
COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Leonardo Castro Maia¹

1. BREVE DESCRIÇÃO DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

O Acórdão em estudo examinou e decidiu o Recurso Especial n. 1.366.331 – RS interposto pelo Ministério Público gaúcho contra julgado do Tribunal de Justiça que negou provimento às apelações interpostas contra sentença de procedência parcial dos pedidos formulados em ação civil pública voltada à defesa da saúde, do meio ambiente e do direito ao saneamento básico.

A sentença sustentara não caber ao Judiciário a imposição ao Município de São Jerônimo da obrigação de construir uma rede de esgoto cloacal, pena de violação dos limites impostos pela legislação financeira e orçamentária, embora haja condenado o Município à realização de obras de canalização do esgoto em determinados pontos da cidade, a fim de que este não mais escoasse a céu aberto.

Lado outro, o Poder Executivo já havia manifestado disposição em regularizar o sistema de esgotos da cidade, iniciativa que não fora adiante, por haver sido rejeitada pela Câmara Municipal.

Ao Ministério Público estadual coube, assim, interpor o recurso especial perante o STJ, ante a violação ao art. 45 da Lei 11.445/2007, que determina a conexão de toda edificação urbana às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

2. SOLUÇÃO APRESENTADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No Acórdão do STJ, decidido à unanimidade por sua Segunda Turma, julgou-se violado o art. 45 da Lei 11.445/2007, dando-se provimento ao Recurso Especial, para condenar o Município a elaborar o projeto técnico de



¹ Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Membro do Conselho de Política Estadual do Meio Ambiente (Copam) de Minas Gerais. Membro da Associação Brasileira dos Membros Ministério Público de Meio Ambiente (ABRAMPA). Secretário-Geral da Rede Latino-Americana do Ministério Público Ambiental. Coordenador das Promotorias de Justiça de Meio Ambiente da Bacia Hidrográfica do Rio Doce. Promotor de Justiça em Minas Gerais.

encanamento de esgotos, no prazo de 60 dias, e a incluir os valores da realização do projeto na lei orçamentária do exercício financeiro subsequente.

A propósito, o voto condutor do Ministro Relator Humberto Martins examina detidamente todas as nuances e vieses do caso, em especial a aplicação das teorias da discricionariedade administrativa, da separação dos poderes, da reserva do possível e da supremacia do mínimo existencial, considerados os direitos ao saneamento básico, à saúde e ao meio ambiente equilibrado, deslindando, passo a passo, todos os aparentes óbices à prolação de uma decisão judicial em favor dos citados direitos fundamentais.

3. ANÁLISE TEÓRICA DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

Há sempre muito a ser dito sobre as instigantes questões suscitadas no Acórdão em comento, mas, é bem de ver, muito pouco a acrescentar sobre elas a partir da exposição dos fatos e do direito contida no voto do Eminentíssimo Ministro Relator, que estabelece um caminho tranquilo e lógico até a decisão adotada pelo Tribunal.

De fato, o julgado da Segunda Turma do STJ é, tanto quanto pode ser uma decisão judicial, uma síntese perfeita e acabada acerca das questões que enfrenta.

Com apreciável clareza de raciocínio inicia pela descrição dos fatos, para então abordar as questões jurídicas envolvidas de forma direta, pacificando cada uma delas, com base em elegante argumentação e na melhor jurisprudência do próprio STJ.

Prontamente, o julgado identifica a violação ao art. 45 da Lei 11.445/2007, que estabelece que “toda edificação permanente urbana será conectada às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário”, para então orientar a interpretação no sentido de se vivificar o dispositivo, esclarecendo aos envolvidos e, por que não dizer, a todos quanto recorrem ao precioso manancial de jurisprudência do STJ que: a ligação das edificações à rede não é “mera faculdade da administração pública”.

Ou seja: é dever do município implementar o sistema completo de abastecimento de água e de captação de esgoto sanitário, somente incidindo o permissivo do §1º do próprio art. 45, nas situações nele compreendidas, quando evidenciada autêntica insuficiência de receita por parte da Administração, algo não demonstrado nos autos.

Nesta linha de raciocínio, o Relator pondera que o Poder Executivo local já havia apresentado proposta ao Legislativo para que se firmasse convênio para, entre outras medidas, a implementação do sistema de saneamento básico, razão pela qual não o socorre agora o argumento da falta de previsão orçamentária.

Além disto, observa que a ação civil pública manejada pelo Ministério Público limitava-se a exigir a elaboração do projeto técnico para solução do problema, assegurando-se ao gestor, desta forma, a oportunidade de programar, em momento posterior, as despesas para sua execução, o que confere razoabilidade e exequibilidade ao pedido formulado pelo *Parquet*.

Sem a pretensão de expor novidades, senão com o objetivo de destacar o acerto da decisão em estudo, importante divisar o ambiente normativo em que o pedido está inserido, vejamos:

a) A CF/1988 incluiu a saúde como direito fundamental do cidadão (CF, art. 6.º), estipulando ser dever do Estado garanti-lo a cada um dos brasileiros (CF, art. 196).

b) *Pari passu*, a Lei Maior alçou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de direito fundamental, impondo ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo, e com *efetividade* (§1º do art. 225), para a presente e as futuras gerações (CF, art. 225).

c) A mesma Constituição de 1988 estabelece que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde, prover a efetiva proteção ao meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (CF, art. 23, incisos II e VI) e, no mesmo sentido, o inciso IX do art. 23 lhes atribui a competência para promover programas de construção de moradias, melhorias das condições habitacionais e de saneamento básico, compreendido, nos termos do art. 3º, I, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, da Lei Federal 11.445/2007, como um conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

É neste contexto que o Relator ingressa seguramente no exame da teoria da Reserva do Possível, nunca a desconsiderá-la, senão reconhecendo-a e conferindo-lhe a nitidez dos contornos e do matizado que, ao final, definirão o alcance e aplicação ao caso em exame.

Com efeito, por meio de sua análise, o Ministro Relator acaba por demonstrar que é ela, justamente, a teoria a militar como um dos fundamentos jurídicos para que o Município não seja desonerado de suas obrigações para com a implementação das políticas públicas de saneamento básico, eis que assecuratórias dos direitos fundamentais.

De fato, como anota o Relator, se a citada teoria parte da premissa de que há permanentemente restrições orçamentárias resultantes de um perene processo de escolhas por parte do gestor público, certo é que não havendo recursos suficientes para prover todas as necessidades da população, tais escolhas devem sempre favorecer a satisfação das que são básicas, a exemplo das que dizem respeito aos interesses fundamentais, núcleo de direitos que, nas palavras do Eminentíssimo Relator, “não pode, em hipótese alguma, ser preterido, pois constitui o objetivo e fundamento primeiro do Estado Democrático de Direito”, não havendo sobre a implementação (ou não) de tais direitos um autêntico juízo discricionário pena de “destrato da vida humana” e “ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana”.

O julgado mostra-se, assim, totalmente afinado com a ideia de que a discricionariedade, entendida como juízo de conveniência e oportunidade, somente existe quando, em um caso específico, o administrador possa decidir entre duas ou mais medidas convenientes, oportunas, razoáveis, justas e, obviamente, lícitas.

Contrario sensu, se não há, à luz da legislação vigente, espaço para escolha de atuação do administrador, como no caso examinado pelo Tribunal, senão a presença de dispositivos legais impondo uma conduta específica (aqui: socioambientalmente adequada), não há que se falar em discussão sobre mérito administrativo ou discricionariedade administrativa, mas sobre exame da legalidade.

Neste sentido, vale lembrar a observação de Erika Bechara que, ao tratar da poluição hídrica causada pelo lançamento de esgotos *in natura*, notou que o artifício da discricionariedade só seria admissível se houvesse duas ou mais maneiras de se impedir a poluição e o Poder Público optasse por uma delas².

É que no caso da Administração Pública, o poder de agir se converte no dever de agir, para que ela o exerça em benefício da coletividade, não se

² BECHARA, Érika. *Tratamento do esgoto doméstico pelo Poder Público: discricionariedade ou vinculação?* Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, volume I, São Paulo.

admitindo a omissão da autoridade diante de situações que exijam a sua atuação, vale dizer, não há a possibilidade da autoridade administrativa renunciar ao cumprimento e exercício das competências que lhe foram outorgadas por lei.

Não por acaso, ações civis públicas propostas em razão de omissão ou de danos causados relacionados com atividades do Estado, especialmente as de defesa do meio ambiente e da saúde, têm encontrado guarida no âmbito de nossos Tribunais, com destaque para o STJ, por ser o Tribunal da Cidadania:

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AO MEIO AMBIENTE CAUSADO PELO ESTADO. SE O ESTADO EDIFICA OBRA PÚBLICA – NO CASO, UM PRESÍDIO – SEM DOTÁ-LA DE UM SISTEMA DE ESGOTO SANITÁRIO ADEQUADO, CAUSANDO PREJUÍZOS AO MEIO AMBIENTE, A AÇÃO CIVIL PÚBLICA É, SIM, A VIA PRÓPRIA PARA OBRIGÁ-LO ÀS CONSTRUÇÕES NECESSÁRIAS À ELIMINAÇÃO DOS DANOS; SUJEITO TAMBÉM ÀS LEIS, O ESTADO TEM, NESSE ÂMBITO, AS MESMAS RESPONSABILIDADES DOS PARTICULARES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO”. (STJ – RESP 88776 - Rel. Min. Ari Pargendler. J. 19/05/1997)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.

2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.

4. Recurso especial provido.” (RE n. 493.811 – SP 2002/0169619-5. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santos)

A propósito da teoria da reserva do possível e do mínimo existencial, importa ainda trazer a lume as ponderações do Ministro Celso de Mello, do STF, pela acuidade com que foram expostas nos autos da ADPF 45 MC/DF, vejamos:

“(…) a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada,

objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

(...)

Parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

(...)

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.” (ADPF 45 MC/DF, em 29.04.2004).

4. CONCLUSÕES.

Como se vê, o Acórdão proferido nos autos do Recurso Especial n. 1.366.331 – RS é mais um importante marco na jurisprudência do STJ a assegurar o cumprimento da legislação federal e a observância aos direitos fundamentais, entre eles os direitos à vida, a saúde, à dignidade e ao meio ambiente, estabelecendo, precisamente:

a) A fórmula hermenêutica capaz de conferir efetividade ao direito em discussão, qual seja, a que conduz à aplicação do art. 45 da Lei 11.445/2007, através da prévia elaboração de um projeto técnico de encanamento de esgotos na cidade,

b) A inexistência de discricionariedade administrativa ou de ofensa à separação dos poderes a justificar a contínua poluição, com o prejuízo da saúde das pessoas, mediante o lançamento de esgoto não tratado no meio ambiente.

c) A compatibilização das teorias da reserva do possível e do mínimo existencial, com a prevalência deste último sobre aquela e o reconhecimento de que a implementação da política pública de saneamento básico diz respeito à satisfação de direitos fundamentais assegurados nas leis e na Constituição Federal.

d) Que no processo, a mera alegação de ausência de previsão orçamentária não tem o condão de demonstrar a inexecutabilidade dos pedidos da ação civil pública, nem de afastar a obrigação de garantir o mínimo existencial.