício da inconstitucionalidade, por comprometer toda a ordem jurídica, se apresenta imprescritível.

5.2.7 Medida cautelar

Acorde o preceituado no *caput* do artigo 10, da Lei n.º 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir o pedido de medida

²⁵¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 191.

cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, após a audiência dos órgãos e autoridades das quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que se pronunciarão no prazo de cinco dias.

Nos termos do § 1º do mencionado artigo 10, poderá o relator, julgando necessário, ouvir o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

Poderá ser facultada, a teor do disposto no § 2º do referido artigo 10, no julgamento do pedido de medida cautelar, sustentação oral aos representantes judiciais dos requerentes e das autoridades e órgãos responsáveis pelo ato questionado.

Em caso de excepcional urgência, conforme o § 3º do sobredito artigo 10, poderá ser dispensada a audiência dos órgãos dos quais emanou o ato.

O artigo 11, da Lei n.º 9.868/99, esclarece que a decisão concessiva da medida cautelar terá eficácia *erga omnes* (§ 1º), devendo sua parte dispositiva ser publicada em sessão especial do órgão oficial de imprensa, no prazo de dez dias, contado do julgamento (*caput*).

O § 1º do aludido artigo 11 dispõe, ainda, que a cautelar, na ação direta de inconstitucionalidade, será concedida com eficácia *ex nunc*, salvo se o Supremo Tribunal Federal entender que deva ser concedida com eficácia retroativa.

Nessa linha, estabelece o § 2º do referido artigo 11 que a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior caso existente (efeito repristinatório), salvo expressa manifestação do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário.

Por fim, permite o artigo 12, da Lei n.º 9.868/99, que o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, submeta o processo diretamente ao Tribunal, o qual terá a faculdade de julgar definitivamente a ação, depois de prestadas informações, no prazo de cinco dias, e após a manifestação sucessiva, no prazo de dez dias, do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

5.2.8 Decisão

Estabelece o artigo 22, da Lei n.º 9.868/99, que a decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no âmbito da ação direta, somente será tomada caso estejam presentes na sessão pelo menos oito Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Conforme o disposto no artigo 23 do referido diploma e no artigo 97, da Constituição Federal (cláusula de reserva de plenário), são necessários os votos da maioria absoluta dos

Ministros, a saber, seis votos, para que haja, no âmbito da ação direta, a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Tendo em vista o efeito dúplice ou ambivalente²⁵² da ação direta de inconstitucionalidade, segundo se infere do artigo 24, da Lei n.º 9.868/99, exige-se a maioria absoluta não só para a proclamação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, hipótese em que aquela será julgada procedente, mas, também, para a declaração da constitucionalidade, situação em que haverá o julgamento no sentido da improcedência.

Julgada a ação e proferida a decisão, nos termos do artigo 25 da sobredita lei, o Supremo Tribunal Federal fará a comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição dos atos questionados.

Em face do disposto no artigo 26, da Lei n.º 9.868/99, a decisão proferida em ação direta, seja no sentido da inconstitucionalidade, seja no sentido da constitucionalidade da lei ou ato normativo, afigura-se irrecorrível, salvo a possibilidade de interposição de embargos de declaração, não podendo, ainda, ser objeto de ação rescisória.

Dispõe, ainda, o *caput* do artigo 28 do aludido diploma que, no prazo de dez dias, após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal publicará em sessão especial do órgão oficial de imprensa a parte dispositiva da decisão.

Tratados tais aspectos da decisão proferida em ação direta, cumpre abordar os efeitos por ela produzidos.

5.2.9 Efeitos da decisão

É possível afirmar, conforme Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino²⁵³, que, em regra, a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade produz quatro modalidades de efeitos, isto é, eficácia contra todos (*erga omnes*), efeitos retroativos (*ex tunc*), efeito vinculante, e efeito repristinatório em relação à legislação anterior.

Aduzir que a decisão apresenta eficácia *erga omnes* implica dizer que a mesma apresenta força geral, repercutindo sobre todos os indivíduos que estariam sujeitos à incidência da lei ou ato normativo impugnado.

²⁵² *apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). In *Ações Constitucionais*. 5. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 452-453.

²⁵³ PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008, p. 792.

Em relação aos efeitos retroativos (*ex tunc*) da decisão declaratória de inconstitucionalidade, importam esses na fulminação da lei ou ato normativo desde a sua origem, invalidando-se todas as relações jurídicas pretéritas que foram constituídas com fundamento nas normas impugnadas.

Revela-se a atribuição de efeitos retroativos como uma decorrência do entendimento prevalecente no Supremo Tribunal Federal de que a lei ou ato normativo inconstitucional afiguram-se nulos e não meramente anuláveis.

Quanto ao efeito vinculante, traduz-se esse na compulsoriedade da observância, por parte dos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, dos termos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, de modo a impedi-los de atuar em incongruência ao que fora declarado.

Em virtude do efeito vinculante, caso seja desrespeitada a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade, restará autorizado o ajuizamento de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea "I", da Constituição da República.

Por derradeiro, no que tange ao efeito repristinatório, significa o mesmo que, uma vez declarada, por via da ação direta, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, salvo deliberação em contrário do Supremo Tribunal Federal, restaura-se a vigência da legislação anterior, que havia sido revogada pela norma que se apresentou como objeto de impugnação.

Acorde o disposto no artigo 102, § 2º, da Constituição Federal, e no artigo 28, parágrafo único, da Lei n.º 9.868/99, a decisão definitiva de mérito proferida em ação direta de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal apresentará dois dos efeitos ora mencionados, a saber, a eficácia contra todos e o efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal.

Encontra-se o efeito repristinatório também contemplado na precitada lei, que, em seu artigo 11, § 2º, estabelece, ao disciplinar a medida cautelar, que a concessão dessa torna aplicável, caso existente, a legislação pretérita, ressalvada expressa manifestação do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário.

Relativamente ao efeito *ex tunc*, encontra-se o mesmo positivado no § 1º, do aludido artigo 11, que dispõe que a cautelar, na ação direta de inconstitucionalidade, será concedida com eficácia *ex nunc*, salvo se o Supremo Tribunal Federal entender que deva ser concedida com a primeira forma de eficácia retroativa.

Tais efeitos, consoante o asseverado alhures, afiguram-se, em regra, como decorrências necessárias da declaração de inconstitucionalidade no julgamento da ação direta,

havendo, porém, em caráter excepcional, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal efetivar a denominada modulação ou manipulação dos mesmos, conforme leciona Cunha Júnior²⁵⁴.

Nesse sentido, verifica-se o artigo 27, da Lei n.º 9.868/99, que preceitua que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, poderá o Supremo Tribunal Federal, considerando razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela somente tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado (eficácia *ex nunc*) ou de outro momento que venha a ser fixado (modulação temporal).

Infere-se dos termos do mencionado dispositivo que, uma vez consubstanciadas razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, o Supremo Tribunal Federal, mediante deliberação de dois terços de seus membros, poderá, conforme lição de Paulo e Alexandrino²⁵⁵: 1) restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o que significa ser admissível a limitação da eficácia *erga omnes* (contra todos) da decisão, seja afastando a declaração de inconstitucionalidade relativamente a certos atos já praticados com base na lei, seja afastando a incidência de sua decisão no que tange a situações determinadas. Implica, ainda, a viabilidade de se se rechaçar os efeitos repristinatórios da pronúncia de inconstitucionalidade, no que se refere à legislação anterior que havia sido revogada pela lei ou ato normativo declarado ilegítimo. Permite-se, assim, a elisão do denominado efeito repristinatório indesejado da legislação anterior, desde que de modo expresse e a requerimento específico do autor; 2) conferir efeitos não retroativos (*ex nunc*) à decisão, o que importa na possibilidade de a Corte entender que a declaração de inconstitucionalidade somente produzirá efeitos prospectivos, isto é, a partir do trânsito em julgado do acórdão, salvaguardando a validade de todos os atos praticados com base na lei (entre o início de sua vigência e a pronúncia de inconstitucionalidade); e 3) fixar outro momento para o início da eficácia de sua decisão, o que implica na chamada modulação temporal, que autoriza ao Tribunal estabelecer qualquer marco temporal para o início da produção dos efeitos da decisão, seja antes ou depois da data em que houve a declaração de inconstitucionalidade.

²⁵⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 198.

²⁵⁵ PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008, p. 798-799.

No que tange, ainda, aos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, acorde notícia Cunha Júnior²⁵⁶, vem adotando algumas técnicas compatíveis com o controle abstrato da constitucionalidade, tais como a interpretação conforme a Constituição, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e o apelo ao legislador.

Valendo-se da técnica ou método da interpretação conforme a Constituição, a Corte Constitucional, segundo Veloso²⁵⁷,

atua como legislador negativo, emitindo um juízo de inconstitucionalidade parcial, ao eliminar, por incompatibilidade com a Carta Magna, algumas possibilidades interpretativas. Afirma-se, por isso, que o Tribunal proclama uma sentença “manipuladora”, como denomina a doutrina italiana, ou “reduzora”, como diz, melhor, a espanhola. E reduzora porque enuncia que o preceito impugnado é inconstitucional em algum ou alguns de seus entendimentos, delimitando, encurtando, diminuindo o âmbito de aplicação do mesmo.

Assevera Almeida²⁵⁸ que a adoção dos efeitos vinculatórios nos casos de controle abstrato de inconstitucionalidade em que se verificou a adoção da técnica da interpretação conforme à Constituição, nos termos do artigo 28, parágrafo único da Lei n.º 9.868/99, permite a conclusão de que aqueles atingem também a fundamentação da decisão (transcendência dos motivos determinantes), não se restringido a coisa julgada à parte dispositiva do acórdão.

Discorrendo sobre os objetivos da técnica da interpretação conforme a Constituição, Emílio Peluso Neder Meyer²⁵⁹ assevera que essa:

(...) visa a estabelecer no ordenamento jurídico uma interpretação que seja compatível com a Constituição. Trata-se de construção jurisprudencial do tribunal alemão não havendo previsão legal para sua existência no ordenamento tedesco, ao contrário do que ocorre com nosso ordenamento jurídico. Assim, desde a institucionalização daquele tribunal, houve já o recurso a essa modalidade de *sentença interpretativa*²⁶⁰, sempre com o intuito de manter no sistema jurídico uma

²⁵⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 199.

²⁵⁷ *apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 199-200.

²⁵⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 200.

²⁵⁹ MEYER, Emílio Peluso Neder. *A Decisão no Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 41.

²⁶⁰ Explica Meyer (MEYER, Emílio Peluso Neder. *A Decisão no Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 40) que as “sentenças interpretativas buscam, seja por meio do provimento ou improvimento da ação interposta, restringir o âmbito normativo do dispositivo de lei ou ato normativo sujeito ao controle de constitucionalidade. O tribunal ou juiz verifica a possibilidade de manutenção da norma impugnada no ordenamento jurídico, dando-lhe uma interpretação que lhe pareça consentânea com a Constituição ou determinando que a norma só será inconstitucional caso seja aplicada a determinado grupo de pessoas ou de

lei ordinária inquinada da pecha de inconstitucionalidade, mas que poderia sobreviver a tal teste desde que interpretada em conformidade com a Constituição (grifos no original).

Na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, a pronúncia da ilegitimidade da lei ou ato normativo, consoante Almeida²⁶¹, não elimina, nem chega a alterar a disposição literal daqueles, restringindo-se a inconstitucionalidade a determinados aspectos relacionados com o âmbito de incidência da norma.

Distinguindo a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto da interpretação conforme à Constituição, Meyer²⁶² assevera que:

Diferentemente do que ocorre com a *interpretação conforme a Constituição*, a *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto* leva ao provimento, ainda que parcial, do pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Desse modo, em Portugal, a *interpretação conforme à Constituição* é denominada sentença interpretativa de rejeição, ao passo que a *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto* é qualificada como *decisão interpretativa de acolhimento parcial* ou *decisão de inconstitucionalidade qualitativa, ideal ou vertical*. A *declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa* assim é denominada porque se refere a determinadas situações ou grupos de pessoas nos quais a aplicação da norma interpretada a partir da disposição legislativa questionada leva à sua inconstitucionalidade; de maneira diversa, na *declaração de inconstitucionalidade parcial quantitativa*, o que há é uma supressão de partes do texto legislativo impugnado (grifos no original)

Acorde Veloso²⁶³, a norma impugnada, na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, permanece em vigor, inclusive em sua forma originária, mantendo-se inalterada sua redação.

Todavia, o Tribunal limita a aplicação da norma, de modo a não ser mais possível a sua incidência a certas situações geradoras de inconstitucionalidade, havendo outras em que a aplicação não importa na produção dos mesmos efeitos.

Estatui o artigo 28, parágrafo único, da Lei n.º 9.868/99 que, também, na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, havida em função do controle abstrato de constitucionalidade, observa-se a produção de eficácia contra todos e de efeito vinculante

situações. Em ambos os casos, ele tem a atividade interpretativa como definidora da possibilidade ou não de convivência da norma inquinada com a Constituição. Dentre os possíveis sentidos aferíveis pelo processo interpretativo de uma disposição legal, permanecerá um ou não permanecerá aquele que viole a Constituição”.

²⁶¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 199.

²⁶² MEYER, Emílio Peluso Neder. *A Decisão no Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 65.

²⁶³ *apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 198.

em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual ou municipal.

Por derradeiro, por meio da técnica do apelo ao legislador, nos termos da lição de Cunha Júnior²⁶⁴, o Tribunal rejeita a inconstitucionalidade da norma, pronunciando, todavia, em virtude de uma deficiência daquela, “uma possível conversão desta situação ainda constitucional num estado de inconstitucionalidade, caso não se edite uma nova normativa capaz de corrigir esta situação imperfeita”.

Em suma, a técnica do apelo ao legislador importa, nos dizeres de mencionado autor²⁶⁵, “numa decisão de rejeição da inconstitucionalidade, vinculada, contudo, a uma conclamação ao legislador para que esse entabule as medidas corretivas ou de adequação necessárias”.

Analisando a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, criador da técnica do apelo ao legislador, observa Meyer²⁶⁶ que essa também seria cabível quando houvesse um inadimplemento dos órgãos legiferantes no que tange a seu dever de legislar e no momento em que se caracterizasse a “falta de evidência” da ofensa constitucional, em que o Poder Legislativo não estaria, por ocasião da elaboração da lei, em condições de antever sua constitucionalidade.

Refere-se, ainda, o precitado autor²⁶⁷ às denominadas sentenças de aviso, que são um derivativo da técnica do apelo ao legislador, por força das quais a Corte Constitucional “demonstra que haverá uma mudança jurisprudencial no futuro, mas essa mudança não alcançará o objeto do processo no qual a sentença é proferida”.

5.2.10 O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a necessidade de parâmetros para a intervenção jurisdicional

Tendo restado patenteada a fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na ordem jurídico-constitucional brasileira, dessa derivando sua normatividade, eficácia e aplicabilidade direta e imediata – o que torna cristalina a possibilidade de o Poder Judiciário, juntamente com o Executivo e o Legislativo, participar de

²⁶⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 201.

²⁶⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 201.

²⁶⁶ MEYER, Emílio Peluso Neder. *A Decisão no Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 140-141.

²⁶⁷ MEYER, Emílio Peluso Neder. *A Decisão no Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 142.

sua concretização –, assim como a plausibilidade da compreensão das leis orçamentárias como objeto da ação direta de inconstitucionalidade – a qual tem como pressuposto a concepção do orçamento público como lei em sentido formal e material –, impõe-se tratar dos parâmetros para que a intervenção do Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, se afigure legítima e em conformidade aos ditames do princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Tais balizas, que devem nortear a atividade judicante no momento em que Supremo Tribunal Federal oferecer seu contributo para a efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, serão abordadas no capítulo que segue, o qual se apresentará como o derradeiro desta pesquisa.

6 PARÂMETROS PARA A INTERVENÇÃO JURISDICIONAL

6.1 O controle das políticas públicas vinculadas ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no contexto do exame abstrato da constitucionalidade

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos moldes como foi consagrado no artigo 225 da Constituição da República, consoante o assentado alhures, exige, para sua efetivação e conseqüente viabilização de seu pleno exercício por seus titulares, dentre outras medidas, a concepção e o implemento de políticas públicas²⁶⁸ por parte dos Poderes Executivo e Legislativo.

As políticas públicas reclamadas pelo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em virtude dos mandamentos decorrentes do precitado dispositivo constitucional, têm por objetivos, dentre outros: a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País e a fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; a definição dos espaços territoriais e de seus componentes a serem especialmente protegidos; a exigência, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, de estudo prévio de impacto ambiental; o controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; a promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; e a proteção da fauna e da flora, vedando-se práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

²⁶⁸ Válido, nesse passo, se revela a retomada do conceito de políticas públicas que, segundo Maria Paula Dallari Bucci (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva: 2006, p. 251/252) “é uma locução polissêmica cuja conceituação só pode ser estipulativa. Isto porque, como entendem Pierre Muller e Yves Surel, um política pública é um construto social e um construto de pesquisa. A delimitação das fronteiras de uma política pública tem sempre um componente aleatório. (...) Outro elemento a causar perplexidade no conceito de política pública, formado no âmbito da sociologia política e de difícil transposição para o direito, são as omissões, que também podem integrar a política pública. Seja a omissão do Governo intencional, seja resultado de impasse político ou consequência da não execução das decisões tomadas, ainda assim a atitude do governo e da Administração, num quadro conjuntural definido, pode constituir uma política pública. Para Muller e Surel, toda política pública se caracteriza pelas contradições, e, mais do que isso, há um ‘caráter intrinsecamente contraditório de toda política’. Como categoria analítica, as políticas públicas envolveriam sempre uma conotação valorativa; de um lado, do ponto de vista de quem quer demonstrar a racionalidade da ação governamental, apontando os vetores que a orientam; de outro lado, da perspectiva dos seus opositores, cujo questionamento estará voltado à coerência ou à eficiência da ação governamental. Essa dimensão axiológica das políticas públicas aparece nos fins da ação governamental, os quais se detalham e se concretizam em metas e objetivos”.

Tais políticas públicas, em virtude de sua complexidade e de sua amplitude, importam na necessidade do adimplemento de prestações positivas por parte dos poderes estatais, as quais, por apresentarem uma significativa projeção econômica, reclamam a realização de despesas.

Por força das características inerentes às finanças públicas, a realização dessas despesas deve encontrar-se antecedida pela previsão de receitas, o que termina por outorgar ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado uma inequívoca repercussão orçamentária.

Observa-se, nesse sentido, que o Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, em sua tarefa de participar da concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, fatalmente poderá ser exortado a examinar, em sede de ação direta, a constitucionalidade das leis orçamentárias, a qual se aperfeiçoará, em especial, por meio da avaliação das políticas públicas e dos recursos destinados à consecução desse fim.

Referindo-se não especificamente ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas à relação existente entre os direitos fundamentais como gênero e as políticas públicas, Barcellos²⁶⁹ assim se manifesta:

Estabelecida essa premissa – isto é: políticas públicas são indispensáveis para a garantia e a promoção de direitos fundamentais –, o fato é que toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público, e os recursos públicos são limitados. Essas são evidências fáticas e não teses jurídicas. (...) As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. E como não há recursos ilimitados será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Além da definição genérica de *em que* gastar, é preciso ainda decidir *como* gastar, tendo em conta os objetivos específicos que se deseje alcançar. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Dito de outra forma, as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas de estatura constitucional (grifos no original).

Percebe-se, assim, que a problemática concernente à forma como devem ser realizados os dispêndios estatais – que perpassa o modo como são formadas as políticas públicas –, assume, iniludivelmente, uma conotação também jurídica, o que acaba por propiciar um reforço à abertura da participação do Judiciário no contexto de concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por meio do desenvolvimento de uma

²⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 106.

atividade de fiscalização das medidas adotadas pelos demais poderes, a qual se realizará por força da apreciação da constitucionalidade das leis orçamentárias em sede de ação direta.

Manifestando-se favoravelmente ao controle jurisdicional dos atos administrativos, os quais acabam por compor as políticas públicas, assim como as propostas de leis orçamentárias elaborados pelo Executivo, Miguel Seabra Fagundes²⁷⁰ pontua que:

(...) Nos países de regime presidencial, como o nosso, ficando o Executivo, praticamente, acima das intervenções do Parlamento, que só de modo indireto e remoto influi na sua ação e a fiscaliza, cresce de importância a interferência jurisdicional, no exame da atividade administrativa. Torna-se indispensável dar-lhe estrutura e desenvolvimento correspondentes ao seu relevante papel no vinculamento da função administrativa à ordem jurídica. Na realidade, é só por ele que se confina, dentro da Constituição e das leis, o exercício do Poder Executivo, que, colocado acima do controle eficiente do Parlamento, só na atuação do Poder Judiciário pode encontrar limitação eficaz do ponto de vista jurídico. No Estado Brasileiro ainda mais se acentua a importância do controle jurisdicional sobre os atos administrativos, porque, sendo o regime presidencial, caracteriza-se, particularmente, pela supremacia do Poder Executivo sobre o Legislativo, cujo controle sobre aquele é insignificante. Praticamente, no Poder Judiciário está o único elemento fiscalizador das atividades executivas.

Também se posicionando no sentido da admissibilidade do controle jurisdicional, Alceu Maurício Júnior²⁷¹, referindo-se, de modo específico, ao orçamento público, assevera que:

(...) a intervenção judicial sobre as decisões relativas à alocação de recursos – ou seja sobre as escolhas orçamentárias – deve ser feita através do próprio orçamento. Em outras palavras, havendo razões para considerar que as alocações efetuadas pelo Legislativo e pelo Executivo não atendem razoavelmente às exigências constitucionais, o Judiciário deve, conforme o caso, determinar a realocação dos recursos previstos no orçamento ou a inclusão, na lei orçamentária do exercício seguinte, da previsão ou extensão do programa/projeto destinado à implementação do direito constitucionalmente protegido.

Contudo, o exame jurisdicional a que estarão submetidas as leis orçamentárias – em que se realizará, por extensão, a avaliação dos recursos e das políticas públicas voltadas à efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado –, deverá ocorrer em observância a alguns parâmetros, dada a complexidade e as implicações da matéria, não sendo possível, ainda, olvidar-se das críticas que são opostas à intervenção do Poder Judiciário nessa seara, as quais, embora não sejam suficientes para rechaça-la, precisam ser consideradas com a seriedade devida.

²⁷⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 137.

²⁷¹ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. *A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias: A Intervenção Judicial em Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 258-259.

Demonstrando as dificuldades iminentes à questão afeta ao controle jurisdicional das políticas públicas –, o qual acaba por se converter no pano de fundo da participação do Poder Judiciário na concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado por meio do exame da constitucionalidade abstrata das leis orçamentárias –, Élide Graziane Pinto²⁷² esclarece que:

Controvérsia de larga monta instala-se no debate administrativista quando se questiona a possibilidade de o Judiciário determinar – imperativamente – a execução de projetos e atividades constantes de determinada política pública, tanto gerando obrigações de fazer para o administrador, quanto causando repercussão orçamentária nas contas públicas. Vale perguntar, pois, se estaria o Judiciário ferindo a liberdade de escolha de prioridades (de que goza o gestor) quando determina, em sede de controle de atos lesivos a direito, que a Administração arque com despesas não previstas na lei orçamentária anual. Não estaria havendo, com isso, uma judicialização da política inadmitida pela Constituição de 1988 e pela sistemática de separação de poderes ali adotada?

Considerando o dissenso que se encontra instalado no que tange ao controle judicial das políticas públicas – o qual se afigura subjacente à fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis orçamentárias e à efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado –, serão abordadas, em seguida, as críticas formuladas à atividade jurisdicional nesse campo, de modo que essas, uma vez sopesadas com a receptividade e com a abertura necessárias, possam contribuir para o esforço de desenvolvimento de balizas que, em consonância com o princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito, autorizem a intervenção do Poder Judiciário.

6.2 Críticas dirigidas ao controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário

Resumindo as ideias que são opostas à fiscalização judicial e jurisdicional das políticas públicas, Barcellos²⁷³ esclarece que aquelas podem ser reunidas em três grupos, que consistem na crítica formulada pela teoria da Constituição, a qual argui a validade de a interpretação constitucional adentrar espaços reservados à política majoritária; na crítica filosófica, a qual indaga a legitimidade essencial, e não apenas democrática, do magistrado para impor suas concepções e deliberações sobre aquelas elaboradas pelos representantes das

²⁷² PINTO, Élide Graziane Pinto. *Financiamento de Direitos Fundamentais. Políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União pós-Plano Real*. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010, p. 139.

²⁷³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 132.

maiorias, isto é, Executivo e Legislativo; e na crítica operacional, a qual assevera que o Poder Judiciário, por não apresentar idoneidade suficiente para compreender o contexto global das políticas públicas e para com o mesmo operar, termina, ao nele intervir, por gerar distorções.

Cumprido, dessa maneira, tratar, com maior minudência, de cada uma das críticas, ao mesmo tempo, reconhecendo a importância dos questionamentos que propõem, mas expondo os aspectos que acabam por enfraquecê-las, os quais evidenciam que essas, por si sós, não têm o condão de obstar a intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas e, por consequência, no exame abstrato da constitucionalidade das leis orçamentárias, com o fito de concretizar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

6.2.1 A crítica da teoria da Constituição

O primeiro grupo de críticas concerne àquelas que se apresentam como decorrentes da teoria da Constituição, o qual questiona a razão pela qual o Direito e o Poder Judiciário, sob o argumento de realizar a interpretação constitucional, deveriam, ou mesmo poderiam, intervir em aspectos relacionados à políticas públicas, que se encontra reservado tipicamente à deliberação majoritária²⁷⁴.

Conforme Barcellos²⁷⁵, os que se filiam a tal crítica asseveram que “a definição e a execução de políticas públicas já estão submetidas ao controle político-social dos grupos de oposição e da população em geral”, produzindo a intromissão do Direito e, especialmente, da Constituição em um espaço próprio do pluralismo político um grave desequilíbrio do sistema, acarretando prejuízos para a democracia.

Em verdade, revela-se inquestionável o fato de que a definição do quanto se deve gastar de recursos públicos, com que objetivos, em que searas e de que maneira apresenta-se como uma decisão claramente inserida na esfera da deliberação democrática, e não do Poder Judiciário, na medida em que a própria Constituição, reconhecendo tal circunstância,

²⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 108.

²⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 108.

estabelece as atribuições do Executivo e do Legislativo, no que concerne à elaboração do orçamento público, sua execução e controle²⁷⁶.

Assim, esclarece a mencionada autora²⁷⁷, que não há dúvidas de que “a invasão dessa seara pelo Direito poderia produzir um desequilíbrio equivocado, que sufocaria o funcionamento regular e o desenvolvimento da democracia”.

No entanto, adverte Barcellos²⁷⁸, que existem três outros aspectos que se afiguram igualmente certos e que devem ser considerados no contexto da crítica arguida pela teoria da Constituição, relativamente ao controle judicial e jurisdicional das políticas públicas.

O primeiro desses aspectos diz respeito à afirmação, que se tornou voz corrente, de que “o gozo minimamente adequado dos direitos fundamentais, ou de pelo menos alguns deles, é indispensável para o regular funcionamento da democracia e, especificamente, para o próprio controle *social* das políticas públicas”²⁷⁹. (grifo no original)

Acorde a lição de nominada pesquisadora²⁸⁰, essa primeira assertiva significa que:

(...) ainda que não se quisesse reconhecer um valor autônomo a tais direitos e à sua proteção, ao menos será preciso assumir dois axiomas para que as pessoas possam participar do procedimento de deliberação: reconhecer que todos os indivíduos são livres e iguais. Sem o respeito a um conjunto básico de direitos fundamentais, os indivíduos simplesmente não têm condições de exercer sua liberdade, de participar conscientemente do processo político democrático e do diálogo no espaço público. Em outras palavras: o sistema de diálogo democrático não tem como funcionar adequadamente se os indivíduos não dispõem de condições básicas de existência digna.

Essa constatação teórica ganha especial significado em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, como o Brasil, nos quais uma quantidade significativa da população habilitada formalmente a participar do processo democrático vive em situação de pobreza extrema.

²⁷⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 108.

²⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 108.

²⁷⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 108.

²⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 108.

²⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 108.

Dentre tais direitos fundamentais, afigura-se inquestionável a relevância da garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na medida em que esse, por se revelar como um desdobramento do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, confere aos seus destinatários condições de se inserirem e de participarem do processo político-democrático desenvolvido no espaço público.

Nessa mesma ordem de ideias, referindo-se, porém, à crítica que denomina democrática à concretização judicial dos direitos sociais, Cláudio Pereira de Souza Neto²⁸¹ afirma que aquela ignora o papel que o Judiciário pode exercer na garantia das condições para que a deliberação pública se instaure adequadamente, visto que o órgão judicante, por meio da salvaguarda desses direitos, qualificaria o cidadão para uma participação pública efetiva, incrementando, também, o debate público.

Reforçando tal perspectiva, Barcellos²⁸² salienta que:

(...) Em condições de pobreza ou extrema miserabilidade, e na ausência de níveis básicos de educação e informação, a autonomia do indivíduo para avaliar, refletir e participar conscientemente do processo democrático estará amplamente prejudicada. Nesse ambiente, o controle social de falavam os críticos do controle jurídico apresenta graves dificuldades de funcionamento.

Na ausência de controle social, a gestão das políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo, este último em suas variadas manifestações: seja nas relações entre Executivo e parlamentares – frequentemente norteadas pela troca de favores –, seja nas relações entre os agentes públicos e a população. Nesse contexto, manipulado em suas necessidades básicas, o povo acaba por perder a autonomia crítica em face de seus representantes.

Prosseguindo em sua advertência, a autora em questão²⁸³ esclarece que a corrupção, o clientelismo e a ineficiência comprometem a capacidade de as políticas públicas garantirem e promoverem direitos fundamentais, uma vez que os recursos públicos são gastos, mas as condições da população de participar, de forma adequada, do processo democrático mantêm-se inalteradas.

²⁸¹ NETO, Cláudio Pereira de Souza. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 522.

²⁸² BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 109-110.

²⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 110.

O segundo aspecto, por seu turno, alude ao fato de que o debate em torno das fronteiras que necessitam ser delineadas entre o Direito Constitucional e a política – nada obstante possa e deva, também, se verificar no campo teórico –, subordina-se, essencialmente, às opções constitucionais concretas adotadas por cada nação, o que significa que, em virtude da deliberação majoritária, a Constituição de um dado país, em comparação com a de outro, possa ter preferido conceder um espaço mais amplo ao Direito, impondo “maiores condicionamentos jurídicos aos poderes públicos”²⁸⁴.

Nessa linha de raciocínio, Barcellos²⁸⁵ pontua que:

(...) embora as decisões veiculadas nas Constituições possam ser legitimamente criticadas e interpretadas de forma mais restrita ou abrangente em função do arcabouço teórico empregado pelo intérprete, elas certamente não podem ser ignoradas. Seria no mínimo irônico que o teórico do direito, a pretexto de defender o espaço democrático, ignorasse a deliberação majoritária concretizada na Constituição, para substituí-la por sua própria convicção sobre a matéria.

Já o terceiro e derradeiro aspecto atina à necessidade de não se converter a discussão acerca do controle judicial e jurisdicional das políticas públicas e do controle político-social em uma errônea opção entre dois extremos, visto que, em tal seara, não existem apenas duas alternativas radicais, consistentes no total domínio do Direito sobre a política ou a completa ausência de fiscalização jurídica, mas, também, possibilidades intermediárias²⁸⁶.

Em que pesem esses três senões à crítica formulada pela teoria da Constituição, Barcellos²⁸⁷ assevera que é forçoso reconhecer um papel específico e relevante da mesma que é o de

conter o que se poderia denominar de “messianismo” jurídico. Exatamente por força do ambiente político e social dos países em desenvolvimento (de que o Brasil é um exemplo), a frustração e a impaciência com o ritmo e os frutos do processo

²⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 110.

²⁸⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 110.

²⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 110.

²⁸⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 110-111.

democrático ordinário podem conduzir ao desprezo – ainda que velado – por esse processo, capaz de alimentar a tentação de malversar o direito para transformá-lo em instrumento de afirmação da concepção política do intérprete. O lembrete de que o direito constitucional e a política majoritária são fenômenos diversos, ainda que próximos, é da maior importância nesse contexto.

Diante de tais considerações, é possível passar à análise do segundo grupo de críticas, que ostenta um viés filosófico.

6.2.2 A crítica filosófica

Um segundo grupo de críticas ao controle judicial e jurisdicional das políticas públicas, que aborda o tema sob uma ótica estritamente filosófica, realiza, acorde Barcellos²⁸⁸, as seguintes indagações:

(...) não seria paternalista e presunçoso imaginar que os juristas, e os juízes, tomariam melhores decisões em matéria de políticas públicas que os agentes encarregados dessa função? Note-se que não se cuida aqui apenas da questão da legitimidade democrática dos magistrados, mas de sua legitimidade *essencial*. Seriam os juristas mais sábios, teriam um acesso diferenciado ao conhecimento do que é bom e adequado nesse particular? Seriam mais éticos ou mais comprometidos com o interesse público? Essa espécie de pressuposição – associada, inevitavelmente, à ideia de uma aristocracia governante ou dos “reis-filosóficos” – não violaria o fundamento básico dos Estados Republicanos, por força do qual, no âmbito da sociedade política, sem entende que a opinião de todos tem o mesmo valor?

Sustenta a autora em comentário²⁸⁹ que, relativamente à crítica de natureza filosófica, impõem-se a feitura de algumas considerações, capazes de reduzi-la a sua verdadeira dimensão.

A primeira de tais considerações traduz-se na inconsistência do relativismo moral²⁹⁰ – base dos questionamentos ofertados pela crítica filosófica – para tratar de espaços em que se

²⁸⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 111.

²⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 111.

²⁹⁰ Esclarece Ana Paula de Barcellos (BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 111) que “um dos corolários imediatos do relativismo moral, de forma simples, é a impossibilidade de descrever algo como certo ou errado. A rigor, uma vez que não há consensos

esteja operando com padrões e consensos morais ou com conhecimentos técnicos e científicos consolidados, na medida em que, nesses campos, existem parâmetros que permitem afirmar que determinadas posições são corretas e outras erradas, ou que certas possibilidades e opiniões são adequadas e outras não, ou ainda que algumas concepções sejam melhores que outras, não em virtude das pessoas que as emitem, mas por força do seu próprio conteúdo²⁹¹.

Desse modo, restariam sob a incidência do relativismo moral e, por consequência, da própria crítica filosófica, conforme o asseverado por Barcellos²⁹², “os espaços, amplos e importantes, não há dúvida, das opções políticas, relativas e contingentes”.

A segunda consideração, que se revela como decorrência imediata da primeira, diz respeito ao fato de que o debate em torno do controle de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais, além das dimensões eminentemente jurídicas, pode abarcar, de um lado, aspectos morais e técnicos, e, de outro, questões puramente políticas e contingentes²⁹³.

Afirma Barcellos²⁹⁴, nesse diapasão, que o controle das políticas públicas no campo dos direitos fundamentais, seja político-social ou jurídico, envolve, no mínimo, duas questões morais, de sorte que:

Em primeiro lugar, a discussão sobre o tema assume como padrão moral – e também jurídico, não há dúvida – a centralidade do homem e de seus direitos no contexto do Estado de Direito. Assim, opções em matéria de políticas públicas que claramente violem essa diretriz, funcionalizando o indivíduo, serão moralmente *erradas*. Em tais casos, o controle jurisdicional terá sua legitimidade incrementada na medida em que seja possível agregar aos fundamentos jurídicos também o fundamento moral, a fim de qualificar a opção do Poder Público como *moralmente errada*.

É certo que “opções que *claramente* violem” esse pressuposto moral – e o advérbio *claramente* desempenha um papel importante na oração – não são tão frequentes em Estados democráticos. A realização da dignidade humana e dos direitos fundamentais não constitui uma operação simplista; ela envolve aspectos individuais e coletivos, presentes e futuros, exige o equilíbrio entre necessidades diversas e a

morais, a posição de qualquer pessoa é apenas uma opinião *relativa* em essência, cujo fundamento de validade é o próprio indivíduo e não uma verdade independente dele e a ele superior” (grifo no original).

²⁹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 112-113.

²⁹² BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 113.

²⁹³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 113.

²⁹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 113-114.

coordenação de efeitos mediatos e imediatos das diferentes ações. No normal das circunstâncias, não é difícil sustentar razoavelmente que, de alguma forma, direta ou indireta, determinada política respeita o pressuposto da centralidade do homem e de seus direitos. Eventualmente, porém, alguma opção política não conseguirá justificar-se racionalmente à luz desse elemento moral e, então, a legitimidade do controle jurídico será reforçada por esse fundamento (grifos no original).

Encerra, também, o debate acerca de tal temática uma segunda questão moral, também já amplamente incorporada pelo direito, a qual, não mais se cuidando de um juízo sobre o conteúdo da política pública escolhida para a efetivação de direitos fundamentais, passa a se apresentar sob a perspectiva da verificação da lisura na utilização dos recursos públicos, em que a feitura de julgamentos de correção e erronia abrange a análise do modo como a política pública que se optou implementar é, de fato, realizada²⁹⁵.

Nesse ambiente – em que os desvios de recursos e de finalidade, a corrupção, o desperdício e a ineficiência afiguram-se, além de antijurídicos, reprováveis sob o prisma moral –, a crítica filosófica mostra-se, conforme Barcellos²⁹⁶, pouco relevante, na medida em que “não há propriamente espaços de discricionariedade política admitida pelo direito, isto é: nos quais diversas opções podem ser formuladas, todas igualmente válidas, e sim espaços moralmente vinculados”.

Sintetizando e concluindo o exame levado a efeito em torno da crítica filosófica, pontua a referida constitucionalista²⁹⁷ que:

O controle jurisdicional das políticas públicas pode ter três fundamentos distintos e legítimos. Em primeiro lugar, como todo controle jurisdicional, seu fundamento pode ser unicamente a norma jurídica, fruto da deliberação democrática. Assim, se uma política pública ou qualquer decisão nessa matéria, é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei.

A hipótese mais complexa, porém, e mais frequente, coloca-se quando não se pode extrair de forma direta da norma jurídica respostas às questões relevantes em matéria de políticas públicas (isto é: quanto investir, em que investir, com que propósito investir, etc.). Nessa hipótese, cabe sobretudo ao Executivo e ao Legislativo elaborar as respostas para tais perguntas. Mesmo aqui, embora se trate do espaço próprio das

²⁹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 114.

²⁹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 114.

²⁹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 114-115.

deliberações majoritárias, poderá haver controle jurisdicional, conquanto seja possível – a despeito do caráter genérico dos parâmetros jurídicos – formular um juízo consistente de certo/errado em face das decisões dos poderes públicos. Como referido acima esse juízo pode ter fundamentos morais ou técnico-científicos.

Na eventualidade de restarem ausentes quaisquer dos fundamentos – seja o jurídico, o moral ou o técnico-científico –, a crítica filosófica se revelará adequada, porquanto inexistir base para que o magistrado possa fazer prevalecer sua perspectiva e seu juízo de valor sobre os dos demais agentes públicos democraticamente eleitos²⁹⁸.

Esclarece Barcellos²⁹⁹ que, caso o juiz não possa se valer de um fundamento normativo claro – que traz em seu bojo a legitimidade democrática relacionada à sua elaboração –, e se a “sua decisão não se reconduz a um imperativo moral ou técnico”, a opinião do mesmo não ostentará qualquer valor intrínseco especial, devendo ser outorgada maior valia, dentre posicionamentos equivalentes, àquele “que conta com o apoio da maioria, ainda que indiretamente”.

6.2.3 A crítica operacional

O terceiro grupo de críticas, que se pode denominar de operacional, sustenta que nem os juristas, nem os juízes dispõem de elementos ou condições de avaliar, especialmente em demandas de ordem individual, a realidade da ação estatal como um todo³⁰⁰.

Segundo Barcellos³⁰¹, na perspectiva da crítica filosófica,

Preocupado com a solução dos casos concretos – que se poderia denominar de *microjustiça* –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macrojustiça*. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de

²⁹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 115.

²⁹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 115.

³⁰⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 115.

³⁰¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 115.

informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado (grifos no original).

Em linha semelhante, noticia Neto³⁰² que os partidários de tal crítica aduzem que o Judiciário não tem o conhecimento técnico necessário para verificar, na seara das políticas públicas, qual a providência mais adequada, visto que as decisões proferidas exigiriam a elaboração de juízos de valor cuja complexidade não seria abarcável por um processo judicial, a que se integram partes formalmente legitimadas.

Complementa Barcellos³⁰³ que, na esteira dessas críticas operacionais, é necessário vislumbrar um horizonte ainda mais complexo, uma vez que:

Os indivíduos que vão ao Judiciário postular algum bem ou serviço em matéria de direitos fundamentais nem sempre serão representantes das classes menos favorecidas da sociedade. As necessidades destes, como regra, não chegam aos Tribunais e nem são ouvidas pelos juízes. Nesse contexto, o que se pode verificar é um deslocamento de recursos das políticas públicas gerais – que, em tese, deveriam beneficiar os mais necessitados de forma direta – para as demandas específicas daqueles que detém informação e capacidade de organização.

(...) Com efeito, o juiz não detém informações completas sobre as múltiplas necessidades que os recursos públicos devem acudir ou mesmo sobre os reflexos não antecipados que uma determinada decisão pode desencadear. Ele não tem o tempo necessário par fazer uma investigação completa sobre o assunto, nem os meios para tanto. Nem lhe cabe afinal levar a cabo um planejamento global da atuação dos poderes públicos.

Malgrado reconheça a importância de tal crítica, uma vez ressaltar essa a necessidade de uma auto-restrição judicial no que concerne ao controle das políticas públicas, Neto³⁰⁴ afirma que se observam argumentos consistentes para superá-la, tais como a possibilidade de o Judiciário contar com perícias, a possibilidade de haver a participação do *amicus curiae*, a possibilidade de se realizar audiências públicas, além da possibilidade de se verificar a antecedente instauração de inquérito civil, no caso de ações coletivas.

³⁰² NETO, Cláudio Pereira de Souza. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 530.

³⁰³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 115.

³⁰⁴ NETO, Cláudio Pereira de Souza. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 530.

Em arremate, assevera o autor em apreço³⁰⁵ que o magistrado, ao decidir sobre políticas públicas em matéria de direitos fundamentais, deve, ainda, “aprofundar o diálogo com a sociedade e demais instituições, evitando se restringir às partes formalmente legitimadas”.

Barcellos³⁰⁶, por seu turno, de forma menos peremptória, esclarece que a possível superação da crítica operacional ao exame judicial e jurisdicional das políticas públicas, assim como das demais, estaria condicionada à fixação do objeto a ser juridicamente controlado e da modalidade de controle que se pretenda ser exercida.

6.3 Parâmetros para a intervenção do Poder Judiciário

Apresentadas e sopesadas as críticas opostas ao controle judicial das políticas públicas – o qual se encontra subjacente à problemática da fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis orçamentárias e a efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado –, impõe-se a realização de um esforço no sentido de se alinhar os parâmetros que outorgarão legitimidade à intervenção do Poder Judiciário.

Com o fito de se proceder à definição de tais parâmetros, efetivar-se-á, primeiramente, uma exposição em torno dos objetos que podem ser apreciados no contexto do controle jurisdicional das políticas públicas, de modo a se identificar aqueles que, com vistas à concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, estarão sujeitos, em sede de ação direta, ao exame da constitucionalidade abstrata das leis orçamentárias.

Em seguida, serão realizadas algumas considerações acerca da reserva do possível a qual será caracterizada como uma limitação fática e jurídica à participação do Poder Judiciário na efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado através da fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis orçamentárias.

Já ao cabo desta exposição, será formulada proposta no sentido do emprego da técnica do apelo ao legislador como o melhor meio para viabilizar a construção da decisão a ser proferida no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, de sorte a se garantir a observância ao princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito.

³⁰⁵ NETO, Cláudio Pereira de Souza. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 531.

³⁰⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 115-116.

6.3.1 *Objetos juridicamente controlados*

Consoante o anteriormente asseverado, Barcellos³⁰⁷ compreende que a superação das críticas ao controle judicial e jurisdicional das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais afigura-se dependente da definição do objeto específico a ser juridicamente controlado, a qual pode ser traduzida por meio da necessidade de se “saber que conduta ou bem será exigido, de quem e sob que fundamento. (...) Em outros termos, o que é *exigível* nessa matéria e, portanto, pode ser sindicado judicialmente?” (grifo no original)

Assevera a referida autora³⁰⁸ que:

É possível cogitar de 5 (cinco) objetos distintos (sem prejuízo de outros), ainda que interligados, que podem ser agrupados em dois grupos. No primeiro bloco, será possível controlar, em abstrato, *(i) a fixação de metas e prioridades* por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; em concreto, será possível cogitar do controle *(ii) do resultado final esperado* das políticas públicas em determinado setor. No segundo grupo, é possível controlar ainda três outros objetos: *(iii) a quantidade de recursos a ser investida*, em termos absolutos ou relativos, em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais; *(iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público*; e *(v) a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos* destinados a determinada finalidade. Como é fácil perceber, os dois primeiros objetos de controle se ocupam do conteúdo das políticas públicas em si, ao passo que os três últimos pretendem controlar aspectos do processo de decisão e execução das políticas públicas levado a cabo pelo Poder Público. (grifos no original)

Diante desse quadro, em que se vislumbram cinco objetos de controle no que tange às políticas públicas destinadas à concretização de direitos fundamentais, exige-se, mesmo que sucintamente, a abordagem de cada um deles.

6.3.1.1 Controle da fixação de metas e prioridades e do resultado final esperado das políticas públicas

O primeiro objeto de apreciação jurisdicional, acorde Barcellos³⁰⁹, “envolve o controle da fixação de metas, a cargo de Executivo e do Legislativo no âmbito do orçamento e

³⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 115-116.

³⁰⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 116.

da execução orçamentária, em matéria de políticas públicas para a realização de direitos fundamentais”.

Por seu turno, o segundo objeto concerne à fiscalização do resultado final esperado das políticas públicas relacionadas a determinado campo, o qual, em verdade, somente ocorrerá se as metas de que cuida o primeiro não tiverem sido incluídas no orçamento ou não houverem sido atingidas, visto que “o conteúdo final das duas formas de controle é o mesmo³¹⁰”.

Explicando a vinculação intrínseca que se estabelece entre os dois objetos em comento, a precitada doutrinadora³¹¹ argumenta que:

As duas espécies de controle que se acaba de identificar assumem como pressuposto que há resultados esperados – e exigíveis – das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais. Tais políticas, portanto, não constituem um fim em si mesmo e, mais que isso, a escolha dos fins que elas devem alcançar não está inteiramente à disposição do Executivo e do Legislativo. Na realidade, as políticas públicas deverão *necessariamente* produzir como resultado o oferecimento, à população, de determinados bens ou serviços, que vão dar conteúdo, então, ao que se referiu acima como “*resultado esperado das políticas públicas*” (grifos no original).

De sorte a se aclarar tais aspectos, a referência a dois exemplos atinentes ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado revela-se interessante.

Imagine-se que as políticas públicas na seara do meio ambiente tenham, dentre outros objetivos, os de, necessariamente, oferecer a educação ambiental em todos os níveis de ensino e o de realizar a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

Os bens que se encontram relacionados a tais políticas públicas constituem, sob a perspectiva dos indivíduos, direitos subjetivos, os quais exigem que os poderes estatais, em primeiro lugar, incluam em suas previsões orçamentárias rubricas idôneas a satisfazer essas necessidades, ou seja, cuida-se de metas vinculadas ao oferecimento desses serviços.

Considerando-se que, de tais direitos, emergem deveres jurídicos, a inobservância dos mesmos poderá se apresentar como objeto de controle jurisdicional, caracterizando-se,

³⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 117.

³¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 117.

³¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 117.

assim, a primeira espécie de fiscalização, vale dizer, a das metas a serem fixadas pelo Poder Público.

Pense-se, contudo, que, não obstante o mencionado no exemplo acima, em certa região do país, os bens em apreço não estejam sendo oferecidos à população, isto é, não há a ministração de uma disciplina que contemple a educação ambiental em quaisquer dos níveis de ensino e não há ações que visem a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

Nesse espaço é que se verifica o campo próprio para a incidência da segunda espécie de fiscalização, em que o controle jurídico representa a possibilidade de se exigir diretamente os aludidos bens, ou seja, o resultado final esperado pelas políticas públicas em matéria de direitos fundamentais.

Em tal hipótese, observa-se que, uma vez provocado, o Judiciário poderia, de modo específico, determinar o oferecimento de tais serviços à população local.

Discorrendo acerca das implicações desses dois objetos de controle jurisdicional das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais, Barcellos³¹² salienta que:

Ao incidir sobre o resultado final esperado das políticas públicas – seja previamente, no momento do estabelecimento das metas, seja posteriormente, quando verificado o não cumprimento dessas metas – esses controles ensejam ao menos uma reflexão importante. Eles exigem sempre, previamente, a definição de que determinado bem ou serviço constitui, de um lado, um direito subjetivo, e, de outro, pelo mesmo fundamento, um resultado necessário das políticas públicas (...).

Ou seja: para levar-se a efeito tais controles, será preciso definir qual é o resultado esperado e necessário das políticas públicas relativamente aos diferentes direitos fundamentais. Essa definição envolverá uma certa delicadeza para que, a pretexto de interpretar a Constituição, o aplicador não tente impor sua concepção pessoal na matéria.

Verifica-se, assim, que eventuais excessos do Judiciário nessa seara poderão provocar repercussões graves relativamente aos temas tratados pelas críticas ao controle judicial e jurisdicional das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais, sobretudo o equilíbrio entre a Constituição e o espaço democrático, a legitimidade em geral do magistrado para fazer tal espécie de intervenção e a distorção das relações entre a microjustiça e a macrojustiça³¹³.

³¹² BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 118.

³¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos*

6.3.1.2 Controle da quantidade de recursos a ser investida

O terceiro objeto de controle consiste na quantidade de recursos a ser investida na promoção dos direitos fundamentais, sendo relevante salientar que a própria Constituição da República, em seus artigos 198, § 2º, e 212, estabelece percentuais mínimos de recursos que devem ser destinados à saúde e à educação pelos entes federativos, além de, em seu artigo 195, vincular as receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social.

Conquanto se verifiquem esses parâmetros objetivamente definidos pelo texto constitucional, é possível cogitar, conforme Barcellos³¹⁴, da construção teórica de outros, na medida em que:

(...) é plausível imaginar relações de prioridade exigíveis entre diferentes tipos de gastos do Poder Público e em função dessas relações desenvolver controles. Pode ser juridicamente consistente, por exemplo, sustentar que os gastos com publicidade governamental não poderão ser superiores aos investimentos com saúde e educação, uma vez que necessidades importantes de tais áreas sofram com carências de recursos, ou que os gastos públicos com eventos culturais (*e. g., shows*) não possam ultrapassar ou representar mais do que determinada fração daqueles com educação fundamental e média, etc.

A elaboração de parâmetros diversos dos já previstos constitucionalmente exigirá, por certo, um esforço de justificação importante. No caso dos percentuais já fixados pelo texto constitucional, o controle é imediato e não enseja maiores questionamentos. No caso de percentuais ou proporções construídas pela doutrina ou pela jurisprudência, o grau de crítica a que possibilidade de controle estará sujeita dependerá da consistência jurídica com que foi fundamentada. Nada obstante, uma vez que seja possível concluir que tais relações proporcionais entre os valores a serem investidos pelo Poder Público são exigíveis, sua observância poderá ser objeto de controle jurídico. (grifos no original)

Nesse contexto de inexistência de percentuais ou proporções previamente definidas pela Constituição da República se insere o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, devendo o controle realizado pelo Judiciário revestir-se de maiores cautelas, redobrando-se o esforço argumentativo no sentido de se fundamentar a decisão que tenha por conteúdo a destinação de quantitativo de recursos orçamentários para a elaboração de políticas públicas ambientais.

Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 118.

³¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 119-120.

Ponto de significativa importância, no âmbito do controle da quantidade de recursos a ser investida, concerne aos pedidos que podem ser dirigidos ao Poder Judiciário em demandas que tenham por objeto políticas públicas em matéria de direitos fundamentais³¹⁵.

Considerando-se que, por vezes, a obtenção de informações acerca do real destino dos recursos públicos afigura-se bastante difícil, a formulação de pedidos cautelares, de natureza preparatória, assume fulcral relevância, sendo possível, por exemplo, pugnar-se no sentido da prestação de contas ou da exibição de documentos³¹⁶.

No que tange aos pedidos principais, é viável requerer-se a responsabilização pessoal do administrador pela inobservância dos aludidos parâmetros, dada a possível caracterização de improbidade; a determinação de que haja o investimento obrigatório dos recursos inicialmente alocados em outras rubricas em políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais, desde que seja plausível sob o prisma do estágio da execução orçamentária; assim como a inclusão, no orçamento do ano seguinte, da diferença de recursos que deveria ter sido dispendida em direitos fundamentais e não o foi³¹⁷.

6.3.1.3 Controle do atingimento das metas fixadas pelo Poder Público

O quarto objeto de controle traduz-se na averiguação em torno do atingimento, ou não, das metas estabelecidas pelo próprio poder estatal relativamente às políticas públicas que o mesmo formulou, o qual somente se justificará na hipótese de aquele não ter, conforme lhe incumbiria fazer, promovido de forma ampla a disponibilização e a divulgação das informações pertinentes ao tema³¹⁸.

Assevera Barcellos³¹⁹ que:

³¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 120.

³¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 120.

³¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 120.

³¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 120.

³¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos*

A Constituição de 1988 dispõe que o Presidente da República deve remeter ao Congresso Nacional plano de governo, do qual deveriam constar as metas que o Executivo visualiza para sua ação administrativa. Cabe-lhe também prestar, anualmente, as contas do exercício anterior. Mais do que isso, a Carta prevê que cada um dos três Poderes deve manter sistema de controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas que tenham sido estabelecidas. Ainda que o texto constitucional nada houvesse falado sobre o ponto, a fixação de metas é uma exigência elementar de qualquer processo administrativo. E o controle do atingimento de metas vem a ser um corolário natural de sua própria fixação.

Importante salientar que o objeto de controle jurisdicional nessa seara não é propriamente o conteúdo das metas, as quais são definidas pelas instâncias majoritárias (Executivo e Legislativo), tampouco se trata de caso de requerimento de punição do administrador que não alcançou as metas³²⁰.

O controle do atingimento ou não das metas fixadas assume uma natureza instrumental, tendo por principal desiderato a obtenção e divulgação das informações, por força de um pedido de prestação de contas, de sorte a viabilizar e fomentar o debate público e o controle social das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais³²¹.

Nesse sentido, esclarece a referida autora³²² que:

Uma vez que seja possível identificar metas envolvendo políticas públicas em matéria de direitos fundamentais, o objeto a ser controlado aqui em discussão diz respeito apenas à realização, ou não, de tais metas. Que espécie de pedido poderia ser formulado perante a autoridade judiciária nesse contexto? Caso não se tenha informação acerca do cumprimento ou não da meta estabelecida, será o caso de solicitar a prestação de contas por parte do Poder Público. Na hipótese de as informações sobre esse ponto existirem, mas não existir qualquer dado sobre as razões que justificaram o abandono pelo Poder Público daquela meta (e não sejam elas notórias), é possível cogitar de pedido nesse sentido, a fim de que tais razões sejam divulgadas publicamente.

Vale ressaltar que a finalidade dessa espécie de controle não consiste em interferir na elaboração ou execução de políticas públicas conducentes à realização de direitos fundamentais ou sancionar o administrador, afigurando-se, antes, como um meio de

Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 121.

³²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 121.

³²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 121.

³²² BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 122.

racionalizar a gestão estatal nesse campo e “incrementar o grau de responsabilidade política e social, de modo a fornecer subsídios mais consistentes para o debate e o controle sociais”³²³.

6.3.1.4 Controle da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos

O quinto objeto de controle jurisdicional identifica-se com a eficiência mínima na utilização de recursos públicos investidos ou destinados à políticas públicas voltadas à efetivação de direitos fundamentais.

Afirma Barcellos³²⁴ que, não obstante a dificuldade de se identificar desdobramentos e consequências da expressão “eficiência”, essa se traduz em um dos deveres cometidos, de forma expressa, aos poderes estatais pela Constituição da República, revelando-se, assim, judicialmente exigível sua averiguação.

Nessa espécie de fiscalização, o objeto de controle não consiste na quantidade de recursos a ser investida ou mesmo as prioridades escolhidas para investimento, visto que as decisões pertinentes a tais temáticas se inserem na esfera da deliberação majoritária, incumbindo ao Executivo e ao Legislativo, em conformidade com o feixe de competências de cada qual³²⁵.

Em verdade, o controle da eficiência mínima na aplicação tem por objetivo verificar o que se fez, afinal, com os recursos destinados pelos poderes estatais a determinadas políticas públicas voltadas à concretização de direitos fundamentais³²⁶.

Observa a nominada autora³²⁷, em primeiro lugar, que, relativamente ao controle da eficiência, eventualmente, poderá se fazer necessário “o recurso a parâmetros externos,

³²³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 122.

³²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 122.

³²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 122.

³²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 122.

³²⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 122.

obtidos junto ao mercado, para que seja possível aferir qual o custo real, ainda que aproximado, dos bens e serviços afinal produzidos pelo Poder Público”, o que significa que o Judiciário, por não dispor de tais informações, se veria compelido, como em tantas outras demandas postas sob sua apreciação, a socorrer-se do auxílio de peritos ou *experts*.

A segunda observação realizada por Barcellos³²⁸ no que tange a essa espécie de controle, reconduz-se à noção de eficiência, a qual é compreendida como “um dever geral de a Administração otimizar o emprego dos meios disponíveis para, com eles, obter os melhores resultados possíveis relevantes para o interesse público”.

Assevera a referida doutrinadora³²⁹ que, embora os meios disponíveis não se reduzam a recursos econômicos, envolvendo tempo, urgência, pessoas e outros ativos, a economicidade – que se apresenta como a relação custo/benefício em uma ótica financeira – sempre se constituía em um relevantíssimo aspecto no contexto da eficiência.

Outro ponto importante no que toca à noção de eficiência, segundo o ressaltado por Barcellos³³⁰, refere-se à avaliação do que é ou do que foi eficiente, a qual, não raras vezes, produzirá zonas de certeza negativa (compreensão das ações do Poder Público como claramente ineficientes), zonas de certeza positiva (formação de juízo no sentido da inequívoca eficiência das medidas adotadas) e zonas de penumbra (existência de fundada dúvida quanto ao *status* da atividade levada a efeito).

Concluindo seu raciocínio quanto ao controle da eficiência mínima, a pesquisadora em apreço sustenta que aquele:

(...) envolverá sobretudo a economicidade, de modo a verificar o emprego adequado dos recursos no contexto das políticas públicas direcionadas (ou supostamente direcionadas) à realização dos direitos fundamentais. Esse controle, é claro, tem por objetivo principal eliminar as zonas de certeza negativa na matéria. Isto é: impedir – ou, no mais das vezes, apenas punir, já que impedir em caráter preventivo nem sempre será viável – condutas claramente ineficientes ou mesmo a malversação criminosa do dinheiro público.

³²⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 122-123.

³²⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 124.

³³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 124.

Relativamente aos pedidos cuja formulação se revela viável no âmbito dessa espécie de controle, verifica-se que poderá ser necessário, caso não haja disponibilidade de informações quanto aos recursos investidos e ao seu destino, o aforamento de medidas de natureza cautelar preparatória, caracterizando-se, na hipótese de demonstração da existência de condutas ineficientes, a exigência da apresentação de requerimentos no sentido de se aplicar aos responsáveis, dentre outras, punições decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa³³¹.

6.3.1.5 Objetos passíveis de controle por via da ação direta de inconstitucionalidade em face das leis orçamentárias

Debatidos os objetos controláveis pelo Poder Judiciário no que atina às políticas públicas, importa, nesse passo, especificar aqueles que poderiam ser examinados, com o desiderato de permitir a participação judicial no contexto de concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no bojo de uma ação direta ajuizada para discutir a constitucionalidade de leis orçamentárias.

Relevante salientar, antes de se tocar, propriamente, o cerne deste tópico, que, por força da propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de um processo de natureza objetiva, em que não se verifica a presença de partes, realiza o exame, em abstrato e em caráter principal, da compatibilidade de leis e atos normativos com a ordem constitucional, a fim de averiguar a caracterização de eventuais antinomias, rechaçando do sistema jurídico aqueles que com a mesma se encontrem em situação de contrariedade.

Outro aspecto digno de nota refere-se às vantagens que se constituem, tanto sob a perspectiva das críticas abordadas, quanto sob a ótica do sistema jurídico como um todo, ao se efetivar o controle judicial e jurisdicional das políticas públicas conducentes à realização de direitos fundamentais no contexto da fiscalização abstrata da constitucionalidade³³².

³³¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 124.

³³² BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 129.

Esclarece Barcellos³³³ que a maior visibilidade que o debate abstrato “confere aos argumentos da crítica filosófica e da teoria da Constituição deve ser encarada como um elemento positivo. Frequentemente, diante do drama individual do autor, é difícil levar a cabo uma reflexão equilibrada sobre a questão”.

Ademais, considera a referida autora³³⁴ que seria mais fácil tratar com os argumentos da crítica operacional no contexto abstrato do que no âmbito de ações individuais, porquanto o debate naquele

(...) exige naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (a “macrojustiça”) – o que em geral não ocorre no contexto de ações individuais –, e torna mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (...) terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discuti-los.

Observa-se, ainda, nos dizeres de Barcellos³³⁵ que:

(...) a discussão em sede (...) abstrata favorece a isonomia, evitando as distorções que os processos individuais podem gerar na distribuição de bens dentro da sociedade, já que a solução produzida será aplicável em caráter geral. Por isso mesmo, aliás, e como já se referiu, uma ação (...) abstrata é capaz não apenas de evitar um sem número de demandas individuais, livrando o Judiciário de uma sobrecarga adicional, mas também os próprios Poderes Públicos de responderem a uma quantidade significativa de ações individuais.

Levadas a efeito tais digressões, é necessário, pois, apontar os objetos relativos às políticas públicas destinadas aos direitos fundamentais que podem ser controlados por meio do aforamento de uma ação direta de inconstitucionalidade em face das leis orçamentárias.

O controle do resultado esperado das políticas públicas sempre poderá ocorrer por meio de ações individuais, que representam o caminho processual mais usual no contexto brasileiro hodierno, sendo também viável a propositura de ações coletivas, por favorecer uma

³³³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 129.

³³⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 129.

³³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 129-130.

solução geral e proporcionar condições para uma discussão mais concreta sobre os recursos disponíveis e sobre o planejamento estatal³³⁶.

Relativamente ao controle abstrato do resultado esperado das políticas públicas, esse, após a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, com o advento da Lei n.º 9.882/99, se revelaria possível, ao menos em tese, desde que houvesse uma omissão inconstitucional do Poder Público, idônea a vulnerar alguma das normas consideradas como preceitos fundamentais³³⁷.

No que tange ao controle da fixação de metas por parte do Poder Público, Barcellos³³⁸ afirma que

(...) parece difícil visualizar a discussão do tema no âmbito de ações individuais, tendo em conta a atual situação dogmática do processo civil relativamente à legitimidade ativa. As ações coletivas poderão ser uma sede adequada para essa discussão. *Do ponto de vista abstrato, se a lei orçamentária não inclui em seu bojo meta que seria obrigatória por conta do texto constitucional, parece possível atacá-la por meio de ação direta de inconstitucionalidade* ou, se se entender que se trata de leis de efeitos concretos, por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental. (grifos nossos)

Quanto ao controle da quantidade de recursos a ser investida pelo Poder Público, também a viabilidade de ações individuais seria inquinada, em face da ausência de legitimidade ativa dos indivíduos para debater tal matéria³³⁹.

Considerando apresentar-se tal espécie de controle típico direito difuso, o cabimento das ações coletivas afigura-se isento de dúvidas, assim como a plausibilidade da fiscalização abstrata, na medida em que a destinação de certa quantidade de recurso para um fim específico consubstancia-se em regra constitucional, cuja “*inobservância gera invalidade que*

³³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 130.

³³⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 130.

³³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 130-131.

³³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 131.

*pode ser sanada ou por meio de ADIn (ou representação por inconstitucionalidade) ou por meio de ADPF (assumindo que a questão envolverá preceito fundamental)*³⁴⁰. (grifos nossos)

Já no que concerne aos controles do atingimento ou não das metas fixadas pelo Poder Público e o da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos, esses, conforme o enunciado por Barcellos³⁴¹,

(...) terão como espaço próprio de discussão as ações coletivas. As ações individuais, como já referido, esbarram na dificuldade quanto à legitimação ativa. A inadequação das ações abstratas nesse caso parece decorrer da circunstância de que tais espécies de controle não discutem a validade de deliberações *vigentes*, isto é: deliberações do Poder Público que se encontram produzindo efeitos e continuarão a produzi-los no futuro. Ao contrário, examinam-se aqui deliberações *passadas* e pontuais, cuja eficácia a rigor já se esgotou. Não se cuida aqui, portanto, da tutela da ordem jurídica em vigor – objeto típico das ações abstratas –, mas do controle específico de atos passados do Poder Público. Ademais, tais controles podem exigir um volume considerável de instrução probatória, a fim de verificar em concreto, *e. g.*, se as metas foram ou não atingidas, qual o custo médio dos bens contratados pelo Estado, etc. Embora já se admita alguma instrução no âmbito de ações abstratas, essa não parece ser a sede própria para discutir a verificação ou não de fatos controversos alegados pelas partes. (grifos no original)

Em face dessas observações, é plausível asseverar, em caráter conclusivo, que, no âmbito de uma ação direta de inconstitucionalidade que tenha por finalidade o exame das leis orçamentárias, o Judiciário, de modo a participar da concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, poderá somente proceder ao controle da fixação de metas e prioridades e da quantidade de recursos a ser investida pelo Poder Público, restando vedada a apreciação em torno do resultado final esperado das políticas públicas, do atingimento das metas fixadas, e da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos.

6.2.2 A reserva do possível

De acordo com a lição de Torres³⁴², a expressão reserva do possível, cunhada pelo Tribunal Constitucional Alemão, afigura-se como um conceito heurístico que se aplica a

³⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 131.

³⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 131.

³⁴² TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 324

direitos fundamentais que demandam prestações estatais e que ostentam uma dimensão econômica relevante, não se caracterizando nem como um princípio jurídico, nem como um limite dos limites³⁴³.

Significa a cláusula da reserva do possível, na perspectiva de tal autor³⁴⁴, que as prestações estatais concernentes aos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais, se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador, equivalendo, assim, à “reserva democrática”.

Nesse sentido, a reserva do possível, acorde o precitado jurista³⁴⁵, não se confunde com a “reserva de orçamento”, em que se possibilita a demanda pela prestação estatal se esta for concedida pelo legislador.

Ressaltando, também, a origem da expressão reserva do possível, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo³⁴⁶ asseveram que:

A construção teórica “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional da Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. (...) O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador. (grifos no original)

³⁴³ Explica Torres (TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 321) que o conteúdo essencial de um direito fundamental é um limite para a intervenção do Estado, o que significa que este não pode ser restringido. Há, além do respeito ao núcleo essencial, limites definidos para a forma como ocorrerá a restrição de um direito fundamental. São exemplos de limites à restrição de direitos fundamentais, portanto, limites dos limites, o princípio da proporcionalidade, a reserva de lei, a proibição do excesso, a proibição de restrições casuísticas, etc.

³⁴⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 324.

³⁴⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 325.

³⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

Aditando a exposição em torno da reserva do possível, os mencionados autores³⁴⁷, salientando sua natureza de limitação fática e jurídica, esclarecem que a mesma

(...) apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias legislativas, administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Discordando desta perspectiva, Torres³⁴⁸ esclarece que, no momento em que aportou no Brasil, a noção de reserva do possível sofreu uma “desinterpretação”, uma vez que teria perdido o seu sentido originário.

Assevera o referido autor³⁴⁹ que alguns doutrinadores brasileiros, ao tratarem da reserva do possível, como Ingo Wolfgang Sarlet, consideraram-na como “reserva do possível fática”, em contraste com a ideia de “reserva de orçamento”, que seria jurídica, enquanto outros juristas, tais como Ana Paula de Barcellos e Marcos Maselli de Gouvêa, estenderam-na aos direitos fundamentais e ao mínimo existencial³⁵⁰.

Em continuidade a sua crítica, Torres³⁵¹ assevera que o próprio Supremo Tribunal Federal interpretou a reserva do possível de modo expansivo e abrangente, recorrendo à

³⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 30.

³⁴⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 325.

³⁴⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 325.

³⁵⁰ Para Ricardo Lobo Torres (TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 318-319) o mínimo existencial se trataria de um direito fundamental há condições mínimas de existência digna, que não poderia sofrer a intervenção do Estado e que exigiria prestações positivas por parte deste. Não ostentaria definição constitucional própria, encontrando-se o direito ao mínimo existencial associado aos princípios da liberdade, da igualdade, da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal e da livre iniciativa, além de se assentar na Declaração dos Direitos Humanos. Relativamente a sua extensão, o mínimo existencial, segundo tal autor, abrangeria qualquer direito, ainda que seja não fundamental, desde que considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Por fim, o mínimo existencial não apresentaria conteúdo específico, não podendo ser mensurado, uma vez que envolveria aspectos qualitativos e não quantitativos.

³⁵¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 325-326.

expressão “disponibilidade financeira”, na medida em que teria confundido direitos sociais com direitos fundamentais.

Finalizando suas considerações, o mencionado tributarista³⁵² sustenta que, no Brasil, a interpretação da doutrina e da jurisprudência acerca da cláusula da reserva do possível estendeu a judicialização da política orçamentária à seara dos direitos sociais, vez que estes teriam sido confundidos com direitos fundamentais, o que acabou por permitir que aquela fosse tratada como equivalente de reserva fática, significando a adjudicação de direitos prestacionais na hipótese de disponibilidade financeira.

Contrastando a posição de Torres, Paulo Caliendo³⁵³ afirma que:

A chamada *reserva do possível* pode ser de ordem *fática* (falta de recursos) ou *jurídica* (orçamentária). A ausência total de recursos necessários para o atendimento de um direito a prestações impede faticamente o cumprimento da demanda social, pouco restando para questionamento. Cabe esclarecer que esta insuficiência de recursos deve ser provada e não apenas alegada, sob pena de responsabilidade do administrador. (grifos no original)

Nesse mesmo norte, salienta Maurício Júnior³⁵⁴ que:

Um dos grandes problemas metodológicos na posição doutrinária que simplesmente afasta a reserva do possível baseando-se na relevância do direito defendido é não considerá-la como uma questão de fato, mas como uma pura questão “de direito”. Isso contraria a natureza da reserva do possível como uma questão de fato, que precisa ser averiguada no mundo empírico. Em outras palavras, a reserva do possível colocada como um argumento jurídico demanda a produção de provas.

Conquanto a noção de reserva do possível tenha sido concebida, originalmente, para aplicar-se aos direitos sociais, percebe-se a plena admissibilidade da incidência de tal construção teórica ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, porquanto esse, em virtude das características com que foi consagrado na Constituição da República, exigir dos poderes estatais a formação de políticas públicas e o adimplemento de prestações materiais, assumindo, assim, inequívoca dimensão econômica e conseqüente repercussão orçamentária.

³⁵² TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 326.

³⁵³ CALIENDO, Paulo. *Reserva do Possível, Direitos Fundamentais e Tributação*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 180.

³⁵⁴ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. *A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias: A Intervenção Judicial em Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 66-67.

Em alusão à necessidade de observância da reserva possível no que tange à intervenção judicial sobre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, Sampaio³⁵⁵ assevera que:

Em nosso caso, ainda há em favor do direito faculdades de acesso, contemplação e uso dos recursos naturais, além de tarefas estatais de proteção. Com efeito, tais deveres e programas preenchem os espaços mínimos de normatividade e condicionam a atividade legislativa de conformação. E, diante da inércia legislativa, repitamos, servem de base suficiente para o desenvolvimento judicial sem prejuízo do princípio do legislador democrático e da segurança jurídica. A preferência legislativa na concretização dos direitos fundamentais dá ao Parlamento, de certo modo, a sorte dos direitos. A sua inatividade duradoura, por outro lado, permite que haja o suprimento judicial, mandado de injunção à parte, se já houver elementos semânticos bastantes, mesmo que alguns sejam carentes de especificação (por exemplo, do que seja “processos ecológicos essenciais”, manejo ecológico das espécies e ecossistemas, “diversidade e integridade do patrimônio genético”). Além do mais, os deveres constitucionais impostos aos poderes públicos são extensíveis ao próprio Judiciário, de modo que a falta de prestação jurisdicional importa na inadimplência judicante.

Não vai daí, todavia, a defesa de profusão de “sentenças orçamentárias”. A cláusula de reserva ou de contenção do possível e razoável se deve aplicar em todas as esferas prestacionais do Estado e sempre que envolver ônus financeiros importantes – considerados inclusive os efeitos cumulativos das decisões.

Adverte, ainda, o referido jurista³⁵⁶ que:

Essa cláusula, contudo, não pode esconder descasos administrativos e legislativos ou eleição de prioridades que leve à negação do conteúdo mínimo do direito, tornando a Constituição um cemitério de ilusões e de direitos natimortos. A razoabilidade deve funcionar, por conseguinte, como requisito de equilíbrio e transparência da discricionariedade, jamais como transferência ilegítima de poder. A fundamentação das decisões, para corresponderem a demandas de controle social e político, deve certificar o limite a que chegou a situação, o descompasso entre texto e realidade, além do *déficit* permanente de realização do direito, atendendo o seu dispositivo mandamental – orientado para o legislador do orçamento – a princípios de natureza orçamentária, como o da anualidade, de limitação e de indicação das fontes dos créditos. (grifo no original)

Nesse sentido, consubstancia-se a reserva do possível em outro dos parâmetros que deve nortear o Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal, ao realizar, com o fito de participar do contexto de efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o controle abstrato de constitucionalidade das leis orçamentárias, em sede de ação de direta.

³⁵⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e meio ambiente na perspectiva do Direito Constitucional Comparado*. In Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 97.

³⁵⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e meio ambiente na perspectiva do Direito Constitucional Comparado*. In Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 97.

Corroborando tal perspectiva, Maurício Júnior³⁵⁷ explica que:

A intervenção judicial nas políticas públicas através do orçamento leva em conta a reserva do possível, pois permite ao Judiciário ter uma visão mais precisa sobre a disponibilidade de recursos e a destinação existente, dando visibilidade sobre quais prestações estatais estão sendo atendidas. O orçamento funciona como excelente fonte de prova para as questões ligadas a reserva do possível, o que é uma decorrência direta da centralidade do orçamento na implementação de prestações estatais.

Essa prática resguarda as margens de ação do legislador e do administrador público, e atende ao minimalismo judicial³⁵⁸, tendo em vista que o juiz não dirigirá a política pública a ser desenvolvida, mas apenas indicará a prioridade constitucional que mereça atenção. Caberá ao Legislativo e ao Executivo, na discussão política, resolver sobre a realocação necessária ou sobre a criação de novas fontes de recursos.

Observa-se, desse modo, que, ao apreciar, no âmbito de uma ação direta, a constitucionalidade das leis orçamentárias e das políticas públicas ambientais das mesmas decorrentes, o Judiciário, no propósito de efetivar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não poderá descurar-se da reserva do possível, devendo, ao elaborar sua decisão, atuar com cautela e responsabilidade, no exercício de uma tarefa de auto-restrição, limitando-se ao controle da fixação de metas e da quantidade de recursos a ser investida pelos Poderes Públicos e abstendo-se de estabelecer, por si, a realização de despesas e a criação de novas rubricas, em subversão à lógica imanente ao orçamento.

6.4 A decisão na ação direta de inconstitucionalidade e o emprego da técnica do apelo ao legislador

Considerando ter restado caracterizada, a partir do prisma teórico do princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito, a fundamentalidade formal e material do

³⁵⁷ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. *A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias: A Intervenção Judicial em Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 259.

³⁵⁸ Tratando do minimalismo judicial Maurício Júnior (MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. *A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias: A Intervenção Judicial em Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 242-243) sustenta que: “Outra forma de tentar compatibilizar a intervenção judicial das decisões legislativas e administrativas com o princípio democrático e o princípio da divisão de poderes é o Judiciário, ao manifestar sua decisão em um caso concreto, fazê-lo de modo a não avançar além do mínimo necessário para o respectivo julgamento. Mesmo nos casos em que se admite um controle mais intenso das decisões dos órgãos políticos (...) o tribunal não deve dizer mais do que suficiente para justificar a solução adotada. (...) É importante frisar que o minimalismo judicial não significa necessariamente – como pode dar a entender essa expressão se tomada isoladamente – uma contenção judicial (*judicial restraint*), assim entendida como uma indisposição do Judiciário em relação ao controle dos atos legislativos e executivos. O minimalismo judicial visa reduzir o impacto sobre o princípio da divisão de poderes e, principalmente, sobre princípio democrático, mas não pode ser visto como uma negação da proteção jurisdicional, o que contraria frontalmente o disposto no art. 5º, XXXV, da CF”. (grifos no original)

direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dessa derivando sua eficácia normativa, sua aplicabilidade direta e seu caráter vinculativo dos poderes estatais, bem como a admissibilidade da fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis orçamentárias e das políticas públicas que se lhe afiguram subjacentes, por via da propositura da ação direta, em que o Poder Judiciário, com o desiderato de participar da concretização de tal direito, encontra-se autorizado a proceder ao controle da fixação de metas e da quantidade de recursos, impõe-se o exame dos aspectos atinentes à decisão a ser proferida, a qual deverá ser elaborada em atenção às críticas da teoria da Constituição, filosófica e operacional e também à noção de reserva do possível.

Nessa vereda, em que se afigura cristalina a necessidade de que a decisão judicial seja construída de forma ponderada, cautelosa e responsável, importante se revela a lição de Clèmerson Merlin Clève, citado por Pinto³⁵⁹, o qual, ressaltando o papel do Judiciário de zelar pela aplicabilidade do texto constitucional na dinâmica de tensão dialógica entre os direitos fundamentais e a democracia, compreendida como processo estendido de deliberação política, assevera que:

É preciso considerar, entretanto, que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal, a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contra-majoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do Judiciário nesse campo. Demais disso, zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura). Entre os que pretendem que no controle da omissão inconstitucional não há papel a ser desempenhado pelo juiz e aqueles que entendem que o Poder Judiciário tudo pode fazer, é necessário encontrar um lugar de equilíbrio, sensível à percepção de que o juiz, estando comprometido com a efetividade da Constituição, no entanto não pode ultrapassar certos limites sob pena de colocar em risco os postulados do Estado Democrático de Direito.

A busca desse ponto de equilíbrio mencionado por Clève, que, em verdade, representa o propósito maior desta pesquisa, constitui uma tarefa de difícil realização, a qual, porém, no propósito de legitimar a concretização judicial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e de possibilitar a formulação da decisão correspondente, passa pela necessidade do reconhecimento dos aspectos salientados, em especial, pela crítica da teoria da Constituição e pela crítica operacional, que enunciam as restrições que devem ser observadas pelo Judiciário, assim como pela delimitação dos objetos passíveis de fiscalização

³⁵⁹ PINTO, Élica Graziane Pinto. *Financiamento de Direitos Fundamentais. Políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União pós-Plano Real*. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010, p. 146.

ao se examinar a constitucionalidade abstrata das leis orçamentárias, no âmbito de uma ação direta, que consistem no controle da fixação de metas e da quantidade de recursos destinadas às políticas públicas ambientais.

Destacando os percalços da intervenção judicial nessa matéria, mormente suas implicações quanto ao princípio da separação de poderes e ao princípio democrático, Maurício Júnior³⁶⁰ pontua que:

(...) O estudo do princípio da divisão dos poderes nos mostrou que a Constituição não atribui ao Judiciário competência originária para resolver questões relativas à alocação de recursos, salvo a administração dos próprios tribunais; tais poderes foram endereçados primariamente aos órgãos políticos – Legislativo e Executivo – e mesmo a existência de uma regra geral de competência judicial deve ser vista com cautelas, pois está endereçada a casos extraordinários, e não à elaboração ordinária de políticas públicas.

O princípio da divisão dos poderes, analisado em sua dimensão positiva, exige também uma relação de adequação – ou justeza funcional – entre a função estatal e o órgão incumbido de sua realização. Sob esse prisma, o Judiciário também enfrenta problemas, pois nem seu corpo funcional, nem os procedimentos judiciais, são especializados na solução de problemas como a definição de uma política pública de saúde, de habitação ou de educação, por exemplo, que demandam análise técnica profunda e, principalmente, continuada, que não se encaixa bem na idéia de um processo que busca a extinção no menor prazo.

Por sua vez, o princípio democrático impõe que as decisões sobre as questões de interesse da comunidade sejam decididas prioritariamente pelos detentores de representação popular, o que não é o caso dos juízes no Brasil, que não são eleitos e possuem vitaliciedade no cargo.

Cumprir consignar que, malgrado as dificuldades de se estabelecer o equilíbrio entre a necessidade de o Poder Judiciário zelar pelo texto constitucional, garantindo a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e a exigência de respeito à separação de funções e à democracia, que se afiguram, também, como pilares do princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito, o controle judicial do orçamento, por meio da apreciação da constitucionalidade das leis orçamentárias e das políticas públicas ambientais que se lhes apresentam relacionadas, parece revelar-se como a solução mais adequada.

Reconhecendo as virtudes da atividade jurisdicional a partir dessa ótica, o próprio Maurício Júnior³⁶¹ sustenta que:

(...) a intervenção via orçamento tem o mérito de minimizar os aspectos normalmente apontados como negativos em relação ao controle judicial. Em relação à separação de poderes, compatibiliza-se a competência judicial com a dos outros órgãos de soberania, atuando o Judiciário apenas residualmente. Também se

³⁶⁰ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. *A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias: A Intervenção Judicial em Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 226-227.

³⁶¹ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. *A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias: A Intervenção Judicial em Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 259.

apresenta razoável solução para o problema da inadequação do Judiciário e dos procedimentos judiciais nas questões sobre alocação de recursos. Isto porque, intervindo através do orçamento, os juízes não conduzirão as políticas públicas, mas apenas determinarão que se atenda a uma necessidade específica, deixando a cargo do legislador e do administrador a escolha dos meios necessários. E, principalmente, mantendo elevada parcela de discricionariedade com o Legislativo e o Executivo, a intervenção judicial através do orçamento prestigia o princípio democrático.

Nessa ordem de ideias, e consideradas as peculiaridades da concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, observa-se que a decisão a ser proferida, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, além de não se descuidar da noção de reserva do possível, deve cingir-se ao controle da fixação de metas a cargo do Executivo e do Legislativo no âmbito do orçamento e da execução orçamentária em matéria de políticas públicas ambientais e ao controle da quantidade de recursos a ser investida pelos Poderes Públicos na promoção do aludido direito.

Desse modo, ao proceder ao controle da fixação das metas, o Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, poderá, no bojo da ação direta de inconstitucionalidade, decidir no sentido de que *o Executivo e o Legislativo incluam em suas previsões orçamentárias rubricas idôneas a satisfazer as necessidades decorrentes das políticas públicas destinadas à realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.*

Já, ao realizar o controle da quantidade de recursos a ser investida na efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Supremo Tribunal Federal, também no âmbito de uma ação direta, poderá decidir de duas formas: *a primeira, no sentido de que haja o investimento obrigatório dos recursos inicialmente alocados em outras rubricas em políticas públicas ambientais, desde que viável ante o estágio da execução orçamentária, e a segunda, no sentido da inclusão, no orçamento do ano seguinte, da diferença de recursos que deveria ter sido dispendida em políticas públicas ambientais e não o foi.*

Percebe-se, assim, que restará vedado Judiciário, ao apreciar a ação direta de inconstitucionalidade proposta em face das leis orçamentárias, proferir decisão que determine, no mesmo exercício financeiro e independentemente do estágio da execução orçamentária, a realocação de recursos, a realização de despesas e a criação de novas rubricas, ainda que com o desiderato de participar da concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que tal postura implicaria em intolerável violência a natureza do orçamento público.

Examinando-se o conteúdo das decisões que o Supremo Tribunal Federal, no intuito de participar da realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, poderá formular no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face das leis

orçamentárias, assim como a limitação fática e jurídica em que se converte a reserva do possível, constata-se, de forma cristalina, que *o recurso à técnica do apelo ao legislador afigurar-se-á como aquele que, sob a perspectiva do princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito, melhor permitirá a conciliação entre o dever de zelar pelo texto constitucional, garantindo a efetividade de tal direito, e a exigência de respeito à separação de funções e à democracia.*

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ação direta, *rechaçará a tese da inconstitucionalidade das leis orçamentárias*, pronunciando, todavia, em virtude das deficiências de tais normativos, *uma exortação ao Legislativo e ao Executivo para que esses entabulem as medidas corretivas necessárias*, que poderão consistir: 1) *na inclusão em suas previsões orçamentárias de rubricas suficientes ao atendimento das políticas públicas conducentes à realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*; ou 2) *no investimento dos recursos inicialmente alocados em outras rubricas em políticas públicas ambientais, caso possível diante do estágio da execução orçamentária*; ou, ainda, 3) *na inclusão, no orçamento do ano subsequente, da diferença de recursos que deveria ter sido dispendida em políticas públicas ambientais e não o foi.*

7 CONCLUSÃO

A Lei Fundamental de 1988, ao conformar a República Federativa do Brasil como um Estado Constitucional Democrático de Direito, preocupou-se em estruturar uma forma de organização da sociedade e do poder político em que estivessem assentes, a partir dos princípios da constitucionalidade e da supremacia da Constituição, as ideias de vinculação do legislador à Constituição, de vinculação de todos os atos estatais à Constituição, de reserva da Constituição, e de força normativa da Constituição.

De modo a concretizar esse desiderato, o constituinte originário de 1988, ao consagrar, no artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição da República, a ação direta de inconstitucionalidade procurou estabelecer, associado a um modelo concreto e difuso de controle, um sistema de fiscalização abstrato e concentrado de constitucionalidade, em que o Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião do texto magno, pudesse efetivar a salvaguarda da integridade e da coerência de todo o ordenamento jurídico-constitucional.

Paralelamente, o mesmo constituinte, ao consagrar, no artigo 225 da Constituição da República, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e conceder-lhe, de forma inequívoca, o *status* de autêntico direito fundamental, procurou tutelar, da forma mais efetiva possível, o bem jurídico ambiental, o qual foi delineado como de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Como corolário da outorga da nota da jusfundamentalidade ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, este se inseriu em um regime jurídico especial, definido pela própria Constituição Federal, o qual se caracteriza, em virtude do preceituado em seu artigo 5º, § 1º, pela força normativa de suas disposições, por seu caráter vinculativo dos poderes públicos, por sua aplicabilidade direta e por sua significativa carga eficaz.

Em virtude dos contornos assumidos pelo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – o qual cometeu aos Poderes da República diversas tarefas, consistentes, sobretudo, em obrigações legiferantes e em determinações alusivas ao desenvolvimento e implantação de políticas públicas –, esse se revestiu de uma dimensão inequivocamente orçamentária, porquanto exigir, para sua efetivação e pleno exercício por parte de seus destinatários, o adimplemento de prestações positivas, as quais, por sua vez, demandam a realização de despesas, que devem encontrar-se antecedidas pela previsão de receitas.

Não obstante a dicção constitucional afigurar-se cristalina, no sentido de que todas as leis afiguram-se passíveis de submissão ao crivo da constitucionalidade abstrata, o Supremo Tribunal Federal, acompanhado por alguns juristas pátrios, havia firmado entendimento no

sentido de que o orçamento, por se revelar como produtor de efeitos concretos e limitados, não poderia ter sua legitimidade impugnada por via de ação direta, visto que o mesmo, apenas sob o aspecto formal, se apresentaria como lei, não se revestindo dos critérios da impessoalidade, generalidade e abstração.

Inquinava-se, ainda, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal intervir em matéria orçamentária sob o argumento de que uma atuação nesses moldes implicaria em ofensa ao princípio da separação de poderes e à democracia, além de não dispor o órgão judicante dos conhecimentos técnicos exigidos para a apreciação da temática em apreço.

Essa percepção excludente no que tange à apreciação do orçamento público acabava, de certo modo, por impossibilitar que o Poder Judiciário, por meio do exercício da jurisdição constitucional, pudesse desempenhar, de forma efetiva, sua incumbência de zelar pelo texto da Constituição, garantindo a concretização dos direitos fundamentais de cunho prestacional, dentre os quais o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A postura interpretativa em apreço terminou por se revelar equivocada, na medida em que se descurou da caracterização do orçamento como lei também na vertente material; da importância do orçamento como meio de planejamento de toda a ação do Estado; da relevância do orçamento para a consecução de objetivos políticos, econômicos e sociais; da superação da perspectiva do orçamento como simples peça de previsão de receitas e de autorização de despesas; da configuração do princípio da separação de poderes na República Federativa do Brasil como um sistema de freios e contrapesos; da incumbência de o Judiciário, ao proteger o texto constitucional frente às maiorias temporárias, estar salvaguardando a própria democracia; e da imperiosa necessidade de se robustecer a garantia da Constituição, como meio de salvaguarda do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Em aparente reconhecimento de seu lapso hermenêutico, o Supremo Tribunal Federal, demonstrando ter acolhido as críticas que lhe foram dirigidas pela doutrina, parece apontar no sentido do abandono de tal compreensão, tendo, em um primeiro momento, asseverado que, caso a lei orçamentária contivesse norma que se apresentasse permeada pelos caracteres da generalidade e da abstração, a mesma poderia ter, por meio da via principal, sua constitucionalidade controlada, para depois assentar, ainda que em sede de decisão que apreciou requerimento de medida cautelar em ação direta, a plena admissibilidade da fiscalização abstrata do orçamento.

Malgrado a superação do óbice ao exame da constitucionalidade abstrata das leis orçamentárias por via da ação direta, restou configurado que a possibilidade de o Judiciário participar da concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por

intermédio desse caminho processual – o qual implica, iniludivelmente, a análise das políticas públicas –, se afigura permeada por dificuldades e senões, havendo, assim, a necessidade de que sejam considerados os aspectos arguidos pela crítica da teoria da Constituição, pela crítica filosófica e pela crítica operacional.

A consideração de tais críticas acabou por ensejar o alinhamento de alguns parâmetros que pudessem legitimar a intervenção jurisdicional nessa seara, tendo sido salientados os objetos passíveis de controle por parte do Judiciário por ocasião do exame das políticas públicas conducentes à realização de direitos fundamentais, bem como destacada a relevância da noção de reserva do possível, compreendida como uma limitação, a um só tempo, de ordem fática e jurídica.

No que tange aos objetos de fiscalização judicial e jurisdicional enunciados como parâmetros, verificou-se que, o Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ação direta de inconstitucionalidade proposta em face das leis orçamentárias, somente poderia realizar, com o fito de participar do contexto de efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o controle da fixação de metas a cargo do Executivo e do Legislativo no âmbito do orçamento e de sua execução em matéria de políticas públicas ambientais e o controle da quantidade de recursos a ser investida pelos Poderes Públicos na promoção do referido direito fundamental.

Percebeu-se que, ao efetivar o controle da fixação das metas, a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação direta, deverá ser construída no sentido de que o Executivo e o Legislativo procedam à inclusão, em suas previsões orçamentárias, de rubricas idôneas a satisfazer as necessidades das políticas públicas destinadas à concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Quanto ao controle da quantidade de recursos a ser investida na promoção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, verificou-se que o Judiciário, ao julgar a ação direta, deverá se posicionar no sentido de que haja o investimento obrigatório dos recursos inicialmente alocados em outras rubricas em políticas públicas ambientais, desde que possível diante do estágio da execução orçamentária, ou no sentido da inclusão, no orçamento do ano seguinte, da diferença de recursos que deveria ter sido investida em políticas públicas ambientais e não o foi.

Em face dos conteúdos possíveis das decisões atinentes à ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face das leis orçamentárias, restou cristalino que ao Supremo Tribunal Federal, mesmo que animado pelo desiderato de participar da concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, estaria vedado

determinar, no mesmo exercício financeiro e independentemente do estágio da execução orçamentária, a realocação de recursos, a realização de despesas e a criação de novas rubricas, sob pena de se subverter a lógica do orçamento público.

Por derradeiro, concluiu-se que a Corte Suprema, ao elaborar a decisão concernente à ação direta de inconstitucionalidade das leis orçamentárias, deverá socorrer-se da técnica do apelo ao legislador, na medida em que essa, sob a ótica do princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito, ostenta o condão de promover a conciliação entre a tarefa de zelar pelo texto constitucional, garantindo a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e a exigência de observância à separação de funções e à democracia.

Dessarte, o Poder Judiciário, em sua decisão, deverá rejeitar a inconstitucionalidade das leis orçamentárias, realizando, porém, por força das deficiências de tais normativos, uma conclamação ao Legislativo e ao Executivo para que esses adotem as medidas corretivas e as adequações necessárias.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos*. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 01 de jun 2013.

BRASIL. *Lei n.º 9.868/99*. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 20 jun 2013.

BRASIL. *Lei n.º 9.882/99*. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 20 jun 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 612, Rel. Min. Celso de Melo, DJ 06-05-1994. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 01 jun de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 842, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 26-02-1993. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso 01 jun 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 1.640, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 03-04-1998. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso 01 jun 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 2.100, Rel. Min. Néri da Silveira. DJ 01-06-2001. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso 01 jun 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 2.925, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, DJ 04-03- 2005. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso 01 jun 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 4.048, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 22-8-2008. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso 01 jun 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS n. 22.164-. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 1, p. 39.206, 17.11.1995. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso 01 jun 2013.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão*. In *Ações Constitucionais*. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2011.

BIZAWU, Sébastien Kiwonghi, CARNEIRO, Fernanda. *Cidadania e Educação Ambiental: Diálogo Necessário para a Efetivação dos Direitos Fundamentais do Homem*. In Temas de Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva: 2006

CALIENDO, Paulo. *Reserva do Possível, Direitos Fundamentais e Tributação*. In Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

COSTA, Beatriz Souza. *Meio Ambiente como Direito à Vida: Brasil, Portugal, Espanha*. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9868/99 e 9882/99*. 2. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). In *Ações Constitucionais*. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2011.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed., atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

FEREIRA FILHO, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. V. 2.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 19. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Clara Cardoso. *Controle jurisdicional de constitucionalidade em abstrato de lei orçamentária: análise da adi 4.048-1/DF*. Disponível em <http://www.evocati.com.br>. Acesso em 20 jun 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 19. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. *A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias: A Intervenção Judicial em Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes, WALD, Arnoldo, MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *A Decisão no Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Método, 2008.

MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: 2011.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 21. ed., v. I, 2006.

PINTO, Élide Graziane Pinto. *Financiamento de Direitos Fundamentais. Políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União pós-Plano Real*. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e meio ambiente na perspectiva do Direito Constitucional Comparado*. In *Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12. ed., rev., at. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

_____, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEIXEIRA, Orci Paulino Teixeira. *O Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Direito Fundamental*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.