

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

RENATO LUÍS BORDIN DE AZEREDO

**O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A TUTELA INIBITÓRIA
AMBIENTAL NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

CAXIAS DO SUL

2012

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RENATO LUÍS BORDIN DE AZEREDO

**O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A TUTELA INIBITÓRIA
AMBIENTAL NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Dissertação realizada como requisito final para a obtenção do certificado de Mestre em Direito, perante o Curso de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade de Caxias do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin

CAXIAS DO SUL

2012



UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

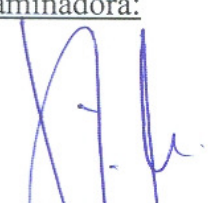
**“O Controle das Políticas Públicas e a Tutela Inibitória Ambiental no
Âmbito dos Tribunais de Contas.”**

Renato Luís Bordin de Azeredo

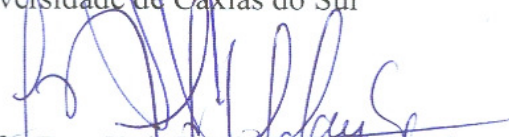
Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito Ambiental, Trabalho e Desenvolvimento.

Caxias do Sul, 02 de abril de 2012.

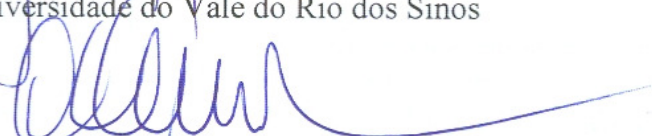
Banca Examinadora:



Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin (Orientador)
Universidade de Caxias do Sul



Prof. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha
Universidade do Vale do Rio dos Sinos



Prof. Dr. Carlos Alberto Lunelli
Universidade de Caxias do Sul



Prof. Dr. Sérgio Augustin
Universidade de Caxias do Sul

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
Biblioteca Central

CIDADE UNIVERSITÁRIA

Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – B. Petrópolis – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS – Brasil

Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-972 – Caxias do Sul – RS – Brasil

Telefone / Telefax (54) 3218 2100 – www.ucs.br

Entidade Mantenedora: Fundação Universidade de Caxias do Sul – CNPJ 88 648 761/0001-03 – CGCTE 029/0089530

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
UCS - BICE - Processamento Técnico

A993c Azeredo, Renato Luís Bordin de, 1971-

O controle das políticas públicas e a tutela inibitória ambiental
no âmbito dos tribunais de contas / Renato Luís Bordin de Azeredo.
- 2011.

304 f. : il. ; 30 cm.

Apresenta bibliografia.

Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul,
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2011.

“Orientação: Prof. Dr. Jefferson Marin.”

1. Direito ambiental - Brasil. 2. Brasil. Tribunal de Contas da
União. 3. Tutela inibitória. 4. Política ambiental I. Título.

CDU 2.ed.: 349.6(81)

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito ambiental - Brasil	349.6(81)
2. Brasil. Tribunal de Contas da União	347.998(81)
3. Tutela inibitória	347.922.6
4. Política ambiental	502.14

Catalogação na fonte elaborada pelo bibliotecário
Marcelo Votto Teixeira – CRB 10/1974

Dedico este trabalho a meu pai, Valter de Azeredo, “in memoriam”; a minha mãe, Lúcia Maria Bordin de Azeredo; a minha esposa Eliane Maria de Bona Azeredo, ao meu filho Enzo Henrique de Bona Azeredo, aos meus irmãos Marcelo Bordin de Azeredo, Marco Antônio Bordin de Azeredo, Rosana Maria Bordin de Azeredo, Renata Cristina Bordin de Azeredo, Márcia Bordin de Azeredo Thomé e ao meu cunhado Roberto Luiz Opermann Thomé.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Doutor Jeferson Dytz Marin, pelo incentivo e confiança.

À saudosa Dra. Rosane Heineck Schmitt, por sua vivacidade e energia.

Ao Prof. Dr. Agostinho Oli Koppe, pelo estímulo à pesquisa.

Ao Prof. Dr. Cesar Modena, pelas brilhantes lições sobre economia que muito contribuíram para o desfecho do trabalho.

Ao Dr. Sérgio Augustin, pelo empenho na condução do Programa de Mestrado em Direito da UCS.

Ao Prof. Mestre Alexandre Schubert Curvelo e ao Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro, pela excelência das aulas na Especialização de Direito Público da PUC/RS, que muito contribuíram para a realização do presente trabalho.

Ao colega Josué Martins, pelo estímulo na realização do presente trabalho.

Aos meus colegas de trabalho junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

Aos meus amigos Márcio Sgarioni, Rogério Rammê e Fábio Vanin, companheiros nos desafios do Mestrado.

Aos meus familiares.

A melhor forma de proteger o ambiente é antes da sua degradação. Por esta razão, é necessário o aperfeiçoamento de instrumentos que permitam o controle no desenvolvimento e execução de políticas públicas em matéria ambiental e o desenvolvimento de uma cultura de tutela inibitória por todas as Instituições incumbidas na defesa da sociedade.

RESUMO

Os Tribunais de Contas no Brasil possuem uma natureza jurídica *sui generis*. Desde a sua origem ela é controversa. São Órgãos autônomos e sobranceiros no contexto jurídico constitucional brasileiro. Não se subordinam a nenhum outro Órgão. Exercem função de “auxílio” ao Poder Legislativo no controle da gestão pública. Possuem um plexo de competências próprias e exclusivas. As decisões que proferem possuem limites à revisibilidade por parte do Poder Judiciário. Tem ampla competência de análise em matéria ambiental, podendo aferir dos órgãos submetidos ao seu controle as suas ações sob o aspecto da economicidade e legitimidade. Tem um campo de atuação, na matéria de sua competência, mais amplo do que o exame a cargo do Poder Judiciário. A sua importância de atuação antecede a própria formação do orçamento público. Através de auditorias operacionais têm a seu cargo uma importante contribuição em termos do exame da legitimidade, economicidade e do desempenho das ações administrativas. É importante o seu papel no controle e desenvolvimento de políticas públicas a cargo dos seus jurisdicionados. Possuem instrumentos de atuação preventiva, calcados nos princípios da prevenção e precaução, que possibilitam o desenvolvimento de uma cultura em termos do exercício de uma tutela inibitória, evitando ou mitigando a ocorrência de danos ao meio ambiente considerado em toda a sua amplitude, natural, artificial e cultural. Através de tomadas de contas especiais, da negativa de excoercedade de atos normativos inconstitucionais, do poder geral de cautela e do termo de adoção de providências assegurados na doutrina e jurisprudência e com previsão nas normas que fixam a sua competência é que devem atuar de forma a inibir a ocorrência de danos.

Palavras-chaves: Decisões dos Tribunais de Contas. Natureza Jurídica. Políticas Públicas. Meio Ambiente. Tutela inibitória ambiental.

ABSTRACT

The Courts of Auditors in Brazil have a *sui generis* legal nature. Since its origin it is controversial. They are autonomous and eminent bodies into the Brazilian constitutional legal context. Are not subordinated to any other organ. Play role of "aid" to the Legislative Power in the control of public administration. Have a unique and own powers' plexus. The decisions that they utter have their own limits review by part of the Judiciary. Have extensive analytical competence in environmental matters, being able to assess organs submitted by the courts to their own control under the aspect of economy and legitimacy. Have a playing field, in the field of its competence, wider than the examination over the judiciary. The importance of practice predates the very own formation of the public budget. Through operational audits they are responsible for an important contribution in terms of the examination of legitimacy, economy and performance of administrative actions. It is important their role in public policy development and control over their local courts. Have preventive action instruments, based on the principles of prevention and precaution, that enable the development of a culture in terms of the exercise of inhibitory guardianship, avoiding or mitigating the occurrence of damage to the environment considered throughout its scale, natural, artificial and culturally. Through acquisition of special accounts, the negative obligation to execution of normative acts unconstitutional, the general power of caution and end-user adoption of measures provided in the doctrine and jurisprudence and predictably on the standards laying down their mission is how they must act in such a way as to inhibit the occurrence of damage.

Key-words: Courts of auditors' decisions. Legal nature. Public policies, Environment. Environmental inhibitory guardianship.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 TRIBUNAIS DE CONTAS.....	13
2.1 ORIGEM E SEU DESENVOLVIMENTO NO CENÁRIO NACIONAL.....	13
2.2 NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS	19
2.2.1 Contas de Governo e Contas de Gestão.....	34
2.2.2 A possibilidade de julgamento definitivo e a dualidade de Jurisdição	38
2.2.3 Corte de Contas na França	39
2.3 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	40
2.3.1 O Controle nas Mais Variadas Acepções	40
2.4 NATUREZA DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS	44
2.4.1 A dicotomia entre a natureza administrativa ou judicial das decisões proferidas..	44
2.4.2 Imputação de débito e da multa	59
2.5 A COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM MATÉRIA AMBIENTAL ...	61
2.5.1 O exercício da competência de proteção do meio ambiente através das Auditorias Ambientais	73
2.5.2 A Auditoria Operacional como instrumento de controle e de redirecionamento das Ações Administrativas voltando-se para o resultado	78
3 O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O ENFRENTAMENTO DA CRISE AMBIENTAL.....	82
3.1 UM PANORAMA DA CRISE AMBIENTAL E A EMERGÊNCIA DE ENFRENTAMENTO.....	82
3.2 A SUSTENTABILIDADE E AS CIDADES	103
3.3 MEIO AMBIENTE, RELAÇÕES DE CONSUMO E A SUSTENTABILIDADE EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO.....	108
3.3.1 A busca do objeto de uma racionalidade ambiental apesar do hiperconsumo e da globalização, como uma possível alternativa de solução da crise	113
3.3.2 A Licitação Sustentável na busca de um consumo responsável pelos Governos ...	122
3.4 A EFICÁCIA DAS NORMAS DE DIREITO AMBIENTAL E A IMPLICAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DE AÇÕES AFIRMATIVAS EM MATÉRIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS	127
3.4.1 As normas constitucionais programáticas no novo contexto constitucional.....	128
3.5 O DEVER DE CONTROLE NO DESENVOLVIMENTO E EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA AMBIENTAL	134
3.5.1 A participação na formulação de políticas públicas como forma de assegurar uma democracia substancial e os organismos que congregam as Entidades de Fiscalização Superior (EFS)	134
3.5.2 Os desafios na formulação de políticas públicas em matéria ambiental	139
3.5.3 A construção de uma dogmática ambiental frente aos Conceitos jurídicos indeterminados na implementação de políticas públicas.....	153

3.5.4 Uma adequada compreensão da discricionariedade administrativa frente à implementação de políticas públicas e a possibilidade de sua judicialização	154
3.5.5 Estudo de caso: RESP 429.570 – saneamento ambiental	166
3.5.6 Estudo de caso: RESP 575.998-MG – prestação descontinuada da coleta de lixo.	167
4 TUTELA INIBITÓRIA AMBIENTAL NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS	169
4.1 O MODO COMO SE DÁ A ATUAÇÃO POR PARTE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	169
4.2 A NECESSIDADE DE UMA ATUAÇÃO PREVENTIVA COMO FORMA DE ASSEGURAR UM MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO POSSIBILITANDO A REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO ESSÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	170
4.3 A NECESSIDADE DE UMA TUTELA INIBITÓRIA INTEGRAR A CULTURA DE ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE.....	178
4.4 OS TRIBUNAIS DE CONTAS COMO ÓRGÃOS VOCACIONADOS À REALIZAÇÃO DA TUTELA PREVENTIVA EM MATÉRIA DE CONTROLE DO ORÇAMENTO PARA FINS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL	184
4.5 TEORIA PROCESSUAL DEMOCRÁTICA E A LEGITIMIDADE DO PROVIMENTO ESTATAL	187
4.6 AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL E DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE.....	190
4.6.1 Avaliação de Impacto Ambiental	190
4.6.2 Licenciamento ambiental.....	191
4.7 PRINCÍPIOS QUE DÃO SUPORTE AO EXERCÍCIO DA TUTELA INIBITÓRIA POR PARTE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	194
4.7.1 A prevenção como forma de atuação responsiva e adequada ao enfrentamento da crise ambiental.....	194
4.7.1.1 O princípio da precaução a ensejar uma atuação preventiva.....	194
4.7.1.2 Princípio da Prevenção e suas implicações para uma tutela inibitória	200
4.7.1.3 A eficiência e a economicidade como mote do exercício da função administrativa e fator determinante de uma tutela inibitória.....	202
4.7.1.4 A efetividade da tutela inibitória ambiental	211
4.8 PROCEDIMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO DE UMA DE UMA TUTELA INIBITÓRIA NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS	224
4.8.1 O exercício do Poder geral de cautela pelos Tribunais de Contas	225
4.8.2 Tomada de contas especial como instrumento para a garantia de proteção ambiental célere e expedita	229
4.8.3 Termo de Adoção de Providências.....	232
4.8.4 Negativa de excoutoriedade de lei ou ato normativo	233
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	238
REFERÊNCIAS	240

1 INTRODUÇÃO

A ampliação das competências dos Tribunais de Contas, ocorridas na Constituição Federal de 1988, colocou estes Órgãos em relevo dentre as Instituições incumbidas de promover a concretização dos direitos fundamentais, a partir do controle das contas públicas. Nunca se ouviu falar tanto dos Tribunais de Contas, que vem ocupando espaços importantes na mídia. Tais fatos decorrem das ações que vem desenvolvendo e da importância dos temas tratados.

Busca-se demonstrar a possibilidade de atuação cada vez mais efetiva dos Tribunais de Contas na tutela ambiental, em especial, através de uma tutela preventiva, de forma a inibir a degradação ou fazer com que cesse imediatamente, caso iniciada.

O método adotado para a análise foi o contraste da natureza jurídica dos Tribunais de Contas com o sistema de jurisdição adotado no Brasil, para poder chegar à conclusão a respeito dos limites de revisibilidade das suas decisões. Por esta razão, fez-se uma abordagem a respeito da dualidade de jurisdição e da Corte de Contas na França, com o intuito de demonstrar a possibilidade da realização de decisões com caráter definitivo, fora do âmbito do Poder Judiciário.

A instituição Tribunal de Contas está, paulatinamente, assumindo um papel central no controle da Administração Pública, fruto do aprofundamento do estudo de sua posição no Estado Brasileiro e da ampla gama de competências que a Constituição Federal de 1988 atribuiu a estes órgãos.

Dentre as competências está a necessidade de atuação em matéria ambiental. Os Tribunais de Contas têm ampla competência constitucional para atuar na proteção e defesa do meio ambiente, através da fiscalização no desenvolvimento e execução de políticas públicas, quer no exame do resultado dessas políticas com base nos princípios da eficiência, eficácia, economicidade e legitimidade, quer realizando auditorias operacionais e de regularidade.

Em seguida apresenta-se um panorama da crise ambiental, nas suas mais diversas implicações. Demonstra-se a sua estreita relação com o modo de vida atual da sociedade e o modo com que se utilizam os recursos naturais para satisfazer o seu consumo.

Demonstra-se a eficácia das normas, que atribuem tarefas públicas ao Estado e sociedade, na implementação de ações de proteção ambiental e a possibilidade de sindicar as políticas públicas postas em ação.

Os recursos naturais estão alcançando o seu limite. A necessidade de produção não permite os ciclos naturais de renovação. A tecnologia é posta a prova para ver se vai

conseguir desempenhar um papel que solucione a crise. Demonstram-se, também, as implicações da técnica e grupos econômicos. Um grande problema ambiental é a escassez de água potável. A seguir esta tendência de escassez, quiçá a água poderá atingir valor superior ao do petróleo, no futuro. A transgenia é outro dos problemas ambientais em que não há a devida precaução, podendo, inclusive, causar inúmeras doenças, dentre elas o câncer.

O estado tem se mostrado fraco para o necessário enfrentamento. Os interesses de grandes corporações mostram-se superar a força dos Estados.

A busca de uma nova matriz energética, baseada em recursos renováveis, e sem causar o aumento do efeito estufa é um caminho a se perseguir.

Constata-se que existe uma necessidade de mudança de hábitos, inserindo-se o consumo responsável, tanto para as pessoas como para o Estado. E, esta necessidade de atuação, deve priorizar a prevenção, inibindo e corrigindo os desvios antes do escoamento no ralo da corrupção, como imperativo de segurança na implementação dos direitos fundamentais.

São abordados os princípios que ensejam uma ação efetiva de proteção, focando-se na tutela inibitória, com base na prevenção/precaução, eficiência e efetividade, a fim de se concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana. Prossegue-se com uma análise de instrumentos procedimentais à disposição desses Órgãos, normatizados nas suas Leis Orgânicas e Regimentos Internos, bem como reconhecidos pela doutrina e jurisprudência pátria, em especial a do Supremo Tribunal Federal.

A classificação destes procedimentos, dentro de uma “tutela inibitória”, se dá de forma genérica, ou seja, abrange tanto os procedimentos com natureza cautelar, como é o caso do Poder Geral de Cautela, bem como a possibilidade da negativa de executoriedade de leis e atos normativos, como forma de inibir os efeitos degradadores prospectivos desses atos contrários ao ordenamento jurídico na sua acepção global.

Na sequência serão abordados, de modo específico, os instrumentos em que a tutela inibitória no âmbito dos Tribunais de Contas pode ser efetivada. Existe um conjunto de procedimentos, que já estão à disposição destes órgãos, mas que, em muitos casos, não vem sendo utilizados ou são utilizados de forma tímida diante da gama de possibilidades que se apresentam. O manejo expedito destes procedimentos ensejará uma imediata, ação antes que se efetivem danos que, muitas vezes, são de difícil, ou até mesmo impossível reparação.

2 TRIBUNAIS DE CONTAS

2.1 ORIGEM E SEU DESENVOLVIMENTO NO CENÁRIO NACIONAL

As cidades da Antiguidade, para manter as suas funções, especialmente de defesa, começaram a desenvolver mecanismos de controle do orçamento. Atenas, para manter o exército e a marinha, despendia extraordinários gastos e estava sempre às voltas com o orçamento complexo e desequilibrado, característica dos sistemas incipientes daquela época. Contavam com vários agentes escolhidos, conforme o caso, por sorteio ou eleição, para a administração das rendas.

Em Roma existia um maior desenvolvimento no exame das contas públicas. E é, neste período, que se lançam os fundamentos históricos dos Tribunais de Contas, órgãos existentes, em nossos dias, na quase totalidade dos países civilizados¹.

O Estado sempre se preocupou em manter um controle sobre as rendas públicas, tendo em conta a correta aplicação, guarda e gerenciamento. As formas e espécies de controle se davam de acordo com a época, as necessidades e a cultura de cada povo².

O dever de prestar contas é um valor tão significativo que esteve presente na Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789: Art. 15º - A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração (Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789).

Nos tempos modernos, dada a complexidade das funções do Estado, bem como pela necessidade cada vez maior de prestações positivas, a organização financeira bem ordenada, aliada a processos técnicos e racionalmente estabelecidos, é essencial para a sua própria existência e para o atendimento das crescentes demandas.

Um Estado que não estabeleça um sistema racional e eficiente das finanças públicas tem a sua legitimidade questionada.

Nesse contexto, o que se espera do Estado é o cumprimento de suas tarefas básicas, mas com base em critérios de Justiça.

¹ CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 105-126.

² Para um aprofundamento desta evolução remete-se o leitor ao artigo de MILESKI, Hélio Saul. *Tribunais de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras*. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). **Tribunais de Contas: Aspectos polêmicos - estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 89-115.

Rawls dá a ideia do que seja uma sociedade bem organizada a partir de uma concepção contratualista.

[...] uma sociedade bem organizada satisfaz os princípios da Justiça, que são coletivamente racionais a partir da perspectiva da posição original; e do ponto de vista do indivíduo, o desejo de afirmar a concepção pública de justiça como o fator determinante de nosso plano de vida é coerente com os princípios da escolha racional. Essas conclusões apóiam os valores da comunidade, e, ao atingi-las, minha análise da justiça como equidade se completa³.

Não se há de olvidar que existe uma proximidade histórica entre o Tribunal de Contas e o Legislativo. Aquele tem a função de verificar se está sendo cumprido o orçamento na conformidade com que foi autorizado pelo Parlamento. No entanto as competências dos Tribunais de Contas não param por aí, vão muito além, como se terá a oportunidade de verificar. Ademais, no exercício de seu mister, os Tribunais de Contas não guardam nenhuma relação de dependência com qualquer outro órgão ou poder.

Os cidadãos têm direito a um governo honesto e que direcione a sua atuação sempre à luz do princípio da finalidade pública. Aliás, é cediço que a prestação de contas é um dever do administrador, como se pode observar da lição de Ruy Cirne Lima, sempre atual, quando ressalta que a palavra administração “designa geralmente a atividade do que não é proprietário, do que não é senhor absoluto”. Obtempera, o eminente Mestre, que “o traço característico da atividade assim designada é estar vinculada, não a uma vontade livremente determinada, porém, a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou órgão que a exercita”⁴.

O Tribunal de Contas, no Brasil, foi inserido no ordenamento jurídico quando da instalação da República, em 7 de novembro de 1890, através do Decreto 966-A, exarado durante o Governo Provisório de Deodoro da Fonseca.

Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda do governo provisório, foi quem redigiu o Decreto 966-A. Assim se manifestou na exposição de motivos:

A medida que vem propor-vos é a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil [...] Convém levantar entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o poder

³ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 643.

⁴ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 20-21.

que quotidianamente a executa um mediador independente, auxiliar de um e de outro, que, comunicando com a legislatura e intervindo na administração, seja não só o vigia como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetuação das infrações orçamentárias por um veto oportuno aos atos do executivo, que direta ou indireta, próxima ou remotamente, discrepam da linha rigorosa das leis de finanças⁵.

Apesar de criado, ainda não fora instalado. Foi, então, inserido como órgão constitucional na Constituição de 1891, no art. 89⁶. Portanto, desde a primeira Constituição da República, o Tribunal possui *status* Constitucional.

A controvérsia a respeito da natureza jurídica dos Tribunais de Contas nasce, praticamente, desde a sua criação. Conforme se verifica na obra de José Cretella Júnior⁷, fazendo referência a Manuel Pedro Vilaboim, quando analisa o contencioso administrativo diante da Constituição Federal, entende que o Tribunal de Contas, “conquanto de natureza administrativa, oferece, pelas garantias de independência que se lhe asseguram e pelos requisitos que devem presidir a sua composição, todas as garantias dos Tribunais do Poder Judiciário”⁸.

Todos os textos constitucionais posteriores tratam dos Tribunais de Contas. A Constituição de 1934 o considerou como órgão de cooperação nas atividades governamentais. No entanto, o acréscimo “julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos” deixou nítida a função e a proximidade com o Poder Judiciário. Aliás, um dos argumentos daqueles que não enxergam a função de julgar do Tribunal de Contas com caráter definitivo, ao comentar a Constituição de 1988, referem que o legislador constitucional utiliza o termo “julgar” de forma equivocada ou numa acepção vulgar. No entanto, conforme se demonstra, referido termo vem desde a Constituição de 1934 e segue mantido na atual⁹.

Desde esse período, vários embates se passaram com relação ao termo utilizado e os Constituintes houveram por bem mantê-lo, ao nosso juízo, num eloquente posicionamento a

⁵ SILVA, Elke de Andrade Soares Moura. “O Tribunal de Contas e o Controle de Constitucionalidade das Leis”. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, nº 3. Ano 2004. p. 71.

⁶ Art. 89 - É instituído o Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros desse Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>.

⁷ CRETELLA JUNIOR. **Curso de Direito Administrativo**, p. 106.

⁸ Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, 1893. p. 84.

⁹ Constituição Federal de 1934 – Art. 99 - É mantido o Tribunal de Contas, que, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, acompanhará a execução orçamentária e julgará as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos.

Constituição Federal de 1988 - Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

respeito da controvérsia. Um dos argumentos, que dão sustentação à tese da definitividade das decisões deste órgão, é o de que o legislador constitucional assegurou aos seus membros as mesmas garantias e prerrogativas dos integrantes do Poder Judiciário. Trata-se de criação posterior à teoria dos três poderes e fruto da prática, destoando das linhas rígidas da tripartição, conforme acentua Cretella Junior.

O art. 101 da Constituição de 1934 veio a acentuar o caráter fiscalizador e, ao mesmo tempo, afastar a hipótese de ser órgão do Poder Executivo. O que se vê, pelas suas garantias e atribuições, é que é parcela do Poder Soberano - *feixe da Soberania*.

No estágio atual de desenvolvimento do Estado de Direito, dada a complexidade das funções assumidas, não cabe mais falar em tripartição rígida da divisão do Poder. Estão aí a comprovar os Tribunais de Contas e o Ministério Público.

A competência, ao mesmo tempo em que atribui poder, o delimita. Ela atribui poder até a medida dada, após o que a ação será ilegítima. E a extensão dos poderes atribuídos a esses órgãos assegura a conclusão acima.

O que na realidade significa a assim chamada “separação de poderes” não é, nada mais nada menos, que o reconhecimento de que, por um lado, o Estado tem que cumprir determinadas funções – o problema técnico da divisão do trabalho – e que, por outro, os destinatários do poder venham a ser beneficiados, se estas funções forem realizadas por diferentes órgãos; a liberdade é o *telos* ideológico da teoria da separação dos poderes. É, na verdade, a distribuição de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado.

O conceito de “poderes”, apesar de profundamente enraizado, deve ser entendido, neste contexto, de uma maneira meramente figurativa. É necessário ter bem claro que o princípio da necessária separação das funções estatais, segundo seus diversos elementos substanciais e sua distribuição entre diferentes detentores, não é nem essencial para o exercício do poder político, nem se apresenta como uma verdade evidente e válida para todo o tempo. O descobrimento, ou invenção, da teoria da separação das funções foi determinado pelo tempo e pelas circunstâncias, como um processo ideológico do liberalismo político contra o absolutismo monolítico da monarquia nos séculos XVII e XVIII¹⁰.

O motivo pelo qual a separação dos poderes existe é a liberdade. A tripartição dos poderes, na sua forma inaugural, visava este fim. Todavia, hoje em dia esta forma clássica não basta para assegurar a liberdade, de forma substancial, diante da gama das novas

¹⁰ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte, p. 55-56, Ariel, 1986. Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 372-373.

complexidades advindas da evolução do Estado. Existe a necessidade, cada vez maior, da parcelaridade do poder entre os órgãos, para que possam desempenhar as suas funções de forma imparcial e sem as pressões políticas conjunturais. É, nessa nova perspectiva, que os Tribunais de Contas, o Ministério Público, Agências Reguladoras, dentre outros organismos, têm uma importante contribuição para a democracia.

Qual o sentido de se atribuir aos membros do Tribunal de Contas da União as mesmas garantias conferidas aos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, senão a de assegurar a estes agentes, que exercem parcela do Poder, as condições necessárias ao seu mister, assegurando-lhes proteção contra as investidas advindas daqueles que possuem interesses contrários aos interesses coletivos.

A incompreensão da Ação das Cortes de Contas é muito bem representada pela seguinte passagem da obra de Ovídio Rizzo Júnior:

Nos meios jurídicos, por exemplo, é visível o desconforto para precisar o alcance das competências atribuídas pela Constituição à Corte de Contas, especialmente em relação a algumas ações que vem sendo tomadas para determinar a órgãos da administração a prática de condutas positivas em matérias que, aparentemente, seriam de exclusiva atribuição dos órgãos governamentais¹¹.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 houve um grande incremento de competências, a exemplo do que ocorreu com o Ministério Público. Isto fez com que se elevasse o grau de importância desses Órgãos, passando a ter uma posição sobranceira no conjunto dos Poderes e Órgãos instituídos constitucionalmente.

As atribuições dos Tribunais de Contas, definidas a partir do art. 70, passaram a ser as seguintes:

- apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, o qual será julgado pelo Congresso Nacional;
- julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídos as fundações instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

¹¹ RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle Social Efetivo das Políticas Públicas**. Tese de Doutorado. USP. São Paulo, 2009. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 08 de junho de 2011, p. 23.

- apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como das concessões de aposentadorias, reformas e pensões;
- realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nas unidades administrativas dos três Poderes;
- fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe;
- fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo ou ajuste, a Estado, ao Município ou ao Distrito Federal;
- prestar informações ao Congresso Nacional sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária operacional e patrimonial;
- aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;
- assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias para o cumprimento da lei;
- sustar, se não atendida, a execução do ato impugnado;
- representar ao Poder competente sobre irregularidades e abusos verificados.

Os dispositivos da Constituição Federal abordam a competência do Tribunal de Contas da União, sendo aplicáveis aos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios ou Município, por força do art. 75¹² da Constituição Federal.

Os agentes obrigados a prestar contas estão definidos no parágrafo único do art. 70¹³ da Constituição Federal.

¹² Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

¹³ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único: Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária. (grifou-se).

Não há hierarquia ou superposição entre Tribunais de Contas Estaduais, Municipais ou o Tribunal de Contas da União. Cada Tribunal de Contas tem a sua *esfera de competência* que decorre da origem dos recursos. Se o recurso for federal, a competência para a fiscalização e controle é do Tribunal de Contas da União; se estadual, a competência é do Tribunal de Contas do respectivo Estado, e assim sucessivamente.

Neste mesmo sentido é a lição de Aguiar¹⁴, para quem o TCU cuida da fiscalização dos recursos da União repassados aos Estados e Municípios, mediante convênios ou instrumentos similares. Nesse sentido, a jurisdição do TCU alberga todo o território nacional, desde que os recursos pertençam a União.

É, dentro desse campo de competências, que se insere a matéria ambiental, especialmente quando diz respeito à legitimidade, economicidade, fiscalização operacional e patrimonial, fixada no artigo 70 da Constituição Federal, acima transcrito, matéria que será oportunamente abordada.

2.2 NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A partir da compreensão da natureza desse Órgão é que se tornará possível chegar aos efeitos de suas decisões, inclusive na matéria ambiental. Por esta razão é que ela será abordada.

Muito se discutiu, e se tem discutido, a respeito da natureza e da posição constitucional dos Tribunais de Contas, especialmente em razão do disposto no *caput* do art. 71, da Constituição Federal, que refere o seguinte: “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete [...]”.

A partir do enunciado acima, alguns autores, como será possível ver no decorrer do trabalho, concluíram que o Tribunal de Contas está atrelado ao Poder Legislativo, é órgão auxiliar desse Poder, passando a ideia de tratar-se de um órgão subordinado. No entanto, não é esta a sua verdadeira natureza.

A sua essência é outra: “*O que há em um nome? Aquilo que chamamos de rosa, tivesse qualquer outro nome, teria o mesmo perfume*” (Shakespeare, Romeu e Julieta, 2º ato).

Impende que se verifique a essência e os atributos deste Órgão, fixados ao longo da sua evolução constitucional. O Tribunal de Contas constitui um *tertium genus* na organização política brasileira, dada à natureza das decisões que exara. Suas decisões não se caracterizam

¹⁴ AGUIAR, Afonso Gomes e AGUIAR, Márcio Paiva de. **O Tribunal de Contas na Ordem Constitucional**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008. p. 122.

como mero ato administrativo e também fogem às características das decisões judiciais. Possuem uma natureza judicialiforme.

A doutrina pátria, na sua grande maioria, como se demonstrará, tem se posicionado no sentido de enquadrar este órgão de forma independente, sem qualquer vinculação ou subordinação a qualquer outro órgão integrante do nosso sistema constitucional, quer seja o Judiciário, o Executivo ou o Legislativo, em que pese posicionamentos divergentes, mas que, no nosso sentir, não tem a devida abordagem lógico-jurídica para as conclusões havidas.

Este Órgão, de matriz constitucional, desempenha funções políticas próprias, como expressões imediatas da soberania, ao lado das funções exercidas pelos demais poderes clássicos. A expressão “*auxílio*”, inserta no *caput* do art. 71, não tem o condão de defini-lo. O conjunto das prerrogativas e garantias, somadas às atribuições que lhe são conferidas, é que lhe dá a devida configuração.

No mesmo sentido é a conclusão de Rizzo Junior, para quem o verbo auxiliar não implica de maneira alguma subordinação. A carta federal não utiliza a expressão órgão auxiliar; apenas prescreve que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Em verdade, o TCU é órgão da União, autônomo e não pertence a qualquer dos três Poderes¹⁵.

O perfil constitucional deste órgão e a sua posição diante dos demais Poderes do Estado dão-lhe características singulares. Aliás, o Auditor Substituto de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, Dr. Alexandre Mariotti, ao abordar o tema, assim se manifesta a respeito da sua *singularidade*:

Por certo, essa singularidade muitas vezes não foi – e continua não sendo – bem compreendida por doutrinadores que, ainda presos a uma concepção rígida e ultrapassada da separação dos poderes, procuram encaixar a martelo a instituição e suas funções em um dos clássicos três poderes preconizados em “Do espírito das leis” – obra publicada em 1748¹⁶.

É preciso que se tenha uma adequada percepção da separação de poderes do Estado. Esta ideia foi idealizada por Locke e Montesquieu, com a finalidade prática, bem definida, de

¹⁵ RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle Social Efetivo das Políticas Públicas**. Tese de Doutorado. USP. São Paulo: 2009. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 08 de junho de 2011, p. 140.

¹⁶ Parecer n. 25/2006 da Auditoria do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em <www.tce.rs.gov.br>, acessado no dia 25-05-2011.

evitar que o Estado exerça, de forma arbitrária, o poder conferido pelos indivíduos, garantindo-se a liberdade política dos cidadãos¹⁷.

Numa dimensão positiva, o princípio da divisão dos poderes visa a assegurar uma adequada ordenação das funções do Estado. Trata-se de um esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania¹⁸.

É, dentro desta ótica, que devem ser vislumbrados os Tribunais de Contas, bem como os demais Órgãos constitucionais de mesma estatura (Ministério Público, Defensoria Pública, dentre outros), possuindo gama de competências próprias.

Tão importante é hoje, para a teoria constitucional, a estruturação do Poder Estatal, assim entendida como a distribuição de seu exercício por vários centros de imputação, todos e cada um, com suas múltiplas funções públicas a executar, que alguns autores, tal como J. J. Gomes Canotilho, a eles dedicam oportunos estudos voltados a uma melhor “compreensão material das estruturas organizatório-funcionais” do Estado, o que leva ao conceito de “constituição de direitos fundamentais, materialmente legitimada”, e implica, ainda, “na articulação das normas de competência, com a ideia de responsabilidade constitucional dos órgãos constitucionais (sobretudo dos órgãos de soberania) aos quais é confiada a prossecução autônoma de tarefas”¹⁹.

Tribunais de Contas, para Moreira Neto²⁰, são estruturas políticas da soberania, no desempenho de diversas funções de proteção de direitos fundamentais de sede constitucional. É órgão garantidor dos valores políticos constitucionais do Estado Democrático de Direito, ou seja, porque exerce funções indispensáveis ao funcionamento dos princípios republicano e democrático, no tocante ao um dos mais delicados aspectos de qualquer complexo jus-político, que é, desde a Magna Carta, a gestão fiscal, como a disposição político-administrativa dos recursos retirados impositivamente dos contribuintes.

O processo organizativo do poder, com os seus limites através da sua distribuição, é dinâmico e se estrutura e reestrutura de forma permanente.

Na perspectiva do estabelecimento da posição dos TCs, Aliomar Baleeiro ressalta o fato de que, a primeira vista, pode parecer que se trate de simples órgãos administrativos. Todavia, segundo o autor “[...] a análise da Constituição mostra que existe algo de mais

¹⁷ MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**. Belo Horizonte: Fórum – 2009. p. 147-148.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. Ed. – Coimbra: Almedina, 2001. p. 250.

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil**, RDA 223/1-24.

²⁰ Idem.

importante e profundo nesse órgão imediato da Constituição: é a sua função essencialmente política que decorre do papel de órgãos de fiscalização do Congresso”²¹.

Os Tribunais de Contas possuem autonomia. O autor cita outros Órgãos dotados das mesmas prerrogativas como o Ministério Público, a Advocacia Geral da União a Defensoria Pública e, em vias de atingir estas prerrogativas, o BACEN como ocorre em vários outros países²².

Nesse sentido, preleciona Moreira Neto

[...] A Constituição instituiu uma distinção estrutural de cunho político entre o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas; e o fez, não só por estar a mencioná-los separadamente, o que seria um dado puramente formal, como, e principalmente, porque quis estabelecer entre ambos uma relação, que não sendo paritária nem, tampouco, de hierarquia, ou de subordinação, só pode ser de cooperação, o que claramente se expressa na voz auxílio (art. 71, *caput*).

Odete Medauar²³, ao fazer uma abordagem sobre a natureza dos Tribunais de Contas, ressalta o fato de ser muito comum a menção do Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo, o que acarreta a ideia de subordinação. Para a autora “confunde-se, desse modo, a função com a natureza do órgão. A Constituição Federal, em artigo algum, utiliza a expressão ‘órgão auxiliar’; dispõe que o controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas”.

Conclui, ainda, que este órgão não é subordinado ao Poder Legislativo. Refere que a própria Constituição assegura as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário. Comunga-se do mesmo pensamento. Numa análise sistemática dos dispositivos da Constituição Federal, de forma a considerar a plenitude de seu conteúdo, não há como concluir diferente.

É assegurada total independência ao Tribunal de Contas para o exercício do seu *munus* público.

Tem-se que se ater a essência deste Órgão considerando o conjunto dos dispositivos constitucionais que lhe dão a configuração orgânica. Atuar em colaboração, em auxílio, não significa ser órgão auxiliar.

²¹ BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 426.

²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil**, RDA 223/1-24.

²³ MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. **R. Inf. Legislativa**, nº 108, Brasília, 1990. p. 124.

Conforme Canotilho²⁴, o que importa num Estado Constitucional de Direito não será tanto saber se o legislador, o governo ou o juiz fazem atos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima.

Ainda, segundo o Mestre

As mudanças, verificadas na evolução das finanças públicas, tem refrações inevitáveis no entendimento do papel dos Tribunais de Contas. Basta olhar para o que se passa em alguns ordenamentos culturalmente próximos do nosso. Na Itália, numa notável obra colectiva sobre os valores e princípios do regime republicano, o Tribunal de Contas é elevado a “órgão independente ao serviço do Estado-comunidade” que assegura e garante os valores do regime republicano. Na França, no nº 100 da *Revue Française de Finances Publiques*, dedicado ao bicentenário da *La Cours des Comptes*, encontram-se importantes referências ao papel actual deste Tribunal: “La Cour vigie des finances publiques”, “La Cour gardienne de la bonne finance”, “La Cour, aiguillon de la bonne politique”²⁵.

Na mesma orientação Schmitt, valendo-se do escólio de Odete Medauar, quando consigna que apesar de a maioria dos ordenamentos jurídicos manterem o princípio da separação dos poderes, a fórmula clássica original não se apresenta adequada à actual realidade política e institucional dos Estados, daí resultando “supremacia real do Executivo em todos os países na actualidade”, além de anotar que se verifica hodiernamente maior complexidade para manter a separação original de Montesquieu, adequada a sua época, mas não para os dias de hoje, porque, neles, várias instituições não se enquadram em nenhum dos poderes clássicos, caso do “Ministério Público e do Tribunal de Contas”²⁶.

Na concepção de Valdecir Pascoal²⁷, o Tribunal de Contas possui autonomia administrativa e financeira sem qualquer relação de subordinação com os Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário. Refere que, embora as competências dos TCs estejam constitucionalmente inseridas no Capítulo I, do Título IV, dedicado ao Poder Legislativo, este fato não enseja uma interpretação no sentido de que haja qualquer subordinação administrativa. Qualifica-o como órgão de permeio, agindo ora numa posição de colaboração com o legislativo, ora no exercício de competências próprias.

²⁴ CANOTILHO, Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, s/d, p. 245.

²⁵ CANOTILHO, Gomes. **Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano**. Revista do TCE de Santa Catarina. Florianópolis. Ano V, número 6 – Setembro de 2008. p. 17-30

²⁶ SCHMITT. Rosane Heineck. **Tribunais de Contas no Brasil e Controle de Constitucionalidade**. Tese de Doutorado apresentada na UFRGS. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 03/06/2011, p. 99.

²⁷ PASCOAL Valdecir. **Direito Financeiro e Controle Externo**. Rio de Janeiro: Elsevir. 2008. p. 126-129.

Francisco Eduardo Carrilho Chaves²⁸ o vê como órgão independente e autônomo, “característica que é decorrência da exigência de que suas decisões não sofram influências externas e sejam imparciais”. O texto magno não o subordina ao Poder Legislativo ou expressamente o inclui entre os órgãos desse Poder.

Segundo o autor: “O Tribunal de Contas não é preposto do Legislativo. A função que exerce recebe-a diretamente da Constituição, que lhe define as atribuições”²⁹.

A Constituição Federal não deixa dúvidas acerca da autonomia dos Tribunais de Contas ao assinalar, em seu art. 71, que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União. O titular do Controle Externo é o Parlamento, mas a própria CF/1988 delegou a maior parte do poder controlador aos Tribunais de Contas. Aqui se insere a competência atribuída pelo inciso II, do art. 71, distinguindo-se do estabelecido no inciso I, do mesmo artigo, por revestir-se de decisão definitiva, *ao menos na via administrativa*. Ambos dispositivos complementam-se no sistema de controle externo. Não há, no caso do inciso II do art. 71, participação do Legislativo no *iter* procedimental de formação da decisão.

A autonomia fica evidenciada quando a Constituição Federal preceitua, no art. 73, que o Tribunal de Contas tem quadro próprio de pessoal, fica mais uma vez ressaltada a partir da leitura combinada dos arts. 73 e 96 da CF/88. O art. 96 estatui atribuições atinentes à auto-organização do Poder Judiciário e o art. 73 estende, no que couber, essa regra ao Tribunal de Contas.

Na mesma linha de pensamento a lição de Dias Costa³⁰ para quem o TCs não integra a estrutura administrativa do Legislativo, nem de qualquer outro Poder constituído, sendo considerado órgão constitucionalmente independente e autônomo.

Dal Pozzo também se posiciona no sentido de que os Tribunais de Contas são órgãos independentes e não se vinculam a nenhum dos poderes instituídos³¹.

²⁸ CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública**. Niterói-Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 49-54.

²⁹ CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública**. Niterói-Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 55.

³⁰ DIAS COSTA, Luiz Bernardo. Tribunal de Contas: Evolução e principais características no ordenamento jurídico brasileiro. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). **Tribunais de Contas: Aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 147- 170.

³¹ DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010. p. 106.

Estes Órgãos constituem um conjunto autônomo, refratário à inclusão em quaisquer dos clássicos três blocos orgânicos normalmente designados como poderes³².

Luciano Ferraz³³ faz referência à controvérsia a respeito da natureza dos Tribunais de Contas que, segundo ao autor, vem desde a sua criação. Posiciona-se no sentido da total independência dos Tribunais de Contas, órgão que não se subordina a nenhum outro Poder. No que pertine à inserção dos TCs, no âmbito dos Poderes de Estado, entende que o seu posicionamento na estrutura do Estado Brasileiro é, desde a sua criação, matéria controvertida.

Já em 1891, a redação do dispositivo constitucional (art. 89) deixava ver que o TCs era órgão administrativo auxiliar do Poder Legislativo. Como preposto, o Tribunal exercia as funções de fiscal da administração financeira. A evolução histórico-constitucional dos TCs demonstraria a dificuldade de sua inserção na estrutura do Estado Brasileiro.

Pontes de Miranda³⁴, fazendo escorço histórico a respeito da sua evolução, constata a partir da análise da Constituição de 1934, que se trata de órgão *sui generis*: “[...] em parte, auxiliar do Poder Legislativo e, doutra parte, auxiliar do Poder Judiciário”.

Castro Nunes³⁵, em 1943, defendeu, com propriedade, a exclusão do Tribunal de Contas no âmbito do Poder Judiciário:

No Brasil, o Tribunal de Contas não está e jamais esteve articulado com o Supremo Tribunal. É instituto *sui generis*, posto de permeio entre os poderes políticos da Nação, o Legislativo e o Executivo, sem sujeição, porém, a qualquer deles: [...] As Cortes de Contas não são delegações do Parlamento, são órgãos autônomos e independentes.

O TCs não pode ser considerado propriamente quarto Poder na compreensão de Frederico Pardini³⁶:

[...] o Tribunal não pode ser considerado um quarto Poder, como alguns pretendem. Os Poderes são órgãos constitucionais, independentes e autônomos, encarregados das funções básicas e essenciais do Estado, enquanto que, o Tribunal de Contas, apesar de seu realce, e de sua importância, desempenha funções e atividades complementares, melhor dizendo, atividades-meio, tendo como finalidade propiciar a correta atividade administrativa dos Poderes em sua administração direta e indireta.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). **Tribunais de Contas: Aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 63-72.

³³ FERRAZ, Luciano. **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. p. 138-142.

³⁴ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n.1, de 1969**, t.III, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 248.

³⁵ NUNES, Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 25-26.

³⁶ PARDINI, apud FERRAZ, **Controle da Administração Pública**, p. 140.

Compete ao Tribunal de Contas exercer as suas *competências exclusivas*, bem como auxiliar o Poder Legislativo no momento em que este realizar o controle parlamentar indireto da Administração Pública³⁷.

Este é o entendimento que tem prevalecido atualmente a respeito da posição jurídica ocupada por este órgão. Um dos fortes argumentos a demonstrar a independência do Tribunal de Contas, em relação ao Legislativo, é o fato de o Tribunal “julgar” as contas do Presidente das Casas Legislativas.

Bem lançada é a definição que se encontra no texto de Elke Andrade Soares de Moura Silva³⁸, quando refere que o TCs trata-se de uma “instituição autônoma, com independência financeira e administrativa, não integrando nenhum dos poderes, *uma vez que a todos fiscaliza*, sendo indispensável que não esteja à mercê de qualquer pressão advinda daqueles sujeitos a sua fiscalização”. Para a autora citada, o que tem levado muitos à falsa ideia de que o Tribunal de Contas seja um órgão do Poder Legislativo, consiste no fato de ter sido tratado, desde a Constituição de 1946, dentro do capítulo reservado a esse Poder. Entretanto, obtempera que a razão disso prende-se à questão de que a titularidade do controle externo foi atribuída ao Poder Legislativo – representante do povo, incumbido de canalizar os melhores argumentos extraídos em meio ao discurso intersubjetivo – pois é ele que autoriza a arrecadação de receita e a realização da despesa, consubstanciadas nas leis orçamentárias, cabendo-lhe, portanto, verificar o cumprimento das metas estabelecidas. E, ao Egrégio TCs, órgão técnico especializado, ficou reservado prestar auxílio àquele poder no exercício da referida competência. Isto se dá em razão do Controle Externo ser realizado sob dois enfoques: o político, atribuído aos órgãos do Poder Legislativo, mediante a aferição da concretização das políticas públicas (programas e projetos de governo) consagradas nas metas estabelecidas pelas leis orçamentárias, e o técnico, que compreende a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, de responsabilidade do órgão especializado, TCs, o qual, apesar de também se ocupar da verificação do cumprimento de projetos e programas de governo, não se limita à análise de resultados, restando-lhe perquirir

³⁷ Preleciona Ferraz: **O Tribunal de Contas, sem embargo de não se constituir em quarto Poder, é independente no exercício de suas funções, fiscalizando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Busca na própria Constituição sua identidade e suas competências, as quais não poderão ser mitigadas por legislação infraconstitucional, embora possam ser ampliadas por esta via. Insere-se na estrutura do Estado como “órgão de ligação” (Dalmo Dallari), “órgão de destaque constitucional” (Pardini), ou “organi a rilevanza costituzionali” (Pietro Virga), definições que lhe asseguram a qualificação de órgão de auxílio ao Poder Legislativo, cuja “criação posterior à teoria da separação dos poderes e fruto da prática, destoava das linhas rígidas da tripartição.** (grifou-se). FERRAZ, *Controle da Administração Pública*, p. 142-143.

³⁸ SILVA, Elke Andrade Soares de Moura. **Os Tribunais de Contas e o Controle de Constitucionalidade das Leis.** Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. V. 52. n. 3. Belo Horizonte, 2004. p. 67-120.

o *iter* legal de realização de cada ato administrativo de arrecadação de receita e de desembolso. É neste campo que se inserem as contas de gestão, como adiante se verá com maior profundidade.

Aqui está clara a diferenciação estabelecida nos incisos I e II, ambos do art. 71 da Constituição Federal de 1988. São estes dispositivos *substancialmente distintos*. Enquanto o inciso I volta-se às contas sob os aspectos políticos, globais, de resultado, o inciso II abrange um julgamento técnico, de conformidade, de adequação.

Para corroborar a independência dos Tribunais de Contas em relação aos demais poderes do Estado, basta uma leitura dos artigos 44, 76 e 92, da Constituição de 1988, que informam os órgãos que compõe os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, onde não está incluído em nenhum destes poderes. Ademais, tem este Órgão a incumbência de fiscalizar todos os poderes, *na função administrativa*.

Ora, a toda evidência que um órgão subordinado não poderia realizar este mister, pois o TCs o realiza com independência, conforme se verifica no texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito da posição institucional deste órgão, na ADI 849/MT, no sentido da inconstitucionalidade de subtração ao TCs da competência do julgamento das contas da Mesa de Assembleia Legislativa, demonstrando a sua total independência³⁹.

Na mesma linha de entendimento que vem sendo dada pelo Excelso Pretório ao longo dos anos, tem-se recente decisão cautelar na ADIN 4190-8 Rio de Janeiro, decisão proferida em 01 de julho de 2009, da lavra do eminente Ministro Celso de Mello, para quem os TCs são Órgãos investidos de autonomia, inexistindo qualquer vínculo de subordinação

³⁹ **ADI 849 / MT - MATO GROSSO - STF. EMENTA: Tribunal de Contas dos Estados: competência: observância compulsória do modelo federal: inconstitucionalidade de subtração ao Tribunal de Contas da competência do julgamento das contas da Mesa da Assembléia Legislativa - compreendidas na previsão do art. 71, II, da Constituição Federal, para submetê-las ao regime do art. 71, c/c. art. 49, IX, que é exclusivo da prestação de contas do Chefe do Poder Executivo.** I. O art. 75, da Constituição Federal, ao incluir as normas federais relativas à "fiscalização" nas que se aplicariam aos Tribunais de Contas dos Estados, entre essas compreendeu as atinentes às competências institucionais do TCU, nas quais é clara a distinção entre a do art. 71, I - de apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo, a serem julgadas pelo Legislativo - e a do art. 71, II - de julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, entre eles, os dos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. II. A diversidade entre as duas competências, além de manifesta, é tradicional, sempre restrita a competência do Poder Legislativo para o julgamento às contas gerais da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, precedidas de parecer prévio do Tribunal de Contas: cuida-se de sistema especial adstrito às contas do Chefe do Governo, que não as presta unicamente como chefe de um dos Poderes, mas como responsável geral pela execução orçamentária: tanto assim que a aprovação política das contas presidenciais não libera do julgamento de suas contas específicas os responsáveis diretos pela gestão financeira das inúmeras unidades orçamentárias do próprio Poder Executivo, entregue a decisão definitiva ao Tribunal de Contas. (grifou-se)

institucional ao Poder Legislativo. As atribuições do TCs traduzem direta emanção da própria Constituição da República⁴⁰.

Salienta-se que a liminar deferida na ADIN 4190 foi referendada pelo pleno, por unanimidade, em 10 de março de 2010.

Interessante alusão faz Sylo da Silva Costa⁴¹, para quem “Os Tribunais de Contas e o Ministério Público, que surgem então na constelação, não são estrelas nem planetas, são

⁴⁰ MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.190-8 RIO DE JANEIRO
EMENTA: CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. A QUESTÃO DAS INFRAÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS E DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PARA TIPIFICÁ-LOS E PARA ESTABELECE O RESPECTIVO PROCEDIMENTO RITUAL (SÚMULA 722/STF). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. PRERROGATIVA DE FORO DOS CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL, PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NAS INFRAÇÕES PENAS COMUNS E NOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE (CF, ART. 105, I, “a”). EQUIPARAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS À MAGISTRATURA. GARANTIA DA VITALICIEDADE: IMPOSSIBILIDADE DE PERDA DO CARGO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS LOCAL, EXCETO MEDIANTE DECISÃO EMANADA DO PODER JUDICIÁRIO. A POSIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. ÓRGÃOS INVESTIDOS DE AUTONOMIA. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER VÍNCULO DE SUBORDINAÇÃO INSTITUCIONAL AO PODER LEGISLATIVO. ATRIBUIÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS QUE TRADUZEM DIRETA EMANAÇÃO DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PROMULGAÇÃO, PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, DA EC Nº 40/2009. ALEGADA TRANSGRESSÃO, POR ESSA EMENDA CONSTITUCIONAL, AO ESTATUTO JURÍDICO-INSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL E ÀS PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS DOS CONSELHEIROS QUE O INTEGRAM. SUSPENSÃO CAUTELAR DA EFICÁCIA DA EC Nº 40/2009. DECISÃO DO RELATOR QUE, PROFERIDA “AD REFERENDUM” DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, TEM PLENA EFICÁCIA E APLICABILIDADE IMEDIATA. LIMINAR DEFERIDA. Brasília, 1º de julho de 2009 (22:30h).

E, no corpo da decisão, refutando qualquer entendimento em contrário, encontra-se a seguinte passagem:

Cabe enfatizar, neste ponto, uma vez mais, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – considerado o teor da Emenda Constitucional estadual 40/2009 -, que inexistente qualquer vínculo de subordinação institucional dos Tribunais de Contas ao respectivo Poder Legislativo, eis que esses órgãos que auxiliam o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas, a Câmara Legislativa do Distrito Federal e as Câmaras Municipais possuem, por expressa outorga constitucional, autonomia que lhes assegura o autogoverno, dispendo, ainda, os membros que os integram, de prerrogativas próprias, como os predicamentos inerentes à magistratura.

Revela-se inteiramente falsa e completamente destituída de fundamento constitucional a idéia, de todo equivocada, de que os Tribunais de Contas seriam meros órgãos auxiliares do Poder Legislativo.

[...] **Essa visão em torno da autonomia institucional dos Tribunais de Contas, dos predicamentos e garantias reconhecidos aos membros que os integram e da inexistência de qualquer vínculo hierárquico dessas mesmas Cortes de Contas ao respectivo Poder Legislativo tem sido constante na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, como resulta claro do voto que o eminente Ministro OCTAVIO GALLOTTI proferiu no julgamento, por esta Suprema Corte, da Representação nº 1.002/SP: “O Tribunal de Contas da União, padrão obrigatório das Cortes estaduais correspondentes, composto de Ministros investidos das mesmas garantias da magistratura e dotado da prerrogativa de autogoverno conferida aos Tribunais do Poder Judiciário, tem sua esfera própria de atuação direta, estabelecida na Constituição. A despeito da ambiguidade da expressão ‘auxílio do Tribunal de Contas’, utilizada, pela Constituição, ao estabelecer o modo de exercício do controle externo, pelo Poder Legislativo, é patente, no sistema, a autonomia do Tribunal, que não guarda vínculo algum de subordinação para com o Congresso, nem deve ser entendido como mera assessoria deste.” (grifou-se)**

⁴¹ COSTA, Sylo da Silva. *Revista do TCMG*, 1997. p. 46, *Revista 4/97*, apud SILVA, Elke Andrade Soares de Moura.

satélites. Não dependem nem de uns, nem de outros, mas são necessários para manter o equilíbrio”.

Aliás, o entendimento a que se chega, a respeito da natureza jurídica dos TCs e à posição Constitucional que ocupam (órgãos de matriz constitucional que protegem valores constitucionais fundamentais, estruturantes do Estado, participando da parcela de distribuição do Poder na sua face moderna) é dividido com o eminente Prof. Diogo Figueiredo de Moreira Neto, no que se constata pela palestra proferida no Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, ocorrido na sede do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, em 30 de março de 2001⁴².

No mesmo sentido as palavras do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Brito⁴³ quando enfatiza que foi o legislador constituinte que traçou por inteiro o modo de ser normativo dos TCs.

Com a lição acima, afasta-se, por definitivo, entendimentos no sentido de que as decisões dos TCs são meramente administrativas, como se fosse qualquer ato administrativo. De forma alguma podem ser assim consideradas. As suas decisões, mesmo para aqueles que não admitem sejam definitivas, possuem caráter sobranceiro sobre os demais órgãos

⁴² <<http://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/232/Encontro.pdf> >, acessado em 10 de agosto de 2011.

⁴³ Nas palavras de Brito: Efetivamente, Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o Tribunal de Contas não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo e quem diz isso é a Constituição, com todas as letras, no art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Logo não se compõe do Tribunal de Contas. O Tribunal de Contas não integra a estrutura formal ou orgânica do Congresso Nacional. Não se acantona na intimidade estrutural do Congresso Nacional. Estou falando do Tribunal de Contas da União, mas é evidente que o emulo serve para os Tribunais de Contas dos Municípios, perante as Câmaras de Vereadores e dos Tribunais de Contas Estaduais, perante as Assembléias Legislativas e diga-se o mesmo do Tribunal de Contas do Distrito Federal, perante a Câmara Distrital. Além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas não é órgão auxiliar, naquele sentido de subalternidade, de linha hierárquica. O Prof. Diogo, ainda uma vez com proficiência mostrou que é preciso buscar na Constituição a autonomia dos órgãos para aferir a essencialidade, a necessidade desse órgão na ossatura estatal e no desempenho das funções essenciais do Estado. Quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá o controle externo com o auxílio do Tribunal de Contas da União, evidente que está a falar de auxílio do mesmo modo como a Constituição fala do Ministério Público perante o Poder Judiciário. O Ministério Público não desempenha uma função essencial à Justiça, Justiça enquanto jurisdição? É dizer, não se pode exercer a jurisdição senão com a participação obrigatória, com o auxílio do Ministério Público. O paradigma é absolutamente igual. Não se pode exercer a função estatal de controle externo senão com o necessário concurso ou o *contributo* obrigatório dos Tribunais de Contas. Mas essa auxiliaridade nada tem de subalternidade. Significa o não-descarte do Tribunal de Contas no exercício do controle externo a cargo do Congresso Nacional. A idéia de subalternidade, de dependência hierárquica, portanto, está definitivamente afastada.

Por outra parte o Tribunal de Contas não é tribunal administrativo, como se diz amiudamente. Não pode ser um tribunal administrativo, um órgão cujo regime jurídico é diretamente constitucional. O perfil do Tribunal de Contas normativo está inserido todo na Constituição. O recorte da silhueta do Tribunal de Contas nasce das pranchetas da Constituição. Foi o legislador constituinte que traçou por inteiro o modo de ser normativo dos Tribunais de Contas. E a Constituição, como diz Canotilho, é o estatuto jurídico do fenômeno político. A lei é que é o estatuto jurídico do fenômeno administrativo. A Administração está para a lei, assim como o Governo está para a Constituição. (grifou-se).

Idem ibidem.

incumbidos de executar a função administrativa e submetidos a sua jurisdição. E assim o será também quando do exame de matéria ambiental, tema central dessa obra.

Pontes de Miranda⁴⁴, ao comentar a Constituição de 1934, que traz dispositivo similar à de 1988, conforme já se teve a oportunidade de demonstrar, quando se refere ao poder de julgar, se manifesta no sentido de que o alcance e culpa dos depositários de dinheiros e bens públicos eram dadas em toda a sua extensão, ou seja, *na plenitude da jurisdição*. O autor refere expressamente que a inserção, em 1934, feita no art. 99: “julgar as contas dos responsáveis por bens e dinheiros públicos”, acentuou o elemento judiciário que ele já tinha.

E dirime qualquer possibilidade de dúvidas a respeito da natureza das decisões dos Tribunais de Contas com a seguinte passagem⁴⁵:

[...] Desde 1934, a função de julgar as contas estava, claríssima, no texto constitucional. Não havíamos de interpretar que o Tribunal de Contas Julgasse, e outro juiz as re-julgasse depois. Tratar-se-ia de absurdo bis in idem. Ou o Tribunal de contas julgava, ou não julgava. O artigo 114 da Constituição de 1937 também dizia, insofismavelmente: ‘julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos’. A de 1946 estendeu a competência às contas dos administradores das entidades autárquicas e atribuiu-lhe julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões. Tal jurisdição excluía a intromissão de qualquer juiz na apreciação da situação em que se acham, *ex hypothesi* (sic), tais responsáveis para com a Fazenda Pública.

Ao que se acrescenta que os sistemas de dualidade de jurisdição estão aí sendo aplicados em vários países, dos quais se faz referência à França, Itália e Portugal.

Não bastassem os argumentos expendidos, a doutrina, ao classificar os elementos essenciais para a caracterização da jurisdição, se faz uma série de críticas, a demonstrar que o tema é controvertido. Ademais, mesmo aqueles elementos que parecem pacíficos não são infensos a ataques, como se pode observar da obra de José Maria Tesheiner⁴⁶.

⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**, p. 245.

⁴⁵ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967** Idem., p. 250.

⁴⁶ TESHEINER, José Maria da Rosa. **Elementos Para Uma Teoria Geral do Processo**. Disponível em <www.tex.pro.br>, acessado em 27 de julho de 2011. Assim se posiciona o autor: Tem-se procurado definir a atividade jurisdicional contrapondo-a, de um lado, à atividade legislativa do Poder Legislativo e, de outro, à atividade administrativa, própria do Poder Executivo.

Nessa linha de pensamento, todo ato estatal de exercício de poder se classificará como legislativo, administrativo ou jurisdicional. Não há quarta espécie.

Várias têm sido as tentativas de conceituar a jurisdição. Nenhuma é imune à crítica:

a) Caracterizada a jurisdição como atividade de aplicação de sanções, ficam fora as sentenças declaratórias.
 b) Dito que importa em atividade de julgamento, sobra a execução.
 c) Apontada a coisa julgada como nota diferenciadora, restam excluídas a execução e a cautela.
 d) Exigida a presença de um juiz, órgão do Estado, fica sem explicação o juízo arbitral. (Observe-se, porém, que não tem sentido incluir-se o juízo arbitral, atividade privada, numa divisão das funções do Estado.)
 e) Exigindo-se que o juiz seja órgão do Poder Judiciário, desconsidera-se o processo de *impeachment*.

Hely Lopes Meirelles⁴⁷, na sua clássica obra, classifica os órgãos em independente, autônomos, superiores e subalternos. Para o consagrado autor, os órgãos superiores são os originários da Constituição e representativos dos Poderes de Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário –, colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um Poder pelo outro. Por isso são também chamados de órgãos primários do Estado. *Esses órgãos detêm e exercem precipuamente as funções políticas, judiciais e quase-judiciais outorgadas diretamente pela constituição, para serem desempenhadas pessoalmente por seus membros (agentes políticos, distintos de seus servidores, que são agentes administrativos), segundo normas especiais e regimentais.* É nesta categoria que o autor classifica os TCs, classificação esta da qual se partilha por se entender que eles extraem diretamente da Constituição as suas prerrogativas e atribuições.

A autonomia dos TCs fica mais evidente a partir da distinção feita pelo STF das competências estabelecidas nos incisos I e II do artigo 71, tornando clara a independência deste Órgão em relação às Casas Legislativas, como se verifica na seguinte passagem da decisão cautelar na ADI-MC 3715: “[...] 5. Na segunda hipótese [do inciso II, do artigo 71 da CF/88], o exercício da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo. Precedentes”⁴⁸.

j) Ao se afirmar que o juiz regula relação entre o autor e o réu, ignora-se a substituição processual, em que não há coincidência entre as partes em sentido material e as partes em sentido formal.

g) Ao se exigir um autor, deixa-se de lado o processo inquisitório.

h) A característica de uma lide falta ou pode faltar nas ações constitutivas necessárias.

i) A caracterização do juiz como terceiro imparcial tem seu ponto fraco no processo penal, especialmente quando o único ofendido é o Estado, de que ele é órgão.

J) A assertiva de que o juiz aplica lei anterior tropeça na jurisdição de equidade e em todos os casos em que o juiz supre lacuna da lei.

k) Por fim, a jurisdição como norma concreta cai em face da competência normativa da Justiça do trabalho e da ação direta de declaração de inconstitucionalidade.

Não se dê importância demasiada a imperfeição de qualquer conceito de jurisdição. A busca obsessiva da "essência" da jurisdição vincula-se ao conceptualismo que, no campo do direito, conduz a indesejável distanciamento da realidade.

Na verdade, o conceito de jurisdição varia, conforme se queira ou não incluir a atividade judicial executiva e a cautelar; conforme se pretenda ou não abranger, além da jurisdição civil, a penal; conforme se queira ou não abarcar a jurisdição voluntária; conforme se intente ou não incluir a competência normativa dos tribunais.

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 73.

⁴⁸ **ADI-MC 3715/TO-TOCANTINS. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. GILMAR MENDES**
EMENTA: Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Constituição do Estado do Tocantins. Emenda Constitucional nº 16/2006, que criou a possibilidade de recurso, dotado de efeito suspensivo, para o Plenário da Assembléia Legislativa, das decisões tomadas pelo Tribunal de Contas do Estado com base em sua competência de julgamento de contas (§ 5o do art. 33) e atribuiu à Assembléia Legislativa a competência para sustar não apenas os contratos, mas também as licitações e eventuais casos de dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 19, inciso XXVIII, e art. 33, inciso IX e § 1º). 3. A Constituição Federal é clara ao determinar, em seu art. 75, que as normas constitucionais que conformam o modelo federal

Carlos Ayres Britto⁴⁹, em outra passagem, refere que não pode ser um Tribunal tão-somente administrativo um órgão cujo regime jurídico é centralmente constitucional. Os Tribunais de Contas têm quase todo o seu arcabouço normativo montado pelo próprio poder constituinte. Neste sentido, as suas competências e atribuições estão completamente definidas no arquétipo constitucional.

Ao enfrentar o tema, Luiz Henrique Lima⁵⁰ faz um apanhado geral da natureza jurídica das Cortes de Contas, trazendo a lição de inúmeros doutrinadores pátrios.

Verifica-se, das lições citadas, que a referência feita no art. 71 da Constituição Federal, de que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do TCU, não significa tratar-se de órgão subalterno ou subordinado a qualquer outro órgão ou Poder.

de organização do Tribunal de Contas da União são de observância compulsória pelas Constituições dos Estados-membros. Precedentes. 4. No âmbito das competências institucionais do Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a clara distinção entre: 1) a competência para apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, especificada no art. 71, inciso I, CF/88; 2) e a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, definida no art. 71, inciso II, CF/88. Precedentes. **5. Na segunda hipótese, o exercício da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo. Precedentes.** 6. A Constituição Federal dispõe que apenas no caso de contratos o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional (art. 71, § 1º, CF/88). 7. As circunstâncias específicas do caso, assim como o curto período de vigência dos dispositivos constitucionais impugnados, justificam a concessão da liminar com eficácia *ex tunc*. 8. Medida cautelar deferida, por unanimidade de votos. (grifou-se).

⁴⁹ BRITTO, Carlos Ayres. “O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas”. Porto Alegre: **Revista de Interesse Público**, n. 13, 2002. p. 184.

⁵⁰ LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 114 e seguintes. Nas palavras do autor: Natureza jurídica das Cortes de Contas

O Tribunal de Contas tem o nome de Tribunal e possui a competência, conferida pela Carta Magna, de julgar contas e aplicar sanções, mas não pertence ao Poder Judiciário. Vincula-se, para efeitos orçamentários e de responsabilidade fiscal, ao Poder Legislativo, mas possui total independência em relação ao Congresso e às suas Casas, inclusive realizando fiscalizações e julgando as contas de seus gestores. Como classificar e interpretar a sua natureza jurídica? Há muito tem sido questionada a interpretação rígida da teoria da tripartição de poder formulada por Montesquieu, superada já, em muitos aspectos, por sucessivas alterações na organização estatal. No *caput* do art. 1º da LOTCU, a Corte de Contas é referida como ‘órgão de controle externo’. Sua missão institucional é assim definida: assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos em benefício da sociedade. **A expressão auxílio, presente no caput do art. 71 da CF – “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do TCU...” – tem provocado extenso debate doutrinário. De modo geral, os principais autores rejeitam a interpretação de que a Corte de Contas seria um órgão auxiliar do Congresso Nacional. Neste sentido, pronunciou-se o STF na ADIN nº 1.140-5, Rel. Min. Sydney Sanches: Não são, entretanto, as Cortes de Contas órgãos subordinados ou dependentes do Poder Legislativo, tendo em vista que dispõem de autonomia administrativa e financeira, nos termos do art. 73, caput, da Constituição Federal, que lhes confere as atribuições previstas em seu art.96, relativas ao Poder Judiciário. Como observa Jarbas Maranhão: O mais adequado seria dizer-se, como preferem aliás a legislação Francesa e outras, que, ao invés de auxiliarem elas assistem o parlamento e o governo, para deixar claro a sua exata posição em face dos Poderes, pois, tendo em vista a própria natureza das tarefas que lhes cabem cumprir, haveria a Constituição de assegurar-lhes a necessária independência.**

Na oportuna análise de Costa: (...) este auxílio não é de subalternidade, mas de necessidade. Não há como exercer o controle externo sem a indispensável participação das Cortes de Contas que são órgãos tecnicamente preparados para essa atividade estatal. (grifo nosso). Idem.

Celso Melo qualifica a função dos TCs como forma de dar atendimento aos princípios republicanos e ao Estado de Direito⁵¹.

Régis Fernandes de Oliveira partilha do mesmo pensamento

Modernamente, diante da relevância que adquire o Tribunal de Contas como órgão essencial à república e a democracia, tem-se analisado a sua natureza jurídica, não mais da ótica de mero órgão auxiliar do Poder Legislativo, mas de órgão com estatura constitucional. Ressalte-se, em primeiro lugar, que o Tribunal de Contas da União não é órgão do Poder Legislativo. O que o artigo 71 atribuiu foi o controle externo ao Congresso Nacional *com o auxílio do* Tribunal de Contas, órgão com dignidade constitucional.⁵²

Assevera, na linha de pensamento exposto, que a teoria da tripartição dos poderes não mais existe “na pureza concebida por Montesquieu”⁵³. Diante da complexidade da sociedade moderna, diante das exigências sociais que se impõe ao Estado, não há como conceber a estruturação do poder na forma como ele preconizou. Veja-se que a sua teoria era um contraponto ao absolutismo. Mas na sua época, jamais se cogitava da transformação social advinda das Revoluções Industriais que muito transformaram a forma de Estado. Isso sem falar nas novas dimensões de direitos posteriores, como os de terceira e quarta dimensão.

É nessa perspectiva que os TCs possuem competências próprias e exclusivas que não estão ao alcance da revisão de nenhum outro órgão, inclusive do Judiciário. A competência exclusiva dos TCs é restrita. Caso o Judiciário constate algum vício nas decisões desses órgãos, não poderá proferir decisão substitutiva. Em anulando alguma decisão dos TCs a matéria tem que retornar para o exame do próprio Tribunal. Portanto, o conteúdo da decisão é exclusivo.

Pedro Lenza⁵⁴, ao tratar das características dos TCs, refere que não exaram decisões de natureza judicial, mas sim administrativa, sem definitividade. Para o autor, malgrado tenha o art. 73 da CF falado em “jurisdição” do TCs, “devemos alertar que esta denominação está totalmente equivocada. Isso porque o TCs é órgão técnico que emite pareceres, não exercendo jurisdição no sentido próprio da palavra, na medida em que inexistente a definitividade jurisdicional”.

Com a devida vênia que o autor merece, não há como compartilhar de seu pensamento. Embasado na Constituição Federal, na doutrina citada, bem como nas decisões do Excelso Pretório, o TCs possui competência própria. Como abordou a matéria, dá a

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Funções do Tribunal de Contas**, RDP 72/133.

⁵² OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 556

⁵³ Idem., p. 557

⁵⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 394.

entender que as suas manifestações restringem-se à emissão de pareceres. Eles emitem pareceres quando analisam as contas dos Chefes do Executivo na análise global da gestão. No entanto, conforme inciso II do art. 71 da Constituição Federal, ele julga as contas dos demais gestores públicos. No exercício da competência de julgamento, a decisão pode ser revista pelo Judiciário, mas sob aspectos restritos atinentes à legalidade, sem adentrar no mérito. Este é o posicionamento dominante da doutrina, que será oportunamente demonstrado.

Passa-se a examinar a distinção entre contas de governo e contas de gestão, a fim de se apurar qual delas é que tem a revisibilidade restrita, não estando ao alcance de nenhum outro órgão ou Poder. Esta compreensão se faz necessária para o encaixe das decisões proferidas em matéria ambiental.

2.2.1 Contas de Governo e Contas de Gestão

A importância da clara distinção entre contas de governo e contas de gestão prende-se ao fato de que nem todas as manifestações exaradas pelos Tribunais de Contas ensejam *julgamento*. As primeiras caracterizam-se como opinativas. Já as segundas são verdadeiros julgamentos. Portanto, é necessário definir com clareza quais são as decisões que se enquadram na função de julgamento, pois estas é que ensejarão limites à sua revisibilidade, como se verá adiante. A atuação, em matéria ambiental, diz respeito a ações de gestão. Portanto, dentro da esfera de competência exclusiva dos Tribunais de Contas.

Augusto Sherman Cavalcanti⁵⁵ sustenta que o processo de contas contempla três dimensões relevantes, três vertentes necessárias ao cumprimento integral de seus fins. Segundo o autor, “[...] a primeira diz respeito ao julgamento da gestão do administrador responsável; a segunda, à punibilidade do gestor faltoso; e a terceira, à reparação do dano eventualmente causado ao erário”. Percebe-se que a primeira das responsabilidades acentuadas tem natureza política, em atendimento ao princípio republicano de prestar contas para toda a sociedade, de quem busca os meios necessários para fazer frente aos serviços públicos, meios estes impostos aos cidadãos através dos tributos.

A segunda das responsabilidades diz respeito à função sancionatória decorrente da má gestão pública, do descumprimento das normas de gestão financeira e orçamentária. A terceira das responsabilidades decorre da obrigação de reparar o dano causado, desde que configurados os elementos que a ensejam.

⁵⁵ CAVALCANTI, Augusto Sherman. “O Processo de Contas no TCU: o caso do gestor falecido”. **Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 30.

As contas de governo derivam do art. 71, I, combinado com o art. 49, IX, primeira parte, da Constituição Federal. Este julgamento terá o auxílio consubstanciado no parecer prévio que deverá ser elaborado pelo TCs.

O objeto deste julgamento conterà o cumprir do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstrará os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para a saúde, a educação, os gastos com pessoal.

Decorrem da ação dos órgãos governamentais supremos, constitucionais, aos quais incumbe traçar planos de ação, dirigir, comandar. Consubstanciam-se, enfim, nos Balanços Gerais prescritos pela Lei 4.320/64. Por isso, é que se submetem ao parecer prévio do TCs e ao julgamento pelo Parlamento.

Todavia, não se há de olvidar que o parecer emitido tem caráter eminentemente técnico.

José Ribamar Caldas Furtado⁵⁶ ressalta que, nas contas de governo, o que deve ser levado em consideração não são propriamente os atos administrativos isolados, mas a conduta do administrador no exercício das funções políticas de planejamento, organização, direção e controle das políticas públicas idealizadas na concepção das leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA), que foram propostas pelo Poder Executivo e recebidas, avaliadas e aprovadas, com ou sem alterações, pelo Legislativo.

O que é considerado é a avaliação de desempenho do Chefe do Executivo, considerada de forma global.

Para o autor:

Enquanto na apreciação das contas de governo, o Tribunal de Contas analisará os macroefeitos da gestão pública; no julgamento das contas de gestão, será examinado, separadamente, cada ato administrativo que compõe a gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do ente público, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, e ainda os relativos às aplicações das subvenções e às renúncias de receitas.

Aqui, as contas não contêm indicativos de irregularidades na ação dos ordenadores de despesas, mas apenas os resultados do exercício. Por esta razão é que o seu julgamento se dá pelo Parlamento, levando-se em consideração os aspectos políticos, facultando-se ao Legislativo aprová-las ou rejeitá-las.

⁵⁶ FURTADO, José Ribamar Caldas. “Os Regimes de Contas Públicas: Contas de Governo e Contas de Gestão”. **Revista Interesse Público**, nº 42, Porto Alegre: Nota dez, 2007.

Este julgamento em nada prejudica o julgamento técnico das contas prestadas ou tomadas dos administradores abrangidos pelo parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

No julgamento técnico, haverá a incidência do inciso II do art. 71 da Lei Maior.

A matéria foi objeto de julgamento no Superior Tribunal de Justiça, no ROMS 11.060-GO, onde se concluiu que as contas de administradores e gestores públicos, dizem respeito ao dever de prestar (contas) de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas (art. 70, parágrafo único da CF/88). Submetem-se a julgamento direto pelos Tribunais de Contas, podendo gerar imputação de débito e multa (art. 71, II e § 3º da CF/88)⁵⁷.

No julgamento das contas efetivado pelas Câmaras Municipais, a manifestação só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos seus membros (CF, art.31 §2º). Já, no parecer prévio sobre as contas do Governador ou do Presidente da República, a deliberação da respectiva casa legislativa se dará pela maioria simples de votos, presente a maioria absoluta de seus membros (CF, art. 47).

⁵⁷STJ, RO em MS nº 11.060 – GO. Rel. Min. Laurita Vaz. Ementa:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATOS PRATICADOS POR PREFEITO, NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E GESTORA DE RECURSOS PÚBLICOS. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. NÃO SUJEIÇÃO AO DECISUM DA CÂMARA MUNICIPAL. COMPETÊNCIAS DIVERSAS. EXEGESE DOS ARTS. 31 E 71 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os arts. 70 a 75 da Lex Legum deixam ver que o controle externo –contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial – da administração pública é tarefa atribuída ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas. O primeiro, quando atua nesta seara, o faz com o auxílio do segundo que, por sua vez, detém competências que lhe são próprias e exclusivas e que para serem exercitadas independem da interveniência do Legislativo. O conteúdo das contas globais prestadas pelo Chefe do Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores e gestores de recurso público. As primeiras demonstram o retrato da situação das finanças da unidade federativa (União, Estados, DF e Municípios). Revelam o cumprir do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde, educação, gastos com pessoal. Consubstanciam-se, enfim, nos Balanços Gerais prescritos pela Lei 4.320/64. Por isso, é que se submetem ao parecer prévio do Tribunal de Contas e ao julgamento pelo Parlamento (art. 71, I c./c. 49, IX da CF/88). As segundas – contas de administradores e gestores públicos, dizem respeito ao dever de prestar (contas) de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas (art. 70, parágrafo único da CF/88). Submetem-se a julgamento direto pelos Tribunais de Contas, podendo gerar imputação de débito e multa (art. 71, II e § 3º da CF/88). Destarte, se o Prefeito Municipal assume a dupla função, política e administrativa, respectivamente, a tarefa de executar orçamento e o encargo de captar receitas e ordenar despesas, submete-se a duplo julgamento. Um político perante o Parlamento precedido de parecer prévio; o outro técnico a cargo da Corte de Contas.

Inexistente, in casu, prova de que o Prefeito não era o responsável direto pelos atos de administração e gestão de recursos públicos inquinados, deve prevalecer, por força ao art. 19, inc. II, da Constituição, a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo da Corte de Contas dos Municípios de Goiás.

Recurso ordinário desprovido. Brasília (DF), 25 de junho de 2002(Data do Julgamento).

No mesmo sentido: STJ, 2ª Turma, RMS 4.309/PR, Rel. Min. Hélio Mosimann.

Quanto ao julgamento das contas de gestão, o objeto diz respeito ao dever de prestar (contas) de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas (art. 70, parágrafo único da CF/88). Submetem-se a julgamento direto pelos TCs, podendo gerar imputação de débito e multa (art. 71, II e § 3º da CF/88).

Os atos de gestão decorrem dos órgãos administrativos, subordinados, dependentes (administração pública em sentido estrito), incumbe executar os planos de governo. Citam-se os seguintes exemplos, não exaustivos, caracterizadores das contas de gestão: arrecadação de receitas e ordenamento de despesas, admissão de pessoal, concessão de aposentadoria, realização de licitações, contratações, empenho, liquidação e pagamento de despesas.

O Supremo Tribunal Federal⁵⁸ examinou a matéria, pronunciando-se no seguinte sentido: *“Aprovação de contas e responsabilidade penal: a aprovação pela Câmara Municipal de contas de Prefeito não elide a responsabilidade deste por atos de gestão.”*

Hélio Saul Mileski⁵⁹, ao abordar a responsabilidade dos agentes públicos, demonstra a evolução desta partindo do ordenador de despesas, com base na Constituição Federal de 1967 e no Decreto-Lei 200/67.

Com a Constituição de 1988 há uma extensão da responsabilidade. Para o autor, a partir de 1988 passa-se a ter a figura do responsável. Mais tarde, com a edição da Lei Complementar 101/2000, agrega-se ao sistema de responsabilidade a figura do responsável pela Gestão Fiscal.

O advogado Marcelo Bessa Nunes⁶⁰ faz clara distinção entre as contas de governo e contas de gestão. É referente às contas de governo que há a emissão de parecer prévio. Já, com relação às contas de gestão, há julgamento por parte dos TCs. Adiante segue a exposição:

[...] Não obstante a clara separação entre os atos de governo e de gestão, e da necessidade de serem analisados em processos de contas distintos, observa-se que, a despeito da orientação clássica no sentido de descentralização administrativa, exposta na Lei n 4.320/64, é constante observar, principalmente, nos pequenos municípios brasileiros, que os Prefeitos Municipais, além de exercer o comando geral da administração (praticando atos de governo) também exercem, inadvertidamente, atos de execução, gerindo a máquina pública nos seus pormenores administrativos.

Nesse caso, é de se perguntar se os atos de gestão praticados por Prefeito transmudam-se em atos de governo, e assim ficam imunes ao julgamento pelo Tribunal de Contas, sendo apenas submetido ao crivo da Câmara. Em outras palavras, a mera condição de Chefes do Poder Executivo faz com que todos os atos

⁵⁸ Inq 1.070, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 24-11-04, DJ de 1º-7-05. (grifou-se).

⁵⁹ MILESKI, Hélio Saul. **O Controle da Gestão Pública**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003., p. 117-135.

⁶⁰ NUNES, Marcelo Bessa. **Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública**, n. 58. Belo Horizonte, ano 5, out/2006. p. 7892-7897.

praticados, ainda que classificáveis como atos de gestão e não de governo, se submetam tão somente ao julgamento do Poder Legislativo?
Certamente que não. Se fosse, bastaria que o Prefeito, com os 'estímulos' que sua criatividade pudesse conceber, conseguisse a maioria de votos necessária para derrubar o parecer prévio do Tribunal de Contas (2/3 nas Câmaras Municipais e simples nas Assembleias e no Congresso), para que ficasse livre das consequências civis e penais que seus atos tivessem provocado ao patrimônio público[...]. (grifou-se).

As contas serão julgadas: a) regulares: quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legitimidade e economicidade dos atos de gestão do responsável; b) regulares com ressalvas: quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza forma de que não resulte dano ao erário. c) irregulares: quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências: omissão no dever de prestar contas; prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico ou infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos.

2.2.2 A possibilidade de julgamento definitivo e a dualidade de Jurisdição

O objeto da nossa análise a respeito da natureza jurídica das decisões dos TCs conduz a uma passagem sobre a jurisdição administrativa ou o contencioso administrativo.

As decisões dos TCs têm caráter definitivo ou não? À luz do que dispõe o art. 71, II, da Constituição Federal, muitos autores entendem que sim, como já se teve a oportunidade de demonstrar.

É importante salientar que a jurisdição não é, necessariamente, uma função exclusiva do Poder Judiciário. O direito comparado, em especial o estabelecido na França, nos demonstra a possibilidade do convívio de mais de um Poder a exercer Jurisdição.

É o que se verifica no contencioso administrativo francês, conforme José de Ribamar Barreiros Soares⁶¹. No sistema francês, de dualidade de jurisdição, verifica-se haver julgamento, com caráter definitivo, nas questões administrativas decididas pelo Conselho de Estado Francês. Portanto, referidas decisões possuem caráter de imodificabilidade, não podendo ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário.

⁶¹ SOARES, José de Ribamar Barreiros. **A Justiça administrativa no Direito comparado**, 2001. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/>>. Acesso em 02-04-2011.

A Corte de Contas, nesse sistema, integra a justiça administrativa de 1ª Instância. Suas decisões podem ser revistas por este Conselho, órgão máximo na Jurisdição Administrativa.

As atribuições do Conselho de Estado são as seguintes:

- participação na elaboração legislativa;
- consultoria do governo;
- participação na reforma legislativa;
- regulamentos administrativos e decretos;
- atribuições contenciosas de primeira e única instância e de apelação.

Portanto, o julgamento com definitividade pode ser exercido por órgão não integrante do Poder Judiciário, conforme se verifica no direito comparado.

2.2.3 Corte de Contas na França

A função da Corte de Contas na França é semelhante à função no Brasil. As diferenças principais dizem respeito à forma de sua composição e ao sistema de jurisdição em que se inserem. Ambas as Cortes julgam as contas dos gestores públicos. Não julgam a culpabilidade subjetiva dos responsáveis pelo dinheiro público. Julgam as contas e não os contadores, enquanto na França, o recrutamento se dá, principalmente, entre integrantes da Escola Nacional de Administração⁶².

Já no Brasil, conforme texto Constitucional, a maior parte dos integrantes (Ministros ou Conselheiros) dos TCs é advinda de escolha do Congresso Nacional. Dos nove Ministros (na União), seis são indicados pelo Congresso. Outros dois são de carreira e um indicado de livre escolha pelo Presidente da República. A par de haver a Justiça Administrativa, ela é independente e autônoma em relação ao Poder Executivo.

Não se pode olvidar que o Poder Judiciário também é um poder de Estado, sofre os influxos e as pressões das relações de Poder. Nem por isso tem abalada ou contestada a sua imparcialidade e independência. Isto não significa que, em determinado momento das relações institucionais, possa ter mitigadas ou ameaçadas as suas prerrogativas.

A mesma independência e autonomia atribuída ao Judiciário, dentro do Estado de Direito, pode ser atribuída a outro órgão. É o que se deu no nosso sistema Constitucional ao

⁶² SOARES, José de Ribamar Barreiros. **A Justiça administrativa no Direito comparado**, 2001. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/>>. Acesso em 02-04-2011.

Ministério Público e ao TCs. As garantias, prerrogativas, funções demonstram isto com clareza. Estes órgãos exercem, sem sombra de dúvidas, o feixe da Soberania.

Ademais, pensa-se ser mais racional o fato dos julgamentos exarados pelos TCs não poderem ser revistos pelo Judiciário, ou, no caso de revisão, de forma restrita e sob alguns aspectos objetivos. O TCs, dada a sua especialização, bem como a estrutura em que está inserido no nosso sistema Constitucional, como órgão independente, gozando de inúmeras prerrogativas e garantias para os seus membros, da mesma forma que os demais membros do Judiciário, certamente será mais qualificado para exarar uma decisão no seu campo de competência do que um Juiz da Justiça Comum.

2.3 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Uma das tarefas mais importantes da Administração Pública é a do controle dos atos de governo e gestão. Através dele é que se corrigem desvios e evita-se a malversação de dinheiro público, ou, ao menos, são mitigados os seus efeitos.

Vê-se, pois, a importância desta tarefa, que é exercida sob as mais variadas formas. Tanto pode ser realizada diretamente pelo órgão que pratica o ato, através do controle interno, como pode ser realizada por órgão diverso - o que se dá no controle externo. O importante é que seja realizado de forma eficiente.

2.3.1 O Controle nas Mais Variadas Acepções

Para termos clareza da posição ocupada pelo TCs como órgão de controle da Administração Pública sob os mais diversos aspectos, conforme estabelecido no art. 70 da Constituição Federal, é necessário um comentário a respeito da finalidade do controle e seus variados desdobramentos.

Um dos postulados básicos do Estado de Direito é a submissão do Estado à Constituição, ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, o controle da Administração Pública também está submetido a este apanágio.

Não há país democrático sem a presença de órgãos de controle assegurando à sociedade a boa gestão dos recursos públicos e o acesso a informações para o exercício do controle social.

Aliás, convém rememorar passagem do *paper 51*, de O Federalista: “*Mas, afinal, o que é o próprio governo senão o maior de todos os reflexos da natureza humana? Se os homens fossem governados por anjos, dispensar-se-iam os controles internos e externos*”.⁶³ (grifou-se)

Estes organismos de controle técnico das finanças públicas, em geral, estão aproximados do Poder Legislativo, responsável pelo controle externo da Administração⁶⁴. São as denominadas Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS), que em países como a Alemanha, conforme Frederich Mosher (*apud* Campos)⁶⁵, a *accountability* é sinônimo de responsabilidade objetiva, ou obrigação de responder por algo e, portanto, opõe-se à responsabilidade subjetiva.

Com muita propriedade, Antonio Roque Citadini, conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e autor de livros sobre o controle externo, discorre sobre os desafios que o Controle Externo terá com a volta da política liberal, ou seja, o Estado Mínimo do ideário francês *Laissez Faire*. Conforme o citado autor: “... um desafio aos TCs e Controladorias é ajustar-se ao novo modelo do Estado para bem desempenhar sua missão de fiscalizar a boa aplicação dos recursos do orçamento público e ter padrão de avaliação de resultados para dar a sociedade a satisfatória informação que ela espera”⁶⁶.

Destarte, na atual conjuntura, os órgãos controladores tiveram suas competências substancialmente alargadas, passando a observar não apenas a legalidade dos atos como também a sua economicidade.

O Controle, como elemento integrante da ciência da administração, constitui um de seus elementos estruturantes. A inexistência de controle ou a sua deficiência tem reflexos diretos e de forma negativa com a mesma intensidade das demais funções, a saber: organização, planejamento e comando, não realizando os objetivos que dele se espera⁶⁷.

⁶³ O FEDERALISTA/Alexander Hamilton; John Jay; James Madison, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russel Editores, 2005. p. 322.

⁶⁴ BARRETTO, Pedro Humberto Teixeira. **O sistema tribunais de contas e o princípio federativo**: um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da União Européia. 2003. Dissertação (Mestrado em Contabilidade). Fundação Visconde de Cairu, Centro de Pós-Graduação e Pesquisa Visconde de Cairu- Ceppev. Salvador, p. 39

⁶⁵ CAMPOS, Ana Maria. *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro: FGV, 24 (2), 1990. p. 33

⁶⁶ CITADINI, Antonio Roque. **O controle externo da administração pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995.

⁶⁷ RECH, Ruy Remy. **Controle Interno da Administração Pública**. Disponível em <www.tce.rs.gov.br > (portal – artigos e estudos), consultado em 28 de abril de 2009.

O controle interno, previsto na Constituição Federal nos arts. 31⁶⁸, *caput*, e 74, I a IV⁶⁹, possui uma natureza ambivalente. Auxilia a administração permitindo que o resultado de suas ações redirecionem as ações administrativas, tornando a gestão pública eficiente e atendendo, inclusive, ao princípio da economicidade (resultado máximo com o mínimo de recursos). Também auxilia o controle externo no seu mister. No âmbito interno, exerce o seu poder de autotutela com base no enunciado da súmula 473, do Supremo Tribunal Federal⁷⁰.

A soma do controle interno com o controle externo constitui um SISTEMA DE CONTROLE da administração pública. O Controle interno faz parte do plano de organização da administração pública, retroalimentando a função de comando.

Ele se constitui no conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de poder. Abrange toda a atividade administrativa. Possui natureza jurídica de princípio fundamental.

Pode voltar-se para várias formas. Como controle político, procura estabelecer equilíbrio entre os poderes – freios e contrapesos – na forma estabelecida na Constituição Federal. O Objetivo é preservação e o equilíbrio das instituições democráticas.

Já o controle administrativo dirige-se à função administrativa. Tem por fundamento a legalidade e as políticas administrativas. É dentro do controle administrativo que se encontra a autotutela.

O fato de ser interno ou externo diz respeito à extensão do controle. Será interno quando integrar a mesma administração e externo quando se der por entidade diversa da que se originar o ato. O externo atinge maior relevo em virtude da independência com que ele é

⁶⁸ Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei

⁶⁹ Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

⁷⁰ **A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.** (grifou-se).

realizado. Referente à natureza, classifica-se em de legalidade e de mérito. No mérito, volta-se ao que é melhor e mais conveniente. É privativo da administração pública – enseja a revogação.

No campo do controle Legislativo vai se desdobrar em político e financeiro. O Controle Político sobre a função administrativa, com a possibilidade de sustação, está amparado no art. art. 49, V, da Constituição Federal, quando há exorbitância do poder regulamentar. Também se dá no julgamento, pelo Parlamento, das contas de governo, como tivemos a oportunidade de verificar.

No aspecto financeiro alcança o Executivo e Judiciário e próprio Legislativo (autotutela), no que se refere à despesa, receita e à gestão dos recursos públicos. O objeto inclui tudo que diga respeito às finanças públicas.

Segundo a doutrina, o controle financeiro externo da Administração caberia ao Poder Legislativo. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷¹:

[...] tradicionalmente o Legislativo é o Poder financeiro. De fato, às câmaras, ditas legislativas, por tradição ou data do medievo, compete autorizar a cobrança de tributos, consentir nos gastos públicos, tomar contas dos que usam do patrimônio em geral. Na verdade o poder financeiro das câmaras é historicamente anterior ao exercício, por elas, da função legislativa.

Modernamente, a maior parcela do controle financeiro tem ficado a cargo dos TCs em razão da complexidade crescente de que se reveste dada a especialização deste órgão, e abrange as seguintes áreas:

- Contábil – onde se formalizam os registros das receitas e despesas;
- Financeira (sentido estrito) – sobre os depósitos bancários, os empenhos, o pagamento e o recebimento de valores;
- Orçamentária – visa o acompanhamento do orçamento e o registro nas rubricas adequadas;
- Operacional – a necessidade, adequação, celeridade, eficiência e economicidade;
- Patrimonial – bens do patrimônio público. (almoxarifado, bens de estoque, bens de uso, consumíveis e o *patrimônio ambiental*).

Ainda quanto à natureza do controle, ele se dá sobre a legalidade e legitimidade, inovação na Constituição Federal de 1988 – um controle externo de mérito por parte do Congresso Nacional, no aspecto financeiro.

⁷¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed., 1980. p. 138.

O controle de legitimidade requer seja examinada, a fundo, a finalidade apresentada e a motivação oferecida, de modo a não compactuar com o ilegítimo. O legítimo é o justo. Já a economicidade também envolve o mérito (custo-benefício).

Não se pode olvidar que no controle dos atos da Administração Pública o TCs pode afastar a aplicação de norma eivada de inconstitucionalidade, no exercício do controle difuso, conforme enunciado da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal⁷².

Ainda, dentre as formas de controle dos órgãos de Contas, elas podem ser prévias, concomitante e posterior⁷³. Para a abordagem da tutela inibitória ambiental a forma de controle objeto de estudo será a prévia, podendo projetar-se, em algumas circunstâncias com a concomitante.

2.4 NATUREZA DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Compreender o que subjaz a respeito da natureza das decisões dos Tribunais de Contas é de vital importância para situá-las dentro do sistema jurídico e ter presente o alcance e os efeitos que estas decisões irão gerar.

A par desta compreensão é que se chegará aos limites de sua revisibilidade por outros órgãos dentro da estrutura política brasileira.

2.4.1 A dicotomia entre a natureza administrativa ou judicial das decisões proferidas

A natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas está imbricada com a própria natureza deste Órgão. O debate a respeito da matéria vem de longa data e vai se refletir, inclusive na forma de sua execução, como se pode observar na seguinte passagem da obra de Pontes de Miranda⁷⁴:

No congresso jurídico de 1908, procurou-se fixar a estrutura, no ponto em que cindiam a função julgadora e a função de execução, tendo sido aprovada a seguinte doutrina: ‘A sentença do Tribunal de Contas, condenando o responsável ao pagamento do alcance, tem processo com execução própria perante a Justiça Federal e, longe de ser simples cobrança de dívida, é a execução de sentença judicial proferida por Tribunal Federal, que, na espécie, procede como órgão do Poder Judiciário, independente e autônomo’. Era a proclamação da eficácia executiva à

⁷² Súmula 347 - O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

⁷³ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 558.

⁷⁴ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**, p. 251.

decisão condenatória – eficácia mediata, de modo que a *actio iudicati* seria perante os juízes.

Alguns autores entendem que as decisões proferidas pelos TCs teriam natureza jurisdicional. Para outros seria administrativa como o são as demais competências. Tal situação decorre do disposto no art. 71, II, da Constituição Federal, como já se teve a oportunidade de demonstrar.

Tem prevalecido o entendimento doutrinário, no sentido de que as decisões podem ser reexaminadas pelo Judiciário em razão do princípio da Unidade de Jurisdição, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Todavia, referido exame não poderá ir além dos aspectos de legalidade do ato. Caso agisse neste sentido, haveria flagrante violação ao texto constitucional. A inafastabilidade do exame pelo judiciário da lesão ou ameaça a direito, para esta corrente, não comportaria exceções.

Ponto de controvérsia, que envolve o tema abordado, diz respeito ao alcance desta revisibilidade. Um dos limites impostos ao Judiciário, para a análise das decisões exaradas, é a impossibilidade de adentrar no mérito, matéria reservada constitucionalmente aos TCs. Infere-se do afirmado que não pode o Judiciário, ao anular uma decisão do TCs por ilegalidade, emitir outra substitutiva.

Neste caso, estaria invadindo competência alheia. Na mesma linha de pensamento, cita-se a obra de Luiz Manoel Gomes Junior⁷⁵, onde refere que os atos do TCs sempre podem ser objeto de cognição pelo Poder Judiciário. Obtempera o autor que não pode o juiz substituir os critérios do administrador; o mérito da decisão deve ser respeitado.

No entanto, em outra passagem de seu texto⁷⁶, refere o seguinte:

[...] Imaginemos a hipótese de rejeição das contas de um Prefeito Municipal em razão da aplicação de apenas 24,99% das verbas exigidas na área educacional quando o Município passou por sérias dificuldades financeiras. É razoável tal decisão? Isso pode ser objeto de valoração pelo Poder Judiciário.

Aqui não se pode concordar. Admitindo a possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário, para aqueles que vêem a decisão do TCs as contas como de natureza administrativa (matéria objeto de controvérsia), entende-se que ela não pode ter esta elasticidade. Este exame estaria ao abrigo da decisão desses Órgãos, restritamente. Não há como negar que, na aplicação dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, há um elemento de

⁷⁵ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Tribunais de Contas – Aspectos Controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 43-46.

⁷⁶ Idem., p. 54.

discricionariedade em razão da indeterminabilidade de tais conceitos. A revisão do Judiciário com este alcance seria manifestamente inconstitucional.

A corroborar o entendimento no sentido da revisibilidade restrita cita-se o seguinte precedente do STJ - RMS nº 12.349-RO⁷⁷ e, no mesmo sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁷⁸.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região enfrentou a matéria em Acórdão, cujo Relator foi o eminente Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, no Agravo de Instrumento nº 2002.04.01.019240-0, Terceira Turma, DJ 12/02/2003, que se posicionou a respeito da *revisibilidade restrita*⁷⁹.

⁷⁷ ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. TOMADA DE CONTAS E APLICAÇÃO DE PENALIDADES AOS ADMINISTRADORES. CABIMENTO DO MANDAMUS PARA ANÁLISE DA REGULARIDADE DA DECISÃO ADMINISTRATIVA.

I – O mandado de segurança foi instruído com os documentos necessários à solução da controvérsia, cabendo ao Judiciário, em homenagem ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, **sem entrar no mérito do ato administrativo**, verificar a regularidade da decisão administrativa.

II – **Conforme se depreende dos documentos acostados aos autos, o desenvolvimento do processo administrativo deu-se de forma regular, tendo sido oferecida oportunidade para defesa e interposição de recursos, com observância do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, concluindo-se pela responsabilidade dos recorrentes.**

III – Recurso Ordinário Improvido.

(STJ, 1ª Turma, RMS nº 12.349-RO, relator Min. Francisco Falcão, DJ de 14.03.2005) (grifou-se)

⁷⁸ APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS. MULTA.

A certidão de decisão do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito tem eficácia de título executivo, na forma do art. 71, § 3º, da Constituição Federal. **Não cabe, ademais, o reexame da decisão do Tribunal de Contas, com fundamento no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, baseado na inexistência de *causa debendi*.**

RECURSO DESPROVIDO. PROC. Nº 70026541359 - 21ª CÂMARA CÍVEL (grifou-se)

⁷⁹ Segue excertos da ementa:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PETIÇÃO INICIAL. REQUISITOS. ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM". DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. EFEITOS.

[...]

2. Ademais, a Eg. Corte de Contas, acolhendo o pronunciamento do *Parquet* junto àquele Tribunal, afastou o caráter ilícito de grande parte dos fatos noticiados na peça vestibular, o que, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, **impede o seu reexame na via judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal ou tísna de ilegalidade manifesta, o que não se verifica no caso em exame** (RE nº55.821-PR, rel. Ministro Victor Nunes Leal, in RTJ 43/151; Resp nº 8.970-SP, rel. Ministro Gomes de Barros, in RJSTJ 30/378, respectivamente).

[...]

No voto, com que conduziu o Tribunal Pleno, o Ministro Henrique D'Ávila observou: - "**Na realidade o Tribunal de Contas quando da tomada contas dos responsáveis por dinheiros públicos, pratica ato insuscetível de impugnação na via judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal ou ilegalidade manifesta.**

[...] - **Destes pronunciamentos resta clara uma constatação: é impossível desconstituir o ato administrativo unguído pela aprovação do Tribunal de Contas, sem rescindir a decisão deste colegiado. E para rescindi-la, é necessário que nela se apontem irregularidades formais graves ou ilegalidades manifestas.**

[...] (TRF4, AG 2002.04.01.019240-0, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DJ 12/02/2003). (grifou-se).

Como se observa da decisão, o julgamento político exclui o pronunciamento judicial ulterior, fazendo um paralelo com o julgado criminal que exclui a ação civil: não se poderá questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o autor.

Entendendo pela definitividade do julgamento, Seabra Fagundes⁸⁰ obtempera que se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em “mero e inútil formalismo”. Para o autor as Cortes de Contas decidem conclusivamente, não cabendo a revisão.

Raimundo de Menezes Vieira⁸¹, repetindo a lição de Vitor Nunes Leal, argumenta que a disposição legal do art. 5º, inciso XXXV, não obstaculiza o entendimento de que o julgamento pelo TCs torna prejudicial e definitivo o pronunciamento deste órgão, porque, no caso, a redução de competência do Poder Judiciário resulta da Constituição e não da lei.

Carlos Ayres Brito⁸² refere que algumas características da jurisdição, no entanto, permeiam os julgamentos a cargo dos TCs. Primeiramente, obtempera o eminente autor, os TCs julgam sob critério exclusivamente objetivo ou da própria técnica jurídica (subsunção dos fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais). Segundo, porque o fazem com a força de coisa julgada que é própria das decisões judiciais com trânsito em julgado. Isso quanto ao mérito das avaliações que as Cortes de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público. Não, porém, quanto aos direitos propriamente subjetivos dos agentes estatais e das demais pessoas envolvidas em processo de contas, porque aí, prevalece a norma constitucional que submete a competência judicante do Supremo Tribunal Federal.

Sebastião Afonso⁸³, com profunda pertinência, mostra preocupação com uma inversão de valores, no passo em que uma decisão do TCs, órgão colegiado, especializado, cujos integrantes possuem as mesmas garantias de Ministros do Superior Tribunal de Justiça, podem ficar na dependência de decisão monocrática de juízo de primeiro grau de jurisdição, o que, para o autor, causa uma aparente subversão na ordem hierárquica de valores. Isso sem

⁸⁰ FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle do Ato Administrativo pelo Judiciário**. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 138.

⁸¹ VIEIRA, Raimundo de Menezes. **O Tribunal de Contas**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

⁸² BRITO, Carlos Ayres. **O regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício & NOBREGA, Marcos (coords). **Administração Pública: direitos administrativo, financeiro e gestão pública: práticas, inovações e polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 97-109.

⁸³ AFONSO, Sebastião, *apud* RODRIGUES, Marilúcia. **A vinculatividade das decisões do tribunal de contas à luz do princípio da jurisdição una**. Porto Alegre, 2008. Disponível na biblioteca do Tribunal de Contas RS.

falar das implicações daquelas outras demais ações ordinárias ou especiais, que também podem alterar a eficácia das decisões tomadas pelas Cortes de Contas.

Partilha-se integralmente da tese do autor supracitado. A prevalecer entendimento diverso, estar-se-ia diante de um verdadeiro *capitis deminutio*, contrário ao comando constitucional. Acatando o entendimento pela revisibilidade, não poderia ser ela realizada por qualquer órgão do Poder Judiciário. Deveria, necessariamente, ser respeitada a posição que os Ministros (União) e Conselheiros (Estados), ocupam no cenário constitucional.

Com relação ao alcance das decisões dos Tribunais de Contas, não é demasiado retornar-se a distinção estabelecida nos incisos I e II do art. 71 da Constituição Federal.

Há uma diferença substancial entre referidos dispositivos. Enquanto no inciso I, a atuação do Tribunal de Contas é a de emissão de parecer prévio, portanto opinativo, apesar de haver a necessidade de quorum qualificado para que deixe de prevalecer (no âmbito municipal); no segundo caso, há verdadeiro julgamento das contas, de forma definitiva, ao menos no âmbito administrativo. O inciso I aborda a função opinativa tratada em capítulo anterior.

O objeto da controvérsia que se está a abordar neste capítulo prende-se ao disposto em seu inciso II, pois, quanto ao inciso I, não há dúvida sobre a função a ser exercida (o fato de ser opinativa não lhe retira o caráter técnico).

A constituição de título executivo previsto no § 3º do art. 71 da Constituição Federal se dá com base no inciso II, do mesmo artigo.

Para Aguiar⁸⁴ a situação do inciso II é diferente da do inciso I, pois o Tribunal tem, agora, competência para *julgar* as contas. Do julgamento “nasce um juízo de valor definitivo, imodificável por outro órgão do Poder Público [...] no julgamento, age calcado em competência própria e intransferível”, segundo o autor.

Portanto, a dicotomia apresentada leva a duas posições em relação à natureza das decisões. Uma corrente diz, em suma, que as Cortes de Contas exercem Poder Jurisdicional, forte na Constituição Federal, quando no inciso II, do art. 71 adota o termo “julgar”, conforme abordado anteriormente.

Para esta primeira corrente, os TCs julgam contas, não podendo tal decisão ser reformada pelo Poder Judiciário. Encabeça essa vertente, Pontes de Miranda⁸⁵, o qual é

⁸⁴ AGUIAR, Afonso Gomes e AGUIAR, Márcio Paiva de. **O Tribunal de Contas na Ordem Constitucional**. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2008. p. 40.

⁸⁵ MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1967**, p. 251.

acompanhado por Jorge Ulisses Fernandes⁸⁶, Ricardo Lobo Torres⁸⁷, dentre outros autores já citados.

Dal Pozzo⁸⁸ acompanha a posição de Victor Nunes Leal, para quem o disposto na CF/1998 de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito individual, não obsta o entendimento da possibilidade de julgamento definitivo pelos TCs, pois a exceção é criada pela própria Constituição, e não pela lei.

A outra corrente, em síntese, diz que o Tribunal de Contas é uma Corte administrativa, vez que julga contas e não pessoas, sendo todas suas decisões de cunho administrativo. Lidera essa vertente Cretella Júnior⁸⁹, o qual é acompanhado por José Afonso da Silva⁹⁰, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁹¹, dentre outros. No entanto, não poderia o Judiciário adentrar no mérito do ato, matéria restrita ao TCs.

Valdecir Pascoal⁹², ao abordar o tema, mostra as divergências de posicionamento na doutrina. Pondera o autor que uma decisão judicante não é necessariamente aquela originária do Poder Judiciário. No âmbito administrativo também pode haver decisões com estas características. Cita, como exemplo, o caso dos países que adotam o chamado contencioso administrativo, cujo caso mais emblemático é o francês. Ressalta o autor, com propriedade, que a maioria da doutrina, entretanto, filia-se a tese da inafastabilidade do exame das decisões do Tribunal de Contas pelo Poder Judiciário, como se pode observar:

Não obstante os respeitáveis argumentos, o fato é que a maior parte da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores confere natureza administrativa às decisões do Tribunal de Contas. A base da conclusão está em que o ordenamento jurídico brasileiro, a partir da regra insculpida no citado artigo 5º, XXXV, da Lei Maior, adotou o sistema de jurisdição una, também chamado de monopólio da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário, de sorte que as decisões administrativas dos Tribunais de Contas, enquanto atos administrativos estão sujeitos ao controle jurisdicional. O entendimento dominante é que não existe no Brasil o chamado contencioso administrativo. Neste sentido, são os posicionamentos, dentre outros, de José Cretella Júnior, José Afonso da Silva e Odete Medauar.

⁸⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de Contas Especial: processo e procedimento na administração e nos Tribunais de Contas**. 3. ed., Belo Horizonte: Forum, 2005. p. 250.

⁸⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 6. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 45.

⁸⁸ DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010. p. 111.

⁸⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. “Natureza das Decisões dos Tribunais de Contas”. **Revista de Informação Legislativa**, nº 94, Brasília, abril/junho, 1987. p. 183-198.

⁹⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 641.

⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. V. I, Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 176.

⁹² PASCOAL, **Direito Financeiro e Controle Externo**, p.129-130.

Para o consagrado Mestre do Direito Administrativo, Hely Lopes Meirelles, citado por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁹³, ao tratar da coisa julgada administrativa, empreende uma percuciente análise e conclui que se trata apenas da preclusão administrativa que impede a reapreciação dos fatos.

Com efeito, é realmente tormentosa a conclusão pelo exercício (ou não) de poder jurisdicional pelo TCs no que pertine ao julgamento de contas.

Pedro Roberto Decomain⁹⁴, ao comentar a natureza das decisões exaradas pelos TCs, filia-se à doutrina que classifica as decisões como de caráter administrativo.

Celso Ribeiro Bastos⁹⁵ assinala que:

[...] a utilização da expressão julgamento de contas já levou no passado que alguém sustentasse que os Tribunais de Contas exercem autêntica atividade jurisdicional. Até seria desejável que efetivamente assim o fosse [...]. A não-jurisdicionalidade de suas decisões fica manifesta quando se leva em conta que não cabe a eles julgar pessoas. Bastam somente as contas. Ora, esta é uma decisão técnica. As contas podem ser tidas por regulares ou irregulares, mas, para que haja atividade jurisdicional é necessário que estejam presentes as partes. Só pessoas são julgadas; conseqüentemente a atividade do Tribunal de Contas é de natureza técnica facilitadora da deliberação final pelo Legislativo.

Com a devida vênia que o autor merece, não se concorda com a afirmação final da tese esposada por uma singela razão: o TCs tem um grande número de atribuições exclusivas, não necessitando passar pelo crivo do Legislativo. Trata-se de competências próprias, extraídas diretamente da Constituição Federal. De forma que a afirmação contida na parte final, dando a entender que todas as decisões deste Órgão devem ser submetidas à apreciação do Legislativo, é equivocada.

Ademais, é de difícil compreensão este julgamento exclusivo das contas, sem considerar o gestor a quem vai ser atribuída a responsabilidade. Após das contas existe sempre um responsável por elas e que irá arcar com o ônus do julgamento. Some-se a este fato o disposto na Resolução n. 414/92 do TCE/RS. Para o julgamento das Contas, se regulares ou irregulares, há um verdadeiro julgamento da conduta do gestor, conforme se extrai dos arts. 3º ao 5º da referida Resolução. As contas serão julgadas regulares ou irregulares levando em conta o conjunto das falhas administrativas. Tanto é assim, que o art. 5º da referida Resolução possibilita a emissão de parecer favorável ou julgamento favorável,

⁹³ Limites à Revisibilidade Judicial das Decisões dos Tribunais de Contas. Disponível em <<http://www.jacoby.com.br>>. Acesso em 25-10-2011.

⁹⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006. p. 163.

⁹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1995. p. 89-90.

conforme se trate do inciso I ou II do art. 71 da Constituição Federal, quando há prática isolada de falhas administrativas ou de irregularidades que não comprometam, em seu conjunto, as contas do agente público que demonstrar ter aplicado criteriosamente os recursos públicos em sua generalidade.

Portanto, conforme se sustenta, está a se analisar a conduta do gestor na condução da gestão pública.

Já Castro Nunes⁹⁶ preleciona que a jurisdição de Contas é “juízo constitucional das Contas”. Portanto, para o autor a função é privativa do Tribunal instituído pela Constituição para julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos. Para ele, o Judiciário não tem função no exame de tais contas, não tem autoridade para revê-las, para apurar o alcance dos responsáveis, para liberá-las. Essa função é “própria e privativa do Tribunal de Contas”. A toda evidência que razão assiste para tal posicionamento.

Ora, é cediço que a Constituição Federal tem como competência material de disciplinar o Poder, a sua forma de exercício, de transmissão. Também compete ao texto Constitucional constituir os órgãos independentes da nação que irão realizar as funções mais elevadas dentro do Estado de Direito. É nesse campo que se insere o TCs. Por esta razão, é a Constituição que irá dar a sua configuração orgânica. E o faz, inclusive atribuindo-lhe a função de julgamento. Obtempera o autor que [...] Aos juristas dominados pelo preconceito civilista da jurisdição como privilégio do Judiciário, escapava o fenômeno, que nesses últimos anos se desenvolveu ainda mais, documentando a expansão jurisdicional fora da órbita judiciária.

Ricardo Lobo Torres⁹⁷ conclui não haver dúvida de que o TCs, autorizado pela Constituição Federal a elaborar o seu regimento com a mesma autonomia do Poder Judiciário, exerce alguns atos típicos da função jurisdicional em sentido material, eis que julga as contas dos administradores e responsáveis com todos os requisitos materiais da jurisdição: independência, imparcialidade, igualdade processual, ampla defesa, produção plena das provas e direito a recurso. Mas, do ponto de vista formal, não detém qualquer parcela da função jurisdicional, tendo em vista que as suas decisões não produzem a coisa julgada e podem ser revistas pelo Judiciário ainda quando versem sobre matéria contábil.

José de Ribamar Caldas Furtado⁹⁸, Conselheiro do Tribunal de Contas do Maranhão, fazendo análise a respeito da evolução, no Supremo Tribunal Federal, a respeito dos limites

⁹⁶ NUNES, **Teoria e Prática do Poder Judiciário**, p. 30.

⁹⁷ TORRES, **Curso de Direito Financeiro e Tributário**, p. 209.

⁹⁸ FURTADO, **Os regimes das Contas Públicas: Contas de Governo e Contas de Gestão**.

do julgamento das contas pelo Poder Judiciário, após demonstrar que a revisão por este Poder só pode haver em caso de nulidade por irregularidade formal grave (em não havendo não pode), traz importante observação no seguinte sentido:

[...] Por isso, a ação prevista no artigo 914 e seguintes do Código de Processo Civil (Ação de Prestação de Contas) é imprópria para exigir a prestação de contas de gestor que deixou de apresentar contas públicas. Isso porque o Poder Judiciário é absolutamente incompetente para processar e julgar as contas de administrador público. Nesse sentido, a jurisprudência é remansosa. O que é possível, nesse caso, é a ordem judicial para que o administrador público preste contas perante o Tribunal de Contas, mediante ação de obrigação de fazer.

Finaliza o autor: “[...] Tais julgamentos são irretratáveis, definitivos, tanto no âmbito administrativo quanto no judiciário, salvo vício de procedimento ou manifesta ilegalidade, produzindo, portanto, coisa julgada”. Situação análoga, pondera, encontra-se no Tribunal do Júri, em relação aos crimes dolosos contra a vida (CF, art. 5º, XXXVIII), com o Poder Legislativo, com referência aos crimes de responsabilidade do Chefe do Executivo (CF, art. 52, I) e com o juízo arbitral, relativamente às questões que lhe são submetidas (CF, art. 114, § 2º; Lei nº 9.307/96).

Portanto, cabe à Corte de Contas dizer o direito relativo à matéria de sua competência exclusiva, com definitividade⁹⁹.

As críticas em relação aos processos de julgamento pelos TCs, com base no inciso II, do art. 71, da Constituição Federal, são de que este não possui caráter substitutivo. Quando este órgão julga, a relação entre o Estado e o indivíduo é linear, relativa aos atos administrativos, e não angular, como quando o Estado-juiz se sobrepõe à vontade das partes.

O TCs é parte no processo. É ele quem promove o feito de tomada de contas, sendo, ao mesmo tempo, juiz das contas, já que é ele quem as analisa e, por fim, imputa débitos e/ou multas aos administradores de bens ou valores públicos, caso ocorra alcance. No entanto, a independência e autonomia, somadas às garantias para o exercício do seu mister, atribuídas aos seus membros, mitigam ou até mesmo afastam a tese da parcialidade. Ademais, como soe

⁹⁹ Muito da discussão gira em torno do conceito de Jurisdição. Jurisdição, segundo Ada Pellegrine Grinover é uma das funções do Estado, por meio da qual este se substitui aos titulares em conflito para, imparcialmente, buscar, com justiça, a pacificação do conflito que os envolve. A Jurisdição, para ela, arrimada na doutrina de Carnelutti e Chiovenda, tem as seguintes características: a) caráter substitutivo, pois o Estado, exercendo a Jurisdição, substitui, com sua atividade, a atividade daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação; b) escopo jurídico de atuação do direito que é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo); c) lide que se trata de uma contenda, querela a ser resolvida pelo Judiciário; d) inércia, vez que o órgão jurisdicional não pode dar início ao processo de ofício, tendo em vista a sua própria índole, eis que *nemo iudex sine actore*; e e) definitividade, formação da coisa julgada judicial. In: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Range. **Teoria Geral do Processo**. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

acontecer, não é pequeno o número de casos em que os membros desses Órgãos afastam as glosas imputadas pelos órgãos técnicos.

As críticas possuem alguma pertinência. Há certa dificuldade em aceitar a existência de um poder jurisdicional onde não houvesse uma superposição do órgão estatal às partes, estando o magistrado na mesma posição do proponente da ação.

O fato acima ocorre porque o TCs, de ofício, pode instaurar o processo de tomada de contas, caso tenha conhecimento de alguma irregularidade na execução de orçamento público. Assim leciona Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹⁰⁰, para quem a instauração do processo de tomadas de contas especial pode ser dada *ex officio*, ou seja, pode ser determinado pelo próprio Tribunal, quando verificada omissão da autoridade em prestar contas ou em instaurar referido processo, na forma do art. 47 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Sendo assim, careceria o julgamento de contas (art. 71, II, CF) de mais um dos requisitos da jurisdição, qual seja, a inércia.

Nesse sentido, é salutar que se atribua aos Auditores Públicos Externos independência e autonomia, a exemplo do Ministério Público e do caminho que está a seguir a Defensoria Pública. Isso se constituiria numa evolução do sistema de controle das finanças públicas e daria um grau maior de legitimidade nas decisões dos membros dos TCs (Conselheiros), já que não estariam mais a conduzir o processo de prestação de contas e gozariam da plena imparcialidade para as decisões proferidas.

O primeiro passo a ser dado para tal desiderato é a estruturação da carreira em nível constitucional, prevendo a escolha de um Auditor Geral na função de coordenação, bem como a estruturação dos demais órgãos, como corregedoria, dentre outros.

Ademais, referem os críticos, parece não existir propriamente uma lide no julgamento de contas, pois não há querela alguma neste processo, mas sim uma análise técnica contábil da execução do orçamento público. Segundo afirmam, não existe, na seara do TCs, o julgamento imediato de pessoas, mas apenas de contas. Acontece que, caso estas contas sejam rejeitadas (ocorra o alcance), o julgamento criminal do responsável, como também a execução de tal *quantum*, necessariamente, devem se dar no âmbito do Poder Judiciário.

Percebe-se, então, que, em sede de TCs não há julgamento imediato de pessoas, mas de contas. Todavia, se sabe que através do julgamento das contas, de forma mediata, está-se julgando os responsáveis por elas, como já se demonstrou. Porém, para alguns, tal fato não

¹⁰⁰ FERNANDES, **Tomada de Contas Especial**: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública, p. 163.

enseja a formação de uma lide, na medida em que a Corte de Contas tem o fulcro imediato de analisar tecnicamente as contas.

Ressalte-se que as decorrências de ordem civil e criminal do alcance não são da competência do TCs, mas sim do Poder Judiciário, por meio de ação autônoma proposta pela autoridade competente. Isto tendo em vista ainda, que as decisões, que imputam débito e/ou multa têm eficácia de título executivo extrajudicial, na forma do art. 71, § 3º, da Constituição Federal com o art. 585, VII, do CPC.

Aliás, conforme assevera Daniel Blume Pereira de Almeida¹⁰¹, o TCs não tem competência criminal, vez que, ocorrendo alcance, diferença para menos nas contas de determinada autoridade pública, tal corte não pode condenar o responsável por peculato, crime previsto pelo art. 312 do Código Penal, que diz ser crime o fato de um funcionário público se apropriar de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.

Para uma condenação por tal crime, necessária se faz a promoção de uma ação penal pública pelo Ministério Público Ordinário perante o Poder Judiciário. A decisão do TCs, que imputa débito e/ou multa, é circunstância material do crime de peculato, que deverá ser analisada pelo magistrado ou pelo Tribunal Judiciário, conforme o caso. Em hipótese alguma, cabe ao TCs prolatar sentença penal, fixando pena de detenção ou de reclusão.

Aqui são oportunas as palavras de José Cretella Junior¹⁰², para quem “as questões decididas pelo Tribunal de Contas, na apreciação das contas dos responsáveis pelos dinheiros públicos, são meras questões prévias, são simples questões prejudiciais, constituem o *primus* lógico-jurídico de um crime, ou pelo menos, de circunstância material desse crime [...]”.

Em relação ao escopo jurídico de atuação do direito que, como dito, é o cumprimento e a realização das normas de direito material, certamente esta característica da jurisdição cabe ao TCs, como, por exemplo, no caso de apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão e de aposentadoria da Administração Pública em sentido amplo (art. 71, III, CF). Inclusive, pode o TCs declarar a inconstitucionalidade de lei *incidenter tantum*, conforme Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal.

¹⁰¹ ALMEIDA, Daniel Blume Pereira de. “Natureza Jurídica dos Tribunais de Contas”. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, v. 27, 2001. p. 233-244.

¹⁰² CRETELLA JUNIOR, “Natureza das Decisões do Tribunal de Contas”. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, v. 24, abril/junho, 1987. p. 1-16.

Preleciona o Mestre Hely Lopes Meirelles¹⁰³:

Controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. É um controle a posteriori, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que a rege.

A competência do judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle de legalidade e legitimidade do ato impugnado. Por legalidade, entende-se a conformidade do ato com a norma que a rege; por legitimidade entende-se a conformidade do ato com a moral administrativa e com o interesse coletivo (princípio da moralidade e da finalidade), indissociáveis de toda a atividade pública.

Tanto é ilegal o ato que desatende à lei formalmente, como ilegítimo o ato que viola a moral da instituição ou se desvia do interesse público, para servir a interesses privados de pessoas, grupos ou partidos favoritos da Administração em detrimento da sociedade e do meio ambiente.

Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e de legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do administrativo onde ela se encontra e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, porque, desta forma, estaria substituindo o ato da administração, desviando-se da função judicial e invadindo seara alheia.

Evandro Lins e Silva¹⁰⁴, comentando a Constituição de 1946, nega competência jurisdicional às Cortes de Contas. Assim se manifesta:

[...] repugna ao sistema constitucional vigente admitir o pretendido caráter jurisdicional dos atos do Egrégio Tribunal de Contas da União, impositivo de tais punições. Procuraremos demonstrá-lo, escusando-nos de algumas digressões prévias, que nos parecem necessárias. Desde a primeira Constituição da República, abandonamos os tímidos ensaios de contencioso administrativo testemunhados no império. Optamos decididamente pelo que Castro Nunes chama o sistema da 'unidade orgânica do Poder Jurisdicional'. Isto é, a atribuição de toda a função jurisdicional aos órgãos do Poder Judiciário, oriundos ou, ao menos, delineados na própria Constituição. Desta tradição judiciarista não abandonada sequer pelo autoritarismo do regime de 1937, não destoou a Constituição vigente. Como nas antecedentes, na carta de 46 o monopólio jurisdicional do judiciário se manteve praticamente íntegro.

¹⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

¹⁰⁴ SILVA, Evandro Lins. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Nov/1966. p. 245.

A execução das decisões dos Tribunais de Contas deve se dar perante o Poder Judiciário e não junto àquela Corte. A legitimidade ativa para pleitear tal execução é do ente público, que teve o patrimônio lesado por algum agente público, ao qual foi imputado débito em sede de julgamento de contas.

Conforme demonstrado no tópico relativo às funções dos Tribunais de Contas, estes órgãos exararam decisões das mais diversas naturezas dentro da sua competência constitucionalmente estabelecida.

A natureza da decisão está vinculada à função exercida. Quando julga as contas de responsáveis por bens e dinheiros públicos, a eficácia da decisão terá a natureza de título executivo por força do § 3º do art. 71 da Constituição Federal. Assim posiciona-se sobre a matéria Luiz Henrique Lima, com bastante propriedade:

[...] Eficácia das decisões dos Tribunais de Contas

Como visto na seção 2.6, a CF estabeleceu no seu art. 71 § 3º, que as decisões do TCU de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. Em obediência ao princípio da simetria, iguais características terão as decisões dos Tribunais de Contas dos Estados e dos TCMs.

O dispositivo constitucional em comento deve ser examinado em conjunto com os artigos. 583 e 585 do CPC:

Art. 583- Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial.

Art. 585- São títulos executivos extrajudiciais: (...)

VII - todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

Todavia, não compete às Cortes de Contas proceder à execução de suas decisões. Assim já decidiu o STF, ao declarar a inconstitucionalidade do inciso XI do art.68 da Constituição do Estado de Sergipe, que atribuía ao Tribunal de Contas estadual a competência para 'executar suas próprias decisões que impliquem imputação de débito ou multa'

...omissis...

Assim, o título executivo extrajudicial, oriundo de decisão condenatória proferida pela Corte de Contas, deve ser executado pelos órgãos próprios da Administração Pública, como a Advocacia Geral da União e das Procuradorias dos Estados e Municípios.

Lamentavelmente, tem sido constatada a reduzida efetividade das procuradorias dos Estados e Municípios, bem como da Advocacia-Geral da União, na recuperação para o Tesouro dos valores inquinados como débitos e multas pecuniárias. Mileski chega a sugerir a promoção, pelos Ministérios Públicos, de ações de improbidade 'pelo descuro praticado com as decisões do tribunal de Contas, uma vez que este resulta em prejuízo ao erário'.¹⁰⁵ (grifo nosso).

¹⁰⁵ LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo**. Rio de Janeiro. Ed. Elsevier. 2008. p. 109 e seguintes

Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹⁰⁶, adotando posicionamento diverso da doutrina majoritária, sustenta, com robustos argumentos, que as decisões exaradas pelos Tribunais de Contas, na função de julgamento, possuem caráter de definitividade.

O autor faz uma abordagem a respeito do exercício da função jurisdicional fora do Judiciário. Ressalta, num primeiro momento, que parece uníssono entre nós o entendimento de que o Brasil adota o sistema de jurisdição única, o sistema inglês. Neste sentido, caberia somente ao Judiciário exercer a função jurisdicional.

O pilar de sustentação do princípio da unidade de jurisdição, conforme já tivemos a oportunidade de abordar, é o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. A doutrina majoritária, arrimada no referido dispositivo, firmou entendimento de que quem julga com caráter de definitividade é somente o Poder Judiciário.

Neste diapasão, assim pondera o autor:

O sistema do contencioso administrativo, também denominado sistema francês, que é o oposto ao precedente, admite que um órgão, não integrante do poder judiciário, portanto da esfera administrativa, declare o direito aplicável ao caso concreto, inibindo a reapreciação do mesmo fato por aquele poder. Resulta desse sistema, a existência de coisa julgada administrativa formal e material. *Os doutrinadores pátrios, todos, admitem que não existe sistema puro em nenhum país. Ora, o corolário natural do confronto dessas duas premissas é inarredável: de algum modo, os países admitem a coisa julgada administrativa.*

[...]

O conteúdo da norma, como de todas as jurídicas, deve merecer mais detido exame, visando afastar a prevalência de um misonheísmo ilógico.

A disposição do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal tem por destinatário o legislador infraconstitucional, mas não veda que a própria Constituição, em dispositivo a ser coordenado, imponha o exercício da função jurisdicional a outro órgão, não integrante do poder judiciário, ou, mais contundentemente, estabeleça que um determinado tipo de questão não seja objeto de apreciação judicial.^{107 108}

¹⁰⁶ FERNANDES, *Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência*, p. 121.

¹⁰⁷ Idem. p. 121.

¹⁰⁸ E segue:

[...]

A Constituição Federal admitiu expressamente várias exceções a esse decantado monopólio absoluto do poder judiciário, como se verá adiante. Em outros casos, o constituinte não excluiu expressamente o direito de ação perante esse poder, mas declinou a competência para julgar a órgão que não o integra expressamente. Assim, procedeu em breve elenco:

- contas prestadas pelo Presidente da República (competência exclusiva do congresso Nacional);
- o presidente e o vice-presidente da República, nos crimes de responsabilidade, e os ministros de Estado, nos crimes da mesma natureza, conexos com aqueles (competência privativa do Senado Federal).
- Contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (Competência do Tribunal de Contas da União).

Alguns desses casos estão também elencados entre os de competência de órgão do Poder Judiciário? A resposta é negativa, tão-só pelo simples fato de que expressamente o legislador-constituinte deslocou essa

Tem-se que admitir que os argumentos expendidos são consistentes. Ademais, o termo “julgar”, expressamente estabelecido no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, não é casuístico, como têm sustentado alguns críticos do caráter de definitividade das decisões ou decorrente de um equívoco do legislador, pois, desde a Constituição Federal de 1934 ele é utilizado¹⁰⁹.

No entanto, para a maior parte da doutrina, a última palavra sobre o direito material (ou mesmo processual) sempre caberá ao Poder Judiciário. Mas aqui a atuação do Judiciário se dará num âmbito restrito, como já observado. Tal assertiva, por sua vez, é cláusula pétrea, imutável no sistema jurídico nacional, vez que se encontra disposto no art. 5º, XXXV, da Lex Magna que diz a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, segundo corrente majoritária.

Sendo assim, tem-se que o TCs não guarda imutabilidade (definitividade) de suas decisões, quando baliza sobre questão jurídica.

competência para órgão específico, sempre fundado em relevantes razões jurídicas, morais e lógicas, como será demonstrado.

O desempenho dessas funções não representa também o poder de dizer o direito? Não é então uma espécie de jurisdição que os especialistas em direito processual judiciário ignoram? A inevitável resposta afirmativa impõe-se às duas questões.

Que se ouça a autorizada voz do Ministro Eduardo Ribeiro de Oliveira: ‘Como ressaltamos, a própria Constituição exclui do reexame judiciário certas questões em que pode haver lesão de direito individual.’ Após referir-se ao processo de impeachment do presidente e vice-presidente da República, assere: ‘As decisões proferidas pelo Senado e Câmara, em tais caso, não são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, pois se trata do exercício de função jurisdicional. In: FERNANDES, **Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência**, p. 121.

¹⁰⁹ Art 99 “É mantido o Tribunal de Contas, que, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, acompanhará a execução orçamentária e **julgará** as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos.(grifou-se) Neste sentido, houvesse alguma impropriedade, já teria sido corrigida”.

Outra crítica consistente encontra-se no trabalho desenvolvido por Rizzo Junior, para quem: Em se tratando da chamada reserva de jurisdição, não há afirmação mais vazia do que a recorrente alusão ao fato de que ao Judiciário sempre é dada a última palavra. Ele pode se manifestar por último em matérias de sua competência. Não fosse assim, seriam incompreensíveis as decisões definitivas emitidas por órgãos não-jurisdicionais, mas que também dizem o direito, como as provenientes dos juízos arbitrais, do CADE, da CVM, do CMN e do BACEN. Se essas decisões não forem ilegais, não podem ser reformadas pelo Judiciário. **Reserva de jurisdição, a nosso ver, não significa mais do que o exercício de competências exclusivas. O que desborda dessa competência, como o controle das políticas públicas sob o foco de pressupostos de valor, está fora do alcance daquilo que se pode entender como juízo de legalidade. Aqui reside em suma, o verdadeiro divisor de águas entre a competência do Judiciário e a competência do Tribunal de Contas.** Em se tratando de pressupostos de valor, o Judiciário é incompetente, por isso não diz a última palavra. O Tribunal de contas, ao contrário, é competente, mas também não diz a última palavra, posto que a sua função é justamente a de fixar o problema, emitir um alerta e provocar a sociedade para o debate com os outros Poderes. RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle Social Efetivo das Políticas Públicas**. Tese de Doutorado. USP. São Paulo: 2009. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 08 de junho de 2011. p. 125. (grifou-se)

Todavia, em relação ao julgamento das contas, que, no caso, é mérito administrativo, não pode o Poder Judiciário se manifestar, sob pena de entrar na própria seara administrativa. Se o fizer, estará desbordando de sua atribuição e, por conseguinte, ferindo o princípio da tripartição de poderes (art. 2º da CF). Com tal medida, o Poder Judiciário agrediria também o art. 71, II, da Constituição Federal, que é claro em determinar que ao TCs (e não a outro poder ou órgão) cabe julgar as contas dos responsáveis por bens e dinheiros públicos. Portanto, o julgamento de contas cabe somente à Corte de Contas.

Nesse sentido, na análise das contas de determinado gestor relativas à ação administrativa em matéria ambiental, caberá ao TCs aferir a compatibilidade da ação com os demais princípios constitucionais como o da economicidade, eficiência e legitimidade, por exemplo.

Em relação às demais competências conferidas ao Tribunal de Contas pela Constituição Federal e por leis infraconstitucionais, a doutrina, em regra, não discrepa. Trata-se de atividade meramente administrativa.

2.4.2 Imputação de débito e da multa

Na função de controle, deve ser levado em consideração o custo benefício para a sociedade das ações a serem realizadas. Se o controle for muito mais dispendioso do que o benefício que irá gerar, me parece que não é justificável.

Esse critério deve ser sopesado quando se está diante da possibilidade de degradação de um bem ambiental, pois aqui não se deve levar em conta os custos financeiros exclusivamente. Pelo contrário, o bem ambiental é de difícil mensuração; todavia a sua proteção possui uma dimensão elevada.

Na busca do crédito público, decorrente de prejuízo causado ao erário, atualíssima a preocupação do eminente Ministro Victor do Amaral Freire, quando afirma:

O que cumpre aos Tribunais é agilizar as providências para tornar mais eficiente e mais eficaz a utilização do instrumental que foi posto em suas mãos, ampliando sua ação e permitindo uma atividade sempre mais crescente, reformulando a organização de suas secretarias, pondo em prática, no exame dos atos financeiros e orçamentários, o sistema de auditoria, reduzindo a zero a sistemática, como rotina, de liberação de documento por documento, para examinar com maior intensidade relatórios financeiros gerados pelas inspeções, onde as irregularidades isoladas serão postas em relevo, mas não uma a uma, formando processo a processo, substituindo a preocupação do tostão pelo controle do milhão e, ainda, recrutando e habilitando seu pessoal técnico para as tarefas especializadas resultantes de novos métodos de fiscalização.

A reposição ao erário vincula-se à responsabilidade civil. O supedâneo para a busca da reparação do prejuízo causado decorre do inciso VIII do art. 71 da constituição Federal.

Fábio Medina Osório¹¹⁰ informa que as medidas de ressarcimento ao erário se aproximam mais da responsabilidade civil do que penal ou das sanções administrativas. Para o autor, a obrigação de ressarcir é uma restituição do estado anterior.

Já a possibilidade de aplicação de multa por parte dos Tribunais de Contas decorre do mesmo dispositivo¹¹¹. A ampliação das suas atribuições, com o advento da Constituição Federal de 1988, não poderia vir desacompanhada da possibilidade de aplicação de sanção. Ficaria esvaziada a possibilidade de direcionar as ações administrativas na busca da eficiência e do aprimoramento da gestão pública, sem a previsão de multa pelas infrações cometidas.

Na mesma linha de entendimento segue decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal¹¹².

Uma característica da multa, que a difere da imputação de débito, é o caráter personalíssimo que possui. Nenhuma pena poderá passar da pessoa do condenado, conforme art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal. Já, a imputação de débito, ligada ao prejuízo causado ao erário, pode ser transmitida aos sucessores do agente causador do dano.

As multas passíveis de serem aplicadas aos causadores de lesão ao erário são de duas ordens: a) decorrem do poder de polícia dos Tribunais de Contas; ou b) caracterizam-se por ser proporcional ao dano causado ao erário.

¹¹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais., 2002. p. 92.

¹¹¹ Constituição Federal, art. 71, VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.

¹¹² **RE 190985 / SC - SANTA CATARINA. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA**
 EMENTA: - Recurso extraordinário. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Pedido acolhido, em parte, pelo Tribunal de Justiça catarinense, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 76 e 77, incisos I, III, IV, V, VI e VII, da Lei Complementar n.º 31/90. 3. Alegação de ofensa ao art. 71, VIII, da CF. 4. Parecer da PGR pelo provimento do recurso extraordinário. 5. Afastada a incompetência do Tribunal a quo para processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de normas estaduais, em face de expresso dispositivo da Constituição do mesmo Estado. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade e declarar a constitucionalidade dos arts. 76 e 77, incisos I, III, IV, V, VI e VII, ambos da Lei Complementar n.º 31, de 27.9.1990, do Estado de Santa Catarina. 7. **Não é possível, efetivamente, entender que as decisões das Cortes de Contas, no exercício de sua competência constitucional, não possuam teor de coercibilidade. Possibilidade de impor sanções, assim como a lei disciplinar.** 8. Certo está que, na hipótese de abuso no exercício dessas atribuições por agentes da fiscalização dos Tribunais de Contas, ou de desvio de poder, os sujeitos passivos das sanções impostas possuem os meios que a ordem jurídica contém para o controle de legalidade dos atos de quem quer que exerça parcela de autoridade ou poder, garantidos, a tanto, ampla defesa e o devido processo legal. 9. As normas impugnadas prevêem possam as multas ser dosadas, até o máximo consignado nessas regras legais. Disso resulta a possibilidade, sempre, de se estabelecer relação de proporcionalidade entre o dano e a multa. (grifou-se).

As primeiras decorrem da primeira parte do inciso VIII do art. 71 da Constituição Federal (aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei). Já as segundas, decorrem da parte final do mesmo dispositivo (que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário).

Elizete Gandini¹¹³ apresenta uma classificação semelhante. Para a autora, as multas são de duas espécies: a) multa por infração às normas de administração financeira e orçamentária; b) multa proporcional ao dano causado ao erário. Obtempera que, em ambos os casos, devem estar previstas em lei, conforme art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

Tanto as multas como a reposição ao erário geram decisões condenatórias com conteúdo pecuniário.

2.5 A COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM MATÉRIA AMBIENTAL

Como restou demonstrado até aqui, com o advento da Constituição Federal de 1988, ampliou-se muito as competências dos Tribunais de Contas nas mais diversas áreas de atuação. E a proteção ambiental não poderia ficar de fora de uma instituição de relevo no campo do controle da Administração Pública, pois se trata de um patrimônio que assegura a vida humana com dignidade e que deve ser objeto de aferição permanente.

O âmbito de análise, em matéria ambiental, engloba desde o controle de recursos repassados para os órgãos de proteção e defesa do meio ambiente, bem como a análise de obras que potencialmente causem impactos ambientais. Verifica-se desde a regularidade na concessão das licenças adequadas, ou, ainda, nas auditorias de natureza operacional procura-se apresentar recomendações aos órgãos e entidades responsáveis para a melhoria do processo de gerenciamento dos recursos ambientais¹¹⁴.

A constitucionalização dos temas referentes ao meio ambiente, ocorrida na Constituição Federal de 1988, elevou-o à condição de direito fundamental de terceira dimensão.

No Brasil, a Lei Federal n.º 6.938, de 31 de agosto 1981 (conhecida como Política Nacional do Meio Ambiente) incluiu, como objetivos dessa política pública, a

¹¹³ GANDINI, Elizete. **Responsabilidade no Processo de Tomada de Contas Especial**. Monografia apresentada no Curso de Especialização em Gestão Pública e Controle Externo do TCERS. Porto Alegre, 2008. Disponível na biblioteca do Tribunal.

¹¹⁴ ALTONIAN, Cláudio Sarian e outros. O Tribunal de Contas da União e o Controle da Gestão Ambiental. **In: Revista do TCU**. Ano 35, 2004. n. 100, p. 83-91.

compatibilização do desenvolvimento sócio-econômico com a preservação da qualidade do meio ambiente, do equilíbrio ecológico e a preservação dos recursos ambientais. O objetivo visado é a utilização desses recursos de modo racional, para que eles estejam permanentemente disponíveis, respeitando-se os estágios naturais de renovação.

Dentre seus instrumentos, está a avaliação dos impactos ambientais que permitirá medidas proteção ou, até mesmo, a opção pela não realização de determinada atividade tendo em vista o grau de degradação.

Destarte, o controle das contas públicas vai além da mera verificação contábil. Abrange uma série de outras funções. Aproxima-se do conceito de *Accountability* que significa: [...] Responsabilização, ou seja, que remete para dimensões semelhantes a prestação de contas, responsabilidade social, verificação da qualidade do serviço prestado, responsabilidade eleitoral, etc ¹¹⁵.

Accountability é um termo da língua inglesa. Não existe uma tradução exata para o português, em que pese haver inúmeras tentativas. Todavia, ele remete à obrigação de membros de um órgão administrativo ou representativo de prestar contas a instâncias controladoras ou a seus representados.

A compreensão da “prestação de contas” vai muito além da mera avaliação quantitativa. Leva em consideração a avaliação geral das ações administrativas nas suas mais variadas formas, tais como a contratação de servidores, a realização de obras e serviços, etc. Nem poderia se pensar de forma diferente, pois o próprio dispositivo da Constituição¹¹⁶ que aborda a prestação de contas remete ao controle sobre a legitimidade, economicidade, a fiscalização operacional, dentre outros.

¹¹⁵ RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle Social Efetivo das Políticas Públicas**. Tese de Doutorado. USP. São Paulo: 2009. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 08 de junho de 2011, p. 146.

¹¹⁶ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, **quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas**, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.
Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) – (grifou-se)

Associa-se a isso o fato de que o termo “prestará de contas” está inserido no parágrafo único do dispositivo sob análise. Nesse sentido, a função do parágrafo¹¹⁷ é expressar os aspectos complementares à norma inserida no *caput*. Portanto, a prestação de contas engloba todos os aspectos elencados acima.

A título de exemplificação da atuação do Tribunal de Contas da União, na seara ambiental, traz-se a colação o Acórdão nº 1.199/2003-TCU/Plenário, em que foram destacados aspectos relacionados com a necessidade de alterar o processo operacional, conferindo maior segurança quanto à identificação, monitoramento e redução/neutralização dos passivos ambientais ainda existentes em estados e municípios.

O resultado do processo foi uma série de recomendações realizadas pelo Tribunal de Contas da União aos órgãos ambientais, que deverão promover, em suas respectivas áreas de atuação, ações voltadas à imediata identificação e mapeamento dos passivos ambientais existentes, destacando sua localização, a composição química dos resíduos, as medidas necessárias à neutralização/redução ou uso econômico eventual, bem como a responsabilidade pela sua administração. De posse desses bancos de dados, a Defesa Civil e os órgãos ambientais estarão melhores aparelhados para fazer frente a acidentes dessa envergadura¹¹⁸.

É de fundamental importância que todas as entidades fiscalizadoras superiores se estruturam de forma a contribuir com seus países na adequada gestão dos recursos ambientais, seja por meio de auditorias de conformidade, onde o foco é o cumprimento do ordenamento jurídico como um todo, ou seja, por auditorias de natureza operacional, em que a análise volta-se para aspectos ligados a eficiência, economicidade, legitimidade, dentre outros.

Necessário, neste momento, conhecer o que se pretende tutelar, ou seja, definir o que seja o meio ambiente. Na Lei de Política de Política Nacional do Meio Ambiente¹¹⁹, encontra-se a seguinte definição: Conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Portanto, vê-se que o bem ambiental é um bem incorpóreo e imaterial. Não é de titularidade individual.

¹¹⁷ Lei Complementar n. 95/1998: Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

[...]

III - para a obtenção de ordem lógica:

[...]

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; (grifou-se)

¹¹⁸ ALTONIAN, Cláudio Sarian e outros. O Tribunal de Contas da União e o Controle da Gestão Ambiental. **In: Revista do TCU**. Ano 35, 2004. n. 100, p. 83-91.

¹¹⁹ Lei Nacional nº 6.938/81. Art. 3, I.

A proteção é ao meio ambiente. Todavia, deve-se ter em conta que a produção enseja a utilização de “recursos naturais” ou bens ambientais isoladamente considerados. A toda evidência que a proteção ambiental não enseja a impossibilidade de modificação de todo e qualquer bem ambiental.

Cabe ressaltar que o âmbito de análise dos Tribunais de Contas vai além da mera verificação formal dos atos administrativos. No exato momento em que o constituinte admitiu como causa de nulidade do ato, a existência de lesão ao patrimônio público e a moralidade administrativa, considerou o requisito da ilegalidade como não-essencial. Analisando o artigo 5º, LXXIII¹²⁰, da Constituição, percebe-se que o controle da moralidade administrativa não pode ser feito sem o exame do mérito do ato. Em decorrência, não se pode dizer, desde então, que o mérito do ato administrativo não pode ser sindicado pelo magistrado¹²¹.

O objeto de proteção é o meio ambiente, que significa, numa noção ampla, todos os bens naturais, artificiais e culturais de valor juridicamente protegido, desde o solo, as águas, o ar, a flora, a fauna, as belezas naturais e artificiais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, arqueológico, além das variadas disciplinas urbanísticas¹²².

O STF já decidiu que é obrigação das instituições do Estado a sua proteção, bem como um dever da coletividade, como se pode ver da no seguinte excerto:

[...] o meio ambiente constitui patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando-se como encargo que se impõe – sempre em benefício das presentes e das futuras gerações – tanto ao Poder Público como à coletividade em si mesma considerada¹²³.

Veja-se que a gestão ambiental requer o desenvolvimento de políticas públicas planejadas e constantemente examinadas para a verificação de resultado.

A compreensão do meio ambiente exige que se apliquem métodos de interpretação sistemática e teleológica, diante do plexo de normas e funções, especialmente em razão da

¹²⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

¹²¹ RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle Social Efetivo das Políticas Públicas**. Tese de Doutorado. USP. São Paulo: 2009. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 08 de junho de 2011, p. 162.

¹²² CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Direito Ambiental Brasileiro e Competência do Município**, RT. 629/29.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.164-0/SP. Rel. Min. Celso de Mello. Publicado no DJU de 17 nov. 1995. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 de set. 2011.

conexão dos valores a ser protegidos, como a saúde, a vida, a qualidade de vida, e outros que sequer compreende-se. A boa qualidade do ambiente é um bem, cuja preservação, proteção e defesa se torna um imperativo para assegurar o direito fundamental à vida¹²⁴.

O sistema de divisão de competência de 1988 sofre bastante crítica pela falta de clareza e precisão. Todavia, resulta claro que teve por base a predominância do interesse, ou seja, matérias de maior relevância e de maior complexidade competem a União; aos Estados competem as matérias de interesse regional e aos Municípios, as matérias de interesse local.¹²⁵

A partilha de competências é um imperativo do federalismo para a preservação da harmonia entre os entes autônomos. Do contrário, estaria comprometido o próprio sistema, na medida em que haveria sérios conflitos a serem ultrapassados diante de uma relação mal formulada, colocando em risco o equilíbrio mútuo que há de presidir a delicada parceria a que corresponde a Federação¹²⁶.

O artigo 23 da Constituição Federal trata da competência conjunta para todos os entes parciais integrantes da Federação brasileira. Nos incisos VI e VII dispõe sobre meio ambiente¹²⁷. É uma norma programática (no Capítulo III será abordada a eficácia das normas programáticas) de conteúdo administrativo e confere a capacidade de atuar às entidades federativas. Baseia-se, principalmente, na cooperação. A regulamentação por norma complementar se deu somente em dezembro de 2011, com a edição da Lei Complementar número 140. A mora, na edição desta lei, prejudicou sobremaneira a relação de atuação entre os entes federativos, gerando certa negligência em matéria de proteção ambiental. Não foram poucas as tentativas de transferir responsabilidades por parte dos Gestores, quando da ocorrência de fatos nocivos tanto na área ambiental, como na saúde, por exemplo, desde a edição da Constituição Federal de 1988.

No mesmo sentido, assevera Gomes que: “com arrimo nos artigos 23, VI e VII, e 225 da Constituição Federal, os municípios, da mesma forma que a União e os estados, além de

¹²⁴ PIOVESAN, Flávia. **O direito ao meio ambiente e a Constituição de 1988: Diagnósticos e Perspectivas**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 4, julho-setembro de 1993, RT, São Paulo, p. 84.

¹²⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A defesa e a proteção do meio ambiente no contexto da Federação Brasileira. **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I – vol. I – nº 6 – setembro de 2001, Salvador - Ba. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-REGINA-M-NERY.pdf. Acessado dia 15 de setembro de 2011.

¹²⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Ed. Atlas, 1991, p. 33.

¹²⁷ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

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

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

deter competências específicas na tutela do meio ambiente, devem adotar procedimentos efetivamente protetivos do meio ambiente”¹²⁸.

As tarefas impostas ao Estado sempre estiveram prejudicadas diante da ausência da legislação complementar. Todavia, deve ser priorizado o estabelecimento de metas a serem realizadas em cooperação. Agora, com a edição de Lei Complementar n. 140, espera-se a implementação destas incumbências.

A competência comum não se confunde com a concorrente, pois a primeira tem a tarefa de executar os encargos e objetivos comuns. Já, para a segunda, a competência é para legislar¹²⁹. Registre-se, por oportuno, que o campo de análise que se está a abordar não abrange competência legislativa. Restringe-se a função administrativa, em razão da necessidade de limitação do objeto deste trabalho.

A matéria, a primeira vista, pode parecer de pouca importância para a atuação dos TCs; todavia não é bem assim. Da mesma forma que há dificuldade na atuação judicial para se saber a quem cabe a competência, o mesmo irá ocorrer com relação à fiscalização e controle pelos Tribunais de Contas, pois a sua competência é delimitada em razão dos recursos financeiros envolvidos e das responsabilidades dos entes federativos.

Caso a responsabilidade seja de um determinado município ou estado, caberá aos Tribunais de Contas daquele ente federativo o dever de analisar as ações administrativas na defesa do meio ambiente e os casos em que o Gestor se omitiu, ou gerou danos, são passíveis de análise quando do exame das contas.

Nesse sentido, um dos critérios sugeridos por Ferrari¹³⁰, valendo-se da preponderância do interesse, é o seguinte

Quando a competência for comum, é preciso dar acento a existência ou não do interesse nacional, regional ou local, para daí definir a competência material, ou seja, por exemplo, o caso de devastação, em grande proporção, da Serra do Mar, configura interesse da União, já na hipótese do controle da contaminação do solo de um só Município, por indústria nele instalada com seu beneplácito, o interesse local deve prevalecer.

¹²⁸ GOMES, Marcos Correa. *Os Municípios e a Contratação Sustentáveis*. **Revista de Administração Municipal**. Rio de Janeiro: IBAM, n. 251, 2005. p. 31 a 37.

¹²⁹ LOBO, Pablo Luiz Neto e FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Ed. RT., 2000. p. 75.

¹³⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A defesa e a proteção do meio ambiente no contexto da Federação Brasileira. *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I – vol. I – nº 6 – setembro de 2001 – BA – Salvador. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-REGINA-M-NERY.pdf. Acessado dia 15 de setembro de 2011.

A Lei Federal n. 8666/93, que Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e outras providências, dispõe que nos projetos básicos e executivos será considerado o impacto ambiental¹³¹.

Nesse sentido, a ausência da avaliação de impacto ambiental torna nulo o procedimento e permite uma atuação preventiva por parte dos Tribunais de Contas que não precisam esperar o desfecho da obra, podendo, como será visto adiante (Cap. III), determinar, imediatamente, o ajuste do procedimento licitatório à Lei.

A mudança de perspectiva, isto é, a transformação do Direito Ambiental de um direito de reação para um direito de promoção em grande medida, será definida pelo desenvolvimento que o instituto das auditorias ambientais tiver¹³².

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o meio ambiente passou a integrar o conceito de patrimônio público. A partir de então é mais um elemento a ensejar a atuação do controle pelos Tribunais de Contas.

Existem vários dispositivos constitucionais da onde se extraem a competência dos Tribunais de Contas em matéria ambiental. No artigo 70 da Constituição Federal, percebe-se que dentre as competências atribuídas a esses Órgãos esta a relativa à fiscalização operacional e patrimonial.

Ademais, dentre os aspectos abordados no âmbito da competência está o da legitimidade, economicidade e legalidade na sua forma moderna, onde deve ser sempre feita a compatibilização da lei com os dispositivos da Constituição Federal. Nesse sentido, cabe a estes Órgãos a aferição da correta aplicação do dinheiro público levando-se em consideração os aspectos ambientais sob o ponto de vista patrimonial bem como o da legitimidade da ação do homem no meio.

A atuação dos órgãos públicos incumbidos da tutela ambiental não pode ser pró-forma ou casuística. Tem que haver profissionalismo, aplicação de técnica adequada para a efetiva proteção.

Estes elementos são objetos sindicáveis por parte dos Tribunais de Contas que irão aferir se os auditados cumprem a missão elevada que lhes é imposta.

¹³¹ Art. 12. Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos:
[...]

VII - impacto ambiental.

¹³² ANTUNES, Paulo Bessa. **Revista de Informação Legislativa**. Jan./mar. 1998 – Brasília – Ano 35 – nº 137, p. 120.

Não é por outra razão que o artigo 170 da Constituição Federal estabeleceu, como princípio, o desenvolvimento sustentável, preservando-se o meio ambiente¹³³. Referido dispositivo compatibiliza o direito à propriedade privada com o exercício da sua função social, um condicionamento a mais para o proprietário na utilização de seu bem. E esta compatibilização, por certo, terá que levar em conta o estabelecido no artigo 225 da Constituição Federal¹³⁴.

A matéria relativa ao aparente conflito entre a livre iniciativa e o meio ambiente foi objeto de enfrentamento direto pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN 3.540-1 do Distrito Federal. Trata-se de Ação Direta ajuizada pelo Procurador Geral da República, onde foi arguida a inconstitucionalidade do artigo 4º “caput” e § 1º a 7º, da Lei 4.771, de 15/09/1965 (Código Florestal) na redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001.

A Procuradoria Geral da República entendeu que houve violação ao disposto no artigo 225, §1º, inciso III da CF, por tornar possível a supressão de área de preservação permanente mediante autorização administrativa do órgão ambiental, quando, em verdade, o legislador constituinte determinou que tal supressão somente pudesse ocorrer por meio de lei formal. Foi deferida liminar monocraticamente pelo Presidente da Corte.

Posteriormente, o pleno do STF não referendou a decisão do Relator, restaurando-se, desse modo, em sua plenitude, a eficácia e aplicabilidade do diploma legislativo ora impugnado.

A matéria objeto de exame pelo STF tratou da colisão entre direitos fundamentais. De um lado o direito ao meio ambiente, de outro, o direito à livre iniciativa e ao

¹³³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹³⁴ 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.

desenvolvimento. Exame da mesma natureza poderia ter sido realizado no âmbito de atuação dos Tribunais de Contas. O direito ao meio ambiente enquadra-se dentre os direitos de terceira geração ou dimensão. É uma incumbência do Estado, mas também de toda a coletividade a preservação e defesa em benefício das presentes e futuras gerações.

O Relator, Ministro Celso de Mello, demonstrou sua profunda preocupação sobre a inevitabilidade de possíveis conflitos intergeracionais, marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade. Tanto a atividade econômica, prevista nos artigos 3, II e 170, VI, bem como o meio ambiente, artigo 225, possuem a qualidade de direitos fundamentais.

Quando ocorrente situação de conflito, entre valores constitucionais relevantes, há que se adotar uma solução que não comprometa, nem que esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.

A solução de colisão entre direitos fundamentais não é dada utilizando-se as formas convencionais de solução entre regras jurídicas. Deve partir de uma concordância prática, de forma que irá preponderar um princípio sobre outro, mas sem anulá-lo, mantendo o seu núcleo.

O princípio do desenvolvimento sustentável pressupõe um equilíbrio entre o princípio do meio ambiente e do desenvolvimento. Além de estar impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte em compromissos internacionais assumidos pelo Estado. A unidade da Constituição deve ser obtida de forma a que seja possível preservar ao máximo os princípios implícitos ou explícitos dela decorrentes¹³⁵.

O objeto do julgamento foi a possibilidade de retirada de vegetação em área de preservação permanente, sem a necessidade de edição de lei para tanto. Sustentou o Consultor Jurídico do Ministério do Meio Ambiente que a lei que autoriza a supressão de vegetação, em área de preservação permanente, é o próprio Código Florestal, nos artigos 3º § 1º e 4º. A necessidade de reserva de lei prevista no disposto artigo 225, parágrafo 1º, inciso III, diz respeito à supressão ou alteração de área de preservação permanente, e não a supressão de vegetação nestas áreas.

O dispositivo que deu sustentação ao ingresso da presente ação é o art. 225, §1º, III, que assim dispõe:

¹³⁵ BRASIL. STF. Adin – 3540.

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:

...

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.

O direito ao meio ambiente qualifica-se como direito metaindividual, de terceira geração ou de novíssima dimensão, e materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e a paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível¹³⁶.

Ele ultrapassa os limites territoriais de um dado Estado. O que acontece no Estado vizinho reflete diretamente no meu território e vice-versa. Portanto, o meio ambiente é um elemento de interesse global, sendo que daí decorre o princípio da solidariedade. Aqui se está a falar da necessidade da solidariedade. Há uma necessidade em razão de que acontecimentos em outros locais atingirão a todos. De forma que a solidariedade, ou parte de uma benevolência de um Estado para outro, ou de necessária participação em razão de ser também atingido pelos efeitos deletérios causados por uma degradação ambiental.

O que se visa a proteger na tutela do meio ambiente é a qualidade de vida dos cidadãos. Aqui se agrega o fato de que devem ser protegidos para presentes e futuras gerações. Uma questão que sobressai desta afirmação é: para quantas gerações? Matéria de controvertida resposta. Não se pode olvidar que a proteção do meio ambiente para as futuras gerações não deve inviabilizar a existência das gerações presentes dignamente. Há que se compatibilizar a preservação futura com a manutenção das presentes gerações em condições de qualidade.

Para Paulo Affonso Leme Machado¹³⁷, o Código Florestal não fala de EPIA, mas à Constituição Federal deve incidir sobre todo o ordenamento jurídico. Neste sentido, estando

¹³⁶ BRASIL. STF. Adin – 3540

¹³⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. p. 725-6.

disciplinado no artigo 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, deve ser exigido sempre que a atividade desejada puder causar significativa degradação ambiental.

Segundo o autor: “A supressão de uma APP deve ser verdadeiramente uma exceção. Não pode ser facilitada, pois ela é essencial para a vida. Por isso, não tenho dúvida em reafirmar que o EPIA, de acordo com a Constituição Federal e com a lógica jurídica, é indispensável para qualquer eliminação de APP¹³⁸”.

A atividade econômica tem que se compatibilizar com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. No caso sob exame, a conclusão do STF foi no sentido da possibilidade da autorização, licença ou permissão da execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resultem comprometidas a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III).

O artigo 182 e parágrafo da Constituição Federal, ao tratar da função social da propriedade urbana, não fazem referência expressa ao meio ambiente. Não se deve olvidar, entretanto, que o conceito de meio ambiente é abrangente a ponto de englobar o ambiente urbano ou meio ambiente artificial, para se usar uma expressão de José Afonso da Silva¹³⁹.

O direito à integridade do meio ambiente constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, atribuído à própria coletividade social.

O Acórdão em comento refere expressamente, que a aplicação da medida provisória atacada, durante a sua vigência não trouxe os efeitos lesivos e predatórios ao patrimônio ambiental, inclusive tendo sido permitida a manifestação de vários órgãos como *amicus curie*.

Neste sentido, quando se tratar de execução de obras ou de serviços a serem realizados em tais espaços territoriais, cumpre reconhecer que, observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, tornar-se-á lícito ao Poder Público – qualquer que seja o nível em que se posicione na estrutura federativa, autorizar, licenciar ou permitir a realização de tais atividades no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos.

¹³⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. p. 725-6.

¹³⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2000. p.21.

Vislumbrou-se, a partir da decisão cautelar, a ocorrência de *periculum in mora* inverso, pois tal medida implica na paralisação de atividades econômicas, obras de saneamento básico, dentre outros serviços, conforme informação da União. O Relator registra em seu voto a existência de um permanente estado de tensão entre o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), de um lado, e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF. 225), de outro.

Diante de conflitos desta natureza, a solução será dada, caso a caso, através da ponderação concreta, harmonizando-os e impedindo que se aniquilem reciprocamente. O vetor interpretativo, para o justo e perfeito equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, é o princípio do desenvolvimento sustentável, formulado nas conferências internacionais.

No julgamento da ADIN 3540, houve dois votos contrários, com robustos argumentos no sentido da impossibilidade de supressão de vegetação em área de preservação permanente. Diante dos problemas ambientais que se tem enfrentado, decorrentes do exaurimento dos recursos naturais e da emissão de gases que aumentam o efeito estufa, elevando a temperatura mundial que é um fato incontroverso no meio científico, a solução dada ao caso não parece que tenha sido a mais adequada.

Registre-se, por oportuno, que a decisão proferida no presente caso permitiu a supressão de vegetação em área de preservação permanente para a instalação de uma atividade de mineração. A nosso juízo, não foi das mais felizes a decisão. Pelo contrário, causou uma enorme insegurança jurídica na proteção ambiental, na medida em que permitiu uma atividade extremamente degradadora em área com especial proteção.

Ademais, como os bem lançados argumentos dos votos vencidos, o *lobby* exercido, pelos interessados diretos na atividade desequilibraram o embate em torno da questão inibindo a possibilidade de se refletir sobre argumentos de preservação.

A supressão de vegetação, em áreas de preservação permanente, a critério da administração apresenta-se como uma forma temerária para a solução das questões ambientais, dado os interesses que podem influenciar as decisões de governo, suscetíveis da pressão de grandes grupos econômicos.

O meio ambiente e em especial as áreas de preservação permanente, deveriam, necessariamente, gozar de uma maior estabilidade como forma de melhor concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana.

A unidade da Constituição deve ser obtida de forma a que se possam preservar ao máximo os princípios implícitos ou explícitos dela decorrentes. Por esta razão, na ocorrência

de colisão entre direitos que envolvam a economia e a ecologia, a solução a ser dada é a prevalência de um sobre o outro que, no momento e nas circunstâncias sob exame, melhor atenda ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto é que se insere a competência dos Tribunais de Contas em matéria ambiental. Um dos instrumentos de que estes Órgãos se valem para o exercício desta competência é a realização de auditorias ambientais que se passará a examinar.

2.5.1 O exercício da competência de proteção do meio ambiente através das Auditorias Ambientais

Os Tribunais de Contas, além das suas mais variadas competências, exercem o controle externo das ações de responsabilidade dos Governos, assim como da aplicação de recursos em atividades relacionadas à proteção do meio ambiente.

Nesse senda, realiza auditorias de natureza ambiental. Para o TCU, auditoria ambiental é o conjunto de procedimentos aplicados ao exame e avaliação dos aspectos ambientais envolvidos em políticas, programas, projetos e atividades desenvolvidas pelos órgãos e entidades sujeitos ao seu controle¹⁴⁰.

Também conhecida como auditoria ecológica, auditoria verde ou ecoauditoria, de maneira genérica pode ser entendida um como instrumento de aferição das políticas de proteção ambiental, da avaliação dos riscos potenciais de certos projetos, do cumprimento das leis e normas ambientais por parte de agentes públicos e privados, bem como da gestão econômico-financeira dessa área¹⁴¹.

O Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul também considera a variável ambiental nas suas análises, conforme se verifica no manual de auditoria - TCE/RS MT-DCF-1101 Procedimentos de Auditoria de Gestão Ambiental:

A inclusão da variável ambiental no exame dos gastos públicos amplia a dimensão da auditoria realizada pelos Tribunais de Contas e pressupõe o exame da existência e adequação do suporte normativo, das estruturas administrativas para o exercício de atribuições e competências estaduais e municipais nesta área, culminando com o processo de licenciamento ambiental.

¹⁴⁰ Manual de Auditoria Ambiental. Brasília, TCU: 2001.

¹⁴¹ ARAÚJO, Marcos Valério de. **Auditoria Ambiental – Emergente forma de controle do patrimônio público**. Prêmio Serzedello Corrêa – 1996. Monografias vencedoras/Tribunal de Contas da União. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, Serviço de Editoração e Publicações, 1997. p. 87.

Portanto, constata-se que os órgãos auditados têm que realizar as tarefas públicas de forma efetiva, com eficiência e focados nos resultados. Neste diapasão, não basta estabelecerem legislação para tratar da questão ambiental se ela é falha, insuficiente, sem condições de atingir a finalidade estabelecida constitucionalmente. Ademais, há a necessidade de se ter estruturas administrativas com o adequado suporte em recursos humanos e dotadas de equipamentos que permitam cumprir com o seu desiderato.

Edalgina Braulia de Carvalho Furtado de Mendonça¹⁴² traz as seguintes considerações a respeito do tema:

A relevância da questão ambiental como critério a ser abordado dentro de uma auditoria é relativamente nova. A preocupação com o desenvolvimento sustentável e com a preservação do meio ambiente fez surgir nova categoria de auditoria, denominada por alguns de eco-auditoria ou auditoria ambiental.

¹⁴² MENDONÇA, Edalgina Braulia de Carvalho Furtado. A Tutela ambiental nos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais. **Revista do Tribunal de contas do Estado de Minas Gerais**. Edição nº 03/2007. Ano XXV. Complementa a autora: [...] A partir do final da década de 80, as auditorias ambientais se tornaram uma ferramenta comum de gestão nos países desenvolvidos, e é cada vez maior sua aplicação nos países em desenvolvimento, tanto pelas empresas internacionais quanto pelas nacionais.

Quanto à evolução da eco-auditoria, Cantarino (2003, p. 28) salienta:

Mundialmente, os sistemas de avaliação de desempenho atual evoluíram da área da gestão da conformidade para a área de responsabilidade corporativa. As companhias líderes utilizam atualmente a informação gerada pelos programas de avaliação de desempenho para avaliar os riscos e gerenciar problemas, visando minimizar futuros riscos e passivos ambientais.

Dois diretrizes internacionalmente reconhecidas ressaltam a necessidade de auditorias ambientais: 1 - Princípio de Valdez: "As empresas realizarão uma auto-avaliação anual, tornarão públicos os resultados e realizarão uma auditoria independente dos resultados". 2 - Carta de Negócios para o Desenvolvimento Sustentável do ICC: "Sinceridade sobre impactos e preocupações". "Assegurar a conformidade por meio de avaliação do desempenho, de auditorias e da periódica divulgação de informações aos acionistas".

[...]

Fernandes (2001, p. 16) aponta o inovador trabalho da lavra de Marcos Valério de Araújo, sob o título Auditoria Ambiental – emergente forma de controle do patrimônio público, vencedor do concurso de monografia realizado em 1996 pelo Instituto Serzedello Corrêa – Escola do Tribunal de Contas da União, destacando o importante passo para realização de auditoria ambiental na esfera pública. O autor destaca que:

Pioneiro no Brasil, apresenta uma proposta de auditorias ambientais, abrangendo auditoria do orçamento ambiental, auditoria de impactos ambientais, auditorias dos resultados de políticas ambientais, auditoria da fiscalização ambiental pública e auditoria de cumprimento dos tratados ambientais internacionais. Após minudente desenvolvimento desses temas, apresenta metodologias para eco-auditorias, detalhando as diversas fases, das quais se destaca a aferição econômica de resultados.

Araújo (1996, p. 43), ao apontar o impacto nas finanças do Estado em nível federal, estadual, distrital e municipal, decorrente de questões ecológicas mal geridas, usa o exemplo brasileiro e afirma:

(...)

em tempos coloniais, a zona da mata nordestina, como área fértil e cortada de rios, tanto que a Capitania de Pernambuco, sinônimo de abundante riqueza, foi a grande sede do império brasileiro da Companhia das Índias Ocidentais. Aquela e outras capitanias, não menos atrativas, foram, como nenhum outro ponto do território nacional, alvo de investidas dos dominadores dos impérios europeus. O desmatamento indiscriminado ocorrido na região tornou-a desértica e pobre. Nenhum outro ponto do País representou neste século ônus mais pesado aos cofres públicos do que a Região Nordeste, com o objetivo governamental de reverter a seca, através de obras artificiais, de amparar moradores famintos e de conter legiões de migrantes, causas do inchaço dos grandes centros urbanos do País e fontes de novos problemas a serem custeados com recursos públicos.

Em matéria ambiental, a competência constitucional dos Tribunais de Contas concentra-se, especialmente, na fiscalização da gestão operacional e patrimonial dos dinheiros, bens e valores públicos, a serem examinados sob os aspectos de legitimidade e economicidade, especialmente, porque nestes se contém os conceitos de eficiência e eficácia elencados no *caput* no art. 37 da Constituição da República de 1988, de observância indispensável quando se trata de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Portanto, o atual texto constitucional concede aos Tribunais de Contas a possibilidade de realizarem auditorias de gestão ambiental, outorgando-lhes competência que é não só possibilidade, como dever institucional e de valor inestimável para a concretização das políticas nacionais de proteção ambiental, ainda que esta missão constitucional de atuar na fiscalização ambiental só possa ser efetuada de modo indireto, via controle de contas dos gestores públicos.

Destarte, os Tribunais de Contas dispõem de competência para exame da variável ambiental, inclusive do instrumental necessário para garantir a eficácia de seus comandos.

Há vários dispositivos constitucionais a disciplinar a matéria, dos quais se destacam os previstos nos incisos IV, VIII, IX e X do art. 71, quais sejam: realização de inspeções e auditorias nas unidades administrativas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade, aplicando aos responsáveis, em caso de ilegalidade da despesa, multa proporcional ao dano causado ao erário, além de sustar, se não atendidas as providências exigidas, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão ao Poder Legislativo.

Nesse sentido

[...] O Tribunal de Contas da União, ao exercer a sua função na área ambiental, deverá cingir suas atividades às competências legais e constitucionais que lhe foram outorgadas.

Essa competências configuram o controle da Gestão Ambiental, que inclui a verificação da ação do governo com relação as normas e regras ambientais e da legitimidade, eficiência e economicidade da utilização dos recursos alocados para o alcance dos objetivos dessa gestão, além da avaliação de sua eficiência e efetividade.¹⁴³

¹⁴³ CABRAL, B. Meio Ambiente: Como e até onde os Tribunais de Contas podem interferir. **Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro** (Entrevista concedida) Rio de Janeiro, ano XXI, n. 27, p. 07, agosto de 2004.

Para o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande Sul este campo de competência não passa despercebido. Pelo contrário, possui atuação permanente na área ambiental, recomendando e determinado aos seus jurisdicionados, após auditorias diretas em órgãos ambientais e executivos, medidas relativas à conformidade com a lei ambiental e, especialmente, as relacionadas ao EIA e RIMA das obras públicas.

A atuação do TCE/RS verifica-se, dentre outras, na auditoria realizada na Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luís Roessler – FEPAM, órgão diretamente ligado à política ambiental estadual¹⁴⁴.

A atuação em matéria ambiental, através da realização de auditorias ambientais por parte desses Órgãos, é extremamente positiva em termos de proteção. Ademais, a sua natureza é de verdadeiro *poder neutral*. Nesse sentido, podem ser definidos como verdadeiros anticorpos

¹⁴⁴ 10. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, submete-se este Relatório à consideração superior, para posterior encaminhamento ao Gabinete do Exmo. Sr. Conselheiro-Relator nos termos do art. 4o da Resolução 728/2005, com as propostas que se seguem:

Recomendar à Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luís Roessler – FEPAM que:

- a) adote providências no sentido de adequar o número de servidores à demanda existente no Serviço de Emergências Ambientais – SEAMB;
- b) implemente critérios que busquem reduzir a subjetividade na aplicação dos autos de infração, sugerindo-se que seja implementada uma tabela de valores de multas, considerando-se, pelo menos, as variáveis elencadas no Decreto Federal no 3.179/99, e, ainda, o art. 105 da Lei Estadual no 11.520/00, onde dispõe que “os valores das multas serão fixados em regulamento e corrigidos periodicamente”
- c) monitore in loco a recuperação das áreas mitigadas até o final dos trabalhos, além da comprovação documental que propicie a verificação dos dados informados;
- d) sistematize as informações sobre as causas dos acidentes, bem como eventuais deficiências verificadas, de modo a subsidiar as ações preventivas;
- e) realize uma análise de fluxo dos processos de cobrança de créditos derivados de penas pecuniárias seguida de elaboração de normas internas com determinação de prazos;

Determinar à Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luís Roessler – FEPAM que:

- f) encaminhe à Secretaria de Estado da Fazenda os expedientes concernentes às multas aplicadas e não pagas, para que ocorra a inscrição em dívida ativa, nos termos do art. 119 do Código Estadual do Meio Ambiente;
- g) elabore um Plano de Ação contendo as ações e prazos para implementação das recomendações e determinação acima especificadas, nos termos do inciso XI, artigo 4o, da Resolução TCE/RS no 728/2005.

Sugere-se ainda encaminhar cópia da Decisão que vier a ser adotada pelo Tribunal, bem como do relatório e do Voto que a fundamentaram, e do inteiro teor do presente relatório, entre outras, para as seguintes autoridades:

- a) Secretário de Estado do Meio Ambiente;
- b) Secretário de Estado da Fazenda;
- c) Chefe da Casa Militar;
- d) Conselheiro Presidente do Conselho Estadual do Meio Ambiente;
- e) Diretores-Presidentes da Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luís Roessler, do período examinado e atual.

Outrossim, propõe-se que o Plano de Ação que vier a ser apresentado pela FEPAM seja apreciado pela Equipe de Auditoria e que esta se manifeste sobre seu conteúdo e sobre seu monitoramento, antes do referido Plano ser submetido à apreciação do Tribunal Pleno para aprovação, nos termos do inciso XII do artigo 4º da Resolução 728/2005. (Grifou-se)

contra os órgãos políticos, porquanto atuam por meio da substituição de decisões político-partidárias por decisões de natureza técnica. Eles completam os sistemas de freio e contrapesos e tornam possível suprir a incapacidade desse sistema de reger as relações entre os três Poderes de forma harmônica.

Cabe a eles, como missão

[...] neutralizar os centros de poder dominante, imunizando-os dos efeitos que podem advir de decisões precipitadas em que o elemento político suplanta irracionalmente o técnico e o jurídico. Por outro lado, o fato de serem contínuos, independentes e autônomos – no sentido de não estão sujeitos a influência do poder político momentaneamente dominante nem tem de se ajustar aos critérios das administrações que se renovam a cada quatro anos – assegura que a opinião pública não seja um obstáculo intransponível para a edição de medidas impopulares.¹⁴⁵

As mutações das condições econômicas e sociais ensejam a reavaliação de políticas públicas em andamento. A exigência de vinculação dessas políticas aos motivos que ensejaram o seu surgimento, sem os temperamentos das mudanças sociais e econômicas, gerará mais prejuízos do que os pseudos benefícios de um controle de conformidade.

O Tribunal de Contas é o principal órgão dentro do sistema republicano para o controle de políticas públicas ao lado do controle social. Diante da multidisciplinaridade do seu corpo técnico, ganha relevo na área científica para o cumprimento dessa missão. Ademais, tratando-se de um órgão neutral por excelência, já que possui estatura constitucional e está autorizado a realizar auditorias operacionais e gerenciais, englobando o tema ambiental, tem maior independência.

¹⁴⁵ RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle Social Efetivo das Políticas Públicas**. Tese de Doutorado. USP. São Paulo: 2009. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 08 de junho de 2011. P. 166. Sobre os poderes neutrais, enfatiza o autor: Condensando as características dos poderes neutrais, SILVIA NICCOLAI os conceitua como “aquelas instituições destinadas a tutelar valores frente à direção política (indirizzo politico) do Estado, e que, em consequência, situam-se em área distinta da dos órgãos titulares das funções de direção política”. Não se trata de afirmar que as funções dos poderes neutrais sejam desvestidas de qualquer matiz político, mas o que mais importante para a sua caracterização não é “o caráter substancialmente não político de suas decisões, mas o caráter formalmente não político destas”, o que é evidenciado pelo caráter não eletivo dos seus titulares [...].

Nesse sentido, assevera Rizzo Junior “[...] o Tribunal de Contas ocupa-se, desde 1988, da eficiência, eficácia e efetividade dos programas de governo, assim como do modo como a Auditoria Operacional pode ser aperfeiçoada”¹⁴⁶.

Eles têm a missão de auxiliar os três poderes constituídos, mas também, e talvez principalmente, de auxiliar a sociedade no controle social. Nem as políticas, nem as leis orçamentárias, que lhes deram densidade, portanto, podem prescindir da legitimação popular. A impossibilidade, ou a dificuldade da sociedade para o acesso direto a dados oficiais, legitima a participação atuante do Tribunal de Contas em auxiliar da sociedade ¹⁴⁷.

O exercício das suas funções depende apenas de vontade política. Não há qualquer empecilho legal que impeça o Judiciário e o TCs de assumir uma posição que privilegie e torne possível o controle social. Em relação ao TCs, a opção é muito mais fácil de sustentar, já que decorre do próprio texto da Constituição e das leis referidas. A análise sistemática do ordenamento jurídico permite claramente esta conclusão¹⁴⁸.

2.5.2 A Auditoria Operacional como instrumento de controle e de redirecionamento das Ações Administrativas voltando-se para o resultado

A auditoria ambiental, acima abordada, é uma espécie de auditoria operacional. Destarte, é importante que se compreenda melhor este tipo de auditoria, o que se passa a fazer a partir de agora.

¹⁴⁶ RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle Social Efetivo das Políticas Públicas**. Tese de Doutorado. USP. São Paulo, 2009. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 08 de junho de 2011, p. 169. O autor esclarece que: Estabelece o art. 74 desde a origem da Constituição de 1988: Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e **avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;**

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

¹⁴⁷ RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle Social Efetivo das Políticas Públicas**. Tese de Doutorado. USP. São Paulo, 2009. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 08 de junho de 2011, p. 190.

¹⁴⁸ Idem., p. 197.

O objetivo da auditoria de desempenho operacional é examinar a ação governamental quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia¹⁴⁹, enquanto a avaliação de programa busca examinar a efetividade dos programas e projetos governamentais¹⁵⁰.

Schmitt manifesta a sua posição a respeito do avanço das funções dos Tribunais de Contas através das auditorias operacionais, conforme segue:

De resto, este controle deve efetivar-se, nos termos constitucionais, sobre os aspectos: financeiro, orçamentário, patrimonial e operacional. Este último é de extrema importância para a fiscalização efetuada pelos TCs, porque é justamente o aspecto operacional – auditoria operacional – que nada mais é do que a concretização de procedimento de fiscalização de legitimidade/economicidade/eficácia da gestão pública (caput do art. 70 da CF), e viabiliza às Cortes de Contas avançarem, no sentido de sua modernização e otimização das atividades que executam e dos resultados daí alcançados, ampliando o espectro de elementos de fiscalização/auditagem e, com isto, melhor correspondendo às novas exigências postas pela sociedade atual, no sentido de consecução dos direitos e garantias assegurados aos cidadãos no texto constitucional, razão pela qual consistem, também de Tribunais de Garantias dos Direitos Fundamentais.¹⁵¹

A toda evidência que o alcance das auditorias operacionais não pode substituir a ação administrativa pela de outro órgão. Todavia, configurado que determinada ação é mais proveitosa para o ente público, passa ela a condicionar a ação administrativa naquelas matérias objeto de exame, na medida em que ação diversa caracteriza-se como mais gravosa e prejudicial.

As mudanças econômicas e sociais ocorridas no final do século passado, especialmente a partir da primeira crise do petróleo de 1973, e as instabilidades a partir de então, que passaram a se suceder, geraram profundas mudanças na forma de controle. Os controles de regularidade/conformidade baseados numa visão burocrática não davam as respostas exigidas pela sociedade. A administração passou a focar as suas ações para os resultados. Daí decorreram as reformas administrativas inseridas no texto constitucional, com a Emenda Complementar n. 19/1998. Tais mudanças na gestão pública repercutiram na forma de atuação dos organismos de controle. Nesse sentido, ganha relevo o controle de desempenho e, se não deixando de lado, passou-se a relativizar o controle formal voltado para a legalidade e para os demonstrativos financeiros.

¹⁴⁹ Estes princípios serão aprofundados no Capítulo III deste trabalho.

¹⁵⁰ Brasil. Tribunal de Contas da União. Manual de Auditoria de Natureza Operacional - Brasília: TCU, Coordenadoria de Fiscalização e Controle, 2000, p. 15. Disponível em: http://www.lapiedad.org.ar/base/cap5_archivos/Brasil.pdf. Acesso: 17/09/2011.

¹⁵¹ SCHMITT. Rosane Heineck. **Tribunais de Contas no Brasil e Controle de Constitucionalidade**. Tese de Doutorado apresentada na UFRGS. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 03/06/2011. p. 166-167.

Para o exercício do controle de desempenho, as EFS passaram a desenvolver uma nova modalidade de auditoria, que ficaria conhecida, entre outros rótulos, como auditoria operacional ou auditoria de desempenho.

A Auditoria Operacional avalia, de forma sistemática, programas, projetos, atividades ou ações administradas por órgãos e entidades públicas, quanto às dimensões da economicidade, da eficiência, da eficácia, da efetividade e da equidade.

Segundo Boynton¹⁵²

Uma auditoria operacional envolve obtenção e avaliação de evidências a respeito da eficiência e eficácia das atividades operacionais de uma entidade, em comparação com os objetivos estabelecidos. Esse tipo de auditoria às vezes é denominado de auditoria de desempenho ou auditoria gerencial.

Conforme pesquisa realizada pelo TCU brasileiro junto às organizações controladoras mais representativas do mundo, a tendência de desenvolvimento das auditorias de desempenho decorre não apenas das mudanças por que tem passado a administração pública, mas, também, da necessidade verificada pelas próprias EFS de dar respostas em maior sintonia com as aspirações da sociedade, relacionadas ao controle dos gastos e da qualidade dos serviços públicos¹⁵³.

No Brasil, a possibilidade da realização de auditorias desse jaez foi conferida a partir de 1988, pela Constituição Federal. Mais recentemente, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) atribuiu aos Tribunais de Contas o dever de alertar os Poderes quando da constatação de fatos que comprometam os custos, ou os resultados, dos programas governamentais, reiterando o comando constitucional no sentido da fiscalização orientada para o desempenho.

No TCU, todavia, essa atividade teve impulso definitivo com o Projeto de Desenvolvimento de Técnicas de Auditoria de Natureza Operacional, iniciado em abril de 1998, ao amparo do Acordo sobre Cooperação Técnica entre os governos do Brasil e do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, executado com o apoio do *Department for International Development* (DFID). O principal objetivo desse Projeto é o de contribuir para o melhor desempenho de órgãos e entidades governamentais por meio da implementação das recomendações resultantes das auditorias de natureza operacional realizadas pelo TCU¹⁵⁴.

¹⁵² BOYNTON, William C. JOHNSON, Raymond N. KELL, Walter G. **Auditoria**. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 32.

¹⁵³ ALBUQUERQUE, Frederico de Freitas Tenório. **Auditoria Operacional e seus desafios**. Dissertação de Mestrado. Escola de Administração. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2006. Disponível no banco de teses e dissertações do IBICT. Acessado em 24-06-2011. 153f.

¹⁵⁴ Idem.

Vê-se, pois, que o desenvolvimento dessa espécie de auditorias irá contribuir sobremaneira na formulação e execução de políticas públicas realizadas por todos os entes da federação. O resultado é a inibição de ações nocivas e antieconômicas, demonstras por estudos técnicos objeto de profundo debate na sua elaboração e com a participação de todos os atores sociais envolvidos.

3 O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O ENFRENTAMENTO DA CRISE AMBIENTAL

Como órgão de relevância, dentro da estrutura política brasileira, os Tribunais de Contas podem e devem atuar cada vez mais, a fim de proteger o meio ambiente dos males que tem sofrido em razão de um padrão de desenvolvimento, que pouco tem levado em consideração os efeitos nocivos que tem causado.

Esta atuação deve levar em consideração, especialmente, o desenvolvimento de políticas públicas voltadas para uma efetiva proteção ambiental, levando-se em consideração os efeitos degradatórios que determinados rumos de desenvolvimento podem causar e optar por ações menos agressivas aos bens ambientais.

3.1 UM PANORÂMIA DA CRISE AMBIENTAL E A EMERGÊNCIA DE ENFRENTAMENTO

As transformações ocorridas nos dois últimos séculos ocorreram em tal velocidade jamais experimentada na história da humanidade. E parece que seguem o seu curso numa progressão geométrica. Uma pessoa que tenha ultrapassado os trinta anos de idade, nos dias atuais, vive num mundo completamente diferente daquele da sua infância e seguramente viverá num outro quando da sua velhice.

Todas estas inovações, “avanços”, vieram acompanhadas de novos desafios. O nome dado a nave de exploração do espaço pelos americanos ficaria bem para os dias atuais que temos enfrentado na terra: “challenger”¹⁵⁵.

Perceba-se que estes desafios não são frutos de um delírio ou de uma mente pessimista, mas fruto de acontecimentos presentes no dia-a-dia das pessoas e com cada vez mais incidências na nossa rotina. A título de exemplificação, cita-se a utilização cada vez maior de nanotecnologia, devido ao seu enorme potencial de aplicação nos mais variados produtos. Trata-se de uma revolução na tecnologia; todavia, ainda não se tem suficiente conhecimento sobre os seus efeitos no ambiente.

O ser humano tem uma tendência de preocupar-se com aquilo que realmente lhe pareça imediato. Ameaças e riscos decorrentes de previsões futuras parecem que não têm sido suficientes para a tomada de decisões. Isto se reflete nos governantes que pouco fazem em

¹⁵⁵ Desafiador em inglês.

termos de políticas públicas consistentes, que devem ser iniciadas hoje a fim de minimizar danos que virão.

Para tanto, sem maiores delongas, basta verificar-se as inúmeras ocorrências com as populações ocupando áreas inservíveis para a habitação, tais como encostas de morros e áreas próximas a rios, que cada vez mais são fruto de ocorrências nocivas, como desabamentos e enchentes, ceifando vidas. E, se sequer há seriedade no trato destas questões, o que se dirá então de danos que ocorrerão daqui a 30, 40 ou 50 anos?

As mudanças climáticas, dadas as implicações para a forma de vida atual, será a pauta principal deste século e irá implicar em profundas transformações de ordem econômica, política e social da humanidade.

O atual estágio de conhecimento humano não vislumbra uma perspectiva de apocalipse ou catástrofe insuperável. Entretanto, haverá grandes transformações, com alta probabilidade de extremismos políticos e conflitos militares, afetando centenas de milhões de pessoas, especialmente as mais vulneráveis¹⁵⁶.

Um dos marcos da problemática ambiental ocorreu no ano de 1972, com o surgimento da obra “Limites do Crescimento”, realizada por solicitação do Clube de Roma¹⁵⁷. A partir desta obra passou-se a perceber, de forma mais clara, os limites dos recursos naturais disponíveis. Em que pese não terem se confirmado todos os seus prognósticos, a contribuição para um debate acerca da necessidade de discussão e tomada de decisões foi de extrema relevância. Estava-se diante de uma ameaça jamais sentida em toda a trajetória humana na terra: a possibilidade de esgotamento dos recursos naturais, com a consequente extinção da espécie humana decorrentes de suas próprias ações.

A partir de então se passou a discutir formas de desenvolvimento que propiciassem a renovação dos recursos naturais. Neste diapasão, a expressão “desenvolvimento sustentável” foi introduzida no relatório de 1987 da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – hoje comumente chamado de Relatório Brundtland, visto que a conferência foi presidida pela ex-primeira-ministra norueguesa, Gro Harlem Brundtland¹⁵⁸. Trata-se do documento intitulado “Nosso Futuro Comum”, no qual o desenvolvimento sustentável é concebido como “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”.

¹⁵⁶ GIDDENS, Anthony. **A Política da Mudança Climática**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 12.

¹⁵⁷ O Clube de Roma é um grupo de pessoas ilustres que se reúnem para debater um vasto conjunto de assuntos relacionados a política, economia internacional e, sobretudo, ao meio ambiente e o desenvolvimento sustentável. Foi fundado em 1968 pelo industrial italiano Aurelio Peccei e pelo cientista escocês Alexander King.

¹⁵⁸ GIDDENS, op. cit., p. 86.

O conceito de desenvolvimento sustentável pressupõe uma profunda alteração do pensamento dos indivíduos e das ações adotadas pelo poder público.

Segundo Sachs

O conceito básico de desenvolvimento equitativo em harmonia com a natureza deve permear todo nosso modo de pensar, informando as ações dos cidadãos, das decisões e de profissionais de todos os tipos, inclusive as dos funcionários burocráticos, que preparam e avaliam os projetos de desenvolvimento. A longa luta só será vencida no dia em que for possível, ao se falar do desenvolvimento, suprimir o prefixo “eco” e o adjetivo “sustentável”.¹⁵⁹

Sachs destaca cinco dimensões para a sustentabilidade, advertindo considerar simultaneamente a sustentabilidade social, econômica, ecológica, espacial e a cultural. Ele sugere o que seja o desenvolvimento sustentável e compatível com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo por base as citadas dimensões¹⁶⁰.

Veja-se que, para a implementação de um desenvolvimento sustentável nos moldes formulados por Sachs, existe a necessidade de implementação de políticas públicas desenvolvidas após amplo planejamento e que são passíveis de aferição por parte das Cortes de Contas. Nesta atuação, esses Órgãos, ao formularem relatórios decorrentes de auditorias operacionais, instam o Gestor, numa forma de colaboração e controle, a adotar as ações mais eficazes e eficientes na execução de políticas públicas.

¹⁵⁹ SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI**. In: BURSZTYN, Marcel (org). Para pensar o desenvolvimento sustentável. São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 55.

¹⁶⁰ SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI**. In: BURSZTYN, Marcel (org). Para pensar o desenvolvimento sustentável. São Paulo: Brasiliense, 1993, pp. 37-38. São as seguintes as cinco dimensões postas pelo autor:

1. Sustentabilidade social, que se entende como a criação de um processo de desenvolvimento que seja sustentado por um outro crescimento e subsidiado por uma outra visão do que seja uma sociedade boa. A meta é construir uma civilização com maior equidade na distribuição de renda e de bens, de modo a reduzir o abismo entre os padrões de vida dos ricos e dos pobres.
2. Sustentabilidade econômica, que deve ser tornada possível através da alocação e do gerenciamento mais eficientes dos recursos e de um fluxo constante de investimentos públicos e privados. (...)
3. Sustentabilidade ecológica, que pode ser melhorada utilizando-se das seguintes ferramentas: ampliar a capacidade de carga da espaçonave Terra, através da criatividade, (...); limitar o consumo de combustíveis fósseis e de outros recursos e produtos que são facilmente esgotáveis ou danosos ao meio ambiente, (...); reduzir o volume de resíduos e de poluição, através da conservação de energia, de recursos e da reciclagem; promover a autolimitação no consumo de materiais por parte de países ricos e dos indivíduos de todo o planeta; intensificar a pesquisa para obtenção de tecnologias de baixo teor de resíduos e eficientes no uso de recursos para o desenvolvimento urbano, rural e industrial; definir normas para uma adequada proteção ambiental, (...).
4. Sustentabilidade espacial, que deve ser dirigida para a obtenção de uma configuração rural – urbana mais equilibrada e uma melhor distribuição territorial dos assentamentos humanos e das atividades econômicas (...).
5. Sustentabilidade cultural, incluindo a procura de raízes endógenas de processos de modernização e de sistemas agrícolas integrados, processos que busquem mudanças dentro da continuidade cultural e que traduzam conceito normativo de ecodesenvolvimento em um conjunto de soluções específicas para o local, o ecossistema, a cultura e a área.

O Relatório Brundtland, elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, faz parte de uma série de iniciativas, anteriores à Agenda 21¹⁶¹, as quais reafirmam uma visão crítica do modelo de desenvolvimento adotado pelos países industrializados e reproduzido pelas nações em desenvolvimento, e que ressaltam os riscos do uso excessivo dos recursos naturais, sem considerar a capacidade de suporte dos ecossistemas. Aponta para a incompatibilidade entre desenvolvimento sustentável e os padrões de produção e consumo vigentes.

Fica muito claro, nessa nova visão das relações homem-meio ambiente, que não existe apenas um limite mínimo para o bem-estar da sociedade; há também um limite máximo para a utilização dos recursos naturais, de modo que sejam preservados possibilitando os estágios de renovação.

As empresas, as instituições, através de seus dirigentes, devem assimilar o conceito de desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, a produção e o consumo seguirá o seu curso de forma sustentável, compatibilizando-se com os processos naturais de renovação. Essa prática deve ser estendida a todos os níveis das organizações. Desse modo, a produção irá ajustar-se a possibilidade de preservação ambiental. Portanto, estar-se-ia realizando uma produção realmente voltada para a sustentabilidade e o preço do produto corresponderia a um preço real, sem o repasse de externalidades negativas a serem suportadas e custeadas pela sociedade na forma de gastos para despoluir rios, melhorar o ar, curar doenças causadas em determinadas comunidades decorrentes de dejetos da produção, etc.

No entanto, a relação do homem com a natureza não se estabeleceu somente nesta fase da evolução histórica. Desde a origem da espécie humana o homem vem transformando a natureza. “Ele humaniza a terra, imprime-lhe a sua marca física e reveste de símbolos que a fazem falar uma linguagem para ele inteligível¹⁶²”.

Há uma sujeição do ambiente a seu favor com o desenvolvimento da agricultura, criação de animais, da silvicultura, do artesanato pré-industrial. Esses processos implicaram na secagem das zonas úmidas, a desflorestação das zonas arborizadas, a rarefação das espécies selvagens e a redução da variedade das espécies vegetais¹⁶³.

¹⁶¹ A Agenda 21 foi um dos principais resultados da conferência Eco-92 ou Rio-92, ocorrida no Rio de Janeiro, Brasil, em 1992. É um documento que estabeleceu a importância de cada país a se comprometer a refletir, global e localmente, sobre a forma pela qual governos, empresas, organizações não-governamentais e todos os setores da sociedade poderiam cooperar no estudo de soluções para os problemas sócio-ambientais.

¹⁶² OST, François. **A natureza à margem da lei – Ecologia à prova do direito**. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 31.

¹⁶³ Idem., p. 32

Quanto a essa liberdade do homem de habitar o mundo, o que vem acontecendo sem qualquer prudência, há os que afirmam a influência das três grandes religiões: judaísmo, cristianismo e islamismo. Diante do relato bíblico sobre a Criação, no Gênesis, onde Deus confia ao homem o *dominium* sobre a criação¹⁶⁴.

Pelos relatos bíblicos, Deus cria o homem à sua imagem e oferece a natureza ao homem, de modo que ela seja usufruída em seu benefício. Esse domínio que o homem exerce sobre a natureza reflete uma ordem do mundo ditado por Deus, como se depois do Senhor o homem tivesse assumido o papel de continuar indefinidamente a obra divina da Criação. O poder sobre a terra que Deus teria investido ao homem tem sido questionado como uma das causas que teria contribuído para uma dessacralização decisiva da natureza.

Pode-se dizer que, se a propriedade moderna confere todos os seus poderes ao seu titular sobre um bem perfeitamente individualizado, em contrapartida, a propriedade antiga caracteriza-se por uma partilha de poderes entre diversos titulares sobre um conjunto indiviso de bens. Portanto, há formas alternativas de propriedade muito mais propícias ao estabelecimento de uma relação adequada com os processos de renovação.

Todo o trabalho do Código Civil, na sua primeira formulação, consistirá em classificar os elementos da natureza. A lógica é transformar todas as coisas em valores comerciáveis, patrimonizá-las e fazer delas objeto de apropriação e de alienação¹⁶⁵.

Registre-se, por oportuno, que esta percepção da propriedade, tendo, inclusive, influenciado o código de civil brasileiro de 1916, sob o influxo dos códigos oitocentistas, de cunho liberal acentuado, que realizava uma igualdade apenas formal, encontra-se ultrapassado. O caráter absoluto da propriedade é coisa do passado. Atualmente, ela está permanentemente ligada ao atendimento da sua função social. Este princípio deve ser buscado como um imperativo para a sua própria manutenção. A igualdade entre os cidadãos deve ser alcançada no seu plano material/substancial e não meramente formal, pois, neste caso, mais desigualdade pode gerar.

Todavia, toda forma de propriedade não apresenta, e nem apresentava, necessariamente, um perigo para o meio ambiente. Basta relembra-se da propriedade solidária do Antigo Regime, sobre o qual implicava a solidariedade entre os diversos utilizadores e se opunha à propriedade exclusiva, que consagra a onipotência a um titular único; faz-se referência também a propriedade-usufruto (a posse de bem de raiz da Idade Média), que

¹⁶⁴ OST, François. **A natureza à margem da lei – Ecologia à prova do direito**. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 33.

¹⁶⁵ Idem., p. 67-68.

implica tal ou tal utilidade do bem, e que se diferencia da propriedade-exploração, que compreende o direito de dispor da coisa¹⁶⁶.

Os grupos tradicionais, por terem formas próprias de tratar a natureza, desenvolvem importante papel na preservação ambiental, pois a valoração da sociobiodiversidade está relacionada à sobrevivência material, à preservação dos costumes e de toda herança cultural.

Estas comunidades lutam pela afirmação e reconhecimento de sua identidade, em especial pelo reconhecimento de suas diferenças, as quais se destacam pela sua forma singular de viver, de sua relação com a natureza, a qual são dependentes, pelo conhecimento aprofundado do meio ambiente, representação do território que ocupam, e pela riqueza cultural do grupo. A preservação e proteção legal e eficiente das comunidades tradicionais conduzirá à preservação do meio ambiente e do patrimônio cultural da humanidade.

É imperativo que se reconheça a pluriétnica e a pluriculturalidade que está presente na formação da maioria dos Estados, o que vem justificar a afirmação de que os Estados não possuem uma composição homogênea e, com isso, o reconhecimento e a tutela de todos os grupos presentes em sua formação é imprescindível para que a dignidade humana seja realmente protegida e respeitada¹⁶⁷.

A formação étnica brasileira, assim como a dos outros países latino-americanos, é muito rica e variada. Basta olhar para face destes cidadãos que estará estampada esta diversidade. Apesar desse fato, os povos ditos “diferentes” encontram muitas dificuldades no reconhecimento e na valorização de sua identidade cultural, peculiar e imensamente importante para a concretização dos ideais de proteção do meio ambiente e para a sobrevivência física desses povos. Parece que se relega as nossas origens.

O Estado tem exercido um papel que desconsiderou por completo estas comunidades, invisibilizando a sua existência. As políticas públicas até então desenvolvidas se mostraram ineficientes.

Um dos ensinamentos que se pode obter com estas comunidades é a relação harmônica com a natureza, com o ambiente que habitam. Nesse sentido, ao passo em que extraem da natureza os recursos indispensáveis para sua subsistência, simultaneamente preservam os ecossistemas e o ritmo de renovação e equilíbrio do ambiente natural. Assim, a

¹⁶⁶ OST, François. **A natureza à margem da lei – Ecologia à prova do direito**. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 73.

¹⁶⁷ SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; KRETZMANN, Carolina Giordani. Antropologia, multiculturalismo e direito: o reconhecimento da identidade das comunidades tradicionais no Brasil. In: **COLAÇO, Thais Luzia (Org.). Elementos de antropologia jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 93.

associação de mitos, símbolos e dogmas religiosos, outrora tão comuns em todas as sociedades, contribui para a criação de uma relação de respeito entre tais comunidades e o meio ambiente, assegurando, reciprocamente, a sustentabilidade do ambiente natural e de sua cultura peculiar.

Esta diferença deve ser preservada a fim da própria preservação ambiental. A imposição de sistemas de produção baseados em monoculturas mostram-se extremamente prejudiciais ao meio ambiente.

A sustentabilidade do desenvolvimento e, por conseguinte, a sustentabilidade ambiental, requerem a consideração das necessidades socioambientais, características dos países pobres e que devem constituir as bases para um novo processo de afirmação do paradigma da sustentabilidade. Dessa forma, a proteção da biodiversidade, assim como a preservação da sociodiversidade, com suas manifestações culturais e sua importância na interação com o meio em que vivem, garantiriam um novo estilo de desenvolvimento ambiental, cultural, social, ética e politicamente sustentável.

Essa é a preservação que se deve sustentar a fim de se ter uma real compreensão da relação homem/natureza, ainda tão distante¹⁶⁸.

O homem, por muito tempo, sempre acreditou na capacidade da natureza em se reproduzir constantemente no interior de seu próprio movimento. Ocorre que essa compreensão não tem mais espaço no dias atuais. As intervenções humanas, que são cada vez mais maciças e mais concentradas no tempo, interrompem os ciclos naturais e, pelos seus efeitos cumulativos, aproximam-se dos limites da irreversibilidade¹⁶⁹.

Formula-se o desenvolvimento de uma corrente mais profunda, que pela primeira vez interroga se não seriam os antigos que tinham razão, ao considerarem que a terra não pertence ao homem, mas, muito pelo contrário, é o homem que pertence a terra. Passa a se ter uma consciência mais profunda da interdependência entre os seres vivos, bem como entre estes e a terra que os comporta¹⁷⁰.

O problema fundamentalmente consiste, pois, em elaborar soluções jurídicas realmente ecológicas. O ser humano é um agente de transformação da sociedade. Cada um

¹⁶⁸ SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; KRETZMANN, Carolina Giordani. Antropologia, multiculturalismo e direito: o reconhecimento da identidade das comunidades tradicionais no Brasil. In: **COLAÇO, Thais Luzia (Org.). Elementos de antropologia jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 109.

¹⁶⁹ OST, François. *A natureza à margem da lei – Ecologia à prova do direito*. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 109.

¹⁷⁰ Idem., p. 170-171.

deve atuar da maneira que pode. A questão ambiental é, acima de tudo, uma questão cultural, de educação, de profundo valor ético.

Diante dessas constatações, no final dos anos 60, nos Estados Unidos, Alemanha e na Europa Ocidental surgiu um movimento ambientalista de massas, entre as classes populares e com base na opinião pública¹⁷¹. Logo, percebe-se uma aproximação entre os movimentos sociais, dando ensejo a formação da justiça ambiental.

Dentro das pautas do movimento ambientalista está desde a discussão a respeito do local onde o lixo tóxico será despejado, bem como a realização de protestos antinucleares, ações de pacifismo, proibição de caça às baleias e enfim, atinge uma grande área de questões que ligam o meio ambiente à questões sociais e econômicas. Procura evitar, acima de tudo, a discriminação ambiental.

Destarte, este movimento vai além da mera conscientização atuando através de ações concretas. Tem exercido pressão sobre os partidos e influenciado na formação das leis. Demonstra uma contrariedade entre o atual modelo de sócio-econômico e a possibilidade de preservação da natureza.

As várias organizações tem como ponto em comum a defesa pragmática das causas voltadas à preservação da natureza mediante o sistema institucional. Os adversários encontrados pelo caminho são o desenvolvimento não controlado e os órgãos governamentais ineficientes. Por essa razão, as instituições devem estar preparadas para dar atendimento a estas necessidade, desenvolvendo ações com resultado na defesa ambiental através da difusão de uma cultura de proteção e de não agressão, somadas a repressão de práticas nocivas como *ultima ratio*.

Veja-se que o desenvolvimento de políticas públicas, por si só, não basta para o enfrentamento das questões ambientais. Há a necessidade de uma real transformação das práticas administrativas a fim de serem eficientes, de voltarem as suas ações para a solução dos problemas reais que afligem a sociedade.

O atual modelo sócio-econômico e a possibilidade de preservação da natureza estão em contradição. Faz-se necessário uma mudança de rumos em que se busque ajustar os modos de vida com a preservação ambiental.

Nesse contexto, organizações como o greenpeace, que é a maior organização ambiental do mundo, tem desenvolvido um relevante papel. Ela mobiliza-se em torno do

¹⁷¹ CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura – Vol. 2 - O Poder da Identidade**. 3. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2001. p. 154.

princípio da sustentabilidade ambiental e parte para ações práticas e de conscientização, valendo-se da mídia para alcançar as suas finalidades¹⁷².

Há a necessidade do exercício da cidadania de forma real, de exercer uma postura pró-ativa. A transformação inicial é interna, é intrínseca ao ser humano. Nesse sentido, se não houver um envolvimento das pessoas não haverá estrutura capaz de dar solução aos problemas ambientais.

O Estado-nação não serve para dar soluções a questão ambiental na medida em que estas questões não reconhecem fronteiras geográficas. Ela ultrapassa territórios, é uma situação global. O nacionalismo, como até então conhecido, de certa forma prejudica possíveis ações na defesa do ambiente.

Inobstante o estágio atual de “evolução” da sociedade, em que há grandes avanços tecnológicos que possibilitariam a solução de uma série de problemas, vê-se, no entanto, uma constante permanência deles, como zonas de miséria e morte.

A formação de uma consciência ecológica requer mudanças onde principalmente os jovens são esmagados nas relações econômicas e mentalmente manipulados pela produção da subjetividade coletiva da mídia. Nem por isso deixam de desenvolver suas próprias instâncias de singularização à margem desta subjetividade normalizada¹⁷³.

Há a necessidade imediata de uma mudança nas relações sociais através da adoção de uma nova forma de relação entre o homem e o meio ambiente, redirecionando a *subjetividade* para outras formas de valor que não o *lucro*.

Dentro desse contexto é que a tutela ambiental por parte dos órgãos de controle visa a assegurar o desenvolvimento sustentável. A proteção do meio ambiente não é incompatível com projetos de desenvolvimento econômico e social. No entanto, há que se atender ao disposto no artigo 225, combinado com o art. 3º, II, ambos da Constituição Federal.

A participação é de vital importância para o desenvolvimento de uma tutela ambiental adequada e “democrática”. Democrática no sentido de que ainda não há uma certeza de como agir em razão da insuficiência dos conhecimentos científicos e das várias propostas de enfrentamento. Por essa razão, dada a incerteza de resultados nas medidas a serem adotadas e das várias possibilidades anunciadas, nada mais justo do que chamar à sociedade a participar destas escolhas como forma de se chegar a um caminho possível e compartilhado.

¹⁷² CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura** – Vol. 2 - O Poder da Identidade. 3. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2001. p. 150.

¹⁷³ GUATTARI, Félix. **As Três Ecologias**. 11. ed., São Paulo: Editora Papirus, 2001. p. 14.

Aliás, o direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é *argumentativa*¹⁷⁴.

A complexidade das interações ambientais chega a níveis insuspeitos, conforme se afere da seguinte situação:

[...] um grupo de preservacionistas do Tennessee vinha se opondo aos projetos de construção de uma barragem da Administração do Vale do Tennessee, não devido a alguma ameaça às espécies, mas porque esses projetos estavam alterando a geografia da área ao transformarem regatos que corriam livremente em feios e estreitos fossos, com a finalidade de produzir um aumento desnecessário (como pensavam os preservacionistas) de energia hidrelétrica. Esse grupo descobriu que uma barragem quase concluída, que já consumira mais de cem milhões de dólares, ameaçava destruir um único *hábitat* do *snail darter*, um peixe de 7,5 cm, destituído de qualquer beleza, interesse biológico ou importância ecológica especiais.¹⁷⁵

Como lidar com situações desta natureza frente a valores tão caros à sociedade como o fornecimento de energia elétrica e a preservação de uma espécie?

Levando-se em consideração o aspecto da escassez, a natureza sempre conviveu em harmonia com o homem. Em períodos passados da história da humanidade, a interferência humana era de tal ordem que não afetava a renovação da natureza. O que era utilizado pelo homem, por ele fabricado ou produzido, retornava a natureza num processo em que o meio ambiente absorvia estes resíduos sem maiores problemas. Todavia, com o advento dos grandes processos de industrialização, somados ao elevado aumento populacional, houve um agigantamento da produção em escalas estratosféricas.

Nesse novo contexto, o meio ambiente não consegue mais se renovar. Os processos de renovação não alcançam a necessidade cada vez maior de insumos para a produção, de forma que caminhamos para um *limite*. Nesse sentido, a terra pode ser encarada como uma espaçonave¹⁷⁶, ou seja, o planeta é visto como uma nave em que tudo o que se cria permanece entre nós e os estoques de bens para a produção estão alcançando níveis de exacerbada preocupação.

Para aqueles com uma visão mais pessimista, a manutenção do atual estágio de produção e a reutilização dos bens inservíveis não bastaria, pois ainda assim estar-se-ia gerando a emissão de calor e aumentando a temperatura global, o que, ao fim e ao cabo,

¹⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Ed. Martin Fontes, 2007. p. 17.

¹⁷⁵ Idem. p. 26.

¹⁷⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 373.

agravaria o efeito estufa ensejando e elevação da temperatura da terra com modificações climáticas jamais vividas e provocando inúmeras alterações no modo de vida atual, se é que haveria vida humana. Teria que haver uma diminuição da produção.

Há aqueles que enxergam a saída com a inserção de novas tecnologias, como é o caso de Paulo Hawken¹⁷⁷, com um redirecionamento da atividade produtiva e com inovações tecnológicas capazes de dar solução aos inúmeros problemas que temos enfrentado e aos que vierem a ocorrer. Sustenta a sua afirmação no fato de que o desenvolvimento tecnológico sempre levou em consideração o aumento dos níveis de produção. Agora, para atender as novas necessidades, seria capaz de cumprir tal papel.

A tecnologia que proporcionou os atuais estágios de produção pode ser a solução para o problema que gerou. É o paradoxo com que se depara e do qual se deve achar uma saída.

Todavia, não pode-se perder de vista que o ambientalismo começa a ganhar reconhecimento do campo científico e técnico. É, dentro desta lógica, que ele constitui o seu espaço na agenda política. Com o advento do ambientalismo cresce a consciência de que há um risco global que se sobrepõe aos riscos locais, regionais e nacionais.

As técnicas se inscrevem como parte das relações dos homens entre si e com a natureza. Uma técnica sem uso é um absurdo lógico; todavia ela não é infensa a críticas.

Uma crítica à técnica, mesmo que à uma técnica específica, é sempre, uma crítica às intenções nela implicadas e, assim, se introduz uma tensão, uma dubiedade, lá mesmo onde se acreditava haver uma ação simplesmente racional e unívoca e, por isso, inquestionável. “Entretanto, toda técnica, sendo meio, está a serviço de um fim, seja um arco-e-flecha, seja uma enxada, seja um míssil¹⁷⁸”.

A ciência e a tecnologia desempenham um papel fundamental, embora contraditório, no movimento ambientalista. O ambientalismo é um movimento com base na ciência. Embora critiquem a dominação da vida pela ciência, os ecologistas valem-se da ciência para fazer frente à esta, em nome da vida.

Questão importante é a da relação tempo e espaço. A expressão material, que reúne diferentes reivindicações e temas do ambientalismo, é justamente sua temporalidade alternativa, exigindo das Instituições da sociedade uma postura que assuma como premissa o ritmo lento das evoluções de nossas espécies em seu meio ambiente, em um processo

¹⁷⁷ HAWKEN, Paul; LOVINS, Amory e LOVINS, L. Hunter. **Capitalismo Natural – Criando a próxima Revolução Industrial**. São Paulo: Ed. Cultrix, 1999. p. 157.

¹⁷⁸ PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **O desafio ambiental**. São Paulo: Record, 2004. p. 37.

ininterrupto vivenciado por nosso ser cosmológico, uma vez que o universo continua se expandindo desde o momento/local de seu princípio compartilhado¹⁷⁹.

Se está diante de um tempo abstrato imposto concretamente: o do relógio movido pelos *times is Money* do capital, em busca de aumento de produtividade, com seu tempo de concorrência comandando as relações com a natureza e os diferentes povos, culturas e regiões. O curso do tempo abstrato é incompatível com o curso do tempo da natureza¹⁸⁰.

Mais do que falar em revolução tecnológica, o correto seria falar de revolução nas relações de poder por meio da tecnologia¹⁸¹. Desde o iluminismo, a ciência ocidental moderna vem se apresentando como um modo de produção de verdade superior, inclusive, à religião. Essa visão da ciência está novamente posta em xeque, na medida em que não alcança as soluções dos desafios postos.

Porto-Gonçalves alerta que a Ciência se vê implicada até a medula nas relações de poder contemporânea, sobretudo com o poder econômico. Estamos diante da captura da ciência pelo mercado de um modo jamais visto. “Os Congressos científicos já não são o lugar de livres trocas de conhecimento entre cientistas¹⁸²”.

Com a diminuição dos investimentos públicos em pesquisa em todo o mundo, e com as grandes empresas assumindo o setor, aumentam as dificuldades para superar o desafio ambiental nesse período de globalização neoliberal.

O ambiente é o lugar da convivência do que é diverso, onde a natureza e a cultura são uma totalidade complexa e contraditoriamente estruturada¹⁸³.

O autor faz uma distinção entre economia, como é vista hoje, e riqueza. Economistas modernos vão fundar a economia no conceito de escassez, que, paradoxalmente, é o contrário de riqueza. Riqueza é abundância¹⁸⁴. Somente à medida que o ar e a água se tornam escassos – com a poluição, por exemplo – é que a economia passa a se interessar em incorporá-los como bens no sentido econômico moderno, isto é, mercantil¹⁸⁵.

Nos marcos da atual revolução nas relações de poder por meio da tecnologia, três são os recursos naturais estratégicos: a energia em suas diversas fontes, a diversidade biológica e

¹⁷⁹ CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura – Vol. 2 - O Poder da Identidade**. São Paulo: Editora Paz e Terra. 3. ed., 2001. p. 159.

¹⁸⁰ PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **O desafio ambiental**. São Paulo: Record, 2004. p. 41.

¹⁸¹ Idem., 2004. p. 45.

¹⁸² PORTO-GONÇALVES, op. Cit., p. 48.

¹⁸³ Idem., p. 48.

¹⁸⁴ Idem., p. 56.

¹⁸⁵ Idem., p. 57.

a água¹⁸⁶. Dentre esse bens ambientais, a água toma contornos estratégicos que a colocam no centro da disputa do poder mundial em virtude da sua relevância.

De acordo com as Nações Unidas, atualmente, 31 países no mundo enfrentam escassez de água. Mais de um bilhão de pessoas não têm nenhum acesso à água limpa para beber e quase três bilhões não tem nenhum acesso a serviços de saneamento público. Até o ano 2025 o mundo terá 2,6 bilhões de pessoas a mais do que tem hoje, onde mais 2/3 dessas pessoas viverão em condições de séria escassez de água e 1/3 com escassez de água absoluta. A demanda por água excederá a disponibilização em 56%¹⁸⁷.

A quantidade de água doce disponível é menos que 0,5% de toda a água da Terra. O restante é água do mar, das geleiras ou água armazenada no solo, inacessível aos humanos¹⁸⁸.

Maude Barlow e Tony Clarke asseveram que as notícias ruins são estas: “a humanidade está esgotando, desviando e poluindo os recursos de água doce do planeta tão depressa e implacavelmente que todas as espécies da Terra – incluindo a nossa – correm perigo mortal. O suprimento de água da Terra é finito¹⁸⁹”.

Algumas das ameaças múltiplas são as seguintes:

[...] a população do mundo esta explodindo; agricultura industrial utilizada para a irrigação e produção de colheita entre 65% a 70% de toda a água usada pelos seres humanos, porém de forma excessiva e com desperdício; o desmatamento global, a destruição das terras úmidas, o derramamento de pesticidas e fertilizantes em vias fluviais e o aquecimento global; poluição, represamento e o desvio de sistemas de água que se somam às concentrações perigosas de mercúrio e doenças causadas pela água; a poluição causada por fábricas, fazendas industriais e cidades, que vertem na água pesticidas, fertilizantes e herbicidas, bactérias, lixo hospitalar, substâncias químicas e resíduos radioativos; as chaminés industriais e os escapamentos dos veículos que liberam gases como o dióxido de enxofre e o dióxido de nitrogênio, os quais se dissolvem quando chove, caindo na água da superfície, tornando a água ácida e matando os seres que vivem nos lagos; a drenagem ácida de minas de carvão e de minério produz os sulfatos, usados para produzir ácido sulfúrico comercialmente, esse sulfato combina com o oxigênio e a água e escoam o ácido sulfúrico do solo para a água¹⁹⁰.

A poluição dos recursos hídricos ocorre também com a produção de transgênicos. Os agricultores são convencidos com a transgenia sob o argumento de que através do uso de sementes transgênicas terá um aumento de produtividade e com economia de agrotóxicos.

¹⁸⁶ PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **O desafio ambiental**. São Paulo: Record, 2004. p. 72.

¹⁸⁷ BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. **Ouro Azul**: Como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta. Tradução de Andréia Nastro. São Paulo: M. Books, 2003. P. 29.

¹⁸⁸ Idem., p. 05.

¹⁸⁹ Idem., p. 06.

¹⁹⁰ Idem., p. 10 e 33.

Porém, aos consumidores os produtos transgênicos não trazem nenhuma vantagem perceptível, o que dificulta convencê-los.

Os publicitários então lançaram a campanha de que com a ajuda dos transgênicos seria resolvida a fome no mundo. Tal crença está presente em pessoas com o estereótipo de que abrem mão de um questionamento crítico. E, desta forma, pode ser superado o discurso da incompatibilidade ecológica da transgenia, pois a indústria química se deparava com crescentes problemas de aceitação em função de negativas consequências ecológicas e toxicológicas dos pesticidas¹⁹¹.

Os poluentes entram na água subterrânea de várias formas: tanques de gasolina e lagunas de esgotos municipais mal vedados, aterros de lixo municipais, despejos de resíduos de cochos de animais, resíduos de mineração, rupturas e fossas sépticas, derramamento de óleo, escoamento de pesticidas e até mesmo o sal de estrada, são fontes de poluição da água subterrânea¹⁹².

O esgoto não tratado está matando as vias fluviais ao redor do mundo. Noventa por cento da água com resíduos produzida no Terceiro Mundo ainda é despejada, sem tratamento, em rios e riachos locais. Não são poucos os objetos como sofás, armários, carcaças de veículos que são mostrados boiando dentro dos arroios que atravessam os centros urbanos.

Os sacos plásticos, fabricados aos trilhões anualmente, requerem 1.000 anos para serem decompostos no solo e 450 na água e são encontrados em lagos e rios no mundo inteiro, onde entopem as terras úmidas e sistemas de drenagem matando a vida aquática. Os invólucros de pílulas liberam substâncias químicas e hormônios nos sistemas públicos de fornecimento de água, afetando as pessoas as quais não foram receitadas tais substâncias¹⁹³.

As florestas têm o papel na proteção e purificação de fontes de água doce, pois elas absorvem poluentes antes de eles atingirem lagos e rios, como as terras úmidas, evitam inundação. Quando as florestas são derrubadas ou exauridas de modo não-sustentável, a integridade das bacias hidrográficas locais é ameaçada ou destruída¹⁹⁴. No entanto, tem-se visto que as ações dos Governos que se sucedem no Brasil não conseguem inibir a ação ilícita de extração de madeiras e as queimadas para a criação de pastagens. É preciso um acompanhamento dos órgãos de controle a fim de ver onde as falhas estão ocorrendo e redirecionar as ações estatais.

¹⁹¹ ANDRIOLI, Antônio Inácio & FUCHS, Richard (Orgs.). **Transgênicos: as sementes do mal**. A silenciosa contaminação de solos e alimentos. 1. ed. São Paulo: Expressão Polar, 2008. p. 254.

¹⁹² BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. **Ouro Azul: Como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta**. Tradução de Andréia Nasti. São Paulo: M. Books, 2003. p. 34.

¹⁹³ Idem., p. 42.

¹⁹⁴ Idem., p. 46.

Pelo menos nos últimos 150 anos, gases-estufa (gás carbônico, óxido nitroso e clorofluorcarbonos) foram lançados na atmosfera em quantidades enormes, os quais retêm o calor oriundo da queima de combustíveis fósseis, resultando em um planeta mais quente. O efeito estufa é o que permite a existência humana na terra na medida em que retém parte do calor produzido pelos raios solares. Todavia, em razão da matriz energética adotada está havendo um aumento acelerado. Como consequência para a vida, diante das temperaturas mais altas, há mais energia movendo os sistemas climáticos da Terra que, em troca, causam eventos climáticos mais violentos. Tempestades severas, inundações, secas, tempestades de areia, ondas marinhas volumosas, desmoronamento de áreas costeiras, invasão de água salgada em águas subterrâneas, colheitas fracassadas, florestas agonizantes, inundações de ilhas baixas e o alastramento de doenças endêmicas, como malária, dengue e esquistossomose. Diversos cientistas dizem ser o aquecimento global a maior causa de escassez de água doce no mundo e eles prevêm a diminuição dos níveis de água em todos os grandes lagos e rios do mundo¹⁹⁵.

Não há, em nenhuma parte da Terra, um lugar para escapar da crise global de água; até mesmo os países ricos bebem água de torneira contaminada com chumbo, bactérias fecais e outros poluentes sérios. A Austrália, um país rico, também tem enfrentado sérios problemas nesse sentido.

Os projetos das grandes represas além de causar um sofrimento humano, em razão das pessoas que ali vivem perderem todos seus vínculos culturais, econômicos e emocionais e pela perda da comunidade e subsistência, causam um sério prejuízo ambiental. Ademais, estas represas criam um *habitat* perfeito para os parasitas que causam esquistossomose e outras doenças transmitidas pela água, a exemplo da epidemia da malária, doença que havia sido erradicada no Sul do Brasil, seguiu-se à construção da Represa de Itaipu em 1989.

Agora há uma nova onda desenvolvimentista aumentando sobremaneira a demanda por energia o que tem provocado a construção de novas hidrelétricas, tais como Belo Monte, no Pará, e Jirau e Santo Antonio, em Rondônia, dentre tantas outras. Entretanto, críticas fortes têm sido levantadas pelas comunidades atingidas que são contrárias a estes projetos e o Governo, através dos mais variados mecanismos, destacando até a mídia, tem procurado invisibilizar e relegar à um segundo plano estas situações.

O Fórum Mundial da Água, que ocorreu em Haia em março de 2000, reuniu grandes organizações de lobby comercial, tais como a Parceira Global de Água, o Banco Mundial e as

¹⁹⁵ BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. **Ouro Azul**: Como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta. Tradução de Andréia Nastri. São Paulo: M. Books, 2003. p. 48-50.

principais corporações de água do planeta, que visam o lucro. Entre os participantes estavam os representantes das maiores corporações do mundo, tais como a Vivendi e Suez e, também, grandes conglomerados de processamento de alimentos, como Nestlé e a Unilever - fornecedores de água engarrafada. Assim, a discussão limitou-se a como as empresas poderiam se beneficiar da venda de água para os mercados mundiais¹⁹⁶.

Os organizadores do Fórum Mundial da Água quiseram designar a água como uma necessidade, de forma que o setor privado, através do mercado, teria o direito e a responsabilidade de fornecer esse recurso vital com base em fins lucrativos. Mas, se a água fosse reconhecida como um direito humano universal os governos, então, seriam responsáveis por garantir o acesso à água para todas as pessoas igualmente em uma base não-lucrativa. No final, os representantes do governo submeteram-se aos interesses corporativos dos patrocinadores do fórum, e foi assinada uma declaração que a água era uma necessidade básica e nada foi dito sobre a água ser um direito universal¹⁹⁷.

Em pleno século XXI, algo tão fundamental quanto a água ainda não é reconhecida como um direito universal pelas elites econômicas e políticas dominantes. Sendo designada como uma necessidade, a água foi submetida às forças de demanda e suprimida do mercado global, onde a distribuição de recursos é determinada com base na capacidade de pagamento. Seguramente, parcelas consideráveis da sociedade estarão privadas de água de qualidade, tendo que dessedentar-se com águas impróprias para o consumo e, com isso, afetando a sua saúde e limitando a sua vida.

Aliás, diga-se de passagem, que a cobrança da água, para gerações mais antigas, como a de nossos avós, era algo tão improvável como representa ser hoje a cobrança por ar, por exemplo. Quem sabe o que vai ser no futuro, diante da velocidade das transformações e das mudanças que vem ocorrendo.

A exportação de água em grandes volumes, o que vem se desenvolvendo em níveis acelerados, representa uma séria ameaça ecológica, pois escoar água em grande volume de lagos e bacias de rio desequilibra os ecossistemas, danifica *habitats* naturais, reduz a biodiversidade e seca os lençóis freáticos e os sistemas de água subterrâneos. O dano é ainda maior quando a água é transportada para regiões desérticas, que nunca deveriam sustentar o *habitat* humano em grande número. Some-se a isso o transporte ser realizado por veículos a

¹⁹⁶ BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. **Ouro Azul**: Como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta. Tradução de Andréia Nastro. São Paulo: M. Books, 2003. p. 95-96.

¹⁹⁷ Idem., p.96

base de combustíveis fósseis, aumentado os lançamentos de gases que pioram a situação do efeito estufa.

Os meios de transportes mais utilizados para exportação da água, em grandes volumes, são os super petroleiros (especialmente na América do Norte), os quais foram projetados para transportar petróleo e, com a expansão desse tipo de negócio, as empresas carregam petróleo e água. Outro método tradicional de transporte de água em volume é esquema de canal, os quais são planejados e desenvolvidos em uma base transcontinental, os mais grandiosos também foram realizados na América do Norte, onde vários esquemas de grandes canais foram inventados para conduzir sistemas de rios naturais do Canadá para os Estados Unidos¹⁹⁸.

Uma nova tecnologia para transporte transoceânico de água doce em grandes volumes é a construção de enormes bolsas lacradas puxadas por rebocadores, as quais têm capacidade para transportar cinco super navios-tanque por aproximadamente 1,25% do seu custo, ou seja, podem transportar entre 500 mil metros cúbicos e três milhões de metros cúbicos de água.

Várias corporações já começaram a se especializar no uso dessa nova tecnologia para exportar água em grande volume¹⁹⁹. Isso sem falar da água engarrafada que além de afetar as fontes ainda gera imensas quantidades de plásticos que são descartados no ambiente sem qualquer responsabilização das empresas.

As corporações transnacionais estão tomando o lugar dos governos nacionais e controlando o suprimento de água doce ao redor do mundo. Esse processo causa repercussão na vida de milhões de pessoas, especialmente as pobres dos países de Terceiro Mundo.

Os corporativos da indústria contam com as políticas e programas do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional (FMI), que impõe condições para a renovação de seus financiamentos e pagamentos de dívida internacional, os Programas de Ajuste Estrutural aos países do Terceiro Mundo, de forma que estes programas obrigam os governos a praticarem uma série de medidas radicais, variando da liquidação de empresas públicas, para pagamento de empréstimos de dívidas, até grandes reduções de gastos públicos com saúde, educação e serviços sociais. É o aumento do “*superávit* primário” do qual se ouve tanto os governantes falarem. Nos últimos anos, uma das principais condições para a renovação de empréstimos do

¹⁹⁸ BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. **Ouro Azul**: Como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta. Tradução de Andréia Nastri. São Paulo: M. Books, 2003. p. 165.

¹⁹⁹ Idem., p. 167-168.

Banco Mundial e do FMI foi a privatização dos serviços públicos de água e saneamento básico do país²⁰⁰.

Se água for vendida deve ser por um preço justo, baseada na capacidade de pagar, na garantia de água gratuita para as necessidades básicas e um sistema fiscal justo. O dinheiro obtido com a precificação da água deve servir para melhorar a qualidade da água, proteger o meio ambiente e de modo a atingir a universalidade do acesso a água.

Diante da escassez da água, o número de conflitos fronteiriços está fadado a aumentar, a menos que os seres humanos percebam que a necessidade de encarar esta ameaça comum é maior do que qualquer diferença entre nós. A comunidade internacional deverá se unir em busca da paz da água, sem se unir apenas por motivação política e visando o lucro.

Haverá soluções se houver um grande esforço por parte da maioria das nações e dos cidadãos, para começar a se implementar as políticas e práticas que poderiam construir um futuro com água segura. A ferramenta mais importante para um mundo com água segura é a conservação dos suprimentos de água doce e a recuperação dos sistemas de água poluídos. Isso requererá uma mudança de atitude em relação à água, o que será um desafio para os trabalhadores da segurança da água. Colocado de maneira simples, os seres humanos têm de deixar de pensar que há uma provisão infinita de água que pode ser usada para atender a todos os nossos desejos²⁰¹.

Esses são alguns dos desafios a serem enfrentados pelos Estados através do desenvolvimento de políticas públicas e da atividade regulatória, fomentando um uso racional e equânime desse bem essencial para a saúde e qualidade de vida das pessoas e também dos animais.

A situação agrava-se quando tomado em consideração os grandes centros urbanos. A concentração geográfica implica, por si só, em questões ambientais que não se colocam quando a população está dispersa nas áreas rurais, tais como o lixo, o abastecimento de água, o saneamento básico, quando, enfim, a saúde pública se torna um problema ambiental de grande envergadura. Os custos financeiros são enormes²⁰².

No centro de todas estas mudanças está a base energética que se adota. Os combustíveis fósseis, adotados como matriz energética há pouco mais de dois séculos, é que permitiu o alcance do atual estágio de “desenvolvimento”. Todavia, ele não vem desacompanhado de problemas e implicações como o aquecimento global, a poluição, etc.

²⁰⁰ BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. **Ouro Azul**: Como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta. Tradução de Andréia Nastri. São Paulo: M. Books, 2003. p. 187.

²⁰¹ Idem., p. 277.

²⁰² PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **O desafio ambiental**. São Paulo: Record, 2004. p. 82.

A superação das energias sujas é o grande desafio posto e com a possibilidade de gerar soluções para a atual crise condizente com um desenvolvimento sustentável²⁰³.

O abandono dos paradigmas de desenvolvimento adotados nos séculos XIX e XX e a adoção de um novo, com baixo teor de carbono, pode vir a representar um caminho eficiente em direção ao desenvolvimento e ao aumento da qualidade da democracia e do bem estar da sociedade brasileira²⁰⁴.

Mostra-se, a toda evidência, que a responsabilidade das transformações é de todos integrantes da sociedade. Esperar pela ação de políticos de forma passiva, sem incitá-los a realizar políticas públicas capazes de gerar benefícios em longo prazo não é a melhor resposta. Ademais, a mudança de hábitos também deve ser realizada, pois, do contrário, a permanecer sem alterações, pode ser um agravante para o aquecimento global. Tem que haver responsabilidade no consumo e o permanente descarte de produtos nocivos à sociedade.

A maior vantajosidade, mote do processo licitatório, deve levar em conta os danos que determinado produto gera ao meio ambiente. Nesse sentido, para Giddens²⁰⁵, a vasta maioria tem feito muito pouco, ou nada, para alterar hábitos diários, embora esses hábitos sejam a fonte dos perigos que a mudança climática nos reserva. Ainda, segundo o autor, os custos ambientais acarretados pelos processos econômicos formam, com frequência, o que os economistas chamam de “externalidades”, que não são pagas pelos que incorrem nelas²⁰⁶. Por esta razão, deve-se buscar para a aferição da melhor proposta aquela que internalize ao máximo os custos ambientais gerados na produção.

Giddens²⁰⁷ vê, na posição das pessoas a respeito das mudanças climáticas, certa perplexidade, mas, ao mesmo tempo, a ausência de uma postura adequada frente aos fatos. É o que o autor chama de “paradoxo de Giddens”, tendo em vista que os perigos representados pelo aquecimento global não são palpáveis, imediatos ou visíveis no decorrer da vida cotidiana. Por mais assustadores que se afigurem, muita gente continua sentada, sem fazer nada de concreto a seu respeito. As agendas imediatas das pessoas são voltadas para problemas do cotidiano. No entanto, esperar que eles se tornem visíveis e agudos para só então se adotar medidas sérias será, por definição, tarde demais. Nesse sentido, devem ser adotadas políticas públicas de longo prazo para o enfrentamento das questões climáticas,

²⁰³ GIDDENS, Anthony. **A Política da Mudança Climática**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 14.

²⁰⁴ Idem., p. 15.

²⁰⁵ Idem., p. 19.

²⁰⁶ Idem., p. 23.

²⁰⁷ Idem., p. 20.

fomentadas pelos governos, a partir da pressão de pessoas que tenham por base um compromisso ético com as futuras gerações.

Pesquisas demonstram que a maior parte das pessoas reconhece o aquecimento global como uma grande ameaça, mas apenas uns poucos se dispõem a alterar sua vida de modo significativo em decorrência disso²⁰⁸. Vê-se, pois, que medidas para solucionar ou mitigar os problemas ambientais perpassam pelo modo de vida que as pessoas levam. Por esta razão, é necessário que se faça uma abordagem sobre esta relação e as implicações ambientais decorrentes. Ademais, verificar-se-á que qualquer mudança implica, necessariamente, em mudanças comportamentais com reflexos nos atuais modos de vida de grande parcela da população.

O modelo de vida adotado tem influenciado o comportamento dos trabalhadores a ponto de ser afirmada uma modificação de caráter. As pessoas sentem falta de relações humanas constantes e objetivos duráveis. A ética do trabalho afirma o uso autodisciplinado de nosso tempo e o valor da satisfação adiada²⁰⁹. Esta perde o seu valor num regime cujas instituições mudam rapidamente; torna-se absurdo trabalhar arduamente por muito tempo e para um patrão que só pensa em vender o negócio e subir.

Aliado a todos essas ameaças de ordem ambiental convive-se, ainda, com a nocividade e riscos dos alimentos e forragens transgênicas que não foram suficientemente analisados, configurando assim um abuso contra os consumidores, ao fazer deles cobaias involuntárias e desinformadas. Os processos de liberação desses produtos não são padronizados e muito menos tornados públicos. Ao contrário, os processos de liberação desses produtos são manipulados até obter os resultados desejados, ou ficam inacessíveis ao público²¹⁰.

A pouca distância entre os cultivos transgênicos esta contaminando de genes aquelas culturas convencionais, pois os ventos transportam os polens a uma distância de muito mais que 100 km. Num relatório do Ministério da Agricultura, a distância mínima discutida é de apenas 150m. A Monsanto considera que 20 metros de isolamento são suficientes. Também as abelhas desconhecem esses limites²¹¹.

²⁰⁸ GIDDENS, Anthony. **A Política da Mudança Climática**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 20.

²⁰⁹ SENNETT, Richard. **A Corrosão do Caráter. Consequências Pessoais do Trabalho no Novo Capitalismo**. 10. ed., Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2005. p. 117.

²¹⁰ ANDRIOLI, Antônio Inácio & FUCHS, Richard (Orgs.). **Transgênicos: as sementes do mal. A silenciosa contaminação de solos e alimentos**. 1. ed., São Paulo: Expressão Polar, 2008. p. 19.

²¹¹ Idem., p. 21.

Porém, continuam ocorrendo perdas na colheita e há um aumento de usos de agrotóxicos. A coexistência entre cultivos convencionais e transgênicos revelou-se mera ilusão, pois quase não existem mais variedades convencionais de boa qualidade no comércio. Produtores inocentes, cujas lavouras foram contaminadas pela dispersão dos polens transgênicos, são condenados nos Tribunais a pagar penas e royalties, levando muitos agricultores à falência²¹².

A agricultura, por implicar a seleção, eleição e invenção de determinadas espécies, pode tornar essas mesmas espécies mais vulneráveis à doenças, ao ataque de animais predadores e insetos, sobretudo quando simplifica demasiado os fluxos de matéria e energia, enfim, o complexo metabolismo da vida²¹³.

A monocultura de alimentos é, em si mesma, a negação de todo um legado histórico da humanidade em busca da garantia da segurança alimentar, na medida em que, por definição, a monocultura não visa a alimentar quem produz e, sim, à , mercantilização do produto. O alimento passa a ser uma mercadoria, a gerar riqueza, e desprende-se da sua essência que é tirar a fome da população.

A exportação de soja representa uma importante fonte de divisas aos países latino-americanos, o que os governos entendem como determinante para a estabilização da balança comercial. A transgenia é vista como oportunidade de cultivar extensas áreas de terra com pouca força de trabalho, sendo que o governo conta com apoio de latifundiários. Este é um dilema a ser enfrentado, pois o combate a este tipo de prática se dará internamente, diante da pressão de latifundiários e das próprias comunidades afetadas por perdas econômicas.

Por outro lado, os transgênicos aceleram a exclusão dos pequenos produtores rurais, diante da dependência a insumos, dificultando o acompanhamento do progresso tecnológico, além da destruição de recursos naturais. Ocorre uma perda substancial de diversidade e de culturas em razão da uniformidade de produção e da exclusão de pequenos agricultores do campo.

As mensagens publicitárias divulgadas pela agroindústria de sementes de que os transgênicos acabariam com a fome no Terceiro Mundo não convence mais. Esta é uma das mais antigas lendas dos defensores na transgenia. Tampouco o consumo de pesticidas diminuiu nos últimos anos, e nem a produtividade aumentou. Aliás, mensagem semelhante ocorreu com a “Revolução Verde” difundida principalmente nos anos setenta.

²¹² ANDRIOLI, Antônio Inácio & FUCHS, Richard (Orgs.). **Transgênicos: as sementes do mal.** A silenciosa contaminação de solos e alimentos. 1. ed., São Paulo: Expressão Polar, 2008. p. 23.

²¹³ PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **O desafio ambiental.** São Paulo: Record, 2004. p. 88.

Há quem sustente que a liberação de transgênico no Brasil é inconstitucional, pois não foram apresentados estudos de impacto ambiental (art. 225 da CF). Não existem regras para a liberação; ela ocorre por meio de uma comissão que não é competente na área de biossegurança, não tem representatividade da sociedade e é constituída por cientistas que, em sua maioria, estão diretamente interessados em pesquisas de transgenia com financiamento das multinacionais. A liberação de transgênicos fere, no mínimo, segundo Andrioli e Fuchs três princípios do Direito Ambiental: da precaução, da sustentabilidade e da responsabilidade por danos²¹⁴.

Os transgênicos devem ser encarados como uma tecnologia de risco para a população, pois apesar de não existir pesquisas garantindo o benefício destes produtos, estudos têm concluído os enormes efeitos destrutivos sobre o meio ambiente e à saúde, tanto dos trabalhadores que lidam com os agrotóxicos bem como as pessoas que o consomem, geralmente sem saber.

Enfim, o debate ainda não está acabado, mas é insofismável que uma mudança terá que ocorrer. O modo de vida atual está limitando a possibilidade de vida digna a um grande número de pessoas, podendo atingir até mesmo a presente geração, o que se dirá então das futuras. Nesse contexto é que a defesa do meio ambiente se faz necessária, valendo-se, o Estado, de todos os órgãos de que disponíveis especialmente aqueles que possuem uma maior estabilidade na sua organização, assegurada constitucionalmente, como é o caso dos Tribunais de Contas e do Ministério Público.

Não há que se falar em sobreposição de função, neste momento. Toda a ação voltada para a proteção é bem vinda. Ademais, o enfoque das ações é diverso e é inegável que a capacidade de uma atuação fiscalizadora e participava na formulação e execução de políticas públicas, com o acompanhamento dos orçamentos, enseja uma atuação sobranceira por parte dos Tribunais de Contas.

3.2 A SUSTENTABILIDADE E AS CIDADES

O meio ambiente não é algo estanque que ao se aproximar das zonas urbanas é suspenso para retomar o seu curso ao final dela. Um rio, ao atravessar uma cidade, não deixa de ser rio. Se há a necessidade de proteção da mata ciliar em seu entorno, o mesmo se dá

²¹⁴ ANDRIOLI, Antônio Inácio & FUCHS, Richard (Orgs.). **Transgênicos: as sementes do mal.** A silenciosa contaminação de solos e alimentos. 1. ed., São Paulo: Expressão Polar, 2008. p. 260.

dentro das cidades. Todavia, não é o que se tem visto nos processos de urbanização ocorridos em nosso país. Em termos históricos, a urbanização é extremamente recente. No Brasil, é a partir dos anos 50 do século passado que passa a ter um forte aumento. Portanto, transformações profundas ocorreram com o deslocamento da população do campo para as cidades.

Nesse contexto histórico de evolução, não há como deixar de abordar o meio ambiente nas cidades. A Lei Federal nº 10.257, que instituiu o Estatuto das Cidades, de 10 de julho de 2001, ao regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição da República de 1988, passou a estabelecer diretrizes gerais da política urbana, normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Trata-se de lei de caráter nacional, dirigida a todos os entes políticos - União, Estados, Distrito Federal e Municípios -, objetivando a edição de normas gerais sobre política urbana e assuntos correlatos.

Com a sua edição busca-se implementar a função social do solo urbano, de cidades sustentáveis, conforme se afere em seu artigo segundo²¹⁵.

A Constituição da República de 1988, dentro do Título VII referente à “Ordem Econômica e Financeira”, reservou o Capítulo II para tratar da política urbana. Estabeleceu, no artigo 182, que a propriedade urbana cumpre sua função social quando “atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor” e, no artigo 186, que a propriedade rural cumpre sua função social, dentre outros requisitos, quando voltada para a “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”.

Extraí-se dos dispositivos referidos que cabe aos Tribunais de Contas atuar na defesa e proteção de um desenvolvimento sustentável e na implementação dos instrumentos de política urbana previstos no Estatuto da Cidade. Portanto, tanto no necessário desenvolvimento de políticas públicas, como na sua execução, cabe a fiscalização e controle para a aferição do cumprimento da legislação e dos princípios estabelecidos na Constituição. E não são poucos os recursos utilizados nessa finalidade que precisam de controle.

²¹⁵ Art. 2º - A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a **cidades sustentáveis**, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; [...]. grifou-se.

É tarefa deste Órgão a avaliação de políticas públicas no que se refere às dimensões ambientais e urbanísticas da gestão pública, visando ao aprimoramento e à otimização da atuação dos entes federativos. Deve-se dar concreção aos comandos constitucionais, explicitados na legislação que instituiu o Estatuto das Cidades. Admitir o contrário é um verdadeiro retrocesso.

Edésio Fernandes²¹⁶ aborda com clareza peculiar a mudança de paradigma, a partir do estatuto da cidade, ao regulamentar o artigo 182 da Constituição Federal. Passa ao centro do sistema a função social da propriedade sobrepondo-se à visão individualista do código civil de 1916.

Segundo o autor: “Em última análise, toda e qualquer lei urbanística e ambiental implica em materializar o princípio da função social da propriedade, que é sem dúvida o princípio fundamental do direito urbanístico e do direito ambiental²¹⁷”.

Os instrumentos previstos no estatuto da cidade voltam-se tanto ao particular como ao poder público. Tanto é verdade que, no artigo 52, II, está prevista sanção ao administrador público pela não utilização do imóvel objeto de desapropriação-sanção, caracterizando tal ato como improbidade administrativa. Veja-se que o benefício que visa atender é o da coletividade.

Neste sentido, há uma obrigação por parte do agente público na utilização do bem objeto de desapropriação, pois esta decorre da necessidade de dar uma destinação que atenda a função social deste imóvel diante da sua inserção urbanística.

Por esta razão é que o instrumento da desapropriação-sanção se liga a mais de um princípio constitucional, que são eles o princípio da função social da propriedade (tanto a privada como pública) e o como ao princípio da finalidade.

A finalidade que ensejou a desapropriação deve ser levada a efeito como forma de dar concreção aos princípios constitucionais e aos dispositivos legais insertos no estatuto da cidade. Não fosse este o enquadramento da atitude do gestor, como ato de improbidade, restaria esvaziado o benefício que deveria ser gerado a par da desapropriação, que é a devida utilização do imóvel urbano integrando-se, na forma devida, ao todo social.

²¹⁶ FERNANDES, Edésio. **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 35.

²¹⁷ Idem., p. 35.

Para Vitor Carvalho Pinto²¹⁸, as áreas a serem definidas no plano diretor, passíveis de parcelamento ou edificação compulsórios, devem ser dotadas de infra-estrutura ociosa e para as quais haja demanda do mercado imobiliário.

Os instrumentos previstos nos artigos 1º a 8º visam a coibir a retenção especulativa de terrenos urbanos. Esta mudança cultural, por si só, traz grandes transformações de ordem urbanística, desestimulando ações nocivas ao desenvolvimento sustentável das cidades e possibilitando um direcionamento do espaço urbano voltado para o atendimento da sua função social.

Nesta nova concepção, o direito de propriedade aproxima-se do direito público, ou seja, o detentor tem o direito de propriedade garantido, na medida em que realiza a sua função social. Há verdadeiro conteúdo social.

O estatuto da Cidade, no parágrafo único do artigo 1º, fala em “[...] equilíbrio ambiental.” O direito ambiental deve ser atendido quando da formulação do plano diretor. Vários são os dispositivos inseridos no seu texto que se reportam à questão ambiental, demonstrando haver preocupação em compatibilizar este ramo do direito com o ordenamento urbanístico.

Existem outros dispositivos o Estatuto da Cidade que tratam do meio ambiente. Citam-se os seguintes: art. 2º, IV, VI, “f” e “g”; VIII, XII, XIII e XIV; art. 4º III, c; VI.

Outros diplomas legislativos tratam da questão ambiental no meio urbano. O Código Florestal é um deles. Dispõe sobre a matéria no parágrafo único do artigo 2º²¹⁹.

A degradação das matas ciliares e a impermeabilização das áreas de várzea são os principais elementos geradores de enchentes e inundações nos grandes centros urbanos.

O descumprimento do parágrafo único do artigo 2º do Código Florestal acarreta um custo social elevadíssimo para os cofres públicos e sacrifícios imensos para os atingidos.

As áreas de preservação permanente não são absolutas, conforme se depreende da análise dos artigos 3º, § 1º e o artigo 4º, do Código Florestal. Há casos restritos em que pode haver modificação destas áreas.

²¹⁸ PINTO, Vitor Carvalho – **Do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios**. In MATOS, Liana Portilho – Estatuto da cidade Comentado. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 134/135.

²¹⁹ Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

[...]

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. (Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989).

No entanto, para que isso ocorra devem ser considerados os valores em conflito e ver qual deles prepondera em determinado caso sob análise.

No que tange a aplicação ou não do parágrafo único do artigo segundo do Código Florestal no perímetro urbano, a doutrina inclina-se majoritariamente pela sua aplicação.

Para José Afonso da Silva, a política dos espaços verdes revela-se

[...] na proporção da Natureza, a serviço da urbanização, conexas com a proteção florestal ou parte dela, com o objetivo de ordenar a coroa florestal em torno das grandes aglomerações, manter os espaços verdes existentes no centro das cidades, criar áreas verdes abertas ao público, preservar áreas verdes entre as habitações – tudo visando a contribuir para o equilíbrio do meio em que mais intensamente vive e trabalha o homem.²²⁰

Refere, expressamente, o eminente autor, a necessidade de atendimento do parágrafo único do artigo 2º do Código Florestal, quando do estabelecimento dos planos diretores e leis de uso do solo dos Municípios ou Regiões Metropolitanas e Aglomerações Urbanas.

Paulo Affonso Leme Machado posiciona-se no mesmo sentido

Desnecessário seria este artigo, diante das obrigações que têm os Municípios de respeitar as normas gerais ambientais da União. Contudo, ao introduzir-se esse parágrafo único no art. 2º do Código Florestal, quis o legislador deixar claro que os planos e leis de uso do solo do Município têm que estar em consonância com as normas do mencionado artigo 2º. Isto quer dizer, por exemplo, que um Município, ao construir uma avenida nas margens de um curso d'água, não pode deixar de respeitar a faixa de implantação da vegetação de preservação permanente, de acordo com a largura do curso d'água. A autonomia ambiental municipal entrosou-se, pois, com as normas federais e estaduais protetoras do meio ambiente.²²¹

Como visto até aqui, o Estatuto da Cidade não exclui a incidência de normas de direito ambiental. Pelo contrário, é perfeitamente compatível com o seu conteúdo a proteção do meio ambiente. Neste sentido, a função ambiental no perímetro urbano está preservada. Ademais, a compatibilidade do texto do estatuto com os demais diplomas legais e, em especial, com a Constituição Federal, demonstra estarem ao abrigo da proteção ambiental os bens imóveis situados dentro do perímetro urbano necessários ao adequado equilíbrio ambiental.

Um dos principais instrumentos para esta proteção são as áreas de preservação permanente previstas no Código Florestal e com incidência na área urbana, como demonstrado.

²²⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 175

²²¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11 ed., São Paulo: Malheiros, 2003. p. 385.

Além dos instrumentos citados, como forma de preservação do meio ambiente urbano, previsto no artigo 4º, inciso VI do Estatuto da Cidade, tem o EIA (estudo prévio de impacto ambiental) e o EIV (estudo prévio de impacto de vizinhança). Referidos instrumentos são requisitos para a obtenção de licenças e autorizações de empreendimentos e atividades definidos em lei, portanto, passíveis de controle pelos órgãos externos.

Faz-se indispensável o aprimoramento de mecanismos que permitam assegurar o sistema democrático, ampliando sempre os espaços públicos de efetivação da cidadania, tais como o plano diretor, plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual, que devem ser legitimadas por audiências públicas.

Sachs²²² estuda a questão do meio ambiente e sustentabilidade na gestão pública do meio ambiente e das cidades. Na busca da renovação da teoria e das práticas de mudança social para concepção de ecodesenvolvimento, o autor discute a contribuição do setor público e privado na preservação ambiental, como é possível um desenvolvimento sustentável sob a ótica do binômio desenvolvimento e meio ambiente.

Há a necessidade do desenvolvimento de políticas públicas, de forma coordenada, pelos entes públicos das três esferas, voltados para a sustentabilidade das cidades.

Nesse sentido, acentua-se o papel a ser desempenhado pelos Tribunais de Contas na aferição das políticas públicas implementadas e, caso necessário, no redirecionamento das ações para que seja alcançada a máxima efetividade com o mínimo de recurso.

Como já abordado, não se trata de uma faculdade, mas de um dever a cargo destas instituições.

Não há como abordar a crise ambiental, seja na área urbana ou rural, sem levar em conta os processos de consumo nas sociedades modernas. Por esta razão, passa-se ao exame desta questão para a sua adequada compreensão e efeitos sobre o meio ambiente.

3.3 MEIO AMBIENTE, RELAÇÕES DE CONSUMO E A SUSTENTABILIDADE EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO

A sociedade moderna traz como uma de suas características principais o hiperconsumo. Este é um traço que a distingue de tempos pretéritos, das sociedades pré-modernas. Se for levada em conta que a Revolução Industrial iniciou no século XVIII, portanto, há um pouco mais de dois séculos, tempo, em termos históricos, irrisório, verifica-se

²²² SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

a profunda transformação social ocorrida. A instalação de grandes parques industriais, a produção em massa de bens requer, cada vez mais, consumidores para os bens produzidos.

Segundo Heinberg²²³,

O ser humano, na sua passagem pelo planeta, estabeleceu alguns pactos com o meio ambiente. O primeiro foi o da coleta e da caça. Coletavam-se plantas silvestres e caçavam-se animais bravios. O segundo caracterizava-se pela horticultura, com a domesticação de plantas e o cultivo de pequenas áreas; o terceiro distinguiu-se pela criação de animais; o quarto se definiu pela invenção da agricultura marcada pela criação do arado, o quinto pacto se deu na civilização industrial.

Nos dois primeiros pactos o ser humano não se diferenciava do meio. Com a caça e a agricultura o ser humano passou a produzir mais do que podia consumir, dando a ideia de propriedade privada; ideia esta que caminha em paralelo com o processo de degradação ambiental.

Com a tecnocracia atual, explodem os meios de destruição como um efeito irracional da hiper-racionalidade. A conservação da espécie é a conservação do humano (antropocentrismo elastecido).

Esta é a lógica em que se baseia o atual modelo geopolítico capitalista. Cada vez mais se necessita de recursos naturais para dar curso a este modelo. No entanto, o planeta demonstra a impossibilidade de dar atendimento a essa necessidade desenfreada.

As pessoas encontram satisfação na compra de bens de consumo. *Shopping Centers* são abertos em todos os grandes centros e anunciados como forma de desenvolvimento de bairros e comunidades. Os imóveis são valorizados em decorrência da grande proximidade desses centros de consumo.

Com o incremento elevado da produção ocorre a necessidade do aumento da demanda de consumo. Nesse sentido, os meios de propaganda são um instrumento eficaz ao fazerem com que pessoas desejem cada vez mais bens de consumo. Por esta razão, a importância da proteção estatal, em especial, através do direito ambiental e do direito do consumidor. O cidadão não possui forças para enfrentar o assédio a que é submetido, consumindo de forma muitas vezes irracional. Os mecanismos de subjetivação adotados por produtores têm base científica e exploram não só o inconsciente individual, mas também o coletivo.

²²³ HEINBERG, Richard. **Um novo pacto com a natureza**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, apud SILVA, José Robson da. **Paradigma Biocêntrico: do Patrimônio Privado ao Patrimônio Ambiental**. Biblioteca de Teses Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo. 2002.

Não há uma real preocupação com os rejeitos decorrentes do atual modo de produção. Os rejeitos, hoje, fazem parte da lista dos elementos que mais degradam o meio ambiente, principalmente porque os produtos se tornaram descartáveis: são produtos sem conserto e que devem ser levados ao lixo o mais rápido possível. Somente assim o consumidor poderá vir a adquirir novamente e, novamente, levar outros produtos ao lixo. Numa sociedade hiperconsumista, como a que se está vivendo, o que importa é adquirir e consumir sem nenhuma preocupação com o que está envolvido em tal processo. Numa visão hedonista, o cidadão moderno preocupa-se consigo e não importa as consequências de seus atos, mas sim o acesso aos bens produzidos e que lhe causam uma imediata satisfação. O *marketing* afirma: venha comprar e ser feliz.

Poucos são os que se preocupam com a origem dos produtos, com as condições em que foram produzidos e com as populações implicadas nos meios de produção.

As consequências advindas do modo de produção, segundo Agostinho Oli Koppe Pereira e outros²²⁴, são as seguintes:

A título de exemplo, podem ser citados: desertificações, buracos na camada de ozônio, alteração da acidez dos mares, degelo das calotas polares, alterações climáticas, alterações das correntes marítimas, improdutividade das terras, entre outros. Na realidade, esses exemplos citados são somente alguns dos problemas ambientais que ameaçam o ecossistema da Terra.

Constata-se, no atual modelo de produção, uma total incompatibilidade entre o tempo da natureza e o tempo abstrato da atual sociedade de consumo. Um bem ambiental requer um tempo para a sua renovação, que muitas vezes é desconsiderado por uma necessidade de consumo imediato. A modernidade modificou o tempo e o espaço que a sociedade tinha na pré-modernidade. Nesse diapasão: se um animal de corte necessitava seis meses para estar em condições de abate antes da modernidade hoje em quarenta e cinco dias ele está pronto; se uma determinada planta somente nascia e crescia em determinado espaço territorial, criaram-se condições artificiais para a sobrevivência de tal espécime. Assim, modificou-se o tempo, o espaço, o clima, invadindo a natureza com elementos artificiais, modificando-se geneticamente animais e plantas tudo em nome da produção em massa e da economia.

Nessa seara, o grande crescimento populacional, a necessidade de cada vez mais áreas para se obter a mesma produção em razão da perda da capacidade produtiva, os espaços urbanos são elementos que levam ao entendimento de que a racionalidade desse modelo

²²⁴ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe, PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe e PEREIRA, Mariana Mioranza Koppe. **Hiperconsumo e a ética ambiental**. Relações de Consumo. Caxias do Sul: EDUCS, 2009. p. 17.

conduz a sociedade ao exaurimento de recursos naturais, dada a impossibilidade de sua renovação. Os cidadãos consomem sem sequer compreender que causam um mal maior a si e ao meio ambiente.

Nessa linha de raciocínio, conforme assevera Lucivaldo Vasconcelos Barros:

O desenvolvimento é sempre visto como a solução para todos os males da sociedade. A mensagem escondida por trás dessa visão reducionista nos passa uma impressão errônea de que país desenvolvido é aquele que tem o privilégio de acumular o maior número de riquezas materiais possível.²²⁵

A lógica de encarar o ser humano como consumidor invisibiliza as suas principais virtudes. A dignidade da pessoa humana não tem espaço frente à necessidade de lucro desenfreada. A competição por mercados, por acumulação de capital das grandes corporações traz de arrasto um nefasto modo de vida para a grande maioria da população mundial.

Na lógica consumerista, a felicidade é o valor central, o grande ideal celebrado sem tréguas. Todavia, a modernidade é pródiga em demonstrar que, apesar do consumo desenfreado, as pessoas estão cada vez mais infelizes e dependentes de drogas para a depressão e outros males causados pela solidão. Então, não parece que seja pelo consumo a solução das crises existenciais.

Diante disso, o consumo tem que ser responsável. E, dentro da responsabilidade do exercício da cidadania, cabe a cada cidadão a busca de um consumo nessas condições. Por esta razão, ressalta Lipovetsky: “economizar energia, eliminar os desperdícios, tomar consciência dos efeitos negativos de nossos modos de vida sobre o meio ambiente: a fase III é aquela em que se afirma a exigência do consumidor responsável e cidadão²²⁶”.

Nas palavras de Faraco pode-se verificar que

A situação atual do ambiente demonstra a insuficiência da ética vigente, antropocêntrica, individualista, incapaz de perceber a íntima ligação entre todos os organismos vivos, em interconexão entre eles e com o meio inorgânico, cujos recursos são exauríveis, razão porque a sua utilização tem de ser prudente e orientada por uma ética da solidariedade, em que sobressaia a responsabilidade transgeracional²²⁷.

²²⁵ BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. **Direito à informação socioambiental e desenvolvimento sustentável**. Revista de Direito Ambiental. V. 45. Editora RT, 2007. p. 169.

²²⁶ LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal – Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. São Paulo: Cia das Letras, 2007. p. 341.

²²⁷ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 94.

Percebe-se que ao falar da questão ambiental necessariamente se está tratando de uma concepção ética de vida. A permanência da existência humana na Terra requer uma ética diferente da consumista.

A questão ambiental está exigindo uma postura ativa e solidária de todos os povos e nações. Para os problemas ambientais não há fronteiras. O Estado-Nação não exclui de seus domínios problemas ambientais ocorridos em outros espaços geográficos. A solidariedade que se está falando é necessária, na medida em que os problemas ambientais a todos atingem. Um aumento da temperatura decorrente da emissão de gases dos países desenvolvidos afeta todos os ecossistemas e não somente os inseridos dentro do espaço territorial onde foi gerado o dano.

Por esta razão, a questão ambiental envolve questões geopolíticas. Não há como avançar sem que as nações do planeta se envolvam. Ações isoladas muito pouco contribuem para dar solução às ameaças que se avizinham.

Na mesma linha de pensamento traz-se excerto de artigo de Cleide Calgaro, que assim refere:

A humanidade, no século XXI, vive uma crise ambiental marcada pela ingerência do homem sobre o meio ambiente, desrespeitando os limites impostos pela natureza, visando à busca do poder econômico e esquecendo do fator primordial de todos: a preservação das espécies e o cuidado a um meio ambiente sustentável para as gerações presentes e futuras²²⁸.

Ao bem da verdade, a crise da sociedade moderna vai muito além da questão ambiental; é uma crise do modelo moderno, do hiperconsumismo, do capitalismo (na forma como atualmente se apresenta) e da globalização sem limites.

Outra importante constatação, e que dá a dimensão global da extração dos recursos naturais, é a moderna forma de produção dos grandes grupos empresariais, com suas sedes nos países desenvolvidos, mas instalando os seus parques industriais nos países periféricos. Nesse sentido, os recursos naturais para a produção são extraídos longe de seus territórios, sendo que a maior parte dos consumidores pertence a estes Estados desenvolvidos.

Ademais, utilizam recursos naturais abundantes e não sofrem diretamente com os rejeitos decorrentes da produção, na medida em que os centros produtores estão distantes de seus locais de habitação. Porém, se não sofrem diretamente os efeitos, indiretamente também

²²⁸ CALGARO, Cleide. **Desenvolvimento Sustentável e consumo**: a busca do equilíbrio entre o homem e o meio ambiente. In *Relações de Consumo e Meio Ambiente*. Caxias do Sul: Educs, 2009. p. 45.

são atingidos por estes, vez que, como já se falou os danos ambientais não tem fronteiras.

Assim, quando a produção era limitada e pequena, o consumo e os danos ambientais eram restritos aos países produtores, mas com a globalização e a sociedade de consumo os danos são levados a todas as partes do mundo juntamente com os produtos. De nada adianta a Europa proibir os curtumes em seus Estados para não receberem, diretamente, os reflexos danosos dessa atividade, se ela incentiva e busca os produtos curtumeiros nos países pobres, pois a química que mata os rios desses países também corre para o mar e se dissipa no ar criando efeitos que serão sentidos globalmente.

Por esse parâmetro não se globaliza apenas a distribuição dos produtos, mas também os efeitos danosos que advém de sua produção, os efeitos danosos que advém do interesse pelo lucro em detrimento do meio ambiente.

Por outro lado, mas vislumbrando as mesmas conseqüências, pode-se afirmar que, nesse modelo em que homem e natureza estão dissociados, os bens ambientais exercem uma função de mercadoria para a produção. No entanto, a partir do momento em que os bens naturais passam a se tornar escassos, há a necessidade de uma mudança nessa equação, pois, do contrário, ocorrerá um colapso tanto na economia, como no meio ambiente. Sem meio ambiente, não haverá economia, não haverá sociedade de consumo, não haverá humanidade nos moldes biológicos que conhecemos atualmente.

3.3.1 A busca do objeto de uma racionalidade ambiental apesar do hiperconsumo e da globalização, como uma possível alternativa de solução da crise

É praticamente incontroverso, nos dias de hoje, que o atual modelo de desenvolvimento econômico, calcado já não mais na produção, mas sim no consumo, onde a sociedade de produtores foi deixada de lado para a adoção de uma sociedade de consumidores, onde o aumento do consumo é uma constante, está se aproximando do seu limite.

Os bens naturais, outrora abundantes, não têm se renovado na velocidade que permita atender as demandas de uma civilização capitalista. O tempo da natureza não é o tempo do sistema econômico hegemônico.

Diante dessas circunstâncias, realmente se faz necessário repensar a racionalidade até aqui tida como mola propulsora da sociedade moderna. Está-se às portas da pós-modernidade e esta não pode repetir os erros da modernidade.

A pós-modernidade necessita se voltar para um sistema baseado numa nova racionalidade.

Porto-Gonçalves fala numa Racionalidade Ambiental, valendo-se da denominação formulada por Enrique Leff. O autor não define o conceito de racionalidade ambiental, nem os seus limites e alcance. Deixa claro que se contrapõe à Racionalidade Econômica atualmente hegemônica. Também enfatiza que a implementação de uma racionalidade ambiental envolve questões geopolíticas.

Não há, para ele, como dar solução à questão ambiental de forma isolada. Há a necessidade de um envolvimento em nível global.

Assim refere na sua obra:

A velocidade das transformações em curso é, na verdade, impulsionada por uma temporalidade abstrata – a da acumulação do capital sob a forma dinheiro – que se quer acima de cada uma dessas distintas matrizes de racionalidade, com suas espacialidades e temporalidades próprias, inclusive das temporalidades e espacialidades que nos são independentes, como as naturais.

O desafio ambiental nos obriga a considerar essas distintas temporalidades e espacialidades, enfim as distintas territorialidades que estão em tensão, impulsionadas por uma temporalidade, a do capital, com sua relação mercantil da economia, que pensa poder prescindir de sua materialidade. A natureza é riqueza e não simplesmente recurso. Recurso, como nos ensinam os bons dicionários, é meio para se atingir a um fim. Eis, no fundo, o que o desafio ambiental nos coloca: a natureza como riqueza e não como recurso. *Aqui reside, a nosso ver, o limite da razão econômica mercantil e a necessidade de se construir uma racionalidade ambiental tal como vem sugerindo Enrique Leff (2004)*²²⁹. (grifou-se).

Outrossim, a simples alteração no tratamento dos resíduos, ampliando-se sobremaneira a reciclagem, também não traria solução ao problema pela seguinte razão: os materiais são recicláveis, a energia não. Ela é sujeita a perda via calor.

Portanto, ainda assim a temperatura global seguiria aumentando e causando a degradação do meio ambiente.

O modo de produção capitalista exige, cada vez mais, o aumento de territórios para suprir a demanda sempre em ascensão por recursos naturais, apesar dos avanços assinalados dos novos materiais. Para o autor²³⁰, “privar é tornar um bem escasso e, assim, numa sociedade que tudo mercantiliza, um bem só tem valor econômico se é escasso”. Aliás, não é por outra razão que vários autores propugnam a mercantilização dos bens ambientais, como

²²⁹ PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A Globalização da Natureza e a Natureza da Globalização**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2006. p. 277 e 278.

²³⁰ Idem., p. 289.

forma de diminuir o seu consumo e manter as condições ambientais adequadas para o desenvolvimento social, possibilitando a recuperação dos recursos naturais²³¹.

Porto-Gonçalves²³² alerta que “o desafio ambiental coloca-nos diante da necessidade de forjar novas teorias que tomem como base a riqueza e não a escassez. Enfim, exige-se que se vá para além do capitalismo” (grifou-se).

E deixa claro que racionalidade ambiental se contrapõe ao capitalismo. Além disso, dá pistas de como seria a sociedade dentro desta lógica. Pressupõe mudança do estilo de vida que a sociedade de consumo vem levando. O Capitalismo, com a sua lógica econômica, não têm condições de dar solução ao problema.

A racionalidade econômica, que tem como elemento fundamental o lucro, não poderá ter lugar na sociedade que se pretende revelar sustentável. Consumir muito menos e preservar os seus bens, esta é uma tônica desta sociedade. Os produtos atuais, praticamente descartáveis, para atender a uma lógica econômica, deverão ser substituídos por produtos de maior durabilidade e com possibilidade de serem consertados, preservando, ao máximo, o seu uso.

Analisando a obra de Enrique Leff, Guillermo Foladori²³³ publicou artigo em que busca determinar o que seja Racionalidade Ambiental. Assim se refere:

[...] Não obstante, poderíamos dizer que o livro tem um fio condutor e uma preocupação central: a busca de uma "racionalidade ambiental". O que é isso? Leff parte do pressuposto de que as sociedades "modernas", tanto capitalista quanto socialista, seriam produtivistas e antiecológicas. Tratar-se-iam de sociedades nas quais a natureza não é considerada dentro da racionalidade econômica e, portanto, seriam insustentáveis. *A busca de uma racionalidade ambiental tem como objetivo detectar aqueles elementos que possam se constituir em base de uma estratégia produtiva alternativa, onde a natureza se integre à lógica produtiva.* Essa preocupação não é nova em Leff, pelo contrário, talvez seja a constante desde a primeira edição de 1986 até esta em português de 2000. O que vai mudando é a ênfase, cada vez maior, dos últimos artigos, nos aspectos culturais e participativos. (grifou-se)

E o autor vai além, dá os contornos de como atingir o desiderato de um modelo alternativo ao que vigora atualmente:

²³¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. p. 368 e seguintes.

²³² PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter, op. cit., p. 289.

²³³ FOLADORI, Guillermo. **Na busca de uma Racionalidade Ambiental**. Scielo Brasil. Disponível: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2000000100010&lang=pt. Acessado em: fevereiro de 2010.

A racionalidade ambiental caracterizar-se-ia pela reunião de três aspectos. Primeiro, e desde uma perspectiva técnica, a procura de uma eco-tecnologia, baseada nos ritmos e ciclos ecológicos. O exemplo que melhor ilustra isso seria, segundo o autor, a agro-ecologia (Altieri, 1999). Segundo, e desde uma perspectiva humanista, uma produção destinada à satisfação das necessidades básicas, a qual seria contrária a lógica do mercado. Por último, e é este o aspecto mais importante a ressaltar na posição de Leff, uma racionalidade social diferente da mercantil-produtivista. Essa nova racionalidade deveria basear-se numa reapropriação social da natureza a partir de formas de democracia participativa direta - não a tradicional democracia representativa. Por sua vez, essa gestão direta dos recursos naturais estaria baseada em práticas tradicionais resultantes das cosmovisões e culturas que têm um comportamento mais harmônico (sustentável) com a natureza.

Nesta nova e necessária perspectiva a constante renovação ou substituição de bens, tanto de produção quanto de consumo, cederia passo à reedição, embora paradoxal, das normas de vida e da máxima de antanho: guardar, poupar e conservar.

Aliás, outro paradoxo referido é o de que a principal crítica feita ao desenvolvimento vinha do marxismo, que “assinalava o caráter necessariamente desigual em que se fundava o desenvolvimento capitalista. Assim, havia a crítica à desigualdade do desenvolvimento, e não ao desenvolvimento como tal²³⁴”.

Nesse sentido, os que criticavam a desigualdade do desenvolvimento contribuía para fomentá-lo, na medida em que a superação da desigualdade, da miséria, se faria com mais desenvolvimento, o que isso não seria problema se esse desenvolvimento também não estivesse vinculado a não preocupação com a sustentabilidade.

O marxismo trabalha o homem, não a natureza, logo, as sociedades vinculadas com o comunismo, socialismo ou capitalismo estiveram e ainda estão sob a égide de uma visão antropocêntrica. É claro que a visão capitalista vinculada ao consumo desregrado é, sem sombra de dúvida, nesse viés, mais maléfica a natureza que o socialismo que ainda atua sob uma visão de sociedade de produtores e não de consumidores.

Assim, pode-se afirmar que a racionalidade ambiental não se confunde com marxismo, na medida em que este também não dá solução à questão ambiental. Na mesma linha de pensamento do autor citado, encontra-se na obra de Guattari²³⁵, a referência a um novo modelo, que é denominado de ecosofia social. A ecosofia social consistiria, portanto, em desenvolver práticas específicas que tendem a modificar e a reinventar maneiras de ser no seio do casal, da família, do contexto urbano, do trabalho, etc.

²³⁴ PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **Os porquês da desordem mundial**. O desafio ambiental. Rio de Janeiro: EditoraRecord, 2004. p. 25.

²³⁵ GUATTARI, Félix. **As Três Ecologias**. 11. ed. São Paulo, 2001. p. 08.

Em linhas gerais, assim como a racionalidade ambiental propugnam alternativas para o atual modelo econômico hegemônico.

Dentro desta lógica e demonstrando que o atual modelo deve ser superado, Porto-Gonçalves trata também da geografia desigual dos proveitos e dos rejeitos: A nova divisão ecológico-territorial do trabalho sob o neoliberalismo.

Esse processo demonstra com clareza a existência de “pessoas sem valor”; elas é que habitam os lugares onde são depositados os rejeitos. Os rejeitos tóxicos são depositados em localidades distantes daquelas em que habitam os cidadãos ricos do mundo desenvolvido. Criam-se trajetórias de risco por onde circulam estes rejeitos.

São rotas que evitam passar nos lugares de primeiro mundo. Navios petroleiros e que transportam materiais tóxicos é que circulam por estas rotas, sempre distante de países desenvolvidos.

Na obra de Castells²³⁶ encontra-se referência a um novo modelo socioeconômico:

[...] Contudo, o fato de que todas essas questões, e muitas outras, estão sendo debatidas pela opinião pública, e de que uma conscientização cada vez maior vem se estabelecendo a partir do caráter global e interdependente de tais questões, acaba lançando as bases para a sua abordagem e, talvez, para uma reorientação de um sistema socioeconômico responsável do ponto de vista ambiental.

Ressalta-se a concepção desenvolvimentista de Estado, formulada por Amartya Sen²³⁷, em que vê o desenvolvimento como um processo da expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. Dentro dessa concepção, o atual modelo apresenta-se de forma antagônica, na medida em que a maioria das pessoas está excluída de alcançar este *status*. Alier²³⁸ faz referência aos “Principios de La Economía Ecológica”. Assim refere:

Qué Es La Economía Ecológica? Es una economía que usa los recursos renovables (agua, pesca, leña y madera, producción agrícola) con un ritmo que non exceda su tasa de renovación, y que usa los recursos agotables (petróleo, por ejemplo) con un ritmo non superior al de su sustitución por recursos renovables (energía fotovoltaica, por ejemplo). Una Economía Ecológica conserva asimismo la diversidad biológica, tanto silvestre como agrícola.

²³⁶ CASTELLS, Manuel. **O Poder da Identidade**. Parte 3 – O “verdejar do ser: o movimento ambientalista. Editora Paz e Terra. p. 142.

²³⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

²³⁸ ALIER, Joan Martínez. **De La Economía Ecológica Al Ecologismo Popular**. Barcelona: Ed. Icaria, 1994. p. 226.

O tempo da natureza é real. Já, o tempo do capital é um tempo abstrato. As necessidades são criadas a partir de meios de propaganda, da mídia, para atender a uma lógica de consumo. Portanto, a natureza inserida dentro desta lógica é um meio e não fim:

[...] energia é a capacidade de trabalho, enfim, capacidade de transformação da matéria. Assim, a natureza submetida ao capital, isto é, reduzida a recurso natural é, como todo recurso, meio e não fim. É essa natureza-recurso-energia, que submetida a uma finalidade própria ao capital – a acumulação da riqueza na sua forma abstrata (dinheiro) –, vai permitir um aumento exponencial da capacidade de trabalho, ou melhor, um aumento fantástico de transformação da matéria numa mesma unidade de tempo abstrato – ano, mês, dia, hora, minuto, segundo – e, assim, criar a ilusão de crescimento ilimitado de produtos materiais numa mesma unidade de tempo abstrata.

[...] sendo o sobre-trabalho a mais-valia, o capital também se apropria de todo um tempo materializado na energia fóssil, e não tem como restituir porque não é tempo abstrato, mas tempo do ser, tempo das coisas na sua materialidade. Eis a tensão entre produção de mais-valia e a problemática ambiental que a questão energética resume.²³⁹

Nessa seara, a questão ética toma dimensões para considerações fundamentais. Nota-se esse dimensionamento quando Lorde Keynes, indagado sobre os tempos longos dissera, dando de ombros: “no futuro estaremos todos mortos”. Ou seja, não havia no seio da sociedade de então uma preocupação com as gerações futuras, apesar de começar a conhecer os efeitos degradadores do sistema capitalista.

Assim refere Porto-Gonçalves:

Nossos filhos e netos poderão nos condenar por não tomarmos as medidas que sabemos necessárias, exigência que não podemos fazer a nossos avós. Afinal, eles não sabiam o que estavam fazendo. A ideologia de viver o aqui e agora que tanto se estimula com um individualismo levado às últimas consequências, não é sem efeitos. Um desses efeitos, pelo menos, o estufa, nos obriga a retomar o sentido ético de nossas práticas de modo menos abstrato, ou seja, de modo político²⁴⁰.

A modernidade é permeada de demonstrações cabais que o atual sistema caminha para o seu limite, podendo, em breve, gerar um colapso de proporções catastróficas.

Uma breve noção da passagem do século XX demonstra a instabilidade em que se vive e a possibilidade de uma catástrofe iminente, conforme se verifica na obra de Eric Hobsbawm²⁴¹:

²³⁹ PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A Globalização da Natureza e a Natureza da Globalização**. p. 328-329.

²⁴⁰ Idem., p. 330.

²⁴¹ HOBBSAWM, Eric. **A Era dos Extremos – O breve século XX**. Editora Companhia das Letras. p. 16.

Para essa sociedade, as décadas que vão da eclosão da Primeira Guerra Mundial os resultados da Segunda foram uma Era de Catástrofe. Durante quarenta anos, ela foi de calamidade em calamidade. Houve ocasiões em que mesmo conservadores inteligentes não apostariam em sua sobrevivência. Ela foi abalada por duas guerras mundiais, seguidas por duas ondas de rebelião e revolução globais que levaram ao poder um sistema que se dizia a alternativa historicamente predestinada para a sociedade capitalista e burguesa e que foi adotado, primeiro, em um sexto da superfície da Terra, e, após a Segunda Guerra Mundial, por um terço da população do globo. Os imensos impérios coloniais erguidos durante a Era do Império foram abalados e ruíram em pó. Toda a história do imperialismo moderno, tão firme e autoconfiante quando da morte da rainha Vitória, da Grã-Bretanha, não durara mais que o tempo de uma vida humana – digamos, a de Winston Churchill (1874-1965). Mais ainda: uma crise econômica mundial de profundidade sem precedentes pôs de joelhos até mesmo as economias capitalistas mais fortes e pareceu reverter a criação de uma economia mundial única, feito bastante notável do capitalismo liberal do século XX. [...].

Nesse sentido, não há como compatibilizar a preservação e até a renovação dos recursos naturais com o atual modelo econômico, que requer cada vez mais territórios, a fim de promover incremento de produtividade, gerando a mais valia necessária para a sua manutenção.

O sistema de produção capitalista poderia prosseguir indefinidamente, caso fosse absorvido pelo meio ambiente. No entanto, como lembra Fábio Nusdeo²⁴², o processo de interferência do sistema econômico no ecológico “[...] poderia prosseguir indefinidamente, enquanto um deles não se agigantasse desmesuradamente ante o outro”. Ou seja, enquanto os rejeitos da atividade produtiva fossem absorvidos pelo meio ambiente e, futuramente, reaproveitados como novos fatores de produção, não haveria problema com esta forma de produção.

No entanto, o que se vê hoje, face ao agigantamento do sistema de produção capitalista, é a necessidade da mudança de comportamento para que possa ser assegurada a própria existência da humanidade.

Nesse diapasão, o próprio conceito de desenvolvimento passa a ter novos contornos. Já não é mais o PIB a ser maximizado como forma de se alcançar o máximo desenvolvimento, mas, sim, manter uma base adequada de qualidade de vida. O desejável não seria comer sempre mais, mas simplesmente manter-se bem alimentado.

Há duas posições a respeito da questão ambiental atual: uma otimista e outra pessimista. A corrente pessimista entende que há necessidade de imediata parada no sistema atual de desenvolvimento, dada a gravidade da situação ambiental e do colapso que se avizinha. É dentro desta corrente que se enquadra o pensamento de Porto-Gonçalves,

²⁴² NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico**. 5. ed. São Paulo, 2008. p. 370.

propugnando uma Racionalidade Ambiental, já abordada. Entretanto, para a corrente dos otimistas, verifica-se que vislumbram a solução no desenvolvimento de novas tecnologias. Asseveram que, na forma de produção capitalista, a tecnologia sempre foi voltada para o aumento da produção. Agora, com o redirecionamento da pesquisa em novas tecnologias, voltadas para a criação de bens substitutos e de tecnologias que mitiguem os impactos degradadores, asseguram esses pensadores, que seria alcançada uma solução para a questão ambiental.

Com relação a estas posições, Nusdeo²⁴³ refere o seguinte: “[...] o fato é que a divisão entre as correntes permanece e nenhuma das duas conseguiu até agora impor insofismavelmente a sua posição”. Portanto, não há nenhuma demonstração científica de que uma corrente prevaleça sobre a outra.

Dentro desse ambiente, a busca de uma racionalidade ambiental passa, necessariamente, por um engajamento de todos os países. Não há como alcançar esta nova forma de interação entre o homem e a natureza sem que ocorra uma mudança na geopolítica atual.

No entanto, conforme se verifica na obra de Cristiane Derani²⁴⁴, há divergências a respeito desta questão:

O Estado da Revolução Francesa mudou. Seus limites internos já ruíram, há muito, com o advento do Estado do Bem-Estar, enfrenta ele agora o desafio de redimensionar suas feições externas. Os limites dos Estados Nacionais tornaram-se demasiados diminutos para a fome de recursos naturais e humanos decorrente da expansão da produção. Paralelamente a esta necessidade econômica de globalização, deparamo-nos com reações culturais nacionalistas do homem que procura sua identidade, o significado do seu ser-no-mundo. O domínio da energia da natureza alavancou a industrialização de três séculos, modificando radicalmente os milhares de anos de relação do homem com seu meio.[...]

Por tais motivos, julgo que uma proposta de redirecionamento da economia visando à satisfação das necessidades de todos os sujeitos da sociedade, vinculando o consumo ao apenas “necessário”, inibindo o aumento do consumo, para, assim, finalmente alcançar-se o almejado desenvolvimento sustentável, é apenas um modelo de discurso apaixonante que se esgota nas palavras do interlocutor. (grifou-se).

A questão ambiental também foi abordada sob um viés sociológico. A sociologia tradicional não se preocupa com a base ecológica da sociedade. Parte de um

²⁴³ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico**. 5. ed. São Paulo, 2008. p. 376.

²⁴⁴ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 182-183.

antropocentrismo, o que prejudica na análise da influência do meio ambiente nas questões sociais²⁴⁵.

Dentro dos efeitos deletérios provocados pelo sistema capitalista há uma forte crítica à produção através da monocultura. Neste modelo ocorre inversão de toda uma lógica de produção, que visava à segurança alimentar, transformando o alimento em produto comercial. A produção de alimento visa a atender ao mercado e não mais a segurança alimentar, como fora outrora.

O paradoxo deste modelo é que o acréscimo de produção não resolveu o problema da fome para um grande percentual da população.

Contraditoriamente, além de não resolver o problema da fome mundial, objetivo a que se propunha, aumentou a concentração fundiária, a dependência de sementes modificadas e alterou significativamente a cultura dos pequenos proprietários.

Para Giddens²⁴⁶: “O capitalismo, simplesmente, é uma via irracional para dirigir o mundo moderno, porque ele substitui a satisfação controlada das necessidades humanas pelos caprichos do mercado”.

Já, dentro de uma visão otimista, é de se citar a obra de Paul Hawken²⁴⁷, em que na apresentação refere:

Apoiado numa lógica econômica sadia, em tecnologias inteligentes e no que há de melhor no design contemporâneo, Capitalismo Natural apresenta uma estratégia empresarial que é ao mesmo tempo lucrativa e necessária. As empresas que a praticarem não só ocuparão posições de liderança ao abordar alguns dos nossos mais profundos problemas econômicos e sociais, como também terão uma vantagem competitiva decisiva mediante o uso apropriado dos recursos, do dinheiro e das Pessoas.

A tônica do debate consiste na viabilidade da tecnologia ser direcionada ao cumprimento de um duplo papel: a descoberta de sucedâneos para as matérias-primas de caráter não renovável como, por exemplo, petróleo e alguns minerais, cujo esgotamento é previsível dentro de um ou dois séculos, e a possibilidade de desenvolver novos métodos de reciclagem, tratamento e reaproveitamento dos resíduos do processo de transformação dos bens manipulados pelo sistema econômico.

²⁴⁵ LENZI, Cristiano Luis. **Ecologizando a Sociologia: O Desafio de uma Sociologia Ambiental**. Bauru: EDUSC. 2006. p. 25-51

²⁴⁶ GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991. p. 115-150.

²⁴⁷ HAWKEN, Paul; LOVINS, Amory e LOVINS, L. Hunter. **Capitalismo Natural**. Criando a próxima Revolução Industrial. São Paulo: Cultrix, 1999.

A tecnologia sempre esteve a serviço do aumento da produção. Agora, redirecionando o seu foco, obter-se-á êxito no intento de dar solução aos problemas ambientais. Assim preconizam os otimistas.

A mudança para uma racionalidade ambiental requer uma profunda mudança cultural e uma indiscutível mudança de paradigma. O modelo de comportamento do indivíduo frente à sociedade é fruto de um processo criado pelos meios de propaganda a serviço do atual sistema de produção capitalista.

O ser humano, nesse processo, é conduzido, induzido a agir desta ou daquela forma. O consumo desenfreado e inconsequente não tem ambiente nesse novo modelo. Diante do colapso que se avizinha, uma atitude tem que ser tomada, sob pena de ser irreversível o processo de degradação do meio ambiente. Em que pese não haver uma clara definição, no meio científico, da necessidade de uma mudança na lógica de desenvolvimento, o que é incontroverso é que, mesmo dentro da permanência da atual lógica econômica é necessária uma tomada de atitude para evitar a constante agressão ao meio ambiente.

A inserção de novas tecnologias voltadas para uma produção sem degradação, ou a criação de bens substitutos aos bens naturais, são algumas das soluções preconizadas por posições otimistas. O que resta claro é a imediata necessidade do aprofundamento do debate para a busca de uma solução que melhor atenda ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja através de novas práticas dentro do atual modelo de desenvolvimento, seja através da inserção de uma nova lógica econômica.

3.3.2 A Licitação Sustentável na busca de um consumo responsável pelos Governos

As compras públicas, com critérios sustentáveis, ingressaram na agenda política mundial a partir da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, ocorrido no ano de 2002, em Johannesburgo. Ali se discutiu a respeito do impacto advindo das compras governamentais. Restou pactuado um esforço na promoção de políticas públicas de compras que incentivem o desenvolvimento de bens e serviços ambientalmente adequados²⁴⁸.

No âmbito do Governo Federal o critério de sustentabilidade ambiental é uma realidade. Cabe ao TCU a aferição da adequação dos requisitos adotados. Com a edição da

²⁴⁸ BRAMMER, Stephen e WALKER, Helen. Sustainable Procurement in the United Kingdom Public sector. University of Bath School of Management Working Paper Series, 2007. Disponível em: <http://www.unpcdc.org/media/15770/sustainable%20procurement%20practice%20in%20the%20uk.pdf>. Acesso: 19/09/2011.

Instrução Normativa nº 01/2010²⁴⁹ do Ministério do Planejamento, há vários requisitos de proteção ambiental a serem inseridos nos editais de licitação para fins de avaliação e classificação das propostas.

Numa análise acurada do disposto no artigo 3º da Lei de Licitações²⁵⁰, percebe-se a necessidade de proteção do meio ambiente através do *desenvolvimento sustentável*, bem como da busca da proposta mais vantajosa. A toda evidência que a proposta mais vantajosa deverá levar em consideração as externalidades negativas no processo de produção. Um bem adquirido por um preço inferior que gera enormes externalidades negativas, a ensejarem gastos públicos para a restauração ambiental, pode ser considerado como a proposta mais vantajosa para a Administração? Parece que não.

Estes elementos devem ser considerados quando da seleção das propostas. Não é por outra razão que o legislador, ao estabelecer os critérios para a elaboração do projeto básico, no artigo 12 da Lei de Licitações²⁵¹ determinou que fosse considerado o impacto ambiental.

Na aquisição, ou contratação, de objetos a serem utilizados pela Administração, devem ser considerados aspectos como a minimização de impactos desses produtos ou serviços em toda a sua cadeia produtiva e, após, a sua inutilização.

Destarte, pertinente a observação de Marin, Batista e Capitani para quem se faz necessário o estabelecimento de limites na proteção ambiental, incluindo-se os próprios órgãos estatais, como segue:

Para que a sociedade se conserve protegida, é necessário restringir a atividade voluntária dos indivíduos *e da própria sociedade, representada por seus órgãos*. Essa restrição das atividades em atenção às normas é uma necessidade orgânica da sociedade, conhecida pela observação dos fatos²⁵². (grifou-se)

Vários critérios podem ser considerados para a obtenção de um bem que preserva ao máximo o meio ambiente.

²⁴⁹ IN nº 01/2010 – Dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

²⁵⁰ Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a **seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

²⁵¹ Art. 12. Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)[...]VII - impacto ambiental. (grifou-se).

²⁵² MARIN, Jéferson; BATISTA, Ildemar e CAPITANI, Rodrigo. Efetividade normativa e Direito Ambiental: o hiperconsumismo hedonista numa perspectiva sistêmica. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**. Volume 1 – Número 1 – Jan./Jun. 2011. Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 98-99.

É possível citar, a título de exemplo, a eficiência energética na produção de bens, na implantação e coleta de resíduos sólidos, matérias alternativas nas áreas de pavimentação, utilização de produtos biodegradáveis.

A Administração Pública tem responsabilidades também quando exerce o papel de consumidor. Os resultados de compras públicas, levando-se em consideração o desenvolvimento sustentável, é uma diminuição da pressão por recursos naturais, permitindo a sua renovação dentro de seu processo natural.

A implementação da licitação sustentável é a utilização do Poder de compra do Estado como elemento de realização de Justiça Social.

O que se busca é a concretização de comandos estabelecidos na Constituição, como o desenvolvimento sustentável.

O direito ao meio ambiente constitui-se como de terceira geração. A sua tutela constitucional é albergada em vários dispositivos ao longo do seu texto.

José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite assim expressam o seu conteúdo:

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de terceira geração, alicerçado na “fraternidade” ou na “solidariedade”. Nessa categoria, tem-se “direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existência concreta.

[...]

Já se adianta que, ao revés do que se poderia imaginar, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não se esgota no art. 225, *caput*, pois nesse dispositivo está apenas a sede de sua organização como direito autônomo e de caráter genérico – a mãe de todos os direitos ambientais da Constituição brasileira. No decorrer do texto constitucional, tal direito reaparece, ora como direito-reflexo (proteção da saúde, do trabalhador etc.), ora não mais como direito per se, mas como preceito normativo de apoio a ele (p. ex., a função ecológica da propriedade rural, no art. 186, II, já referida).²⁵³

Nesse sentido, o artigo 225 é uma síntese dos dispositivos ambientais insertos na Constituição. A unidade do texto constitucional requer que a compreensão desse dispositivo se realize na consonância dos demais valores estabelecidos, como à proteção à vida e saúde, à salvaguarda de dignidade da pessoa humana e a propriedade considerada sob o novo viés da função social.

²⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. (orgs.) **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

Os direitos fundamentais, por força do parágrafo 2º do artigo 5º da CF/88, tem efeito vinculante e aplicabilidade imediata. Isto gera reflexos no âmbito de sua aplicação, sejam negativos ou sejam positivos. Num sentido positivo que se extrai deles o dever de realização, por parte de todos, de ações no sentido da sua efetivação. Quanto aos órgãos estatais, registra-se a seguinte passagem

De outra parte, destaca-se um sentido positivo, isto é, os órgãos estatais (dentre os quais os Tribunais de Contas) têm a obrigação, o dever, de tudo fazer para concretizar os direitos e garantias fundamentais. E, neste sentido tem-se, nuclearmente, que os atos dos poderes públicos e demais entes, entre eles os Tribunais de Contas, devem tomar os direitos fundamentais como baliza e referencial²⁵⁴.

Na análise das normas, que dizem respeito ao meio ambiente dos entes federativos, a cargo dos TCs, o método de interpretação jurídica ao qual se deve recorrer é o tópicosistemático, isto é, “verdadeiramente a interpretação sistemática, compreendida em novas e realistas bases, é a que se realiza em consonância com aquela rede hierarquizável, máxime na Constituição, tecida de princípios, regras e valores considerados dialeticamente e em conjunto na interação com o intérprete, positivador derradeiro²⁵⁵.”

Assim, a exegese das normas infraconstitucionais deve ser realizada tendo por núcleo os princípios e garantias fundamentais postos na Constituição e o comando de eficácia imediata de que se revestem.

Esta forma de interpretação ilumina a leitura e interpretação das normas infraconstitucionais, na situação concreta sob exame, diante da incidência do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado e permite uma leitura mais alargada do estatuto das licitações para albergar a proteção ambiental na sua exegese.

Note-se que o próprio estatuto das licitações contempla a proteção ambiental, inclusive estabelecendo a obrigatoriedade de observar o impacto ambiental em obras e

²⁵⁴ BERTOLO, Rozangela Motiska. Parecer nº 27/2009. Licitação Sustentável. Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50202:7:1604861591112832::NO>. Acessado dia 12 de setembro de 2011. Complementa a autora: Nesse contexto, o Tribunal de Contas, por estar vinculado aos dispositivos constitucionais que tutelam o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, tem o dever de realizar esse direito e, mais ainda, tem a tarefa de maximizar sua eficácia, e dentre os instrumentos que dispõe está a implementação de licitações sustentáveis. Não se pode deixar de referir que este Tribunal de Contas, no âmbito de suas atividades finalísticas, já inseriu a variável ambiental nos seus procedimentos fiscalizatórios. Isto, tanto incluindo itens a auditar nas auditorias ordinárias, como iniciando auditorias operacionais de cunho ambiental e tendo produzido um manual de auditoria ambiental para orientação destas atividades. Idem.

²⁵⁵ FREITAS, Juarez. **A Interpretação sistemática do direito**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

serviços, bem como enseja o emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias primas existentes no local.

Fixa, neste sentido, restrições pertinentes sob aspectos de natureza sócio-ambiental, sendo de registrar-se que as Leis Federais n^os 8.666/93 e 10.520/02 não estabelecem quaisquer óbices a exigências de ordem sócio-ambientais nos procedimentos licitatórios.

Isto conduz à viabilidade da denominada licitação sustentável diante das garantias e princípios constitucionais, enfatizando nomeadamente o princípio do desenvolvimento sustentável e o princípio da precaução.

Seria uma espécie de contrasenso não se permitir ao Estado a adoção de critérios pertinentes na proteção ambiental nas suas aquisições junto a fornecedores e, em contrapartida, exigir-se que se realize na plenitude o Poder de Polícia em matéria de proteção deste bem.

A capacidade dos Governos, considerados conjuntamente, é incontestável. Ele se reflete de forma direta e indireta na proteção ambiental.

De forma direta, na adoção de critérios sustentáveis na aquisição de bens; já, de forma indireta, pois passará uma mensagem ao mercado que irá se organizar no sentido de estabelecer critérios sustentáveis na sua produção.

No Brasil estima-se que as compras governamentais movimentem cerca de 10% a 15% do PIB nacional²⁵⁶.

As licitações sustentáveis levam em consideração o princípio do desenvolvimento sustentável. Para tanto, os produtos a serem adquiridos devem ter por referência que o menor preço se obtém considerando-se as externalidades negativas no processo produtivo, e que, de uma forma ou de outra, irá ser suportada pela coletividade e não por aquele que lançou o produto no mercado.

Uma observação importante, e que deve ser objeto de consideração na formulação de critérios para a licitação sustentável, é a preservação do caráter competitivo das licitações, conforme se observa na seguinte passagem

É consabida a vedação, pelo estatuto das licitações, de previsão de condições que comprometam ou restrinjam o caráter competitivo da licitação, ou, ainda, que estabeleçam preferências ou distinções ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do competitivo, o que

²⁵⁶ GRAZINOLI, Patrícia. **Licitações Sustentáveis**. Apresentação em power point. Comissão Gestora da A3P do Ministério do Meio Ambiente/MMA. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.montaidEstrutura=36>. Acesso em: 16 de setembro de 2011.

igualmente deve ser atendido na realização das chamadas licitações sustentáveis e para isso se faz necessário o estudo da devida fundamentação com a exaustiva demonstração dos benefícios efetivos e da economicidade de licitações com a inserção variável ambiental no âmbito do Tribunal de Contas e também nos entes fiscalizados²⁵⁷.

Existe uma percepção de que a Lei n 8.666/93, que fixa as normas gerais para as licitações e contratos firmados com recursos públicos, impõe, obrigatoriamente, o menor custo para a administração sem que se leve em conta qualquer outro requisito.

A aplicação cega dessa lei pode e tem levado os órgãos públicos a comprar produtos de baixa qualidade, contratar serviços ou realizar obras que contribuem muitas vezes para a criação de problemas ambientais.²⁵⁸

3.4 A EFICÁCIA DAS NORMAS DE DIREITO AMBIENTAL E A IMPLICAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DE AÇÕES AFIRMATIVAS EM MATÉRIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Konrad Hesse, no seu famoso escrito “A força normativa da constituição”, iniciava afirmando que as questões constitucionais não eram, originariamente, questões jurídicas, mas sim questões políticas, já que em épocas anteriores o desenvolvimento das Constituições demonstrou que as regras jurídicas não se mostravam aptas a controlar de forma efetiva a divisão dos poderes políticos.²⁵⁹

Salientava ainda o jurista alemão que entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma “tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar²⁶⁰”.

Em outro enfoque, Hesse leciona que a preservação da força normativa da Constituição não pode estar assentada em uma estrutura unilateral. Pretendendo preservar a força normativa de seus princípios fundamentais, deve a Constituição incorporar, mediante

²⁵⁷ BERTOLO, Rozangela Motiska. Parecer nº 27/2009. Licitação Sustentável. Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50202:7:1604861591112832::NO>. Acessado dia 12 de setembro de 2011.

²⁵⁸ GRAZINOLI, Patrícia. **Licitações Sustentáveis**. Apresentação em power point. Comissão Gestora da A3P do Ministério do Meio Ambiente/MMA. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.montaidEstrutura=36>. Acesso em: 16 de setembro de 2011.

²⁵⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. In: Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 124.

²⁶⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. In: Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 125. A Constituição jurídica, no que tem de fundamental sucumbe cotidianamente em face da Constituição real.

ponderação, parte da estrutura contrária. Por isso salienta que direitos fundamentais não podem existir sem deveres²⁶¹.

No caso brasileiro, cujos debates acerca da Constituição só vieram três décadas após a Lei Fundamental de Bonn e os escritos de Hesse, urge salientar as resistências enfrentadas pelo sistema, ante o padecimento do país de “patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional”²⁶². Caberia à Constituição e aos seus intérpretes romper com a posição mais retrógrada que mantinham as Cartas Políticas como mero repositório de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata²⁶³.

3.4.1 As normas constitucionais programáticas no novo contexto constitucional

Um ponto de partida inicial da análise das normas programáticas refere-se ao seu caráter jurídico. Uma das grandes mudanças de paradigma, ocorridas ao longo do Séc. XX, foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite a atuação dos poderes públicos.

A conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. E ao Judiciário ou ao Tribunal de Contas não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição²⁶⁴. Nesse sentido, a compreensão de sua eficácia no atual contexto constitucional é fundamental para compreender o campo de atuação dos órgãos de fiscalização.

Este tipo de norma jurídica tem como conteúdo o fim a ser atingido, sem a determinação da conduta a ser realizada. Por esta razão, como preleciona Ferrari²⁶⁵, “fica ao destinatário da norma uma ampla discricionariedade para escolher os meios adequados à persecução do fim determinado. O que não arranha ou diminui a obrigatoriedade de atingi-los”.

²⁶¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. In: Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 134.

²⁶² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. Porto Alegre. V. 28, nº 60, jul./dez, 2004. p. 33.

²⁶³ Idem., p. 33.

²⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. Porto Alegre. V. 28, nº 60, jul./dez, 2004. p. 32.

²⁶⁵ FERRARI, Maria Macedo Nery. Normas Programáticas. In: FERRARI, Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 175.

Ainda, segundo a autora, temos como característica das normas programáticas, o fato de participarem da mesma natureza “de todas as outras que integram um diploma constitucional rígido” com idêntica hierarquia, impedindo que (mesmo diante do incômodo que causam para a realização das políticas públicas) sejam descartadas ou não observadas²⁶⁶.

A Constituição, por si mesma, não pode realizar nada, mas pode impor tarefas, estabelecer metas e criar mecanismos para a superação de resistência à vontade de sua conformação²⁶⁷.

O Estado, então, assume, ao lado de sua função negativa ou defensiva, com a função positiva de assegurar o desenvolvimento da personalidade e intervindo na vida social, econômica e cultural, mediante o planejamento de políticas públicas, de médio e longo prazo²⁶⁸.

É nesse campo que se inserem as políticas em matéria de proteção ambiental. O caráter jurídico-normativo da parte dirigente da Constituição é o grande problema.

No afã de definir as tarefas do Estado, o enunciado das normas constitucionais passa a apresentar certa imprecisão, na medida em que traduzem fins, esquemas genéricos, princípios, programas a serem desenvolvidos e observados, o que pode, como consequência, em certos casos, comprometer a sua eficácia e aplicabilidade, mas é inquestionável que as normas programáticas revelam as tendências socioculturais de uma comunidade estatal, informando a ordem jurídico-positiva, a concepção do Estado, servindo de inspiração para o aplicador do direito²⁶⁹.

Dentro da perspectiva de obrigatoriedade, se atingirem os fins veiculados por estas normas, cita-se a lição de Miozzo²⁷⁰, para quem um dos principais argumentos que se lança contra a possibilidade de demandar em juízo, direitos que exijam condutas ativas do Estado, diz respeito à diferença estrutural entre os direitos clássicos de liberdade, de inspiração liberal e os direitos sociais (estes exigem uma atuação positiva do Estado), típicos das Constituições surgidas a partir de meados do Séc. XX.

²⁶⁶FERRARI, Maria Macedo Nery. Normas Programáticas. In: FERRARI, Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 182.

²⁶⁷ Idem., p. 154.

²⁶⁸ Idem., p. 159.

²⁶⁹ FERRARI, Maria Macedo Nery. Normas Programáticas. In: FERRARI, Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 171.

²⁷⁰ MIOZZO, Pablo Castro. **A Dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, 2009. p. 77-78.

Todavia, a divisão dos direitos fundamentais em dimensões, prende-se ao fato de melhor ser explicitada a matéria do que uma real diferença entre a natureza desses direitos. Todos são direitos fundamentais.

Aliás, para Queirós²⁷¹, ao não existir uma diferenciação de natureza entre os diferentes tipos de direitos fundamentais, cai por terra a tese da inexigibilidade intrínseca dos direitos fundamentais sociais, bem como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de terceira dimensão.

Uma das críticas à possibilidade de judicialização das normas deste *jaez* toma por base a teoria da separação de poderes. Todavia, a teoria da separação dos poderes originou-se num determinado momento histórico.

Com surgimento do Estado Social, que não existia na época dessa formulação teórica, houve um deslocamento do foco de tensão do Legislativo para o Executivo. É o que se tem demonstrado ao longo deste trabalho.

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

As transformações ocorridas a partir da formulação inicial da teoria da separação dos poderes não passaram despercebidas para Almiro do Couto e Silva²⁷², para quem o Estado Liberal assumia a feição de Estado Social, já que busca propiciar uma série de benefícios e vantagens para a comunidade estatal.

Por esta razão, a análise da separação dos poderes tem que ser recontextualizada, sendo mister que se questione a respeito do seu papel e, conseqüentemente, da função dos “três poderes”, dentro da ideia de Estado Democrático de Direito no Brasil, a partir da mutação sofrida pela “aplicação” da teoria ao longo da história, conforme Miozzo²⁷³.

Para Steinmetz²⁷⁴, houve quem visse na aplicação do princípio da proporcionalidade uma ameaça ao princípio da separação dos poderes, mais precisamente, uma ameaça ao equilíbrio entre o Poder Legislativo e ao Poder Judiciário. O exame da proporcionalidade,

²⁷¹ QUEIROS, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais – Funções, âmbito, questões interpretativas e problemas de justicialidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

²⁷² SILVA, Almiro do Couto e. **Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo**. Revista da PGE/RS. Cadernos de Direito Público. N. 57. Dezembro, 2003, p. 19.

²⁷³ MIOZZO, Pablo Castro. **A Dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, 2009. p. 129.

²⁷⁴ STEINMETZ, Wilson. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001. p. 194.

pelo Judiciário, das intervenções legislativas nos direitos fundamentais acarretaria o enfraquecimento do poder legislativo, poder democrático legítimo, e poderia, no limite, resultar em um “Estado de Juízes” ou “governo de juízes”.

Ainda, na concepção de Steinmetz²⁷⁵, “não se pode invocar a separação dos poderes para deixar em aberto a possibilidade de os direitos fundamentais ficarem à livre disposição do legislador”. E, adiante, reforça o eminente autor que “o legislador também está vinculado à Constituição e, por conseguinte, aos direitos fundamentais.”. É diante desse novo panorama que devem ser analisadas as normas programáticas.

Na devida compreensão da efetividade das normas programáticas, faz-se necessária uma breve análise do que sejam princípios e regras, especialmente em razão de que essas normas se encontram veiculadas visando aos fins a serem alcançados.

Aliás, é nesse sentido que José Afonso da Silva²⁷⁶ afirma que são “programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos”, nos quais obviamente estão incluídos o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, visando realizar os fins sociais do Estado.

Princípios constitucionais guardam as estimações fundamentais da ordem jurídica, condensam bens e valores considerados fundamentos de validade do sistema jurídico. Possuem um papel fundamental, haja vista sua função ordenadora ser de ação imediata, na medida em que tenham condições de serem auto-executáveis, exercendo, ainda, ações no plano integrativo e construtivo como no essencialmente prospectivo, sendo função preponderante a de servir como critério interpretativo para as demais normas.

Os princípios constitucionais são verdadeiros alicerces e proposições lógicas, na estruturação de um sistema constitucional. Para Paulo Bonavides os princípios “são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”²⁷⁷.

Ana Paula de Barcellos aduz que os princípios dividem-se em dois grupos: o primeiro grupo congrega os princípios que descrevem efeitos relativamente indeterminados, cujo conteúdo, em geral, é a promoção de fins ideais, valores ou metas políticas. E essa indeterminação, ainda que relativa, decorre de a compreensão integral do princípio depender

²⁷⁵ STEINMETZ, Wilson. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001. p. 194-196.

²⁷⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 138.

²⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 229.

de concepções valorativas, filosóficas, morais e/ou de opções ideológicas²⁷⁸. O segundo grupo também pretende produzir efeitos associados a metas valorativas ou políticas, assim como acontece com o primeiro, mas os fins aqui descritos são determinados, o que aparentemente os aproximaria das regras.

A dificuldade, porém, é que a identificação das condutas necessárias e exigíveis para a realização dos efeitos desses princípios não depende apenas da complexidade do próprio efeito e/ou da variedade de circunstâncias fáticas sobre as quais ele incide, como nas regras. Por conta da natureza do efeito pretendido, não se trata apenas de empreender um raciocínio lógico-jurídico para apurar as condutas exigíveis; cuida-se, diversamente, de escolher entre diferentes condutas possíveis a partir de distintas posições políticas, ideológicas e valorativas. Se há um caminho que liga o efeito às condutas no caso das regras, há uma variedade de caminhos que podem ligar o efeito do princípio a diferentes condutas, sendo que o critério que vai definir qual dos caminhos escolher não é exclusivamente jurídico ou lógico²⁷⁹.

Conclui a autora que os princípios diferenciam-se das regras porque (i) seus efeitos são indeterminados a partir de certo ponto, ao contrário das regras, e/ou porque (ii) os meios para atingir os efeitos pretendidos pelo princípio (mesmo que estes sejam definidos) são múltiplos. Já as regras são enunciados que estabelecem, desde logo, os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, efeitos determinados e específicos²⁸⁰.

Figueiredo Dias igualmente assevera o papel exercido pelos princípios do direito ambiental enquanto orientadores do “direito” e da “política” do meio ambiente, porquanto operam de forma vinculativa a todas as entidades públicas e privadas, tem influenciando na interpretação das leis ordinárias e na integração de suas lacunas nos casos de submissão ao Poder Judiciário. Ainda no aspecto administrativo, tais princípios “devem ser considerados como critérios de decisão da Administração” diretamente vinculantes inclusive com natureza de garantias²⁸¹.

Humberto Ávila²⁸² assevera que a distinção e adequada aplicação dos princípios e regras prende-se ao fato de haver uma necessidade de controle intersubjetivo da argumentação. A segurança nas relações jurídicas é um elemento da própria existência de um

²⁷⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008. p. 63.

²⁷⁹ Idem., p. 64.

²⁸⁰ Idem., p. 61.

²⁸¹ DIAS, José Eduardo Figueiredo Dias. **Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente**. Cadernos CEDOUA. 2 Ed., Coimbra: Almedina, 2007. p. 18.

²⁸² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, alguma previsibilidade o sistema há de manter, sob pena de as decisões judiciais caracterizarem-se como meras exteriorizações da vontade de quem detém o Poder em determinado momento. Ademais, como bem assevera Barroso²⁸³, a legitimidade de uma decisão judicial caracteriza-se pelos elementos de argumentação e aderência ao ordenamento jurídico.

E argumenta o autor que para uma norma ser qualificada como princípio não é necessário ser construída a partir de um dispositivo exteriorizado por uma hipótese normativa pretensamente determinada. De um lado, em qualquer norma, mesmo havendo uma hipótese seguida de uma consequência, há referência a fins. Enfim, o qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética²⁸⁴.

Vale dizer: a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método tudo ou nada de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas suas consequências, de um processo prévio – e, por vezes, longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas. **Nesse sentido, após a interpretação diante de circunstâncias específicas (ato de aplicação), tanto as regras como os princípios, em vez de se extremarem, se aproximam.**²⁸⁵ (grifou-se)

Com efeito, a ponderação, o sopesamento, não é método privativo de aplicação dos princípios. Também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática, no caso de regras²⁸⁶.

A dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica, como comprovam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o sentido das regras em função dos valores e fins que elas visam a resguardar. As interpretações extensivas e restritivas são exemplos disso²⁸⁷.

Portanto, o que se deve ter presente para fins de controle é que as normas programáticas são normas jurídicas como as demais normas do ordenamento e deve ser concretizado o seu comando a fim de se realizar as tarefas a cargo do Estado, o que poderá ser objeto de aferição pelos Órgãos de fiscalização e controle.

²⁸³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. **Revista da Procuradoria Geral do Estado – RS**. V. 28, n.60 – julho/dez, 2004. p. 27-65.

²⁸⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009. p. 43.

²⁸⁵ Idem., p.48.

²⁸⁶ Idem., p. 52.

²⁸⁷ Idem., p. 59.

3.5 O DEVER DE CONTROLE NO DESENVOLVIMENTO E EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA AMBIENTAL

Os temas até agora abordados neste capítulo, como o panorama da crise ambiental, a imbricada relação entre meio ambiente e as relações de consumo, a responsabilidade do Estado enquanto consumidor e o atual estágio de compreensão das normas programáticas no contexto constitucional como um comando para a realização de tarefas públicas por parte do Estado, serve como um pano de fundo para o tema que se passa a abordar, que é o das Políticas Públicas como um dever, bem como o que irá constituir o próximo Capítulo – o da Tutela Inibitória.

3.5.1 A participação na formulação de políticas públicas como forma de assegurar uma democracia substancial e os organismos que congregam as Entidades de Fiscalização Superior (EFS)

A tutela constitucional do meio ambiente ao mesmo tempo em que possui uma dimensão negativa, associada ao *non facere*, é um comando de ação para o Estado na realização das tarefas públicas de proteção.

Possui uma legitimação ampla para a sua proteção, consubstanciado no artigo 225, quando refere “todos” e reconhece o direito ao meio ambiente equilibrado.

A obrigação de defendê-lo não é só do Poder Público, também compete à *coletividade*.

Necessário ter presente, para dar sequência ao tema, o que são Políticas Públicas. Para tanto, traz-se a colação uma definição de Rizzo Junior que bem apanha a questão

[...] são microsistemas de Direito, integrados entre si, que obrigam, ao mesmo tempo, o legislador, o administrador, o juiz e a própria sociedade a concretizar princípios e programas, explícita ou implicitamente contidos no texto constitucional, para a efetiva legitimação de aspirações resultantes de projetos sociais ideológicos. Eles são a cristalização e a efetiva concretização de uma verdadeira realização do Estado. Nesse aspecto, a Constituição passa a ser considerada muito mais como estatuto político do que jurídico, já que determina fins capazes de transformar e moldar o Estado, não se limitando a fixar um estatuto organizatório de competências, limites e declarações abstratas de garantias e direitos fundamentais.²⁸⁸

²⁸⁸ RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle Social Efetivo das Políticas Públicas**. Tese de Doutorado. USP. São Paulo: 2009. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 08 de junho de 2011, p. 104

Num outro enfoque preleciona Guareschi que Políticas Públicas são “o conjunto de ações coletivas voltadas para a garantia dos direitos sociais, configurando um compromisso público que visa dar conta de determinada demanda, em diversas áreas”.²⁸⁹

Não há democracia forte sem participação. Por esta razão, a legitimidade de qualquer Administração Pública, dentro de um regime democrático, pressupõe o permanente fomento à participação através de mecanismos em que ela possa ser exercida, como audiências públicas, plebiscitos, dentre outras.

A participação popular na gestão e no controle da Administração Pública é um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e dado essencial distintivo entre o Estado de Direito Democrático e o Estado de Direito Social, pela diminuição da distância entre sociedade e Estado.

Ambos constituem partes de um todo. “Sua formulação repousa sobre uma verdadeira ideologia de participação do Administrado nas funções administrativas para a legitimidade dos atos da Administração Pública. Uma Administração Pública eficaz, democrática e participada é exigência natural do Estado de Direito”²⁹⁰.

Vários textos legislativos estabelecem regras para a participação, como é o caso do Estatuto das Cidades, quando trata das audiências públicas, da Lei de Responsabilidade Fiscal na formulação dos orçamentos²⁹¹. Todavia, cabe aos Governos possibilitar e fomentar a participação de uma maneira mais efetiva, assegurando ambientes adequados de participação, planejamento e eficiência na condução de reuniões e audiências. Veja-se que a transparência requer a efetiva participação. E, dentre os dispositivos que a disciplinam, se sobressai o inciso I, do parágrafo único do artigo 48 da LRF, que reza: “Art. 48 - Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante: I – incentivo à participação popular e

²⁸⁹ GUARESCHI, Neuza; *et al.* **Problematizando as praticas psicológicas no modo de entender a violência.**In.**Violência, gênero e políticas publicas.** In: STREY, Marlene N, AZAMBUJA, Mariana P.R., JAEGER, Fernanda P. **Violência, Gênero e Políticas Públicas.** Porto Alegre: Editora EDIPUCRS, 2004. p. 180.

²⁹⁰ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular.** São Paulo: Saraiva, 2004. p. 296.

²⁹¹ A Lei Complementar 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal), no Capítulo IX, disciplina a transparência, controle e fiscalização da Administração Pública. , conforme segue:

Seção I. Da Transparência da Gestão Fiscal

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante: (Redação dada pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;”.

No desenvolvimento de políticas ambientais, a participação torna-se extremamente relevante na medida em que há a necessidade de contribuição e de escolhas de toda a sociedade. A solução para a crise ambiental virá do conjunto da sociedade, incluindo-se uma ação conjunta de todos os seus órgãos e de cada cidadão.

Nesse sentido, os órgãos superiores de controle na atuação do controle externo – OLACEFS²⁹² E INTOSAI²⁹³- tem instado todos os organismos a ele vinculados a exigirem uma atuação dos Governos no sentido de adotarem políticas públicas voltadas para a proteção ambiental. *E como organismos centrais, que congregam as melhores práticas a partir das experiências locais, procuram difundir-las como forma de um aprimoramento das ações administrativas.*

Dentro das OLACEFS foi constituída uma comissão técnica especial do meio ambiente:

La Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores OLACEFS-, constituyó en 1998 la Comisión Técnica Especial del Medio Ambiente INTOSAI - OLACEFS; integrada en este entonces por Brasil, Chile, Colombia, Honduras, Perú y Venezuela; cuyo objetivo es propiciar una ejecución de auditorías con un enfoque ambiental por las EFS miembros de la OLACEFS.²⁹⁴

O que se busca é o desenvolvimento de Auditorias na Área Ambiental de forma uniforme, entre os entes que integram a OLACEFS, como forma de dividir o conhecimento científico, integrar e distribuir as boas práticas na Defesa do Meio Ambiente através de um órgão centralizador de informações e apolítico. O fomento da atuação na área ambiental irá propiciar uma efetiva fiscalização e controle de forma preventiva, difundindo na América Latina e no mundo uma Cultura de Proteção e Educação Ambiental, única forma de realmente obter-se resultados positivos nessa seara.

²⁹² A Organização Latino-Americana e do Caribe de Fiscalização Superiores (OLACEFS) é uma organização internacional, autônoma, independente, apolítica e permanente. Seus objetivos são os seguintes: Realizar investigação científica; Desenvolver a formação, estudo e especialização; Prestar assessoria técnica, assistência e coordenação para o EFS da América Latina e no Caribe. Disponível em: <http://www.intosai.org>. Acesso dia 06-09-2011.

²⁹³ A Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Intosai, em inglês) foi fundada em 1953 por 34 países, entre eles o Brasil. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/relacoes_institucionais/relacoes_internacionais/organizacoes_internacionais/Not%C3%ADcia%20-%20Conhe%C3%A7a%20a%20Intosai.pdf. Acesso dia 15 de setembro de 2011.

²⁹⁴ Disponível em: <http://www.olacefs.net/?cat=1006>. Acessado dia 06/09/2011.

O objetivo geral do COMTEMA²⁹⁵ é que sirva de referência em temas de controle de gestão ambiental para todas as EFS²⁹⁶ da OLACEFS. E isso se alcança a partir do desenvolvimento de políticas públicas aplicadas a gestão do ambiente. É a partir do desenvolvimento da ciência e da revisão dos padrões estabelecidos que se alcançará as melhores práticas a serem desenvolvidas.

Dentro dos objetivos específicos percebe-se a efetiva utilidade e possibilidade de atuação das entidades de controle no campo ambiental.²⁹⁷

Um ponto extremamente positivo no desenvolvimento dos temas em matéria ambiental de forma conjunta entre os entes de fiscalização e controle é a possibilidade de uma atuação efetiva em áreas que dizem respeito a mais de um país - áreas trans-fronteiriças. O meio ambiente não reconhece os limites geográficos impostos pelas sociedades na sua evolução e desenvolvimento. O conceito de nação, que possui como um de seus elementos o território próprio é algo totalmente alheio a questão ambiental. De forma que para uma efetiva ação de proteção, o desenvolvimento conjunto de equipes de trabalho por mais de um integrante da OLACEFS é extremamente profícuo e necessário.

A partir do estabelecimento de procedimentos de auditoria para questões de políticas públicas em matérias ambientais específicas e a definição ou a seleção de métodos, indicadores, modelos, técnicas de comparação e cobrança, provas, avaliação e monitoramento os resultados das auditorias, chegar-se-á a resultados positivos.

A preocupação com meio ambiente também foi objeto de posicionamento da OLACEFS, na XIX Assembleia Geral Ordinária da Organização Latinoamericana e do Caribe de Entidade de Fiscalização Superior, em outubro de 2009, originando uma declaração voltada para a forma como devem atuar em relação aos organismos vinculados²⁹⁸.

²⁹⁵ Comissão Técnica do Meio Ambiente

²⁹⁶ Entidades de Fiscalização Superior.

²⁹⁷ Objetivos Específicos

1. Desarrollar auditorías ambientales en cooperación entre los países miembros de OLACEFS.
2. Elaborar material de referencia para la ejecución de auditorías ambientales.
3. Implementar actividades de entrenamiento y capacitación en las EFS.
4. Fortalecer los mecanismos de intercambio de información entre las EFS.
5. Promover la asistencia y cooperación técnica y financiera a partir de fuentes externas

Fonte: <http://www.olacefs.net/uploaded/content/category/788881202.pdf>. Acessado em 06 de junho de 2011.

²⁹⁸ **LA XIX ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA DE LA ORGANIZACIÓN LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (OLACEFS), REUNIDA EN LA CIUDAD DE ASUNCIÓN, PARAGUAY CONSIDERANDO**

Que el tema de los desafíos de las EFS ante el cambio climático y el desarrollo energético en el marco del medio ambiente y el desarrollo sustentable siempre ha estado presente como una de las preocupaciones y temas de interés común, dada la relevancia que esta materia ha adquirido en el mundo y su reconocimiento por parte de las EFS de la región, en atención a que los recursos naturales son parte del patrimonio de las Naciones.

CONSIDERANDO

Na esteira desses posicionamentos Paulo Afonso Leme Machado²⁹⁹ propugna a realização de auditoria ambiental para exame e avaliação periódica ou ocasional do comportamento de uma empresa em relação ao meio ambiente. Ora, esse comportamento pode ser aferido quando da relação desta empresa com o Estado, seja através de fornecimento de bens, seja através de subsídios e vantagens recebidas de algum órgão público. A maior vantagem para a administração, ao contratar com particulares, deve levar em conta o dano ambiental através do estabelecimento de critérios objetivos de verificação.

A Declaração de Johannesburg/2002 afirma que:

Para conseguirmos nossos objetivos de desenvolvimento sustentado temos necessidade de instituições internacionais e multilaterais mais efetivas, democráticas e que *prestem contas*.
[...]

Paulo Afonso Leme Machado assim interpreta o texto acima:

Os Estados passam a ter responsabilidade em exercer um controle que dê bons resultados, e devem ser responsáveis pela ineficiência na implementação de sua legislação. A co-responsabilidade dos Estados deverá atingir seus agentes políticos e funcionários, para evitar que os custos da ineficiência ou das infrações recaiam sobre a população contribuinte, e não sobre os autores dos danos ambientais. A democracia na gestão ambiental abre espaço para a efetividade da participação. A *prestação de contas*, que já se vê introduzida no mundo anglo saxão, pela

Que es de suma urgencia que nuestras EFS emitan un pronunciamiento con el propósito de adquirir de manera precisa el compromiso no sólo en la revisión de la normativa en el tema, sino también a crear la instancia o el órgano capaz de fiscalizar los diferentes componentes incluyendo el cumplimiento de los planes y programas desarrollados por los diferentes gobiernos en atención a su política pública en esa materia.

POR TANTO, DECLARAN:

1. Que las EFS deben incentivar y motivar a los gobiernos de los países miembros de la OLACEFS para que den prioridad dentro de sus planes de gobierno al tema ambiental, afrontándolo con responsabilidad y con un enfoque de desarrollo sustentable, tomando en consideración el cambio climático y las energías alternativas, con el propósito de mejorar las condiciones de vida de la población.
2. Las EFS se comprometen a impulsar campañas masivas de sensibilización y divulgación sobre la relevancia del tema ambiental.
3. Que las EFS se comprometen a fortalecer los procesos de fiscalización y control de las políticas públicas y normas establecidas sobre el tema ambiental en cada país miembro y hacer que se cumplan de manera económica, eficiente y efectiva y así alcanzar los resultados esperados.
4. Las EFS se comprometen a crear dentro de su estructura orgánica la unidad correspondiente para el tema ambiental o bien reforzar las ya existentes, incorporando personal especializado para tal efecto.
5. Los avances de las políticas y estrategias a este respecto serán comunicadas por cualquier medio y en el portal Web de la OLACEFS se creará un apartado especial para la incorporación de todas las declaraciones y compromisos adquiridos por las EFS miembros sobre el tema ambiental.
6. La presente Declaración no somete a ninguno de los países miembros a ninguna situación que no esté enmarcada dentro de la legislación y normativa de su país.

DADA EN LA CIUDAD DE ASUNCIÓN, PARAGUAY, EL 8 DE OCTUBRE DELAÑO 2009.

Disponível no site www.olacefs.net. Acessado em 05 de novembro de 2009.

²⁹⁹ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Editora Malheiros. 17. ed. 2009. p. 302.

expressão *accountable*, deverá ser traduzida pela aplicação dos princípios da motivação convincente, ampla e contínua, publicidade, razoabilidade e proporcionalidade.³⁰⁰

O conceito de prestação de contas inserido no texto constitucional³⁰¹, e cuja incumbência para o controle cabe aos Tribunais de Contas, como já se teve a oportunidade de ver, vai além da mera verificação da contabilidade das entidades públicas. Abrange, por expressa disposição constitucional, a legitimidade e economicidade dos gastos públicos.

O objeto de atuação direta dos TCs, no que se refere a contratação de obras públicas, diz respeito aos seguintes fatores, dentre outros:

- Se foi respeitada a disposição do parágrafo 1º do art. 2º da Resolução Conama nº 237/97, para aqueles empreendimentos que se enquadrem nesta exigência;
- Se o empreendimento está licenciado;
- Se foi realizado o Estudo Prévio de Impacto Ambiental para aqueles empreendimentos causadores de significativa degradação ambiental;
- Se as medidas mitigadoras estão sendo tomadas, naqueles empreendimentos sujeitos a EIA/RIMA e licenciados.

Vê-se, pois, que a participação em matéria de desenvolvimento e execução de políticas públicas, em especial na formulação dos orçamentos, é algo que deve ser fomentado e aperfeiçoado a fim de se alcançar uma cultura democrática inclusiva, aproximando o Estado da sociedade e envolvendo todos os organismos a quem cabe a atuar nessa área.

3.5.2 Os desafios na formulação de políticas públicas em matéria ambiental

Há que se ter sempre presente que, embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas³⁰². E, como já se teve a oportunidade de ver, tais tarefas devem ser objeto de realização, pois decorrem de normas jurídicas aplicáveis.

Uma Constituição deve ser vista como um todo harmônico. Não há antinomias no seu conteúdo originário. É um instrumento cujos efeitos incidem sobre o presente, mas projetam-se para o futuro, através das normas programáticas, impondo tarefas a serem executadas, bem como fins e diretrizes que devem ser cumpridos pelo Estado e pela

³⁰⁰ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17 ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 109.

³⁰¹ Art. 70, parágrafo único.

³⁰² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre:Ed. Sérgio Fabris, 1991. p. 19.

sociedade. O meio ambiente é um dever de ambos. A sociedade também possui dever de proteger e preservar o ambiente. Todo esse conjunto de valores que se extrai de uma constituição serve de base para a transformação social e de fundamento para a realização de políticas públicas.

No atual estágio de desenvolvimento social e das instituições democráticas, é atribuição dos Tribunais de Contas o exame dessas políticas a fim de se promover um desenvolvimento sustentável. A tripartição dos poderes na forma preconizada por Montesquieu era dirigida a outra forma de constituição do Estado e voltava-se contra o absolutismo. Sequer levava em consideração a dimensão social do Estado o que se deu a partir da Revolução Industrial.

O que dizer então em relação as demais dimensões? Vê-se, pois, que a complexidade tomada pelo Estado não era objeto de consideração quando da formulação inicial da teoria.

Dentro do campo de atuação em termos de realização de políticas públicas está-se diante da concepção clássica de Relação de Administração tão bem concebida pelo Mestre Ruy Cirne Lima, para quem a relação de administração é “Relação Jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente. [...] Na administração, o dever e a finalidade são predominantes”³⁰³.

Portanto, não se trata de mera faculdade, mas sim de um dever na promoção e realização dessas tarefas.

Forsthoff ressalta a complexidade das tarefas a serem realizadas pelo Estado e o grau de dificuldade na sua realização decorrente de conflitos de interesses entre particulares e o interesse geral. A par desse conflito, criam-se resistências na implementação de ações que parecem ser fruto de um consenso geral³⁰⁴.

³⁰³ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987. p. 51-52.

³⁰⁴ Nas palavras do autor: “**Pelo princípio democrático seria imperiosa a aceitação de que as chances de realização de um interesse é tanto maior, quanto mais numerosos forem aqueles que tiverem participação neste interesse, e que precisem ter uma garantia certa na sua breve realização. No entanto, esta obviedade é desmentida pela realidade. Um exemplo sobre isto é a exigência à manutenção da pureza das águas e do ar. Há anos esse interesse é levantado e, naturalmente, um interesse de todos. Portanto, é um interesse que o Estado deve fazer seu próprio, uma vez que se responsabiliza pelo bem-estar de todos e – na atual situação, em que se encontra o relacionamento Estado e Sociedade – deve o Estado tomar para si exatamente aquele interesse que não motiva o particular executar. Está na natureza da coisa, que um interesse geral entre em contradição com interesses particulares. Então, tudo depende de com que força política se organizam os representantes de interesses particulares que resistem à realização do interesse geral. Assim, pode-se explicar o descuido na tão requerida precaução na manutenção da limpeza do ar e das águas.**”
E. Forsthoff, *Der Staat*, cit., p. 25-26. Apud DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**, p. 178.

Para Ost³⁰⁵, existe uma necessidade de se repensar a relação com a natureza. As políticas públicas devem ser pensadas a partir de novas bases. Trata-se de uma crise do *vínculo* e do *limite*. Já não se consegue discernir o que nos liga ao animal, ao que tem vida, à natureza; crise do limite: já não se consegue discernir o que dele nos distingue. A nossa época perdeu, pelo menos depois da modernidade, o sentido do vínculo e do limite das suas relações com a natureza. A natureza é tida como objeto ou como sujeito.

Nesse contexto, o homem é dono e senhor da natureza. Está no centro. Há uma separação entre homem e natureza. Contudo, muitas vezes há a reificação do próprio homem.

A necessidade de planeamento e de estruturação de políticas públicas acentua-se diante da forma como são estruturados os órgãos de deliberação e execução da política ambiental.

O Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA é composto por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como as fundações públicas responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental. A sua criação decorreu da necessidade de se estabelecer uma rede de agências governamentais a fim de realizarem a implementação da Política Nacional do Meio Ambiente.

A lei n. 6938/81 estabelece o Sistema Nacional de Meio Ambiente (Sisnama) e o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), único conselho com poder de legislar. A Política, além de objetivar a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental, visa também assegurar o desenvolvimento econômico, mas com racionalidade de uso dos recursos naturais. Foi um grande avanço, principalmente numa época onde a visão que existia era a de desenvolvimento a qualquer preço. Quando a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, essa lei foi a única a ser recepcionada na íntegra. Por outro lado, sua efetivação foi construída aos poucos³⁰⁶.

O Presidente da República dispõe de um Conselho de Governo que o assessora na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e recursos ambientais. Na esfera federal, o órgão encarregado da gestão ambiental é o Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal, competindo-lhe planejar e elaborar a política de meio ambiente no País, acompanhando, supervisionando e controlando as ações a ele relativas, bem como a implementar acordos internacionais nesta área, cabendo a execução

³⁰⁵ OST, François. **A natureza à margem da lei – Ecologia à prova do direito**. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 10.

³⁰⁶ Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/institucional/historico>. Acessado dia 15 de setembro de 2011.

da política e programas ambientais ao Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA.

Estados e Municípios, mediante órgãos ou entidades, observadas as normas federais, poderão elaborar normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, em conformidade com o estabelecido pelo Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA, que é órgão consultor e deliberativo.

A existência de órgãos governamentais responsáveis pela Gestão Ambiental é um primeiro passo no caminho da prevenção de danos. Todavia, devem ser estruturados, com pessoal, equipamentos e recursos suficientes para o exercício de seu mister. Do mesmo pensamento comunga o Ministro Fernando Gonçalves do Tribunal de Contas da União - TCU, para quem é “imprescindível que tais órgãos tenham suas atuações acompanhadas e fiscalizadas para uma boa utilização dos meios e recursos a ele confiados, no cumprimento de suas missões institucionais”³⁰⁷.

A competência na formulação de políticas ambientais é exclusiva do Gestor. Todavia, cabe aos Tribunais de Contas, não como faculdade, mas como dever, o controle da eficiência e eficácia destas políticas glosando as contas de gestão no caso de má aplicação, recomendado sua modificação ou otimização. Ademais, os resultados dessas ações, constantes de relatório e recomendações, decorrentes de auditorias operacionais e de auditorias de conformidade em matéria ambiental, deverão ser considerados pelos órgãos responsáveis na formulação e execução de políticas do meio ambiente.

As ações realizadas pelo Controle Externo, dada a excelência de seus resultados e a qualificação dos profissionais envolvidos, incidirão na gestão dos jurisdicionados. Também poderão ser objeto de base para a atuação de outros órgãos, entidades ou particulares na defesa e proteção ambiental. Cita-se, guisa de exemplo, o Ministério Público e os demais legitimados no ingresso da Ação Civil Pública, a Ação por Improbidade Administrativa, a Ação Popular cujo ingresso cabe a qualquer cidadão.

Ademais, a adoção de medidas por parte deste Órgão de controle não requer que esteja sendo executada alguma política pública voltada para a proteção ambiental. A ausência de ação também é objeto de controle, na medida em que o Gestor, neste campo, possui discricionariedade para as escolhas a adotar, mas há que adotar alguma ação de proteção. A omissão é tão ou mais nociva que a ação mal planejada.

³⁰⁷ GONÇALVES, Fernando. Papel e responsabilidades do Tribunal de Contas da União na auditoria do meio ambiente. Brasília: Revista do Tribunal de Contas da União n. 66, 1997. p. 24.

A ação de controle deve voltar-se a atuação do poder público. Já não basta a conscientização do povo, é preciso que se conscientize, sobretudo, o próprio Poder Público. É preciso que ele não exerça o papel de degradar o ambiente e, infelizmente, ele exerce. E com muito mais força que qualquer cidadão. Um cidadão pode poluir um riacho. O Poder Público pode acabar com a Floresta Amazônica. A desproporção do poder de agressão que tem o Poder Público, em face do particular, realmente é imensa. Não basta promover a consciência privada se também não estiver instaurada a consciência pública³⁰⁸.

Em que pesem as críticas formuladas a respeito da fragilidade do Estado diante das grandes corporações internacionais, o Poder Público desempenha importante papel na regulação de suas próprias atividades, no planejamento, ordenamento, incentivo e repressão das atividades antrópicas que potencialmente podem afetar os bens ambientais. Este papel cabe e deve ser executado pelo próprio Estado.

De outro lado, não se pode desconsiderar a perspectiva brasileira na comunidade internacional. Como país em desenvolvimento, cada vez ganhando mais espaço no cenário internacional, o Brasil tem recorrido aos órgãos de financiamento internacional, especialmente o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento - BIRD, para implementação de programas e projetos. Por decorrência das pressões exercidas, notadamente de organizações ambientalistas não governamentais, já fazem parte dos contratos de financiamento a perspectiva ecológica dos projetos financiados e, mais ainda, medidas minimizadoras e compensatórias dos impostos negativos causados³⁰⁹.

O espectro de atuação dos TCs é bastante abrangente, e, como já dito, trata-se de dever e não de mera faculdade. Abrange o dever de fiscalizar os entes públicos – assim como todos aqueles que utilizam de recursos públicos-, sob os variados aspectos de sua competência constitucional, visando à perfeita atuação daqueles na proteção ao meio ambiente. Desta maneira, estão abrangidos dentro deste controle específico a gestão ambiental pública (os órgãos de fiscalização do meio ambiente); os planos e programas governamentais; a Política Nacional do Meio Ambiente, as empresas públicas; e a compatibilização ambiental na gestão dos recursos públicos, dentre outros. Portanto, é fácil de constatar a importância do papel a ser desempenhado pelos TCs. Não há dúvidas, na medida em que pode atuar de forma preventiva, inibindo a ocorrência de danos e determinando alterações nas políticas a serem implementadas, porque é o principal Órgão de defesa ambiental.

³⁰⁸ FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil por dano ecológico. **Revista de Direito Público**. São Paulo, v. 49-50, 1979. p.34-41.

³⁰⁹ CORREA, Eliseu de Moraes. **Manual de Auditoria Ambiental**: guia básico no âmbito dos Tribunais de Contas. Curitiba, 1997. p. 8-17.

A competência desses Órgãos para a atuação ambiental decorre diretamente da Constituição Federal. Cabe a fiscalização ambiental, mediante o julgamento das contas anuais dos gestores públicos e a realização de auditorias nos órgãos federais responsáveis pela gestão ambiental no País³¹⁰.

O Tribunal de Contas da União editou a Portaria TCU n° 383, de 05 de agosto de 1998, sobre a Estratégia de Atuação para o Controle da Gestão Ambiental, resultante da implementação do Projeto de Desenvolvimento da Fiscalização Ambiental - PDFA no âmbito daquela Corte.

Fiscalização ambiental, para os fins dessa Portaria, engloba as auditorias, inspeções, levantamentos e acompanhamentos que tenham por objeto a análise da gestão ambiental. O art. 3º, assim dispõe:

O controle da gestão ambiental será efetuado:

I - por meio da fiscalização ambiental de:

a) ações executadas por órgãos e entidades do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA;

b) políticas e programas de desenvolvimento que potencial ou efetivamente causem degradação ambiental;

II - por meio da inserção do aspecto ambiental na fiscalização de:

a) políticas e programas de desenvolvimento que potencial ou efetivamente causem degradação ambiental;

b) projetos e atividades que potencial ou efetivamente causem impactos negativos diretos ao meio ambiente;

III - por meio da inserção do aspecto ambiental nos processos de tomadas e prestações de contas de órgãos e entidades:

a) integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA;

b) responsáveis pelas políticas, programas, projetos e atividades a que se refere o inciso anterior.

Todavia, uma das grandes dificuldades na implementação de políticas públicas, a respeito das mudanças climáticas, diz respeito à dificuldade ou insuficiência de informações seguras de que medidas adotar. Não se dispõe de uma análise bem desenvolvida das inovações políticas que precisam ser introduzidas para que nossas aspirações à limitação do aquecimento global se materializem³¹¹.

Outro ponto que deve ser levado em consideração é a clareza na formulação de políticas de gestão ambiental, como segue

³¹⁰ GONÇALVES, Fernando. Papel e responsabilidades do Tribunal de Contas da União na auditoria do meio ambiente. Brasília: **Revista do Tribunal de Contas da União** n. 66, p. 24-29, 1997. p. 29.

³¹¹ GIDDENS, Anthony. **A Política da Mudança Global**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 22.

El contenido de la política ambiental y la manera de formularla varían grandemente de un país a otro. En muchos países, es conveniente formular la política de manera mucho más clara, debido a los gobiernos no siempre identifican los instrumentos que han de usar, las metas que deben lograr en los años especificados, o la forma en que los logros serán supervisados o informados. El riesgo de una política poco clara es que puede que las entidades responsables no se involucren suficientemente. Las autoridades apropiadas son responsables de la formulación de políticas claras y de la disponibilidad y calidad de la información. Las EFS pueden hacer de estos puntos metas de sus auditorías con lo cual estimulan a los gobiernos para que mejoren la rendición de cuentas y la claridad de sus políticas.³¹²

Dentro da explanação a respeito da evolução histórica e das competências exercidas pelos Tribunais de Contas, no Capítulo 1, constatou-se que se trata de Órgão de controle externo da execução financeiro-orçamentária da Administração Pública. De início, incumbia aos TCs o controle da legalidade dos atos de natureza financeira da Administração. Com a promulgação da Constituição da República de 1988, há um alargamento das funções a serem exercidas. Cabe a fiscalização operacional e patrimonial das entidades públicas, abrangendo, ao lado da questão da legitimidade, os aspectos de eficiência, eficácia e economicidade.

A Lei Federal nº 6.938, de 1981, estabeleceu a Política Nacional de Meio Ambiente, constituiu o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA) e instituiu o Cadastro de Defesa Ambiental com a participação de órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O artigo 2º, inciso I daquela lei previu dentre seus princípios a “ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo”.

A complexidade que envolve a natureza e a sua afetação através de processos sócio-econômicos não pode ficar a mercê de soluções advindas da “mão invisível” do mercado ou dentro da lógica da propriedade, destituída de sua função social. É por esta razão que os Estados, através de políticas públicas adequadas devem pautar esta relação e regulá-la. Nesse contexto, deverá haver a mutação das funções atribuídas ao Estado, por um lado, a constituição da questão econômica como problema sociopolítico, por outro.

Não há dúvidas que para a implementação de políticas públicas na área ambiental é necessário um Estado forte, com instituições capazes de dar respostas às demandas por políticas eficazes. A dificuldade aumenta, especialmente em razão de que as pessoas agem levando em conta as suas agendas imediatas. Há uma série de situações a resolver dia a dia e é

³¹² LEEUWEN, Sylvia Van. El desarrollo de la auditía ambiental dentro de la INTOSAI. In: **Revista Internacional de Auditoria Gubernamental**. Janeiro de 2003. p. 13-20.

difícil mobilizar para ações que ainda não se consegue enxergar o porquê. E os Estados estão cada vez mais fragilizados.

Há autores que preconizam a falência do Estado, no modelo até então empregado. O modelo centralizado, como foram a Alemanha Nazista, o Japão Imperial e a União Soviética já não tem mais espaço. Hoje, a ameaça de colapso volta-se aos Estados Unidos³¹³.

Os Estados vão à falência quando os Governos perdem o controle das suas funções e não podem mais garantir a segurança de parte ou de todo o seu território. A partir daí há uma desintegração do Estado de Direito. Quando não podem mais prover serviços básicos, como educação, saúde e segurança alimentar, perdem a legitimidade. Já não há mais sentido em se falar em Estado. O caos se instaura. E a partir do século passado há uma nova variável a ensejar ações positivas e de longo prazo, através de políticas públicas bem elaboradas, que é a questão ambiental.

Há uma associação entre Estados “falidos”, a degradação ambiental e indicadores demográficos. Dos vinte maiores Estados que estão em situação de falência, 17 possuem taxas de rápido crescimento populacional. Nos Estados “falidos”, o cuidado com sistemas naturais também sofre negligência. Florestas, pastos e terras para plantar são destruídos, gerando uma espiral econômica descendente. Uma seca de investimento estrangeiro e, por consequência, o aumento do desemprego também contribuem para a síndrome do declínio.³¹⁴

A desorganização dos Estados ameaça espécies em risco de extinção. Em países como a República Democrática do Congo, onde reina a fome e o caos, a população de gorilas da montanha caiu de modo significativo. A história se repete sempre na África, onde muitas das grandes espécies de mamíferos estão concentradas.³¹⁵

Dentro de uma mudança necessária o autor citado vê a necessidade imediata de conter o avanço populacional que está associado diretamente à pobreza e a degradação ambiental. Com isso abre-se a possibilidade de restauração dos sistemas naturais da terra. A realização deste plano tem a pretensão de salvar a civilização. Veja-se que a pretensão é a de salvar a civilização, pois a natureza segue sem o curso da humanidade.

A relação da pobreza com a expansão populacional também é abordada por Giddens³¹⁶ que vê nesta relação uma causa de pressão que hoje ameaça os recursos naturais.

³¹³ BROWN, Lester R. **Plano B 4.0 - Mobilização para salvar a civilização**. Editora New Content – São Paulo. http://www.wiiuma.org.br/plano_b.pdf. Acessado em 25 de junho de 2011. p. 41

³¹⁴ Idem., p. 46.

³¹⁵ Idem., p. 46

³¹⁶ GIDDENS, Anthony. **A Política da Mudança Global**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 90.

É importante ressaltar que a solução para as questões ambientais está diretamente ligada à cultura.

Uma sociedade constituída de pessoas pobres, sem o estabelecimento de uma relação adequada com a natureza também gera pressão sobre ela a ponto que degradar em níveis elevadíssimos.

A despeito do extraordinário desafio, há motivos de sobra para otimismo. Todos os problemas podem ser enfrentados com tecnologias que já existem. E quase tudo o que precisamos para tirar a economia do colapso, colocando-a de volta em um caminho ambientalmente sustentável, já foi feito por um ou mais países. Mais de 30 países, por exemplo, já estabilizaram o tamanho de sua população.³¹⁷

A título de exemplo, dentre os inúmeros casos citados por Brown, há o que ele chama de estágios iniciais de uma revolução na tecnologia de iluminação. A luz fluorescente compacta poderia oferecer a mesma iluminação que o centenário bulbo incandescente, utilizando, no entanto, apenas um quarto da eletricidade.

Agora, há tecnologia ainda mais avançada – o diodo emissor de luz (LED) – que consome 15% da eletricidade usada em um bulbo incandescente. Além disso, sensores de movimento podem desligar as luzes em lugares vazios, ou ainda ajustar a intensidade da luz em virtude da disponibilidade da luz do dia³¹⁸.

Há países que já estão em níveis acelerados de utilização de energias renováveis, como a Dinamarca e a Islândia, demonstrando ser possível a mudança. E há outros a meio caminho dessas transformações, como é o caso da Espanha.

Não há como lidar com a questão ambiental pensando de forma imediata ou em curto prazo. Medidas assim adotadas além de não trazer a solução agravam o problema pelo fato de invisibilizá-lo³¹⁹.

Todavia, como mudar uma cultura de anos em um país como o nosso, onde o número elevadíssimo de partidos e o descompromisso com políticas de Estado é a regra? Pensa-se que os Órgãos Superiores, como é o caso do Tribunal de Contas, tem a função de fazer com que os Gestores adotem práticas nesse sentido, aderindo aos comandos constitucionais de forma efetiva.

Todavia, a modernidade é permeada de desafios a serem enfrentados. Para a atual geração “não há longo prazo”. Este é um tema que deve ser levado em consideração, pois

³¹⁷ BROWN, Lester R., **Plano B 4.0 - Mobilização para salvar a civilização**. São Paulo: New Content. Acessado em 25 de junho de 2011. p. 49.

³¹⁸ Idem., p. 50.

³¹⁹ GIDDENS, Anthony. **A Política da Mudança Global**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 25.

muitas das políticas públicas a serem desenvolvidas pelo Estado, necessariamente, tem que ter o longo prazo em sua perspectiva.

Hoje, um jovem americano com pelo menos dois anos de faculdade pode esperar mudar de emprego pelo menos onze vezes no curso do trabalho, e trocar sua aptidão básica pelo menos outras três durante os quarenta anos de trabalho³²⁰.

Há uma ambiguidade da vida moderna e da vida familiar, na medida em que a vida moderna profissional é calcada no curto prazo e a família deve prender-se a valores mais duráveis e estáveis, como lealdade, confiança. E isso se reflete no Estado, pois é neles que se inserem as famílias, os hábitos, as culturas.

A busca da compatibilidade deve ser encontrada. Esta afirmação fica mais clara quando se toma como mote a mudança da matriz energética, por exemplo.

Como mudar em curto prazo a dependência que o mundo, no seu atual modelo, tem do petróleo e seus derivados? Evidentemente que leva tempo.

Os atuais níveis de “desenvolvimento” só foram possíveis pela abundância de energia proporcionada pelo petróleo. As forças políticas, os impérios estão estruturados com base no domínio e controle dessa fonte de energia. Guerras foram e são travadas em função de seu controle.

As maiores crises econômicas ocorridas se deram em razão dele. Um aumento no preço do petróleo gera um aumento em cascata de praticamente todos os demais produtos. Então, a toda evidência que a modificação da matriz, através da inserção de fontes limpas de energia, leva tempo, pesquisas, mudanças nas relações de poder. Haverá uma nova estruturação das forças mundiais após o petróleo.

Por esta razão é que há a necessidade de se dar início ao planejamento de políticas públicas que refletirão no futuro, até mesmo por um compromisso ético com as gerações vindouras.

No Brasil, a tão irradiada descoberta de petróleo no pré-sal enseja a adoção de estratégias para a implementação de medidas vislumbrando os efeitos que terá quando chegar o momento de sua comercialização, pois o mundo não será mais o mesmo quando isto se der. Ademais, poderá haver a necessidade de redução de emissões impostas por organizações internacionais como a ONU.

³²⁰ SENNETT, Richard. **A Corrosão do Caráter. Consequências Pessoais do Trabalho no Novo Capitalismo**. 10. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2005. p. 22.

Nesse contexto, a insuficiência de atuação dos poderes estatais não tem sido objeto de aferição pelos Tribunais de Contas, ao menos na devida medida, conforme crítica formulada em trabalho que abordou o tema

O controle externo dos poderes e órgãos do Estado não tem contemplado os aspectos ambientais implicados na gestão pública. Uma efetiva conservação dos recursos naturais em consonância com o desenvolvimento social deve se apoiar em um planejamento e desenvolvimento de políticas públicas que busquem soluções para as questões sócio-ambientais.³²¹

O enfrentamento das questões ambientais, em especial das mudanças climáticas, requer a ruptura com as tradições estabelecidas.

Para tanto, a matriz energética é o principal alvo a ser considerado. Isto requer uma mudança de hábitos e a indução progressiva a fontes de energia de baixo carbono. Para que se tenha ideia do que está a se falar, cerca de 90% das mercadorias vendidas nas lojas envolvem alguma forma de utilização do petróleo³²².

Como se teve a oportunidade de examinar (item 3.3), não há como trabalhar a crise ambiental sem levar em conta as relações de consumo.

Interessante sugestão na obra de Giddens diz respeito à introdução de concursos para promover novas ideias ou tecnologias, talvez combinados com o reconhecimento público e com prêmios para os que fizeram contribuições inovadoras³²³.

Para que se tenha uma adequada dimensão das mudanças climáticas e da participação humana como fator de modificação do ambiente faz-se referência a seguinte passagem

Nos últimos 150 anos, mais ou menos, os gases o efeito estufa na atmosfera aumentaram progressivamente com a expansão da produção industrial. A temperatura média mundial elevou-se 0,74C desde 1901. Sabemos por estudos geológicos que as temperaturas do planeta oscilaram no passado, e que essas oscilações se co-relacionaram com o teor de CO2 na atmosfera. Mas os dados mostram que em nenhuma ocasião, nos últimos 650 mil anos, o teor de CO2 no ar foi tão alto quanto agora. Sempre ficou abaixo de 290ppm. No início de 2008, chegou a 387ppm e vem subindo cerca de 2ppm a cada ano³²⁴.

Ainda a respeito das mudanças climáticas o órgão mais qualificado de monitoramento é o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas das Nações Unidas (IPCC) criado em 1988.

³²¹ MENDONÇA, Edalgina Bráulia de Carvalho Furtado de e CASTRO, Maria Cecília de Almeida. **A possibilidade de controle das políticas públicas de meio ambiente pelo tribunal de contas.** http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/maria_cecilia_de_almeida_castro.pdf. Acessado em 17/06/2011.

³²² GIDDENS, Anthony. **A Política da Mudança Global.** Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 29.

³²³ Idem., p. 30.

³²⁴ Idem., p. 38.

Através da reunião de dados científicos e de uma crítica rigorosa a que são submetidos emitem-se relatórios com as conclusões a que chegam.

Para o IPCC o aquecimento global é “inequívoco”. Imputa-se como uma probabilidade de 90% que o aquecimento tenha como causa a ação humana, mediante a introdução de gases do efeito estufa.

Os registros da temperatura da superfície global remontam a 1850. A partir desses registros, os dois anos mais quentes ocorreram entre os 13 últimos anos³²⁵.

Esses elementos ensejam uma ação planejada por parte da Administração Pública. Dentre as variáveis a serem consideradas insere a administração política dos riscos.

Deve-se trilhar um caminho difícil entre o alarmismo e a tranquilização³²⁶.

A evolução do Controle do Estado, em seu aspecto financeiro, não passou despercebida por Canotilho, para quem as mudanças verificadas na evolução das finanças públicas têm refrações inevitáveis no entendimento do papel dos Tribunais de Contas.³²⁷

Analisando a posição atual do Estado, dentro do “neoliberalismo”, onde as suas funções tomam um novo viés, o Autor assevera que

A “boa administração” do Estado garantidor aponta também para o melhor cumprimento das tarefas públicas em termos de rentabilidade, efectividade e eficiência dos serviços. Não é este o lugar adequado – e para tal faltar-nos-ia mesmo competência – para discutir e analisar os novos instrumentos de “management” da administração e finanças no contexto do Estado garantidor. Uma nota é, porém, de realçar. Esses modernos instrumentos – orientação de output, orçamentação global, orçamentos de resultados, controlo de execução – estão na base da própria evolução dos controlos por parte dos Tribunais de Contas.³²⁸

Nesse sentido, o controle financeiro não transporta apenas materialmente a ideia de direito. Ele é também uma dimensão constitucional da democracia³²⁹.

³²⁵ GIDDENS, Anthony. **A Política da Mudança Global**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 41.

³²⁶ Idem., p. 95.

³²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio Republicano**. Revista do TCE de Santa Catarina. Florianópolis. Ano V, número 6 – Setembro de 2008. Pág. 17-30. Segundo o autor: “Basta olhar para o que se passa em alguns ordenamentos culturalmente próximos do nosso. Na Itália, numa notável obra colectiva sobre os valores e princípios do regime republicano, o Tribunal de Contas é elevado a “órgão independente ao serviço do Estado-comunidade” que assegura e garante os valores do regime republicano. Na França, no nº 100 da Revue Française de Finances Publiques, dedicado ao bicentenário da La Cours des Comptes, encontram-se importantes referências ao papel actual deste Tribunal: “La Cour vigie des finances publiques”, La Cour gardienne de la bonne finance”, “La Cour, aiguillon de la bonne politique”. Na Alemanha, os autores mesmo a “predestinação” dos tribunais de contas – mesmo, como é o caso da Alemanha, de tribunais sem jurisdição – para a fiscalização das decisões financeiras sob o ponto de vista dos princípios da economicidade, eficácia e eficiência.

³²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio Republicano**. Revista do TCE de Santa Catarina. Florianópolis. Ano V, número 6 – Setembro de 2008. p. 17-30.

³²⁹ Idem., p. 17-30

A importância do Tribunal de Contas pelas atribuições que lhe foram conferidas e sua relevância para o regime democrático, cujo escopo é coibir os abusos do poder, imoralidades, mau uso dos bens e recursos públicos, com funções opinativas, de orientação, fiscalização e julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis pelo dinheiro público sob os aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade, de forma a controlar a realização das políticas públicas e, ainda, ser o fiscal do meio ambiente em todos os seus níveis.³³⁰

Planejamento é um dos princípios basilares da Administração Pública. Sem o devido planejamento não há como se obter eficiência no exercício da função administrativa.

Não foi por outra razão que a Lei de Responsabilidade Fiscal, principal instrumento de controle financeiro, estabeleceu no parágrafo primeiro do artigo primeiro a ação planejada e transparente como um dos pressupostos de responsabilidade na gestão fiscal³³¹.

Há um dever de avaliar às Administrações Públicas sob a lógica do planejamento. Uma gestão pautada em ações planejadas previamente através de estudos consistentes e realizados por técnicos qualificados estará muito mais próxima de dar atendimento aos princípios da eficiência e economicidade estabelecidos na Constituição Federal.

Aliás, o planejamento, conforme Carlos Valder do Nascimento constitui-se na ferramenta básica para que o Estado alcance o seu fim último – o bem comum³³².

Vê-se, pois, que a função de controle atribuída aos TCs sobre a realização de políticas públicas, nas suas mais variadas dimensões, tais como economicidade e legitimidade alcançam também o aspecto da omissão indevida ou nociva, cabendo a este Órgão instar o Gestor, inclusive imputando sanções, para que realize as *tarefas constitucionalmente determinadas*.

Como ficou consagrado na teoria dos poderes implícitos, formulada originalmente em *M’Culloch v. Maryland*, os poderes dos órgãos da soberania devem ser limitados, e esses

³³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio Republicano**. Revista do TCE de Santa Catarina. Florianópolis. Ano V, número 6 – Setembro de 2008. p. 17-30.

³³¹ Lei Complementar 101. Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a **ação planejada e transparente**, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

³³² NASCIMENTO, Carlos Valder. **In Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. Org. MARTINS, Ives Gandra da Silva e NASCIMENTO, Carlos Valder. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 2008 p. 17.

limites não devem ser transcendidos; porém, se a Constituição assinala deveres a um determinado órgão, implicitamente lhe confere os poderes para realizá-los³³³.

A Constituição, por uma parte, configura e ordena os poderes do Estado por ela construídos; por outra, estabelece os limites do exercício do poder e o âmbito de liberdades e direitos fundamentais, assim como os objetivos positivos e as prestações que o poder deve cumprir em benefício da comunidade. Em todos esses conteúdos a Constituição se apresenta como um sistema preceptivo que emana do povo como titular da soberania, em sua função constituinte, preceitos dirigidos tanto aos diversos órgãos do poder pela própria Constituição estabelecidos como aos próprios cidadãos. [...]

Mas a Constituição não é somente uma norma, senão precisamente a primeira das normas de todo o ordenamento, a norma fundamental, *lex superior*.³³⁴

A tensão entre micro e macrojustiça, levantada por Amaral, aponta para uma deficiência de adequação do Judiciário para a solução de problemas ligados à alocação de recursos. Entretanto, o problema não reside no fato de o Judiciário tomar decisões nesta área, mas em tratar casos de macrojustiça sob a ótica da microjustiça.

Realmente, não se poderia concordar com a tese de que o Judiciário estaria adequado a resolver, por exemplo, um problema de política estatal de transplantes de órgãos no bojo de uma ação individual. Uma pretensa justiça individual poderia provocar uma grande injustiça coletiva. Porém, isto não inviabiliza que o Judiciário resolva questões de macrojustiça, desde que mediante os instrumentos próprios.³³⁵

Todavia, existem ações na legislação processual brasileira que podem desempenhar o papel de resolver interesses da comunidade, permitindo que seja sindicada a alocação de recursos e ao Judiciário uma análise com base na macrojustiça, como é o caso da ADPF e da Ação Civil Pública³³⁶.

Uma das críticas para um ativismo judicial mais contundente em matéria de políticas públicas diz respeito aos problemas de informação por parte dos órgãos judiciais. Na medida em que as políticas públicas, geralmente, são objeto de ampla discussão, estudos prévios e processos complexos de deliberação, isto dificulta um exame adequando da matéria dada a natureza limitada dos processos judiciais, bem como da argumentação jurídica.

³³³ MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 156.

³³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3. ed. 4ª reimpressão. Madrid: Civitas, 2001. p. 49.

³³⁵ MAURÍCIO JUNIOR, op. cit., p. 172.

³³⁶ Idem., p. 172.

Todavia, problemas de informação também podem ocorrer nos processos de tomada de decisões políticas e o processo judicial pode servir exatamente para a correção dessas falhas. A instrução processual pode determinar o equívoco de certas premissas empíricas utilizadas pelos órgãos políticos para a tomada de decisões, como acentua Alceu Maurício Júnior³³⁷.

Aliado a isso, o Supremo Tribunal Federal tem realizado inúmeras audiências públicas a fim de suprir esta deficiência de informações e dar elementos aos juízes para decisões mais próximas das necessidades sociais.

Todas essas considerações é que dão a dimensão da dificuldade na implementação das políticas públicas a cargo dos Governos. Todavia, não podem servir de desculpa para realizar aquilo que lhes é imposto pelo texto constitucional.

3.5.3 A construção de uma dogmática ambiental frente aos Conceitos jurídicos indeterminados na implementação de políticas públicas

A fixação da extensão e intensidade de um conceito atormenta, a todo o momento, o jurista. Se os conceitos jurídicos fossem só descritivos, o grau de indeterminação encontrarse-ia reduzido ou mesmo desapareceria, porém, os conceitos normativos expressam ideias de valor, que variam no tempo e no espaço, como, por exemplo, os que tratam da lealdade, da boa-fé, da dignidade da pessoa humana, do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não obstante, o Direito ao utilizar conceitos jurídicos vagos, fluidos, imprecisos, indeterminados, protege, invariavelmente, uma zona de conteúdo mínimo indiscutível.³³⁸

Isso não impede as Instituições, como o Tribunal de Contas e o Judiciário, na definição objetiva de tais termos, diante de casos submetidos a sua análise. Quando se fala em conceitos jurídicos indeterminados, não se quer com isso pensar em liberdade de escolha de valores. Conforme Forsthoff, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é sempre um problema de interpretação e não de escolha discricionária da realização de valores, e isso quer se trate tanto de conceitos normativos como de conceitos empíricos. Os conceitos jurídicos indeterminados significam, então, a dificuldade na descoberta da solução justa dentro da abertura objetiva da lei para a sua concretização, o que deverá surgir da interpretação

³³⁷ MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 173

³³⁸ FERRARI, Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**, p. 203.

normativa, pois, como bem ensina Eros Grau, interpretar é compreender os signos linguísticos³³⁹.

Andreas J. Krell já havia alertado que “nas últimas duas décadas, cresceu consideravelmente o número de autores germânicos que não aceitam mais a distinção rígida entre conceitos indeterminados e discricionariedade”. Segundo Krell, esses autores representam talvez a maioria. Assim, seria errônea a afirmação de vários autores brasileiros de que a posição que distingue rigidamente entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade refletiria a linha da ‘moderna’ doutrina alemã.³⁴⁰

Além disso, menciona que ‘grau de envolvimento ideológico do intérprete-aplicador com o ideal de proteção do meio ambiente’, vincula-se às normas programáticas (principiológicas) que tratam da proteção ambiental, assumindo uma função de vinculação ou direção interpretativo-discricionária³⁴¹.

3.5.4 Uma adequada compreensão da discricionariedade administrativa frente à implementação de políticas públicas e a possibilidade de sua judicialização

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

Inobstante as normas programáticas terem como conteúdo o fim a ser atingido, sem a determinação da conduta a ser realizada, não existem dúvidas a respeito da supremacia e dos efeitos sobre as demais normas do ordenamento jurídico e sobre a atividade da Administração, na medida em que se trata de normas constitucionais (matéria abordada no item 2.5).

Nesse contexto, as normas infraconstitucionais e toda a atividade administrativa que conflita com elas são inconstitucionais e devem ser expurgadas do sistema por qualquer das

³³⁹ FERRARI, Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**, p. 207.

³⁴⁰ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 31.

³⁴¹ Idem., p. 59-60.

vias de ataque, tanto no controle difuso como no concentrado. Este é o efeito mínimo que se espera dessas normas.

Também não são olvidadas as dificuldades estruturais dos países de Terceiro Mundo, para a concreção de políticas públicas que tornem reais e concretas as determinações constitucionais decorrentes das normas programáticas.

Por isso é relevante a discussão sobre a atividade jurisdicional na sindicância da discricionariedade administrativa, mesmo com todas as críticas que sofre, em especial àquelas contrárias ao ativismo judicial, ao decisionismo, à indevida ingerência e suposta afronta ao princípio da separação dos Poderes.

Ademais, a jurisdição administrativa exercida pelos TCs também alcança a análise da gestão pública com base na implementação de normas programáticas, cabendo aferir os limites de discricionariedade do gestor frente à implementação de políticas públicas com base nesses comandos.

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

Não se pode perder de vista que o Poder Discricionário, assim como os demais poderes instrumentais, existem para dar condição de serem implementados os comandos do Estado estabelecidos na Constituição Federal.

Poderes Administrativos são “o conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins”³⁴².

Nesse sentido, sendo um instrumento, um meio, jamais pode desbordar da fonte que lhe dá a razão de existir, que é a Constituição Federal. Portanto, é nela que encontra o seu conteúdo e também os seus limites.

Justen define a discricionariedade como

Solução jurídica para as limitações e defeitos do processo legislativo de geração de normas jurídicas. Por isso mesmo, é da essência da discricionariedade que a

³⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 42.

autoridade administrativa formule a melhor solução possível, adote a disciplina jurídica mais satisfatória e conveniente ao interesse público³⁴³.

[...]

Quando a lei configura a discricionariedade, também pode fazê-lo pela impossibilidade de selecionar abstrata e antecipadamente todas as alternativas disponíveis para resolver um certo problema. A discricionariedade pode resultar da consideração de que a disciplina de uma relação jurídica ou de um setor da realidade social deve fazer-se segundo critérios técnico-científicos, variando as soluções inclusive em face do progresso futuro. Ou seja, formular legislativamente um elenco de soluções admissíveis corresponderia ao equívoco de delimitar o exercício da competência discricionária ao conhecimento consagrado à época da edição da lei³⁴⁴.

A discricionariedade está intimamente ligada ao princípio da legalidade. Origina-se na lei, porém vai um pouco além da dicção legal. Ao mesmo tempo em que se origina da lei, ela serve para pluralizar a peremptoriedade do princípio da legalidade³⁴⁵.

Pazzaglini Filho conceitua a discricionariedade como

O dever-poder que tem o agente público, no exercício das funções públicas de sua competência, perante a liberdade de ação advinda da norma jurídica aplicável ou dos conceitos jurídicos indeterminados de valor dela constantes que não permitem, em caso concreto, a aplicação de uma medida ou solução administrativa única ou homogênea, de escolher, segundo os princípios constitucionais (em especial os da moralidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade) que regem a Administração Pública, a medida ou solução legal que melhor atenda ao fim público que defluiu da norma³⁴⁶.

O estado da discricionariedade legítima consagra e concretiza o direito fundamental à boa administração pública, que pode assim ser compreendido: “trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”³⁴⁷. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem. A discricionariedade não é destituída de limites. O que não tem limite é arbitrário. Ela pressupõe, necessariamente, submissão ao ordenamento jurídico como consagração do Estado de Direito. E esta submissão

³⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 516.

³⁴⁴ Idem., p. 518.

³⁴⁵ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Discricionariedade Administrativa e controle judicial da Administração**. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo, p. 460-464, jun. 2002.

³⁴⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública: agentes públicos, discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do Poder Judiciário**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 83.

³⁴⁷ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009. p. 22.

permite a sindicabilidade dos atos exarados com base em tal situação, na medida em que pode conflitar com o ordenamento jurídico estabelecido de forma ampla e harmoniosa com o contexto constitucional.

Para Freitas³⁴⁸, pode-se conceituar a discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidades (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública.

E segue o autor

[...] Nessa ordem de considerações, mister apontar os dois principais vícios no exercício da discricionariedade administrativa. Ei-los:

(a) [...]

(b) o vício da *discricionariedade insuficiente* (arbitrariedade por omissão) – hipótese em que o agente deixa de exercer a escolha administrativa ou a exerce com inoperância, inclusive ao faltar com os deveres de *prevenção e de precaução*. Nessa modalidade igualmente patológica, a omissão – verdadeiro dardo que atinge o coração dos objetivos fundamentais do art. 3º da CF – traduz-se como o descumprimento das diligências impositivas. Para citar palpitante exemplo, tome-se o dever público de matricular crianças em idade pré-escolar na creche. Ora, não se pode deixar de fazê-lo, por mero juízo de conveniência e oportunidade, sob pena de cometimento do mencionado vício de discricionariedade insuficiente. A propósito – bem assinala Weida Zancaner -, a ausência de escolas públicas pode “gerar a responsabilização do Poder Público, pois a educação é um dever do Estado e um direito do cidadão. Impende, apenas, que os interessados provem que a ausência de uma escola pública, naquele bairro específico, causou dano a uma criança ou a um grupo determinado de crianças.”³⁴⁹

Ressalta-se a potencialidade da ocorrência de uma discricionariedade insuficiente na ausência de implantação de ações protetivas ambientais, quando o meio ambiente exige uma postura proativa do Gestor e da Sociedade. A não realização de políticas públicas no gerenciamento da gestão ambiental caracteriza-se como um dano perpetrado contra a sociedade.

Como se preconiza, todos os atos administrativos, ao menos negativa ou mediamente, são juridicamente controláveis, e os vícios de omissão também precisam ser combatidos de modo vigoroso e sem condescendência. Toda a conduta administrativa

³⁴⁸ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009. p. 24.

³⁴⁹ Idem., p. 27-28.

(vinculada ou discricionária) apenas se legitima, por definição, se imantada pelo primado dos princípios constitucionais em conjunto³⁵⁰.

Desse modo, o controle substancialista e principialista precisa deitar raízes, entre nós, sem perpetuar o império do medo, que parece assaltar os administradores. Nas relações administrativas, doravante, o império necessário é o do direito fundamental à boa administração pública, que acarreta o aprofundamento (mais que a ampliação) da sindicabilidade dos atos administrativos³⁵¹.

Na mesma linha de pensamento, o Poder Discricionário deve ser entendido como preceitua o eminente Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello³⁵², como um dever discricionário, uma vez assentindo que os poderes são meros vínculos instrumentais para propiciar ao obrigado cumprir o seu dever.

Conforme preceitua Flores de Moraes³⁵³, a discricionariedade é um mero instrumento para o Administrador exercer a sua atividade, escolhendo a melhor solução para o caso concreto.

A toda evidência deverá o ato submeter-se aos demais parâmetros estabelecidos no ordenamento jurídico de uma forma sistematizada, ou seja, deverá haver a confrontação do ato com o estabelecido na Constituição Federal, em especial no princípio da Legalidade considerado em sentido amplo, pois, do contrário, não estaríamos falando de discricionariedade, mas sim de arbitrariedade.

A margem de liberdade para a decisão do Gestor resulta do ordenamento jurídico. E a legitimação da decisão deverá restar estabelecida na motivação do ato. Quanto aos limites à discricionariedade, encontra-se na doutrina a teoria do desvio de poder ou de finalidade e a teoria dos motivos determinantes ou o princípio da motivação.

Dentro de um Estado de Direito, não há ato totalmente desvinculados de qualquer limite. Pelo contrário, há uma série de princípios que incidem e condicionam a ação administrativa, da onde são emanados os atos discricionários. Destarte, os atos administrativos são sempre condicionados quanto ao fim e à competência³⁵⁴.

³⁵⁰ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 28.

³⁵¹ Idem, p. 29.

³⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 15.

³⁵³ MORAES, Antônio Carlos Flores. **Legalidade, eficiência e controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 197.

³⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de Direito Administrativo**. 3. ed. rev., ampl. e atual. com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 139.

Toda a atuação da Administração Pública, mesmo envolvendo juízo discricionário do agente público, oriundo do espaço de liberdade normativa ou de seu direito-dever de avaliação dos conceitos jurídicos indeterminados de valor constantes da lei aplicável, concretizada em fatos, atos e contratos administrativos, é eternamente subordinada e limitada pelos princípios constitucionais (expressos e implícitos), bem como pelas demais normas jurídicas destes procedentes. E é sempre sindicável pelo Ministério Público e contrastável pelo Poder Judiciário³⁵⁵.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro o desvio de poder ocorre quando a autoridade usa o poder discricionário para atingir fim diferente do fixado em lei³⁵⁶.

Veja-se, de pronto, que dentro do ato discricionário há elementos vinculados como a finalidade, que deve ser sempre voltada para a realização do interesse público, e a competência, pois, mesmo havendo margem para a tomada de decisão, ela deve sempre ser exarada pela autoridade competente e na forma estabelecida.

Nessas situações de desconformidade do ato com o interesse público, o Judiciário está autorizado a anular o ato, tendo e vista a ocorrência de desvio de finalidade. Aos Tribunais de Contas também cabe o exame da constitucionalidade com base na Súmula 347 do STF.

A decisão proferida pelo Tribunal de Contas, com base no enunciado da Súmula 347 do STF, nos mesmos moldes daquela proferida pelo Senado Federal, com base no art. 52. X atinge o plano de eficácia da decisão. O próprio dispositivo traz a expressão “suspender a execução” de modo a caracterizar este entendimento³⁵⁷. Isto tem um efeito extremamente importante, na medida em que se a lei ou o ato for considerado constitucional pelo STF volta a produzir os seus efeitos.

Caso o entendimento fosse outro, não haveria esta possibilidade.

Os atos administrativos discricionários exigem que os motivos sejam plenamente explicitados. Como o ato administrativo vinculado traz todos os elementos que ensejam a sua aplicação, são despiciendas maiores explicitações, pois já decorrem do texto normativo. Já, os atos discricionários, por exatamente darem margem a escolhas do administrador que se ajustem ao ordenamento jurídico, em especial aos princípios constitucionais, necessitam que os motivos que lhes deram ensejo estejam devidamente explicitados.

³⁵⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública: agentes públicos, discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do Poder Judiciário**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 119.

³⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 211.

³⁵⁷ POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 150.

No mesmo sentido é a lição de Celso de Mello³⁵⁸ para quem a autoridade necessita referir não apenas a base legal em que se quer estribada, mas, também os fatos ou circunstâncias sobre as quais se apóia. Deve ser demonstrada a pertinência lógica entre o motivo elencado, ou os motivos, e a medida adotada. Só assim pode-se aferir a sua idoneidade e a potencialidade de atingir-se a finalidade pública.

Cabe referir, neste momento, a lição de García de Enterría³⁵⁹, para quem a indeterminação ocorre no plano legal, normativo e não no momento de sua aplicação. Portanto, quando da aplicação de um conceito indeterminado há a sua precisão pelo aplicador. Nesse sentido, na aplicação, ocorre ou não o conceito, por exemplo, a boa-fé, ou houve ou não, o preço justo, ou é ou não é. A indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação de aplicação, as quais só permitem “uma unidade de solução justa”.

Flores de Moraes³⁶⁰, ao criticar a pretensão de desregulamentação por parte dos arautos dos benefícios de uma administração gerencial, atribui a inoperância e a lentidão da Administração Pública a outros fatores como a dúvida, a insegurança e o completo desconhecimento das técnicas administrativas por parte das administrações.

E vai adiante, ao referir que “o corpo burocrático cria um novo tipo de greve (jamais estudada antes nos meios trabalhistas): prejudicar a produção, produzindo; prejudicar o trabalho, trabalhando”. Afirma que o desinteresse e o descaso da burocracia com a cidadania prejudicam mais o governo em sua atividade política do que todos os regulamentos administrativos. A crítica tem pertinência, muitas vezes ocorre o estabelecimento de critérios de desempenho e avaliação da atuação de servidores que são meramente formais, “para inglês ver”. E há servidores que realmente trabalham muito, todavia qual o sentido de se trabalhar muito se o resultado é quase nulo os de baixíssima eficácia?

O resultado é o mote de qualquer ação em matéria de Administração. Portanto, há que se verificar se está se atingido resultados úteis, sob pena de um total gasto de energia e trabalho em situações de nenhum efeito para a comunidade. A legitimidade das instituições passa a ser questionada, e com razão, pois só tem finalidade na medida em que propiciar um melhora da qualidade de vida.

As obrigações do Estado nas tarefas de proteção ambiental implicam na imposição de deveres de proteção ao Estado, que lhe retiram a sua capacidade de decidir sobre a

³⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 97.

³⁵⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramon. **Curso de Derecho Administrativo**, 4. Ed.. Ed. Madrid: Civitas, 1983. p. 433-434.

³⁶⁰ MORAES, Antônio Carlos Flores. **Legalidade, eficiência e controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 207.

oportunidade de agir, obrigando-o também a uma adequação permanente das medidas às situações que carecem de proteção³⁶¹. Nesse sentido, há a necessidade de permanente realização de políticas públicas de proteção ambiental. E no desenvolvimento dessas políticas a constante avaliação dos resultados obtidos, de forma a demonstrar a adequação da política adotada ou a necessidade de ajustes a fim de obter resultados mais satisfatórios.

O paradoxo que a sociedade contemporânea enfrenta é que a solução para situação atual de degradação ambiental – degradação esta que decorre das evoluções tecnológicas³⁶² as mesmas que propiciam níveis de produção jamais pensados, e, na esteira da produção, a utilização de cada vez mais recursos naturais sem que seja possibilitada a sua renovação - só poderá vir de mais evolução tecnológica, agora já não mais voltada só para a produção, mas para a produção agregada de componentes que permitem a máxima eficiência e a mínima utilização de recursos naturais.

O Estado socioambiental, segundo Sarlet, traduz-se em, pelo menos, duas dimensões jurídico-políticas relevantes, das quais se ressalta a obrigação do Estado, em cooperação com outros Estados e cidadãos ou grupos da sociedade civil, de promover políticas públicas (econômicas, educativas, de ordenamento) pautadas pelas exigências da sustentabilidade ecológica³⁶³. No contexto do direito administrativo pós-moderno, estrutura-se a escolha discricionária como uma margem de liberdade da Administração que surge quando sua atividade, por opção do legislador, não está plenamente definida em lei, de acordo com a conveniência e oportunidade identificadas pelo Administrador Público, e que constituem o mérito do ato, muitas vezes insindicável pelo Poder Judiciário.

A discricionariedade não surge, portanto, da mera coincidência de um espaço da liberdade da Administração Pública com relação ao legislador; ao contrário, a discricionariedade decorre da eleição feita pelo Poder Legislativo de abrir ao Poder Executivo, que está próximo do caso concreto, uma contribuição pessoal da autoridade competente no processo de determinação do interesse a ser realizado.

A função de criação do Direito, assumida pelos juízes e estimulada pela inserção nas leis de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, suscita o problema, de difícil solução, da legitimação democrática para o desempenho dessas atribuições, pois, como advertia Montesquieu, se o poder de julgar estiver confundido com o poder de legislar, o

³⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial. **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010. p. 16.

³⁶² Idem., p. 17.

³⁶³ Idem., p. 19.

poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário. É o “governo dos Juízes”, com permanente risco de transformar-se, pela ausência de controles, na tirania dos juízes.

Preceitua Antônio Herman Benjamin, entre outros benefícios da constitucionalização do ambiente, no seu aspecto substantivo, há a redução da discricionariedade administrativa, na medida em que esta constitucionalização traz imposições ao administrador no sentido de permanente proteção do meio ambiente. Do mesmo modo possibilita ao cidadão comum questionar os atos e ações administrativas que possam prejudicar os sistemas naturais e a biodiversidade³⁶⁴.

Para Benjamin, diante desse quadro afigura-se uma única hipótese de comportamento do Estado, ser responsável pela formulação de políticas públicas menos gravosas ao equilíbrio ecológico “aventando, inclusive, a não-ação ou manutenção da integridade do meio ambiente pela via de sinal vermelho ao empreendimento proposto³⁶⁵”. Evidentemente a questão da discricionariedade administrativa, hoje traz em relevo sua controvertida judicialização.

Até que ponto tornar “litigiosa” a opção administrativa (e política) é benéfica na proteção do meio ambiente³⁶⁶.

Andreas J. Krell assinala o outro lado da moeda, afirmando que um controle judicial mais intenso dos atos administrativos na área ambiental não significa, necessariamente, um “aumento” de proteção ambiental. Krell utiliza como exemplos os julgamentos de Mandados de Segurança, impetrados por particulares que se sentem lesados por medidas de órgãos ambientais, como a negação de licenciamento, sanções pecuniárias, afetação de imóveis por medida de conservação³⁶⁷.

³⁶⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 75.

³⁶⁵ Idem., p. 75.

³⁶⁶ A título de exemplificação cita-se caso em que é examinado o dever de ação do Gestor, em que se verifica a limitação da discricionariedade:

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

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

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

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

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

5. Recurso especial provido.

STJ, RESP nº 429570/GO, Min. Rel. Eliana Calmon. Decisão de 11.11.2003.

³⁶⁷ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 57.

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

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

As observações feitas por Gavião Filho seguem nessa ordem lógica: o princípio da divisão dos poderes é “princípio da Constituição”, não sendo apenas um limitador do poder estatal, mas uma forma de distribuir e controlar o exercício desse poder. O conteúdo e o alcance desse princípio passam por três aspectos: a) constituição de poderes; b) coordenação de poderes, e c) equilíbrio de poderes³⁶⁸.

Como o Estado constitucional contemporâneo não deve se configurar numa modelagem “compartimentada e isolada”, se deve pensar no princípio como uma combinação de funções, rejeitando-se o argumento que se utiliza da clássica separação dos poderes como um obstáculo à realização pela via jurisdicional³⁶⁹ das políticas públicas voltadas à proteção do meio ambiente.

De igual modo o argumento da “reserva do possível” não poder utilizado como dogma para a não-realização do comando constitucional de dever de proteção ao meio ambiente. As ações administrativas não podem ser postergadas sob a alegação de contingências financeiras. Embora dependam de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidas pelo governante, o argumento da reserva do possível não é capaz de obstruir a efetivação judicial de normas constitucionais.³⁷⁰

No mesmo sentido, observa-se em algumas decisões do Poder Judiciário que, no Brasil, em lugar de resolver a questão na medida do possível, sistematicamente ela é encerrada com uma enfática declaração de que não há nada a ser feito diante da comprovação de insuficiência de recursos financeiros.

³⁶⁸ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 164-5.

³⁶⁹ Idem., p. 167. Muito embora o autor afaste o argumento da separação dos poderes para a realização dos direitos fundamentais à prestações em sentido estrito pela via jurisdicional, temos que a doutrina do autor também pode ser aplicada na discricionariedade administrativa.

³⁷⁰ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 83.

Reconhecer a cláusula do financiamento possível para determinar ao governo que realize estudos e planos para ir cumprindo a condenação parece ser a única solução que se aproxima do respeito à dignidade da pessoa humana. Certamente, também é a solução que se harmoniza com os seis primeiros artigos da Constituição Federal³⁷¹.

E nesse sentido o papel da sociedade na formação dos orçamentos é fundamental. Quando estivermos diante de verbas previstas em rubricas próprias no orçamento, inobstante tratar-se de lei formal³⁷², a discricionariedade no contingenciamento deve ser vista de forma temperada. Havendo afetação do mínimo existencial, e aqui incluímos o mínimo existencial ecológico, há uma barreira para a alteração desta rubrica ou até mesmo para a sua não implementação dentro do exercício.³⁷³

O orçamento é uma estimativa do que virá a ser arrecadado no exercício vindouro. A toda evidência que é uma estimativa calcada em elementos técnicos e que muito se aproximam da realidade, especialmente em razão dos requisitos que devem ser atendidos na sua formulação³⁷⁴.

Todavia, determinadas circunstâncias imprevisíveis ensejam alterações para melhor e para pior. Por exemplo, um aumento extraordinário da safra em regiões que o grosso do orçamento se dá desta forma. Esta situação irá gerar um *superávit* orçamentário permitindo que os gastos superem o previsto naquele exercício, necessitando os recursos serem destinados através de créditos adicionais. No entanto, o contrário também pode acontecer, como a não implementação da produção, crises financeiras internacionais fazendo com que

³⁷¹ RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle Social Efetivo das Políticas Públicas**. Tese de Doutorado. USP. São Paulo: 2009. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 08 de junho de 2011, p. 160.

³⁷² MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**. Belo Horizonte: Fórum – 2009, p. 132.

³⁷³ Idem., p. 266-267. Para o autor: Isto, que já é decorrente da normatividade reforçada dos direitos fundamentais, também pode ser extraído do art. 9º, § 2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal: ‘Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pelas leis de diretrizes orçamentárias’. Neste caso o Judiciário pode rever a escolha administrativa e determinar a aplicação da verba autorizada no orçamento. p. 267.

³⁷⁴ O artigo quarto da LRF traz uma série de requisitos na implementação do orçamento: Art. 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e:

I - disporá também sobre:

a) equilíbrio entre receitas e despesas;

b) critérios e forma de limitação de empenho, a ser efetivada nas hipóteses previstas na alínea *b* do inciso II deste artigo, no art. 9º e no inciso II do § 1º do art. 31;

e) normas relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos;

f) demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas;

§ 1º Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes.

haja um menor interesse pelos produtos de um país e, com isso, havendo queda na arrecadação.

Diante dessas ocorrências, pode o Judiciário ou o Tribunal de Contas controlarem as prioridades de gastos, na medida em que nem todos poderão ser realizados?

Entende-se que não só podem como devem intervir quando as escolhas administrativas forem de encontro ao comando constitucional. A Constituição Federal estabelece a necessidade de garantia do mínimo existencial, nele incluído o mínimo existencial ecológico. Portanto, acaso o Gestor, na pretensão de corte de verbas, for violar o mínimo existencial para manter gastos visivelmente de menor importância poderá o Judiciário ou o Tribunal de Contas atuar de forma a fazer o Gestor aderir aos comandos constitucionais, preservando-se esta garantia fundamental de manutenção da dignidade da pessoa humana³⁷⁵.

Ademais, mesmo que não haja previsão na lei de orçamento, o Judiciário e o Tribunal de Contas, este através de determinações³⁷⁶, podem/devem controlar os atos administrativos.

Assegurando-se em lei determinados direitos, ou decorrendo diretamente da Constituição Federal, cabe o controle e a revisão da lei orçamentária. Claro, tudo no seu devido temperamento, *modus in rebus*, para não haver a substituição da ação administrativa pela judicial, meramente. Havendo violação intensa de direitos fundamentais, sem que se assegure o mínimo existencial – aqui incluído o mínimo ecológico – alocando-se verbas para despesas com grau menor de garantia, pode e deve haver a correção³⁷⁷.

A crítica que tem sido utilizada na atuação judicial do controle de políticas públicas não tem a mesma intensidade quando a atuação é realizada pelos Tribunais de Contas. Veja-se que, quando os Constituintes atribuíram o exame de legitimidade e de economicidade a estes Órgãos, permitiram que as análises adentrassem no mérito das ações estatais, de forma que, se demonstrado a violação à economicidade ou a legitimidade, possam estes órgãos determinar

³⁷⁵ No sentido da possibilidade de o Judiciário poder realizar este controle: MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 268.

³⁷⁶ Por força do disposto no art. 71, inciso IX e X, que assim reza: O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

³⁷⁷ Pela possibilidade: MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 272. Todavia, o autor ressalva que ultrapassando a órbita de correção em casos de grave violação aos direitos fundamentais o Judiciário estaria intervindo no campo reservado à deliberação dos órgãos políticos, vulnerando o princípio democrático e o da separação dos poderes. Assevera o autor: “Se a Constituição já traz os parâmetros para a concessão da prestação, ou pelo menos não remete sua fixação especificamente ao legislador, o Judiciário poderá estabelecer os contornos do benefício a ser prestado pelo Estado, determinando sua implementação na via orçamentária”.

ações para que seja resgatada a preservação do erário com a adoção das ações voltadas a um menor dispêndio de recurso e devidamente legitimadas.

O orçamento é um instrumento que permite o pleno exercício da democracia, na medida em que permite, antecipadamente e fruto de debates legítimos, definir o rumo das ações estatais no desenvolvimento de políticas públicas. Promove a igualdade e garante a liberdade. Todavia, para que assim seja, deve ser elaborado com atenção às vinculações constitucionais e legais, do contrário, estará ao alcance dos controles externos, dentre eles o de maior relevo e extensão, que é o exercido pelos Tribunais de Contas.

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

3.5.5 Estudo de caso: RESP 429.570 – saneamento ambiental

Sarlet e Fensterseifer já elaboraram análise acerca do caso denominado “saneamento ambiental”, tratando a situação posta à análise judicial como forma de “governança judicial” em matéria ecológica³⁷⁸. Nessa questão amalgamam-se a tutela dos direitos sociais e proteção do meio ambiente. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), reformando posição anteriormente firmada, acaba por intervir na seara administrativa corrigindo omissões estatais, fiscalizando a esfera da discricionariedade da Administração Pública.

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

Em caso negativo, estaria deixando de dar cumprimento à determinação imposta pelo art. 3º, da lei de ação civil pública?³⁷⁹

³⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 52, ano 13, out/dez 2008. p. 89.

³⁷⁹ BRASIL, STJ, REsp 429.570-GO, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª. T., j. 11.11.2003.

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

3.5.6 Estudo de caso: RESP 575.998-MG – prestação descontinuada da coleta de lixo

Noutro caso paradigmático levado ao controle judicial, o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do Ministro Luiz Fux, igualmente colocou o tema da discricionariedade administrativa na pauta, optando pela possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, no caso prestação descontinuada da coleta de lixo (tratado como serviço essencial). E para tanto utilizou de fundamentos constitucionais (que tecnicamente seria mais adequado no Supremo Tribunal Federal, nos termos das competências jurisdicionais delimitadas na própria Constituição) como o prejuízo ao direito fundamental à saúde, ao ambiente e à dignidade humana³⁸⁰.

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

Com o afastamento da tese discricionariedade (e da conseqüente impossibilidade de análise do mérito administrativo com seu juízo de oportunidade e conveniência), questiona o em. Ministro se a norma ora sob enfoque era programática ou definidora de direitos³⁸¹.

O STJ adota a postura que a hipótese versada tem um direito consagrado pela Constituição Federal e uma explicitação desse direito por norma infraconstitucional, no que

³⁸⁰ BRASIL, STJ, REsp 575.998-MG, rel. Min. Luiz Fux, 1ª. T., j. 07.10.2004.

³⁸¹ FERRARI, p. 194: Sendo a norma programática indicadora de critérios de valor, determinante dos fins a que deve se dirigir o Estado e a sociedade e sobre os quais está inspirada e fundada a ordem jurídica, delas deve valer-se o Juiz para resolver os casos levados à sua Jurisdição e isto, aqui no Brasil, também, pela exigência do artigo 5 da Lei de Introdução do Código Civil.

possibilita ao Judiciário “torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária”³⁸².

Andreas J. Krell, por sua vez, menciona que a ideia de um controle judicial funcionalmente limitado não colide com a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, pois é inimaginável uma Administração desprovida de uma margem de decisão independente, porém essa liberdade fica adstrita ao dever de motivação³⁸³.

Como se pode observar, mesmo com a posição forte de um Tribunal da importância do STJ, sempre haverá vozes em sentido contrário, com o rol de dogmas já conhecido: separação dos poderes, mérito do ato administrativo, reserva do possível³⁸⁴.

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

A concepção de Estado Socioambiental, adotada no presente trabalho, é aquela que resulta da convergência necessária da tutela dos direitos sociais e dos direitos fundamentais num mesmo projeto jurídico-político voltado para o desenvolvimento humano em padrões sustentáveis³⁸⁵, onde o Estado deve levar em conta a crise ambiental e posicionar-se diante da tarefa (inadiável) de defesa do meio ambiente, intervindo de forma comprometida com a implantação de novas políticas públicas³⁸⁶.

³⁸² BRASIL, STJ, REsp 575.998-MG, rel. Min. Luiz Fux, 1ª. T., j. 07.10.2004. São esclarecedores os argumentos ementados: É evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica dispêndio, e atuar sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto, no regime democrático e no estado de direito, o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. [...] Afastada assim a ingerência entre os poderes, o judiciário atacado de malferimento da lei nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa legal. [...] Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. [...] Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano.

³⁸³ KRELL, Andreas J. **Discrecionariade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 40.

³⁸⁴ LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005, Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 169, menciona o nível de discussão que pode ocorrer na análise judicial de políticas públicas justamente por se tratar de um “tema delicado e afeto a alguns dogmas, tais como os da independência dos Poderes e o das competências institucionais específicas.”

³⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental e mínimo existencial (ecológico?). In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 11.

³⁸⁶ Idem., p. 21.

4 TUTELA INIBITÓRIA AMBIENTAL NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Uma tutela inibitória de proteção ambiental pressupõe a atuação célere dos Órgãos de Estado incumbidos da fiscalização e controle dos entes federativos na formulação e execução de suas tarefas constitucionais. Para tanto, é necessário que os TCs estabeleçam nas normas que organizam a sua atuação mecanismos que possibilitem que ela se realize de forma *preventiva*.

No âmbito judicial a matéria encontra-se bastante desenvolvida na doutrina, especialmente ao se tratar da Lei da Ação Civil Pública, que é um dos principais instrumentos de proteção ambiental atualmente à disposição. Já não dá para se dizer o mesmo com relação aos Tribunais de Contas, em que ainda há pouca referência sobre o assunto. No entanto, vários são os mecanismos que estão à disposição desses órgãos, reconhecidos na doutrina e na jurisprudência e, em especial, do Supremo Tribunal Federal, bem como nas suas Leis Orgânicas e Regimentos Internos, que possibilitam essa atuação preventiva em matéria de proteção do ambiente.

Nesse Capítulo, passa-se a desenvolver uma análise dos seguintes instrumentos: o exercício do poder geral de cautela, a negativa de exequoriedade de lei ou ato normativo, o termo de adoção de providências e a tomada de contas especial.

Antes, porém, será abordada a forma como se dá a atuação dos TCs, a emergência de uma atuação preventiva, os princípios que ensejam essa atuação, a avaliação de impacto ambiental e o licenciamento como elemento essencial nesse processo e, ao final, passa-se ao exame de cada um dos procedimentos citados.

4.1 O MODO COMO SE DÁ A ATUAÇÃO POR PARTE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Os Tribunais de Contas, no exercício das suas competências, podem examinar de ofício a matéria que lhe compete, através de auditorias ou inspeções³⁸⁷, ou agir por provocação, pelos mais variados legitimados.

Uma das formas de atuação é através do exame de fatos originados por representação. E são vários os dispositivos do ordenamento jurídicos à propiciar a

³⁸⁷ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: IV - realizar, **por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito**, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II.

participação na formação de um processo de verificação da regularidade das ações administrativas³⁸⁸.

Nesse sentido, é ampla a possibilidade de se dar início as mais variadas formas de atuação desses Órgãos através de auditorias, inspeções, dentre outras.

4.2 A NECESSIDADE DE UMA ATUAÇÃO PREVENTIVA COMO FORMA DE ASSEGURAR UM MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO POSSIBILITANDO A REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO ESSÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A necessidade de uma atuação preventiva em matéria ambiental, de forma a assegurar uma adequada qualidade de vida aos cidadãos, tem o seu maior fundamento no princípio-essência³⁸⁹ da dignidade da pessoa humana. Tal princípio enseja ações afirmativas por parte do Estado.

Ao se tratar da relação entre economia e ecologia se está tratando da possível colisão entre direitos fundamentais. Não é por outra razão que os legisladores constituintes, atentos a esta situação, estabeleceram no artigo 170 da Constituição Federal, que trata dos Princípios Gerais da Ordem Econômica, a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (art. 170, inciso VI da CF).

E, é na procura de melhor atender ao princípio-essência da dignidade da pessoa humana que se chegará a uma solução adequada para esta colisão.

³⁸⁸ CF/88 - Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União. [Por força do art. 75 da CF/88 aplica-se aos demais TCs].

Na Lei nº 8.666/1993: Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

³⁸⁹ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 242.

Ingo Sarlet³⁹⁰, assevera que a dignidade diz respeito à condição humana do indivíduo. Trata-se de uma situação jurídica irrenunciável. Não há como se despir de tal atributo o ser humano. Não está no campo da disposição de qualquer pessoa, muito menos do Estado. A dignidade humana é indelével, perene.

Apesar da sua intangibilidade, possui concretude na ordem jurídica, cabendo ao Estado respeitá-la, caso viole, caberá ao Judiciário assegurar a sua observância.

O conceito de dignidade está ligado a uma condição mínima de existência. Aqui há uma dificuldade de se estabelecer este ambiente de condição mínima de existência digna, vez que dependente de aspectos estruturais culturais, de visão de consumo, de análises ambientais. Este é um conceito de difícil delimitação no ambiente interno de um país.

O que se dirá então, de se estabelecer uma condição mínima de existência digna em termos globais?

Interessante abordagem a respeito do conteúdo da dignidade da pessoa humana encontra-se no artigo de Luís Roberto Barroso onde refere que a definição de seu conteúdo transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade.

Dentro de uma análise jurídica, dependendo da maior ou menor densidade das normas haverá maior ou menor possibilidade de extrair delas, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem.

Assim se manifesta o autor:

Tome-se, como exemplo, o princípio da dignidade humana e veja-se a divergência quanto à sua interpretação, manifestada por dois juristas da nova geração, criados no mesmo ambiente acadêmico. Ana Paula Barcellos situa o mínimo existencial no âmbito da dignidade humana e dele extrai os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça (A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana, 2002, p. 305). Dessa posição diverge Daniel Sarmento, por entender inadequada a escolha de algumas prestações sociais, com exclusão de outras que, a seu ver, são igualmente direitos fundamentais, como o direito a “saúde curativa” (Direitos fundamentais e relações privadas, 2004, p. 114).³⁹¹

Cristiane Derani³⁹² procurando estabelecer uma relação adequada entre o econômico e o ambiental, trata da matéria sobre outro enfoque:

³⁹⁰ SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 5 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

³⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. Revista da PGE/RS. V. 28. nº 60, julho-dezembro de 2004. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**, p. 37

³⁹² DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008. p. 242

Pelo exposto sobre os princípios presentes no artigo 170 da Constituição Federal, deve-se depreender que o princípio da dignidade humana é a essência, a razão das normas da ordem econômica, entendendo-se este princípio como aquilo que a inspira e a conduz. Deve-se diferenciá-lo do que textualmente é chamado pelo mesmo artigo 170 de princípios. Estes, elencados nos incisos, não têm o poder norteador, constituidor de uma base ética da ordem econômica. Eles desempenham um papel de suporte para a organização da atividade econômica, esboçam um determinado perfil da ordem econômica, moldando sua estrutura (princípio-base). Aqui, o sentido de princípio coincide com o de preceito, uma regra de proceder. Do contrário, quando se trata do princípio da dignidade humana, está se referindo a valores essenciais que orientam toda prática social (princípio-essência).

O Estado existe em função do cidadão e não o contrário. Neste sentido, a legitimidade do Estado está vinculada ao atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana. É em razão deste princípio que se deve averiguar se a busca de um novo modelo de desenvolvimento poderá melhor atender ao seu objeto.

Aliás, preocupação no mesmo sentido encontra-se em artigo de Gustavo Henrique Justino de Oliveira³⁹³, conforme se verifica:

Em que pesem as inúmeras transformações pelas quais passa o Estado contemporâneo, com ele permanece (e no caso brasileiro por expressa previsão constitucional) o papel de indutor, promotor e garantidor do desenvolvimento nacional. E se no centro da noção de desenvolvimento encontra-se a pessoa humana, cumpre à organização estatal - mormente por meio de seu aparato administrativo - exercer ações em número, extensão e profundidade suficiente para bem desincumbir-se da obrigação constitucional de realizar um dos valores que fundamental a República Federativa do Brasil: o princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do artigo 2 da Constituição Brasileira).

Há consciência de que o quadro contemporâneo de degradação e crise ambiental é fruto dos modelos econômicos experimentados no passado. Este fato enseja o repensar da geopolítica mundial. Ambos os modelos conhecidos de organização social, capitalismo e socialismo, tomam por base um crescimento permanente de produtividade sem levar em consideração, ou ao menos na medida necessária, a proteção ambiental.

A visão de desenvolvimento como sinônimo de crescimento não se ajusta mais as necessidades de enfrentamento da degradação do ambiente natural.

Faz-se necessário o desenvolvimento de políticas públicas para a proteção ambiental, bem como o manejo de procedimentos que cessem ou mitiguem os danos de forma célere. Esta é uma tarefa que tem que ser desempenhada pelo Estado sob pena de perder a sua legitimidade, na medida em que as tradicionais tarefas até então impostas não dão conta de

³⁹³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao Desenvolvimento na CF 1988. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE**. Número 16 - Novembro/Dezembro/Janeiro - 2009. Disponível: www.direitodoestado.com.br - acessado em fevereiro de 2010.

possibilitar a permanência de uma vida digna diante das constantes e crescentes ameaças propiciadas pelas implicações decorrentes do uso desenfreado de recursos naturais.

O Estado socioambiental de direito passa, necessariamente, pela regulação da atividade econômica de forma a propiciar um desenvolvimento sustentável conforme preconizado na Constituição Federal³⁹⁴.

Veja-se que a posição adotada pelo autor toma por base o atual modelo capitalista de produção, mitigando os seus efeitos ao inserir limites e tarefas a serem desempenhadas pelo Estado, propiciando um controle na lógica desenvolvimentista.

Há uma clara associação entre a injustiça social e a injustiça ambiental. Os bens sociais são distribuídos de forma injusta, privilegiando determinadas camadas sociais em detrimento de outras, assim como o acesso aos recursos naturais, de modo que as populações menos privilegiadas acabam por ter violados os direitos de acesso a um ambiente sadio³⁹⁵.

Uma racionalidade econômica dos direitos humanos favorece valores individuais e materiais. Uma racionalidade ecológica dos direitos humanos, por outro lado, não necessariamente inverteria essa ordem, mas questionaria seu utilitarismo subjacente³⁹⁶.

É claro que a assimilação ética e jurídica dessa preocupação básica mostra-se, ainda, pouco desenvolvida. Em termos jurídicos, os seres humanos valem muito mais do que o meio ambiente como objeto de proteção. Ainda não há uma concepção compartilhada em comum de que o bem-estar humano depende do bem estar de todo o mundo vivo. Por isso, não surpreende que o desenvolvimento dos direitos humanos ambientais desde a década de 1980 tenha sido dominado pelo antropocentrismo tradicional³⁹⁷.

Parece evidente que um desastre como uma explosão de gás metano num lixão municipal situado nas proximidades viola o direito à vida, a privacidade ou a propriedade. Menos evidentes, porém, são casos em que o impacto não é tão imediato e individualizado, mas sim, de longo prazo e em grande escala, afetando populações inteiras.

O exemplo principal é o aquecimento global. Normalmente, a mudança climática é percebida como uma ameaça para a saúde ambiental, para a saúde humana e para a propriedade, mas só em grau menor como ameaça para a dignidade e os direitos humanos³⁹⁸.

³⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial. **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010. p. 22.

³⁹⁵ Idem., p. 37.

³⁹⁶ BOSSELMAN, Klaus. Direitos Humanos, Meio Ambiente e Sustentabilidade. **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010. p. 74.

³⁹⁷ Idem., p. 77.

³⁹⁸ Idem., p. 78.

[...] Os direitos procedimentais são direitos democráticos e importantes como tais. Entretanto, eles constituem apenas um pré-requisito para uma melhor tomada de decisões ambientais e não salvaguardam, por conta própria, a sustentabilidade ecológica³⁹⁹.

Existe uma ligação entre os direitos humanos e ambientais. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos constatou que o Governo Brasileiro violou direitos dos indígenas Yanomani à vida, liberdade e segurança pessoal, por ter deixado de impedir que danos ambientais graves fossem causados por empresas de mineração⁴⁰⁰.

Pode-se concluir que os direitos humanos e o meio ambiente estão, inseparavelmente, interligados. Sem os direitos humanos, a proteção ambiental não poderia ter um cumprimento eficaz. Da mesma forma, sem a inclusão do meio ambiente, os direitos humanos correriam o perigo de perder sua função central, qual seja a proteção da vida humana, de seu bem-estar e de sua integridade⁴⁰¹.

O projeto dos direitos humanos ecológicos tenta reconciliar os fundamentos filosóficos dos direitos humanos com princípios ecológicos. O objetivo é ligar os valores intrínsecos dos humanos com os valores intrínsecos de outras espécies e do meio ambiente. Em face disto, os direitos humanos (como, por exemplo, dignidade humana, liberdade, propriedade e desenvolvimento) precisam corresponder ao fato de que o indivíduo opera não só num ambiente social, mas também num ambiente natural. Da mesma maneira como o indivíduo tem de respeitar o valor intrínseco de seus outros pares, os demais seres (animais, plantas, ecossistemas)⁴⁰².

Não é por outra razão que as legislações trazem, com frequência, a seguinte referência geral: “limites razoáveis prescritos pela lei que podem ser justificados de modo aferível numa sociedade livre e democrática⁴⁰³”. E isto se deve ao fato de que os direitos fundamentais não são absolutos.

O meio ambiente como direito fundamental, conforme Ayala, teve a sua inauguração no julgamento do RE 134287-7SP, e o seu significado diferenciado somente foi realizado no julgamento do MS 22.164/DF, no qual, pela primeira vez, o STF reconheceria expressamente características essenciais do bem ambiental, tal como proposta pela Constituição brasileira, quais sejam: a) a repartição de responsabilidades no exercício desses deveres; b) a relação

³⁹⁹ BOSELMAN, Klaus. Direitos Humanos, Meio Ambiente e Sustentabilidade. **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010. p. 82.

⁴⁰⁰ Idem, p. 82.

⁴⁰¹ Idem, p. 91.

⁴⁰² Idem, p. 97.

⁴⁰³ Idem, p. 99.

estabelecida entre a sua concretização e os deveres atribuídos aos Poderes Públicos e à coletividade; e, sobretudo, c) a titularidade compartilhada de interesses sobre o bem, que alcançam inclusive as futuras gerações⁴⁰⁴.

Na perspectiva de assegurar os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, foi elaborada a Carta de Terra. Trata-se de uma declaração de princípios éticos fundamentais para a construção, no século XXI, de uma sociedade global justa, sustentável e pacífica. O conteúdo de seu texto busca inspirar todos os povos a um novo sentido de interdependência global e responsabilidade compartilhada, voltado para o bem-estar de toda a família humana, da grande comunidade da vida e das futuras gerações. É uma visão de esperança e um chamado à ação⁴⁰⁵.

Como incitação à participação da sociedade e o papel a ser desenvolvido pelas instituições o artigo 13 afirma a necessidade do fortalecimento das instituições democráticas em todos os níveis, da transparência e responsabilização⁴⁰⁶.

Todavia, os “direitos humanos” não são infensos a críticas. Da mesma forma os direitos fundamentais que potencializam esses direitos no âmbito interno dos países. Nesse sentido, há que se ter cautela na avaliação dessa espécie de direito para que se evite a captura através de uma nova bandeira que é o direito ambiental.

⁴⁰⁴ AYALA, Patryck de Araújo. **O Novo Paradigma Ambiental e a Jurisprudência Ambiental no Brasil**, p. 380.

⁴⁰⁵ Para se atingir uma visão compartilhada de valores básicos que proporcione um fundamento ético à comunidade mundial emergente, a Carta da Terra está estruturada em quatro grandes princípios. Estes princípios são interdependentes e visam a um modo de vida sustentável como padrão comum. Espera-se que através deles a conduta de todos os indivíduos, organizações, empresas, governos e instituições transnacionais seja dirigida e avaliada adequadamente. São eles:

- Respeitar e cuidar da comunidade de vida
- Integridade ecológica
- Justiça social e econômica
- Democracia, não-violência e paz

⁴⁰⁶ **Carta da Terra**

IV. DEMOCRACIA, NÃO-VIOLÊNCIA E PAZ

13. Fortalecer as instituições democráticas em todos os níveis e prover transparência e responsabilização no exercício do governo, participação inclusiva na tomada de decisões e acesso à justiça.

- a. Defender o direito de todas as pessoas receberem informação clara e oportuna sobre assuntos ambientais e todos os planos de desenvolvimento e atividades que possam afetá-las ou nos quais tenham interesse.
- b. Apoiar sociedades civis locais, regionais e globais e promover a participação significativa de todos os indivíduos e organizações interessados na tomada de decisões.
- c. Proteger os direitos à liberdade de opinião, de expressão, de reunião pacífica, de associação e de oposição.
- d. Instituir o acesso efetivo e eficiente a procedimentos judiciais administrativos e independentes, incluindo retificação e compensação por danos ambientais e pela ameaça de tais danos.
- e. Eliminar a corrupção em todas as instituições públicas e privadas.
- f. Fortalecer as comunidades locais, habilitando-as a cuidar dos seus próprios ambientes, e atribuir responsabilidades ambientais aos níveis governamentais onde possam ser cumpridas mais efetivamente.

Os direitos humanos, após a Segunda Guerra Mundial foram parte integrante da guerra-fria, e como tal considerados pelas forças políticas de esquerda⁴⁰⁷.

Para Boaventura Santos,

A história traz exemplos da utilização de duplos critérios na avaliação das violações dos direitos humanos, complacência com ditadores amigos do Ocidente, defesa do sacrifício dos direitos humanos em nome dos objetivos do desenvolvimento – tudo isso tornou os direitos humanos suspeitos enquanto guião emancipatório⁴⁰⁸.

Enquanto até meados dos anos setenta as crises de regulação social suscitavam o fortalecimento das políticas emancipatórias, hoje a crise de regulação social – simbolizada pela crise do Estado intervencionista e do Estado-Providência – e a crise da emancipação social – simbolizada pela crise da revolução, do reformismo social democrático e do socialismo enquanto paradigmas da transformação social – são simultâneas e alimentam-se uma da outra. A política dos direitos humanos, que pode ser simultaneamente uma política regulatória e uma política emancipatória, está armadilhada nesta dupla crise, ao mesmo tempo que é sinal do desejo de a ultrapassar⁴⁰⁹.

Nesse sentido é que Boaventura Santos fala numa tensão dialética que ocorre entre o Estado e a Sociedade Civil. A tensão deixa, assim, de ser entre Estado e sociedade civil para ser entre interesses e grupos sociais que se reproduzem melhor sob a forma de Estado e interesses e grupos sociais que se reproduzem melhor sob a forma de sociedade civil.

Uma terceira vertente da sua classificação aborda a tensão ocorre entre o Estado-nação e o que designa-se por Globalização. Quer a regulação social, quer a emancipação social, deverão ser deslocadas para o nível global⁴¹⁰.

A efetividade dos direitos humanos tem sido conquistada em processos políticos de âmbito nacional e por isso a fragilização do Estado-nação pode acarretar consigo a fragilização dos direitos humanos. Este é um aspecto interessante de análise, na medida em que as soluções para a crise ambiental devem ser tomadas num contexto mundial, portanto, sem levar em consideração os processos de divisão geográfica.

Todavia, como assegurar a manutenção dos níveis de proteção aos direitos humanos que se fortaleceram dentro desse contexto de Estado-nação? Há que se alcançar um modo de manter os níveis de proteção já alcançados pela humanidade.

⁴⁰⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **A Gramática do Tempo:** para uma nova cultura política. Coleção para um novo senso comum. V. 4. São Paulo: Cortez, 2006. p. 433.

⁴⁰⁸ Idem p. 433.

⁴⁰⁹ Idem p. 435.

⁴¹⁰ Idem p. 436.

Boaventura Santos salienta que hoje, no início do século XXI, pode-se pensar os direitos humanos como simbolizando o regresso do cultural e mesmo do religioso. “Ora, falar de cultura e de religião é falar de diferença, de fronteiras, de particularismos. Como poderão os direitos humanos ser uma política simultaneamente cultural e global?⁴¹¹”. Este é o dilema que envolve a questão dos direitos humanos e que tem que se ter presente para uma adequada análise da situação.

Deve-se encontrar as condições que permitam conferir aos direitos humanos, tanto o escopo global, como a legitimidade local, para fundar uma política progressista de direitos humanos, direitos humanos concebidos como a energia e a linguagem de esferas públicas locais, nacionais e transnacionais, atuando em rede para garantir novas e mais intensas formas de inclusão social.

É neste seara que a proteção de direitos que assegurem a dignidade da pessoa humana, sob um viés em que se tem presente o ambiente, deve ser levada em consideração.

As culturas são relativas. Nessa medida, a relatividade cultural exprime também a incompletude e a diversidade cultural. A homogeneização põe fim a diversidade cultural e enseja a perda de inúmeras práticas potencialmente importantes para a relação entre o homem e a natureza.

Sarlet assevera que a proteção ambiental enseja uma dupla funcionalidade tomando a forma de um objetivo e tarefa estatal e de um direito e dever fundamental do indivíduo e da coletividade. Decorre daí todo um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico⁴¹².

Bertolo ressalta a qualidade de direito fundamental do meio ambiente

No contexto das diversas dimensões ou gerações dos direitos fundamentais, a proteção da vida e da dignidade da pessoa humana é emblemática da dimensão coletiva e difusa do direito ao meio ambiente sadio. A diferença estrutural contida nos enunciados normativos permite identificar o conteúdo material dos princípios. Seu peso e importância são determinantes para a sua aplicação. Os princípios expressam o núcleo valorativo representado pelos direitos fundamentais nas suas diversas gerações ou dimensões incluindo, portanto, o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, entre os direitos a serem garantidos.⁴¹³

⁴¹¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política.** Coleção para um novo senso comum. V. 4. São Paulo: Cortez, 2006. p. 437.

⁴¹² SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial. **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010. p. 14. SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial. **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010. p. 20.

⁴¹³ BERTOLO, Rozangela Motiska. Os princípios de direito ambiental na perspectiva do modelo dos princípios e das regras. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre, v.22, n.38, 2º sem. 2005. p.45-72.

A qualidade ambiental passa a integrar o elenco dos direitos que asseguram um mínimo existencial, que passa a designar-se como um mínimo existencial socioambiental. Cabe aos Estados propiciar o alcance deste mínimo existencial ecológico a todos os cidadãos. Por esta razão o aperfeiçoamento de instrumentos, que assegurem uma tutela inibitória, não permitindo a degradação, ou minimizando os seus efeitos, é um imperativo que vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana.

4.3 A NECESSIDADE DE UMA TUTELA INIBITÓRIA INTEGRAR A CULTURA DE ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE

A necessidade de uma atuação preventiva na proteção dos recursos públicos, inibindo e corrigindo os desvios antes do escoamento no ralo da corrupção é uma imperativo de segurança da implementação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, como bem salienta Rizzo Junior⁴¹⁴, em termos de resgate de direitos fundamentais violados, por absoluta falta de recursos financeiros, “as penalidades eventualmente aplicadas aos maus gestores não representam consolo algum para cerca de 42% da população brasileira, apenas cumprem o inútil papel de purificação simbólica”.

O estado de letargia da população incapaz de exigir uma postura diferente daquilo que se apresenta no cenário nacional é paradoxal. Representa que ninguém mais se importa com aquilo que é de mais importante, a política.

Ao invés de dirigirem as suas ações para a cessação dos níveis exacerbados de corrupção, voltam-se cada vez mais a ofendículos capazes de impedir o acesso às ilhas de prosperidade.

O absurdo chega ao ponto de um país realizar todo um aparato de proteção aos estrangeiros em razão de eventos que assumiu realizar como a copa do mundo e as olimpíadas. Todavia, tal aparato de proteção, não transforma e nem garante a segurança de sua própria população, que não irá frequentar os espaços reservados a uma elite mundial e local.

O que a população brasileira quer, e espera, é uma verdadeira transformação das estruturas sociais de poder, que permitam o desenvolvimento de políticas públicas sólidas e duradouras, de forma a possibilitar o desenvolvimento de uma sociedade em que os serviços

⁴¹⁴ RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle Social Efetivo das Políticas Públicas**. Tese de Doutorado. USP. São Paulo: 2009. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 08 de junho de 2011. p. 14.

públicos sejam de qualidade e não meramente fictícios a ponto de pretender realizar os comandos constitucionais de forma apenas formal ou pontual, como ocorre com a educação, saúde, segurança e o meio ambiente.

Uma luz no final desse túnel se fez enxergar no dia 07 de setembro de 2011, em que fora noticiado nos mais diversos meios de comunicação manifestações em massa contra a corrupção. Data simbólica para o país, em que comemora mais um ano de sua independência. Parece que o povo está reassumindo a necessária participação para o resgate da cidadania participativa e adotando uma postura séria e clara contra as mazelas que os corruptos causam e a exigir postura mais consentânea com os princípios da República daqueles que ocupam funções públicas.

Reproduz bem a situação a seguinte passagem da obra de Rizzo Junior

[...] Temos a mesma visão aterradora das catástrofes que se amontoam a nossos pés, o mesmo excesso de lucidez de nossas próprias mazelas e o mesmo sentimento de impotência. A catástrofe sem fim que visualizamos em sua verdadeira dimensão é percebida apenas como fatos isolados que justificam sanções tardias e inúteis. A apuração de atos de improbidade e a eventual punição dos culpados dão-nos a falsa impressão de que a punição certa e inexorável é suficiente para compensar as perdas suportadas pelo Estado. No entanto, o alívio que a efetivação da justiça pode proporcionar não é maior que o conforto experimentado por uma mãe que assiste a condenação do assassino de seu filho. A apenação do culpado não lhe devolverá o filho nem aliviará a sua dor, tanto quanto os meios disponíveis no sistema normativo não trarão à sociedade a efetivação de suas justas expectativas, frustradas pela corrupção ou incompetência de seus representantes.⁴¹⁵

A transformação deve atingir, sobretudo, a atuação das Instituições do Estado. Não se pode ver mais o Poder Judiciário esgotar os limites de suas possibilidades em uma inútil tentativa de controlar gestões cada vez mais fraudulentas, “nem o Tribunal de Contas somente como mero auditor de contas dos entes públicos, em sua função de esquarterjar o corpo já sem vida dos anseios e necessidades mais fundamentais do ser humano”⁴¹⁶.

É inegável que o controle social realmente eficaz e seguro só pode ser alcançado por intermédio do Tribunal de Contas. Ele é a entidade *neutra* e independente naturalmente *vocacionada* para filtrar e avaliar as informações necessárias para estimular a sociedade a opinar sobre o destino das riquezas que lhe são exigidas⁴¹⁷.

Rosane Heineck Schmitt realizou interessante abordagem a respeito do alcance dos poderes implícitos, segundo a qual toda atribuição/competência delegada pela Constituição

⁴¹⁵ RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle Social Efetivo das Políticas Públicas**. Tese de Doutorado. USP. São Paulo: 2009. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 08 de junho de 2011. p. 13

⁴¹⁶ Idem., p. 18.

⁴¹⁷ Idem., p. 21.

inclui o direito/poder de exercer todas as competências expressas e também todos os demais meios necessários, permitidos pela Constituição, para a execução dos poderes que lhe foram atribuídos/delegados⁴¹⁸.

Portanto, o efetivo exercício das competências constitucionais atribuídas aos Órgãos de fiscalização e controle, como é o caso dos Tribunais de Contas, na defesa e proteção do meio ambiente, valendo-se de instrumentos expeditos e já a sua disposição, reconhecidos inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, como é o caso do poder geral de cautela, da teoria dos poderes implícitos, da possibilidade de negativa de executoriedade à lei ou ato normativo inconstitucional, da tomada de contas especial, bem como da aplicação do termo de adoção de providências, com base no artigo 71, IX e X da Constituição Federal, da exigência de critérios de sustentabilidade nas licitações, da requisição dos Editais de Licitação e a possibilidade de determinação de alteração para o efetivo cumprimento da lei – inclusive exigindo-se EIA e RIMA quando ausentes ou a sua complementação, acaso insuficientes, conforme se verifica no parágrafo segundo do artigo 113⁴¹⁹ da lei de licitações, levam, necessariamente, a essa mudança cultural que se propugna e asseguram uma proteção ambiental mais condizente com o que se espera dessas Instituições.

E a atuação na área ambiental tem sido cada vez mais objeto de preocupação por parte dos TCs, por ser o meio ambiente um bem público da coletividade e estar sob a ameaça de risco e degradação, prejudicando a qualidade de vida.

Aliás, conforme Andreza Cristina Stonoga⁴²⁰: “A preocupação mundial com o meio ambiente decorre de um fator preponderante: a proteção do meio ambiente significa a proteção da vida humana”.

⁴¹⁸ SCHMITT, Rosane Heineck. **Tribunais de Contas no Brasil e Controle de Constitucionalidade**. Tese de Doutorado apresentada na UFRGS. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 03/06/2011.

⁴¹⁹ Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2º **Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)**

⁴²⁰ STONOGA, Andreza Cristina. **Tutela Inibitória Ambiental** – a prevenção do ilícito. Curitiba: Juruá, 2007. p. 34

A tutela do meio ambiente decorre da sociedade de massas verificada na sociedade moderna, especialmente a partir das revoluções industriais em que foi possibilitada produção de energia em abundância para que se atingisse os atuais níveis de produção. A utilização do petróleo como a principal matriz energética e de “fácil” acesso permitiu e permite níveis nunca antes alcançados. Nesse contexto, vem se desenvolvendo uma tutela ambiental na órbita do Direito Constitucional, não só no Brasil, mas também em outros países, como reflexo da evolução da sociedade e da necessidade premente de preservação de áreas a fim de possibilitar a renovação da natureza.

O retorno do meio ambiente ao estado anterior, após sofrer uma agressão, é muito difícil, quando não impossível. Por esta razão, deve-se priorizar a tutela inibitória, através dos órgãos de proteção ambiental, tanto judiciais como administrativos.

É tal a velocidade com que os fatos se processam na sociedade atual que a espera por tutelas tradicionais e, que na maioria das vezes caracterizava-se como reparativa, já não dá a resposta adequada e necessária para o enfrentamento do problema. Por esta razão, Canotilho assevera que

Na atual sociedade de risco cresce a necessidade de actos provisórios e actos precatórios a fim de a administração poder reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a prossecução do interesse público segundo os novos conhecimentos técnicos e científicos. Isto tem de articular-se com salvaguarda de outros princípios constitucionais, entre os quais se conta a participação da confiança, a segurança jurídica, a boa-fé dos administrados e os direitos fundamentais.⁴²¹

Dá constatação do autor extraem-se várias inferências, das quais se ressalta a necessidade de uma análise das políticas públicas à luz das contingências atuais, como a inovação técnica e a evolução científica que poderá reordenar todo um direcionamento de uma ação pública a fim de atender ao interesse público. O interesse público é o que se busca no resultado da ação administrativa. Os meios a serem empregados devem sempre levar em consequência os resultados que se quer atingir. Nesse sentido, se há possibilidade de se atingir o fim através de meios mais eficientes e menos gravosos deve haver um redirecionamento da ação.

Na perspectiva da realização de um Estado socioambiental de direito, Sarlet e Fenstersefer ressaltam como instrumento da sua implementação o estudo prévio de impacto ambiental (art. 225, § 1º, IV, da CF) exigido para a instalação de obra ou atividade causadora ou potencialmente causadora e significativa degradação ambiental.

⁴²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Ed. Almedina.

Para os autores, trata-se de um mecanismo de ajuste da atividade econômica, bem como um dever fundamental que limita o direito de propriedade e a livre iniciativa dos atores econômicos privados, tomando por base o desenvolvimento sustentável⁴²².

Todavia, como bem salientado, na construção da ação administrativa há que se sopesar os interesses envolvidos de modo a máxima proteção do princípio da dignidade da pessoa humana. A velocidade das transformações sociais passa a exigir das Instituições ações capazes de acompanharem esta novel forma de relação social.

O direito ao meio ambiente não encontra um único beneficiário, de modo que ações individuais não se prestam à defesa ambiental, ou mostram-se insuficientes para a gama de situações a serem enfrentadas. É nesse sentido que as instituições incumbidas de assegurar um Estado de Direito que permita uma existência digna tomam um realce importantíssimo para a tutela dos interesses que perpassam a seara individual.

Por esta razão, além dos órgãos de execução vinculados ao executivo, órgãos de controle e fiscalização podem atuar de maneira a, senão cessar as agressões ao meio ambiente, fazer com que os efeitos sejam os mínimos possíveis.

No campo judicial faz-se referência a Lei da Ação Civil Pública que tem sido um marco em termos de tutela de interesses difusos e coletivos (individuais homogêneos). Todavia, o que se tem observado nos últimos anos, apesar de não haver uma estatística que permita uma melhor análise a respeito, é o Ministério Público o principal Órgão que tem ingressado com ações nesta seara. Além do Ministério Público, a legitimação da Defensoria Pública representa um grande avanço para o desenvolvimento de uma cultura de ação protetiva de forma a prevenir a ocorrência de degradação do que a tentativa de recuperação que muitas vezes resta infrutífera.

Além das medidas que se passam no âmbito judicial há o campo atuação que cabe uma participação especial dos TCs como Órgão de fiscalização. A análise da adequada estruturação dos órgãos executivos faz parte deste campo de controle. Cabe uma acurada análise da capacidade de respostas por parte dos órgãos incumbidos de executarem ações protetivas e defensivas ao meio ambiente.

Será que possuem estrutura de pessoal e financeira para a sua atuação? Como tem respondido as demandas sociais nesta seara? Enfim, compete a esses Órgãos a verificação e o controle dos Órgãos incumbidos na execução direta da proteção ambiental.

⁴²² SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial. **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010. p. 22-23.

Outra ação que se encontra dentro desta seara diz respeito à efetiva utilização dos instrumentos jurídicos postos à disposição dos entes federativos. Cabe uma ação expedida e o manejo de ações que permitam uma tutela célere.

Neste campo a Ação Civil Pública pode e deve ser objeto de ingresso pelos demais entes legitimados ao deparar-se com a degradação ambiental dentro de suas esferas de competência. O papel das procuradorias jurídicas e dos controles internos é de importância relevante neste campo. Portanto, a obtenção de liminar em Ação Civil Pública permite a imediata cessação do dano. Isto é uma obrigação do ente incumbido da execução das tarefas públicas.

Existe não só a possibilidade como o dever dos Tribunais de Contas instarem os administradores a provocar os órgãos jurídicos para o ingresso de Ações Cíveis Públicas na seara ambiental, sem aguardar a ação do Ministério Público, como forma de difundir uma *cultura ambientalmente protetiva*.

Os TCs têm competência de examinar a economicidade e a legitimidade das ações dos órgãos submetidos ao seu controle. Neste campo, muitas vezes a omissão, a falta de ação preventiva gera custos de monta na necessidade de uma ação reparadora por parte dos órgãos públicos incumbidos da execução. Por esta razão, podem e devem ser aferidas a conduta do Gestor no campo ambiental, de forma a que seja formado um juízo a respeito das contas públicas. Caso não tenha realizado as ações adequadas para a proteção ambiental, instando os órgãos jurídicos submetidos a sua hierarquia a tomarem as medidas protetivas necessárias a evitar a degradação do ambiente, podem e devem ter as suas contas rejeitadas.

Salienta-se, que esta ação do Gestor enquadra-se dentro do campo das contas de Gestão estando submetido ao julgamento definitivo pelo Tribunal de Contas, ao menos na esfera de sua competência, podendo ser revisto somente pelo Judiciário, mas de forma restrita.

Portanto, conforme amplamente demonstrado as contas ao serem julgadas pelos Tribunais de Contas no âmbito de sua competência restrita ensejam, diretamente, uma série de consequências ao Gestor, como a inelegibilidade⁴²³, a formação de títulos executivos com o

⁴²³ Lei Complementar n.64: Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

montante do prejuízo causado ao erário, devendo fazer com que valor retorne aos cofres públicos e submetendo-se a execução extrajudicial.

A atuação jurídica dos órgãos fiscalizados também é objeto de análise e está dentro do campo de competência dos TCs. Os instrumentos de que dispõem inseridos nos Códigos de Processo ensejam medidas preventivas, como se percebe na seguinte passagem

A reforma processual de 1994 introduziu no artigo 461 do CPC a tutela das obrigações da fazer e não fazer. Este dispositivo legal, idealizado na esteira do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e no artigo 11 da Lei de Ação Civil Pública, pretende, de forma a adequar a tutela processual ao direito material, efetivar o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer da mesma maneira daquela estabelecida entre as partes no momento da formação da obrigação. Desta forma, esses dispositivos legais visam também tutelar o não fazer, objetivando prevenir práticas ilícitas para o Direito.⁴²⁴

Veja-se que o não fazer, de forma a inibir ações ilícitas ou que venham a degradar o meio ambiente é passível de ataque por esta via.

Não se pode perder de vista a conectividade de proteção que não fica restrita às presentes gerações, mas também às gerações futuras. Aliás, registre-se que se outrora não se tinha o devido conhecimento a respeito da possibilidade de degradação ambiental ou do alcance dessa degradação, podendo ameaçar a própria existência de gerações futuras, isto sem falar da possibilidade de contato com diversas espécies de animais ou com ambientes naturais e ecossistemas que deixarão de existir, hoje há praticamente um consenso no meio científico a respeito dos efeitos da ação humana sobre o ambiente. Por esta razão cabe e deve haver uma postura ética no sentido de preservação de ecossistemas e de espécies, possibilitando esse contato futuro e, até mesmo, uma melhor compreensão da sua importância existencial.

Deixa-se claro que o que se esta aqui a propugnar não é a impossibilidade de alteração de ambientes naturais, a intocabilidade de ecossistemas e não presença humana em determinadas regiões. Pretende-se proteger e manter ecossistemas que mantenham a sua integridade original.

4.4 OS TRIBUNAIS DE CONTAS COMO ÓRGÃOS VOCACIONADOS À REALIZAÇÃO DA TUTELA PREVENTIVA EM MATÉRIA DE CONTROLE DO ORÇAMENTO PARA FINS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

O resultado da atuação judicial é a emissão de conceitos de legalidade (à luz da Constituição Federal), e não de mérito. Já, os TCs têm a competência do exame de mérito da

⁴²⁴ STONOGA, Andreza Cristina. **Tutela Inibitória Ambiental. A Prevenção do Ilícito**. São Paulo: Ed. Juruá, 2007. p. 18.

ação administrativa. Nesse sentido, torna-se extremamente difícil para o Judiciário syndicar políticas públicas de uma maneira abstrata, desvinculada da ameaça de dano concreto ou dano iminente que legitimam todos aqueles que ocupam o pólo ativo de uma relação processual.

O controle a ser exercido é, portanto, não repressivo, que deve ser dirigido a opções políticas que, na data do controle, ainda não se mostram claramente equivocadas⁴²⁵.

As auditorias operacionais visam exatamente a esta finalidade, ou seja, a orientação prévia do agir administrativo. E cada vez mais são objeto de implementação ingressando na cultura institucional desses Órgãos, capacitando os servidores através de contato com organismos internacionais mais avançados nessas práticas.

A alteração do atual quadro não será alcançada sem a necessária mudança de cultura a ser assimilada tanto pela sociedade como pelas próprias instituições. Todos os dias somos bombardeados com notícias de corrupção. Todavia, são poucos os casos em que há uma responsabilização a altura das mazelas decorrentes de tais crimes. A sensação de impunidade, além de deixar perplexa a sociedade, estimula a prática de tais ilícitos.

O desperdício no Brasil, em decorrência direta da corrupção e da ineficiência, segundo Rizzo Junior, consome um terço da arrecadação nacional, o que equivale a R\$ 234 bilhões por ano. Como não há outros estudos sobre esse tema, é temerário questionar a legitimidade dos dados ora apresentados. Assevera o autor que o princípio da precaução tem plena aplicação na atenção que deve ser dispensada a esses números, porque a cautela que ele exige deve ser efetivada antes da absoluta certeza científica sobre se tal situação configura de fato uma ameaça real de dano econômico e social⁴²⁶.

Da mesma forma, no editorial intitulado “Dinheiro de ninguém”, de O Estado de São Paulo, pág. A3, 30 set. 2007, o leitor, estarrecido, é informado sobre o relatório do Ministro Ubiratan Aguiar, do Tribunal de contas da União (TCU), que descreve como órgãos públicos que já foram extintos jamais prestaram contas

Considerando as justificativas não entregues pelos Ministérios, ou aquelas apresentadas, mas não analisadas, repasses de nada menos que R\$ 12,5 bilhões, feitos pela União, estão sem prestação de contas. O atraso médio na prestação de contas de programas que utilizam recursos de transferências voluntárias do governo federal está em torno de 3,9 anos – o que equivale, praticamente, a um mandato

⁴²⁵ RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle Social Efetivo das Políticas Públicas**. Tese de Doutorado. USP. São Paulo: 2009. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 08 de junho de 2011. p. 22.

⁴²⁶ Idem., p. 44-45.

presidencial inteiro [...] Não poderia haver combinação mais propícia para que se dilapide o patrimônio público com conforto e segurança.⁴²⁷

Nesse sentido, vê-se a necessidade de uma atuação por parte das Cortes de Contas voltadas para o controle do orçamento, na medida em que o âmbito de atuação vai além daquele exercido pelo Poder Judiciário. Ademais, um acompanhamento aproximado da elaboração e execução evitará desvios e estimulará a participação, na medida em que os cidadãos irão contar com um órgão afastado das paixões políticas, com independência e técnicos qualificados, voltados para assegurar o cumprimento das tarefas a cargo do Estado.

Há autores que propugnam uma releitura do Direito Constitucional à luz da Análise Econômica do Direito. Valem-se do argumento de que, se assim não procederem, acarretaria a própria inefetividade dos direitos fundamentais. Cita-se, por todos, Luciano Benetti Timm, para quem a eficiência não é apenas um valor para os economistas, mas um dever imposto ao Estado em todas as suas manifestações. Baseia a sua afirmação na limitação dos recursos orçamentários, o que conduz necessariamente a escolhas⁴²⁸.

Diante dessas considerações, e dentro de um campo de competências para a análise orçamentária, os TCs são os Órgãos com a maior vocação para o controle dos gastos públicos.

Assevera o autor citado

Numa perspectiva de Direito e Economia, os recursos orçamentários obtidos por meio da tributação são escassos e as necessidades humanas a satisfazer, ilimitadas. Por essa razão, o emprego daqueles recursos deve ser feito de modo eficiente a fim de que possa atingir o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso.⁴²⁹

E esse emprego é passível de aferição. Ingo Wolfgang Sarlet⁴³⁰ trata do tema agregando o princípio da moralidade, ao lado da eficiência, para a devida condução no processo de escolhas diante da escassez:

Parece-nos oportuno apontar aqui (mesmo sem condições de desenvolver o ponto) que os princípios da moralidade e da eficiência, que direcionam a atuação da

⁴²⁷ RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle Social Efetivo das Políticas Públicas**. Tese de Doutorado. USP. São Paulo: 2009. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 08 de junho de 2011. p. 45

⁴²⁸ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover os direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 56-59.

⁴²⁹ Idem., p. 56 e 57.

⁴³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 381.

administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais.

É sabido que os custos não são algo externo ao Direito; é um elemento a ser considerado na análise de casos concretos⁴³¹. Por esta razão, baseando-se na doutrina colacionada, é que se sustenta o papel preponderante a ser exercido pelos Tribunais de Contas no controle orçamentário, na medida em que pode ir além de qualquer outro poder, avançado na aferição da eficiência, da legitimidade, da economicidade, através, principalmente, das auditorias operacionais.

4.5 TEORIA PROCESSUAL DEMOCRÁTICA E A LEGITIMIDADE DO PROVIMENTO ESTATAL

Pela análise contemporânea da teoria do processo, o direito tem que se preocupar, especialmente, com a legitimidade das decisões emitidas em qualquer um a das esferas de atuação do Estado (legislativa, administrativa e judicial). Isso se deve pela necessidade de legitimação do próprio Estado de Direito, que se vê diante do constante questionamento social de sua autoridade ao regular a vida da coletividade⁴³². A legitimação se dá pela fiscalização participativa da sociedade sobre as decisões estatais, seja judicial, legislativa ou administrativa.

A democracia material é a que se realiza não apenas pela satisfação de formalidades procedimentais para a escolha dos políticos, mas pela adoção de novos instrumentos de participação legitimatória para a escolha das políticas e para a permanente confirmação de que elas estão sendo executadas a contento. A democracia material se suporta pela participação política. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição⁴³³.

A legitimidade decorre do consenso e se mantém pelo desempenho no seu exercício somado ao resultado obtido. Num regime democrático estes elementos são aferidos de tempos em tempos através das eleições. O melhor caminho da sociedade é o de uma verdadeira democracia participativa, em que se estabelecem controles pela sociedade civil. Tanto do

⁴³¹ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 127-143 e 233 ss.

⁴³² PENNA, Saulo Versiani. **Revista dos Tribunais**. Ano 95, julho de 2006 – Vol. 849. p. 125-147.

⁴³³ Artigo 1, parágrafo único da Constituição Federal de 1988.

poder político e social, quanto do poder econômico, sendo especialmente necessário para que isso se implemente o irrestrito acesso do cidadão ao processo jurisdicional.

Acrescenta-se que além do processo jurisdicional todos aqueles que veiculem decisões estatais devem ser objeto de alcance dessa participação de forma especial⁴³⁴.

Diante dessa concepção democrática as decisões administrativas, legislativas e de Tribunais devem ser objeto de fiscalização da sociedade, do contrário, são ilegítimas. A formação dos provimentos não pode ser objeto de um grupo restrito de pessoas, na grande maioria das vezes sem qualquer legítima representação popular.

O controle social é o principal controle dentro das democracias modernas. Ademais, a fiscalização punitiva não inibe ou repara os passivos ambientais do país.

Na tutela ambiental, os TCs de Contas têm atuado para assegurar as garantias previstas em nível constitucional e infraconstitucional, aferindo o cumprimento dos comandos estabelecidos no artigo 225, em especial o inciso IV⁴³⁵ e em vários dispositivos estabelecidos na lei de licitações que exijam o EIA e o RIMA, pois a ausência desses estudos e relatórios ensejam a sua atuação.

Cabe aos TCs a verificação da exigência do cumprimento da licença Ambiental, que advém do dispositivo legal 10, da Lei 6.938/81, pois a licitação por menor preço só poderá ser realizada se todos os requisitos necessários a homologação da licença forem aprovados.

Ademais, há a exigência estabelecida no artigo 12 da Lei Federal n. 8666/1993, no sentido de seja considerado o impacto ambiental nos projetos básicos e executivos de obras e serviços⁴³⁶.

⁴³⁴ PENNA, Saulo Versiani. **Revista dos Tribunais**. Ano 95, julho de 2006 – Vol. 849. p. 125-147.

⁴³⁵ 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:

[...]

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;

⁴³⁶ Art. 12. Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - segurança;

II - funcionalidade e adequação ao interesse público;

III - economia na execução, conservação e operação;

IV - possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação;

V - facilidade na execução, conservação e operação, sem prejuízo da durabilidade da obra ou do serviço;

VI - adoção das normas técnicas adequadas;

VI - adoção das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

VII - impacto ambiental.

Como forma de atuação preventiva, dentro de uma tutela visando inibir os danos, a Lei de Licitações estabelece, no seu artigo 113⁴³⁷, a possibilidade (leia-se como dever) de solicitação dos editais de licitação a fim de verificar a regularidade no cumprimento da legislação e demais requisitos regulamentares, determinando os ajustes necessários para a sequência do certame.

Na proteção ambiental, o Estado será um ator importantíssimo, uma vez que inúmeros poderes continuam em sua mão⁴³⁸. Nesse contexto, o papel principal de atuação, tanto de forma direta, como no seu papel regulador, será o que Estado irá adotar.

Quando da solicitação de editais para análise, o campo de verificação dos Tribunais de Contas é o que decorre da Constituição Federal, ou seja, conforme abordado no Capítulo I, consubstanciado principalmente no artigo 70 da Constituição, em que compete aos Órgãos de Contas a aferição da economicidade e legitimidade do gasto público juntamente com o controle patrimonial e operacional.

Portanto, dentro do exame da função pública, é amplo o campo de verificação e aferição na proteção do patrimônio público, aqui considerado de forma abrangente, englobando o patrimônio ambiental.

Caso esse exame se restringisse a verificação do melhor preço ofertado, sem consideração as externalidades negativas geradas, de muito pouco valeria a proteção legal estabelecida e não se alcançaria os objetivos insertos na Constituição Federal.

Comando semelhante para uma proteção inibitória extrai-se dos incisos X e XI do artigo 71 da Constituição Federal, cuja redação é a seguinte:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

- IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;
- X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

⁴³⁷ Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1o Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2o Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

⁴³⁸ GIDDENS, Anthony. **A Política da Mudança Global**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 23.

Some-se ao acima exposto a possibilidade do exercício pelos Tribunais de Contas do poder geral de cautela, já referido.

Na mesma linha do pensamento exposto, segue a lição de Marinoni⁴³⁹:

Se o direito ao meio ambiente constitui direito fundamental, resta saber como esse direito deve se enquadrar diante das "funções" dos direitos fundamentais. O direito ambiental obviamente se impõe contra o Estado, que fica impedido de violá-lo. Porém, é claro que isso não basta. A efetividade do direito ambiental *depende de prestações* do poder público para a proteção e a prevenção do bem ambiental. Essas prestações podem ter por objeto um simples fazer do poder público, *sem qualquer repercussão perante terceiros*, ou se constituírem em normas e atividades que têm por meta *proteger o meio ambiente contra terceiros*. Além disso, porque o poder público deve ser controlado pela sociedade – que, como visto, possui o "dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" – o direito ambiental não pode se desligar do *direito à participação*, ou melhor, do dever do Estado criar condutos para a participação da sociedade na gestão do poder, o que acontece, por exemplo, quando se pensa na ação popular e nas ações coletivas.

Portanto, a legitimidade dos órgãos estatais na atuação de defesa e proteção do ambiente será assegurada por uma ampla participação que deve ser objeto de permanente fomento para a sua concretização.

4.6 AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL E DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE

Trata-se de relevantes instrumentos de proteção preventiva do meio ambiente, na medida em que exige, dos Órgãos públicos, uma atuação antes da realização de qualquer empreendimento de significativa degradação.

4.6.1 Avaliação de Impacto Ambiental

As ações e atividades que modifiquem o meio ambiente, com impactos significativos, necessitam, por expressa previsão constitucional, a elaboração, pelo empreendedor, do Estudo de Impacto Ambiental – EIA - e respectivo Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, a serem apresentados para a obtenção da licença prévia.

A matéria está prevista na Resolução CONAMA nº 237/97, artigo 3º, parágrafo único, onde se vê que cabe ao IBAMA verificar o potencial de degradação do meio ambiente,

⁴³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **O Direito Ambiental e as ações inibitória e de remoção do ilícito.** <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5044> – consultado em 06 de novembro de 2010.

definindo os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento da atividade ou empreendimento.

O estudo de impacto ambiental é um dos instrumentos que assegura a realização de um Estado socioambiental de direito, conforme Sarlet e Fensterseifer. Para os autores, trata-se de um mecanismo de ajuste da atividade econômica, bem como um dever fundamental que limita o direito de propriedade e a livre iniciativa dos atores econômicos privados, tomando por base o desenvolvimento sustentável⁴⁴⁰.

Não se está a olvidar que todo e qualquer projeto de desenvolvimento interfere no meio ambiente e, da mesma forma, é certo que o crescimento socioeconômico é um imperativo⁴⁴¹. Todavia, a utilização adequada dos mecanismos e instrumentos que os conciliem, minimizando quanto possível os impactos ecológicos negativos e, conseqüentemente, os custos econômicos e sociais é um imperativo.

Para Cristiane Derani⁴⁴² a avaliação de impacto ambiental engloba esforços para melhor informar sobre possíveis impactos ambientais “deve permitir a tomada de ações mais apropriadas antes que o dano ocorra”.

A toda evidência que este é um dos principais instrumentos a ensejaram uma atuação preventiva e eficiente por parte dos órgãos de controle. A ausência do estudo de impacto ambiental, ou a deficiência na sua realização, desencadeiam a imediata atuação das Instituições do Estado incumbidas na proteção do patrimônio ambiental.

4.6.2 Licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental foi inserido no ordenamento jurídico com a edição da Lei Federal nº 6.938, de 31.08.81, que dispôs sobre a Política Nacional de Meio Ambiente e definiu os princípios e os objetivos que norteiam a gestão ambiental.

Posteriormente, foi instituído o Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA - e um conjunto de instrumentos, os quais vêm sendo desenvolvidos e atualizados por meio de resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, órgão também criado pela Lei Federal nº 6.938/81, com poder regulamentador.

⁴⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial. **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010. p. 22-23.

⁴⁴¹ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 482

⁴⁴² DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p.156.

Com o advento da Constituição Federal de 1998 a Lei 6.938 foi recepcionada e revigorada, inclusive os seus instrumentos através do artigo 225, no capítulo referente à Proteção ao Meio Ambiente.

Trata-se de um procedimento administrativo realizado pelo órgão ambiental competente, que pode ser federal, estadual ou municipal, para autorizar a localização, instalação, modificação, ampliação e operação de empreendimentos e atividades que utilizem recursos naturais, ou que sejam considerados efetiva ou potencialmente poluidores, ou, ainda, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

O licenciamento ambiental é um procedimento que compreende uma sucessão de atos administrativos, verificadores do atendimento das disposições legais e regulamentares, e das normas técnicas aplicáveis, tendo por base a natureza, o porte, as especificidades e as características de cada atividade. É o desencadeador da anuência da autoridade ambiental competente para a localização, construção, instalação, ampliação, modificação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental.

Verifica-se, outrossim, que um dos principais instrumentos de atuação dos Tribunais de Contas se dirige para a aferição do licenciamento ambiental, tal a sua importância para o atendimento da preservação e evitabilidade de degradação.

Nos casos em que for necessário, ganha relevância o EIA – Estudo de Impacto Ambiental prévio.

Para o efetivo exercício do licenciamento ambiental é indispensável, aos Estados e Municípios, uma estruturação administrativa e normativa para implementação e aperfeiçoamento de um sistema próprio de controle e fiscalização ambiental nos termos de suas atribuições constitucionais (arts. 23, 24 e 30 da Constituição Federal e arts. 13, 176, 182 e 250 a 252 da Constituição Estadual).

Dentre os instrumentos de gestão ambiental, a legislação assume grande importância por disciplinar as relações sociais e econômicas e impor limites à conduta dos indivíduos e do Estado.

Para o exercício das atribuições constitucionais nessa matéria é necessária a existência de leis ambientais, bem como, a formação e capacitação técnica do quadro funcional para desenvolver a fiscalização, licenciamento e monitoramento das ações para proteção na área ambiental.

União, Estados e Municípios detêm competências e atribuições específicas na proteção do meio ambiente. Já se dispõe de significativa legislação de âmbito federal e estadual, bem como, em poucos municípios, todavia, as estruturas administrativas para licenciamento e fiscalização dos bens e do patrimônio ambiental ainda se mostram, na maioria das vezes, precárias. Isto representa sério risco de que o sistema normativo, em matéria ambiental, apresente precária eficácia e comprometa a efetividade desse específico ordenamento jurídico, com importante reflexo nas contas públicas.

Esses são alguns dos motivos de o Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul ter optado por iniciar sua atuação no processo de fiscalização da gestão ambiental nos âmbitos estadual e municipal e, em especial, nas obras públicas.

Contata-se que o âmbito de atuação do TCE/RS é claramente preventivo, priorizando a análise da estruturação dos sistemas de gestão ambiental para verificar sua implantação, o que, efetivamente, estimula a concretização dos sistemas nacional, estadual e local de meio ambiente.

Desta forma, os Tribunais de Contas deverão adotar medidas expeditas evitando a degradação, muitas vezes com consequências irreversíveis, ou com um custo elevado e de longo prazo, esvaziando ainda mais os recursos públicos e assumindo externalidades negativas que deveriam estar computadas na contabilidade das empresas degradadoras.

Nesse escopo, o exame da existência de licenciamento de obras e atividades potencialmente poluidoras ou causadoras de degradação ambiental por parte dos órgãos competentes federais, estaduais e locais constitui análise de conformidade com significativo impacto no sentido de estimular a implantação e o aperfeiçoamento das estruturas necessárias para o exercício do poder de polícia, na área ambiental, tanto pelo Estado como pelos Municípios.

Além deste campo de análise, também poderão atuar através de auditoria operacional, baseando a sua atuação na legitimidade, economicidade e eficiência.

O objeto de análise encontra-se assim definido no manual de auditoria do TCE/RS:

O levantamento e análise dos dados devem ser realizados por equipes multidisciplinares, de acordo com as áreas de atuação dos profissionais que a integram.

Para esse fim, desdobra-se a análise através dos procedimentos de auditoria dos itens abaixo, sendo que a ênfase dada à última alínea pressupõe o exame das alíneas anteriores:

- a) do suporte normativo,
- b) das estruturas administrativas estadual e locais e
- c) do licenciamento ambiental e respectiva fiscalização pelos órgãos competentes.

Veja-se que, neste primeiro momento não está contemplada a auditoria operacional, mas, seguramente, deverá ser objeto de análise por este órgão para a realização plena de sua competência, pois se trata de poder-dever.

4.7 PRINCÍPIOS QUE DÃO SUPORTE AO EXERCÍCIO DA TUTELA INIBITÓRIA POR PARTE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

4.7.1 A prevenção como forma de atuação responsiva e adequada ao enfrentamento da crise ambiental

4.7.1.1 O princípio da precaução a ensejar uma atuação preventiva

O poder/dever de atuar de forma preventiva enseja a compreensão adequada do princípio da precaução a fim de sua correta aplicação. Na declaração do Rio de Janeiro sobre o meio ambiente e desenvolvimento, ocorrida no ano de 1992, ele constou no princípio 15⁴⁴³. Precaução é o cuidado que se deve ter ante a existência de riscos de danos graves ou irreversíveis à sociedade. Enseja medidas que previnam a degradação do meio ambiente.

Do mesmo modo que a Constituição assegura o princípio da precaução, também estabelece o princípio da livre iniciativa (art. 170 CF/1988). Em que pese o grau de garantia atribuído aos direitos fundamentais, há todo um sistema hermenêutico de incidência sobre eles quando em colisão. Os direitos não são absolutos. A aparente “colisão” dos direitos fundamentais, e se diz aparente, na medida em que a Constituição deve sempre levar em conta a sua harmonia, demonstra claramente que os direitos são relativos, seja da espécie que for. Não há direitos sem limites.

Todavia, essa relatividade não pode ultrapassar um núcleo mínimo do direito fundamental a ser assegurado, sob pena de anulá-lo. Nesse sentido, na aplicação do princípio da precaução, o que se faz em realidade é a ponderação de valores em rota de colisão. Há que se verificar os custos e benefícios das ações advindas de inovações tecnológicas.

Portanto, a precaução não pode engessar a evolução. Todavia, sob o argumento de “progresso” e evolução não se pode liberar toda e qualquer ação, especialmente quando haja fundadas demonstrações da necessidade de mais tempo de pesquisa sobre os efeitos que

⁴⁴³ Princípio 15: Para proteger o meio ambiente medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação do meio ambiente.

possam causar ao meio ambiente ou a humanidade. E aqui se tem a cautela de incluir tanto a humanidade como o meio ambiente no âmbito de proteção não se restringindo a uma posição antropocêntrica do direito ambiental.

O Tribunal de Contas da União, atento à possibilidade de ocorrência de danos ao meio ambiente, tem evocado em algumas decisões, direta ou indiretamente, o princípio da precaução, conforme se verifica das decisões apontadas por Geraldo Márcio Rocha de Abreu⁴⁴⁴, - Acórdão nº 557/2004, Acórdão 1696/2003 e Acórdão 1147/2005 – sendo que deste último, transcreve-se os excertos que seguem:

9.3. autorizar a realização de diligência ao ministério da Integração Nacional, endereçada ao Titular daquela pasta, com vistas a colher sua manifestação a respeito do conteúdo da representação que constitui este processo, integrada a partir das representações formuladas pela equipe de levantamento de auditoria da SECOB e pelo Ministério Público Federal, informando a este Tribunal as providências que já vem adotando, ou que se propõe a adotar, com vistas ao saneamento das irregularidades nelas apontadas, notadamente com relação as seguintes questões:

[...]

9.3.2 saneamento das falhas e omissões do estudo de Impacto Ambiental, apontadas no Parecer IBAMA nº 31/2005, que afrontam o art. 6º da Resolução Conama 01/86 e o artigo 8º da Resolução Conama 237/97; (grifou-se)

O princípio da precaução se constitui no principal orientador das políticas ambientais, além de ser a base para a estruturação do direito ambiental. É mister que se faça a prevenção do meio ambiente, evitando-se ações degradadoras, de forma a permitir uma melhor qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

Para Juarez Freitas⁴⁴⁵, a omissão antijurídica causa mal em face do descumprimento do dever de agir bem. Assevera o autor que, o princípio da precaução, ao lado da prevenção,

⁴⁴⁴ ABREU, Geraldo Márcio Rocha de. O princípio da precaução ambiental e o controle externo pelo Tribunal de Contas da União. **Revista do Tribunal de Contas da União** – set/out de 2008. p. 51-64.

⁴⁴⁵ FREITAS, Juarez. Controle dos atos administrativos e o princípio da precaução. **Revista Gestão Pública e Controle**. TCE do Estado da Bahia – V.1, nº 3. Ago./2007. E segue: Em outros termos, impende que o Poder Público, com o mesmo vigor, deixe de operar com demasia e com apática inoperância no cumprimento dos deveres específicos de precaução.

[...]

Além de motivado, o exercício estatal da precaução deve ser proporcional. Para ser preciso, a violação à proporcionalidade ocorre quando, na presença de valores legítimos a sopesar, o agente público dá prioridade a um em detrimento abusivo de outro. O vício acontece na instauração do sacrifício iníquo. Em nenhuma circunstância, um determinado direito fundamental pode legitimamente suprimir o outro em eventual colisão de exercícios. Só prepondera topicamente. A razão está em que os princípios nunca se eliminam, diferentemente do que sucede com as regras antinômicas e, ainda assim, por preponderância principiológica. O agente público, dito de outra maneira, encontra-se obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais, no exercício da precaução, observadas as vedações de excesso e de inoperância.

[...] Para coibir os aludidos excessos e carências de precaução, útil atentar para as judiciosas advertências de Cass Sunstein. Alerta, com propriedade, para os medos exacerbados, algo tão nocivo como a carência de temores justificados. Urge não dar resposta errônea aos medos da sociedade, isto é, não sucumbir ao estilo populista, irresponsável e irracional. Com efeito, o populismo se preocupa, desmedidamente, com os riscos triviais e, com frequência inaudita, desconsidera os riscos graves. Por isso, força rejeitar a “versão forte” e

merece ingressar, incisivamente, no rol das diretrizes eficaciais de estatura superior “a exigir reconhecimento efetivo e incontornável no campo das relações administrativas. Desde que interpretado prudentemente, representa um notável avanço jurídico-institucional, notadamente no controle da gestão dos riscos ambientais, mas não só.”

Preleciona o autor citado:

A precaução, se e quando ruinosamente inflacionada revela-se fator imobilizante que gera o pecado da omissão, em vez de vencê-lo. Precaução em demasia é não-precaução. E, para piorar as coisas, a paralisia irracional também desencadeia danos juridicamente injustos e, portanto, indenizáveis. Numa frase: o Estado precisa agir com precaução, na sua versão balanceada, apenas quando tiver motivos idôneos a ensejar a intervenção antecipatória proporcional, nos limites da tessitura normativa. Se não o fizer, aí sim, será partícipe da geração de dano irreversível ou de difícil reparação.

Na aplicação do princípio da precaução deve ser levado em conta o princípio da proporcionalidade que, por sua vez, se desdobra em três sub-princípios de cuja confluência depende a aprovação, ou não: os sub-princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Na mesma linha de pensamento, Paulo Afonso Leme Machado obtempera que o princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. A invocação deste princípio “não pode a tudo impedir ou ver catástrofes e males”⁴⁴⁶.

No direito positivo brasileiro, o princípio da precaução tem seu fundamento na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente - Lei 6.938, de 31/08/1981 - no artigo 4, I e IV⁴⁴⁷.

Os Constituintes, sensíveis a questão ambiental, inseriram referido dispositivo no artigo 225, § 1o, IV, da Constituição Federal. A Lei de Crimes Ambientais trata da matéria no artigo 54, § 3o.

opressiva do princípio da precaução, que o faz paralisante e autocontraditório, dado que, na versão descomedida, o princípio torna-se contraditório, ao permitir, simultaneamente, ação e inação. Imprescindível, portanto, atentar para as armadilhas psicológicas que se insinuam no tratamento do tema, contagiosamente.

⁴⁴⁶ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17. ed. 2009. p. 353.

⁴⁴⁷ Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

I - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;

[...]

IV - ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais;

Cristiane Derani⁴⁴⁸, ao tratar do princípio da precaução, ressalta a importância de se precaver, além dos riscos atuais, riscos futuros, numa eloquente manifestação de um pensamento ético em prol das futuras gerações. Dessa forma, o princípio da precaução implica uma ação antecipatória à ocorrência do dano ambiental, o que garante a plena eficácia das medidas ambientais selecionadas.

O modelo social em que uma sociedade está inserida é de fundamental importância para a análise desse princípio. As pressões advindas de grupos econômicos, exigindo a tomada de decisões de autoridades pública, para a implementação de projetos e atividades, muitas vezes falam mais auto do que o argumento da proteção de bens jurídicos. Nesse sentido, a relação entre desenvolvimento e precaução é foco de permanente tensão.

Wedy⁴⁴⁹, compreendendo o desafio posto ao Gestor, preleciona que “[...] o Poder Público deve regulamentar as atividades capazes de causarem danos ao meio ambiente sem paralisá-las por completo. Eis o grande desafio dos governos modernos na implementação das políticas públicas”.

Esse desafio não fica restrito aos Administradores, os Órgãos de controle têm uma missão de relevo na questão. A análise das ações administrativas para fins de julgamento das contas requer critérios que não sejam voluntaristas ou casuísticos. As decisões proferidas pelo Estado, seja no Tribunal de Contas ou no Judiciário, devem ser fundamentadas e passíveis de controle social. A argumentação jurídica e a dialética no processo de formação das manifestações desses Órgãos são fundamentais para que se assegure a Justiça.

O princípio da precaução é dirigido ao Estado. Nesse sentido, além do Judiciário, Tribunal de Contas, Executivo, o Legislativo também tem o compromisso de editar normas observando esse princípio.

Wedy comunga do mesmo pensamento na seguinte passagem: “[...] ao se avaliar a possibilidade de edição de uma lei que permite uma determinada atividade de risco, ante uma

⁴⁴⁸ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 149. Nas palavras da autora: Precaução é cuidado. O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco eminente de uma determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade. O alcance desse princípio depende substancialmente da forma e da extensão da cautela econômica, correspondente a sua realização.

⁴⁴⁹ WEDY, Gabriel. **O Princípio Constitucional da Precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009. p. 37.

incerteza científica acerca dos efeitos danosos deste empreendimento, o Estado legislador não pode editá-la sob pena de violação do referido princípio”⁴⁵⁰.

Cabe aos Tribunais de Contas, no âmbito de sua competência, negar executoriedade a uma lei editada em confronto com esse princípio, na medida em que decorre diretamente da Constituição Federal, inserido no artigo 225, IV. Trata-se de uma dever aos órgãos de controle consubstanciado no enunciado da Súmula 347 do STF.

A negativa de executoriedade é um instrumento eficaz de tutela inibitória frente à atuação do Legislativo que se mostre contrária à Constituição e prejudicial ao meio ambiente, adiante será retomando o tema.

Todavia, deve-se registrar a crítica formulada por Giddens⁴⁵¹ para quem o princípio da precaução é “incoerente”. Segundo o autor

Como outras facetas da sabedoria popular, “é melhor prevenir do que remediar” é um teorema que se desfaz na ambiguidade, quando submetido a um exame rigoroso. Além disso, não há razão porque o dito deva ser priorizado em relação a seu oposto, “quem arrisca não petisca”. Na verdade, todas as máximas populares tem o seu inverso, o que esclarece sua falta de poder explicativo ou profético. Tendemos a empregá-las retrospectivamente, dependendo de quais revelem ser os resultados m curso de ação. O princípio da precaução concentra-se apenas num lado do risco: a possibilidade de danos. A razão de ter-se tornado tão proeminente liga-se a sua origem no movimento verde e à postura desse movimento em relação à natureza. [...] Mas o risco tem dois lados. O inverso da cautela é a ousadia e a inovação – dar o mergulho. Correr riscos dá sabor à vida; porém, muito mais importante que isso, é inerente a toda uma multiplicidade de tarefas fecundas e construtivas⁴⁵².

Citando estudo de Cass Sustein, Giddens procura demonstrar a incoerência do princípio da precaução uma vez que ele pode ser usado para ações completamente opostas. Por exemplo, os órgãos reguladores devem tomar providências para proteger de danos potenciais, mesmo que as cadeias causais não estejam claras e mesmo que não saibamos se esses danos se materializarão.

Formulado desta forma, o princípio da precaução pode ser evocado de maneiras bastante contraditórias. Pode ser usado para endossar medidas intervencionistas destinadas a impedir a ocorrência de uma dada situação, como no caso de ações contra o aquecimento global – ou, como desta Sustein, a invasão do Iraque. Todavia, é mais comum a sua utilização em situação diametralmente oposta como é o caso da inação. Isto ocorre quando certos grupos

⁴⁵⁰ WEDY, Gabriel. **O Princípio Constitucional da Precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009. p. 41.

⁴⁵¹ GIDDENS, Anthony. **A Política da Mudança Global**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 77.

⁴⁵² Idem., p. 82.

se opõem à introdução do cultivo de alimentos geneticamente modificados, pela convicção de que é melhor manter o *status quo* do que fazer intervenções arriscadas na natureza.

Veja-se a que ponto chega a sua aplicação e os valores envolvidos. Tem sido objeto de pauta no último século e no atual a escassez de alimentos diante do elevado crescimento populacional e de sua progressão geométrica. Este não é um tema recente como se pode observar na história. Todavia, é uma preocupação real. Sabe-se que a atual produção supriria as demandas por alimentos impedindo que houvesse fome no mundo. O problema maior é de distribuição.

No entanto, é sempre presente a possibilidade da falta de produção diante do aumento da demanda e da diminuição da capacidade produtiva de determinados solos. Agregue-se a tudo o que fora dito as mudanças climáticas e os efeitos que causarão na produção de alimentos. Vê-se, pois, que os valores em conflito entre a precaução na utilização de alimentos geneticamente modificados e a sua utilização para fazer frente às necessidades futuras é de extrema relevância.

Por esta razão, a análise dos custos e benefícios em contextos democráticos pressupõe o debate público, uma vez que envolve uma escolha entre riscos⁴⁵³. A energia nuclear é outro exemplo claro do que está a se tratar. A sua utilização pode auxiliar em muito a redução da emissão de gases do efeito estufa. Todavia, traz ínsita uma grande parcela de risco, em especial o destino do lixo tóxico produzido e a ocorrência de acidentes, como os noticiados no Japão no ano passado.

No que concerne aos transgênicos, com relação aos efeitos sobre a saúde, as multinacionais argumentam que ainda não teriam sido comprovados acidentes significativos em função do cultivo e consumo de plantas transgênicas⁴⁵⁴.

Estudos sobre as possíveis reações do Roundup no solo são muito importantes. Foi constatado que, durante a decomposição do produto no solo, pode ocorrer a formação de uma substância cancerígena (formaldeído), e que o glifosato, em combinação com nitratos do solo, se converte em nitroso-glifosato, uma substância causadora do câncer de fígado. O contato cutâneo com o glifosato afeta os seres vivos com peles finas, permeável, como sapos e também seres humanos, tem efeitos cancerígenos⁴⁵⁵.

⁴⁵³ GIDDENS, Anthony. **A Política da Mudança Global**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 85.

⁴⁵⁴ ANDRIOLI, Antônio Inácio & FUCHS, Richard (Orgs.). **Transgênicos: as sementes do mal**. A silenciosa contaminação de solos e alimentos. 1. ed. São Paulo: Expressão Polar, 2008. p. 240.

⁴⁵⁵ Idem., p. 243.

Os transgênicos são uma tecnologia de risco sem benefícios à maioria da população, com prejuízos destrutivos sobre o meio ambiente. No caso do milho transgênico, além de causar alergias, resistência a antibióticos, destruição da biodiversidade, há um enorme risco envolvendo a saúde: foi constatado que cobaias em contato com a toxina produzida pelo *Bacillus thuringiensis* apresentam sintomas de imunodeficiência.

Esse alerta é extremamente preocupante e confirmaria os interesses das multinacionais que pressionam sua liberação, pois essas também são indústrias de medicamentos ⁴⁵⁶.

Quando o risco ao meio ambiente tiver proporções elevadas, dada a incerteza, as medidas a serem adotadas devem ser céleres. Nesse sentido, os Tribunais de Contas, com base no princípio da precaução, podem valer-se do uso do Poder Geral de Cautela, reconhecido constitucionalmente e inserido, muitas vezes, nas normas que regulamentam a atuação destes órgãos⁴⁵⁷.

4.7.1.2 Princípio da Prevenção e suas implicações para uma tutela inibitória

Dentre os princípios de Direito Ambiental, sobreleva, em razão da importância, o da prevenção que consiste, em síntese, na prioridade que se deve dar a medidas que evitem o dano ao ambiente, reduzindo ou eliminando as suas causas.

Prevenção é termo polissêmico, mas cuja principal significação traz ínsita a ideia de antecipar-se, chegar antes, de ação que impede a ocorrência de um mal, de tomar medidas antecipadas contra algo ou alguém. É esse o sentido que essa palavra vai ser empregada no Direito Ambiental.

Diferencia-se do princípio da precaução, na medida em que esse tem como finalidade evitar um risco desconhecido, ou pelo menos incerto, eis que a ciência ainda não chegou a uma conclusão definitiva sobre os danos que podem resultar da atividade ou empreendimento a ser iniciado. Parte do pressuposto de conhecimentos prévios dos riscos, seja porque já experimentados, seja porque existem técnicas capazes de prever a sua provável ocorrência.

⁴⁵⁶ ANDRIOLI, Antônio Inácio & FUCHS, Richard (Orgs.). **Transgênicos: as sementes do mal.** A silenciosa contaminação de solos e alimentos. 1. ed. São Paulo: Expressão Polar, 2008. p. 263.

⁴⁵⁷ **RESOLUÇÃO Nº 544/2000 - Aprova a consolidação e introduz alterações no Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. (publicada no DOE de 21-07-2000)**

Artigo 48 - Compete ao Conselheiro-Relator:

[...]

XIII - determinar, em caráter de urgência, as medidas liminares acautelatórias ao erário, submetendo-as a referendo posterior do Colegiado competente, independentemente de inclusão em pauta;

A respeito da matéria, traz-se a colação a lição de Juarez Freitas⁴⁵⁸, em que é feita uma distinção entre os princípios da precaução e prevenção, conforme segue:

Para dissipar confusões terminológicas, tais como as que sucedem entre risco e perigo, urge distinguir, com a máxima nitidez, os princípios constitucionais da prevenção e da precaução.

O princípio da prevenção, no Direito Administrativo, estatui, com aplicabilidade direta, que o Poder Público (além dos particulares, está claro), quando estiver certo de que determinada atividade implicará dano injusto, encontra-se forçado a evitá-la, desde que no rol de suas atribuições e possibilidades orçamentárias. Dito de modo frontal, presentes os requisitos, o Estado tem o dever incontornável de agir preventivamente. Tal certeza resta condicionada e limitada pelos conhecimentos dominantes na época da decisão, uma vez que inexiste certeza apodíctica ou mecânica.

Nesse sentido, vê-se a clara distinção entre os princípios abordados.

⁴⁵⁸ FREITAS, Juarez. Controle dos atos administrativos e o princípio da precaução. **Revista Gestão Pública e Controle. TCE do Estado da Bahia – V.1, nº 3.** Ago./2007. Segue o eminente Mestre: O que há é uma certeza suficiente, naquele momento histórico, de que o prejuízo ocorrerá se a rede de causalidade não for tempestivamente interrompida. Por isso, a omissão de prevenção passa - ou deverá passar - a ser entendida como causa jurídica de evento danoso injusto, não mera condição. Em outras palavras, no caso dos deveres de prevenção, antevê-se, com segurança, o resultado maléfico ou nefasto e, correspondentemente, nos limites das atribuições legais, revela-se imperioso tomar as medidas interruptivas da rede causal, de molde a evitar o dano antevisto. Para ilustrar, trata-se de ineludível dever de prevenção (não de precaução) o combate a futuros danos trazidos pela prática do tabagismo em lugares como aviões, dado que tais malefícios são sobejamente conhecidos. Não se mostra remotamente plausível a argumentação contrária, baseada em dúvida, salvo por arte do sofisma. Viável, assim, a outorga da tutela específica para que o Poder Público tome as providências obrigatórias de caráter preventivo. Eis, sem tirar nem acrescentar, o princípio da prevenção, nos seus principais elementos: (a) alta e intensa probabilidade (“certeza”) de dano especial e anômalo; (b) atribuição e possibilidade orçamentária de o Poder Público evitá-lo e (c) ônus estatal de produzir a prova da excludente reserva do possível ou de outra excludente do nexo de causalidade do evento danoso.

Já, o princípio constitucional da precaução, também, *diretamente aplicável*, traduz-se, nas relações administrativas, como o dever do Estado motivadamente evitar, nos limites de suas atribuições e possibilidades orçamentárias, a produção de evento que supõe danoso, em face de fundada convicção (juízo de verossimilhança) quanto ao (b) risco de, se não restar interrompido tempestivamente o nexo de causalidade, ocorrer o dano injusto. Em homenagem ao princípio da precaução, não se deve liberar um determinado medicamento, diante de fundados receios de malefícios graves, em vez de efeitos adversos aceitáveis. Outro exemplo: embora ausente a plena certeza da nocividade, o princípio da precaução prescreve a não-liberação para o consumo de um alimento importado de zona exposta a recente acidente nuclear. Portanto, em que pese a ausência de certeza (elemento necessário à configuração do dever de prevenção), se houver fundadas razões para evitar prática muito provavelmente danosa, imperativo que o Estado o faça, no exercício do poder-dever de precaução.

No cotejo do princípio da prevenção, a diferença maior reside no grau estimado da probabilidade de ocorrência do dano (certeza versus verossimilhança). Nessa medida, o Poder público, ao concretizar o princípio da precaução, age na presunção – menos intensa do que aquela que o obriga a prevenir – de que a interrupção proporcional e provisória do nexo de causalidade consubstancia, no plano concreto, conduta mais vantajosa do que a liberação do liame de causalidade.

[...]

Mais rigorosa e arredondada, merece registro *La Charte de L'Environnement*, de 2005, por sua melhor diferenciação conceitual entre prevenção e precaução. Com efeito, o artigo 5º consagra o princípio da precaução, ao estatuir que, quando a ocorrência de um dano, apesar de incerto em face dos conhecimentos científicos, tiver o condão de afetar de modo grave e irreversível o meio ambiente, as autoridades públicas providenciarão, nas áreas de suas atribuições, a implementação de procedimentos de avaliação dos riscos e a adoção de medidas adequadas à finalidade de evitar a produção do dano. Em contraste, o princípio da prevenção, constante no art. 3º, estabelece que toda pessoa, nas condições disciplinadas em lei, deve prevenir os prejuízos que eventualmente possa causar ou, na omissão, limitar as consequências.

4.7.1.3 A eficiência e a economicidade como mote do exercício da função administrativa e fator determinante de uma tutela inibitória

A realização de ações por parte do Estado para assegurar materialmente uma vida digna e consubstanciada nos valores estabelecidos na Constituição Federal requer a realização de políticas públicas. Nesse desiderato, cabe ao Gestor Público a melhor utilização possível dos recursos postos a sua disposição, especialmente pelo fato de que eles não são suficientes para suprir todas as demandas da sociedade que crescem exponencialmente. Destarte, cabe o emprego de técnicas realizadas com prévio planejamento e à máxima eficiência.

O papel do Executivo ganha relevo especialmente em razão de que a Casa das Leis não tem capacidade material para suprir as complexas necessidades normativas do país.

A título de exemplo, podem-se citar medidas técnicas de saneamento, saúde e economia que devem ser tomadas na urgência flagrante dos fatos que requerem a pronta resposta governamental. Rizzo Junior adverte: “Pensar que o executivo é mero cumpridor da lei parece ser irrisão, porque por trás da questão teórica dos limites da competência normativa surge, em todo o seu esplendor e importância, o problema do funcionamento político do Estado e o dever de estabelecer políticas públicas”⁴⁵⁹.

A partir do advento das reformas administrativas, ocorridas com a edição da emenda constitucional n. 19/1998, passa-se para um Estado gerencial voltado para o resultado das ações administrativas. Em que pese o artigo 74 da Constituição Federal falar em eficiência, entendeu-se por bem alterar o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal para incluir expressamente o princípio da eficiência dentre os princípios que devem nortear a atividade administrativa.

Como já se teve a oportunidade de ver, as políticas públicas não são aspirações programáticas - simples indicativos para o caminho a ser seguido; são ordens imperativas para buscar meios capazes de realizar fins previstos.

Nesse sentido, deve-se atender aos comandos constitucionais de forma plena. Bugarin assevera que a eficiência

⁴⁵⁹ RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle Social Efetivo das Políticas Públicas**. Tese de Doutorado. USP. São Paulo: 2009. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 08 de junho de 2011. p. 102. O autor atribui um caráter revolucionário às políticas públicas, na medida em que têm a missão de transformar a sociedade dentro da ideologia que prevaleceu no debate de formação da Constituição: “Elas trazem ínsito um caráter revolucionário, sem o qual não as poderemos entender senão como metas ou projetos, tão nobres em sua forma retórica quanto inúteis e desprovidos de significação em sua essência. Elas adquirem forma jurídica por meio de textos normativos que são dinamizados como instrumentos de governo e utilizam os direitos fundamentais para alcançar um prodígio: concretizar um elo, uma ponte, entre a política e o direito.”. Idem, p. 105.

[...] erigida em princípio jurídico-constitucional, desvela o anseio social que fundamenta a exigência de um agir administrativo consentâneo com o enorme conjunto de legítimas, profundas e estruturais demandas coletivas e/ou difusas presentes em nossa perversa realidade socioeconômica, impondo-se, como direito subjetivo público fundamental, a existência de uma gestão pública competente, honesta, racionalmente fundamentada, transparente e participativa, propiciando-se, enfim, a concretização de uma Pública Administração efetivamente democrática⁴⁶⁰.

Tanto o processo de tomada de decisão como o resultado produzido estão submetidos aos princípios da eficácia e da eficiência, não só na sua formulação, mas ao longo do desenrolar da implantação da política pública. Nesse sentido, poderão ser sindicado, tanto porque a aparente eficácia inicial mostrou-se inexistente, como porque, mesmo eficaz, tornou-se ineficiente⁴⁶¹.

Ao fazer referência ao inciso IV do art. 71 da Constituição Federal, Flores Moraes⁴⁶² aduz que o respectivo dispositivo regula a competência do Tribunal de Contas de realizar inspeções e auditorias. Nesse sentido, além das auditorias contábeis, financeira, orçamentária e patrimonial há também a *operacional*. Para o autor, dentro desta espécie de auditoria, a finalidade é examinar os resultados obtidos pelo programas de governo, ou seja, a eficiência e eficácia de suas atividades.

Ressalta que o princípio da eficiência encontrava-se explícito e implícito na CF/1988 antes da sua inserção no *caput* do artigo 37, com a EC nº 19/1998. Implícito no dispositivo acima e explícito nos artigos 74, II e 144, § 7º.

Antes mesmo da emenda constitucional nº 19/1998, Hely Lopes Meirelles⁴⁶³ tratava do princípio da eficiência como o mais moderno da função administrativa. Já não se contentava mais realizar a função de administração apenas tomando por base a legalidade. Havia, como há, a necessidade de inserção de resultados úteis a comunidade através de serviços satisfatórios e adequados.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁶⁴ o princípio da eficiência já integrava o princípio da legalidade, bem como se trata da faceta de um princípio mais amplo do Direito Italiano, o princípio da boa administração. A toda evidência que o autor está a tratar da

⁴⁶⁰ BUGARIN, Paulo Soares. O princípio Constitucional da eficiência. Um enfoque doutrinário multidisciplinar. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 32, n. 87, p. 39-50, jan./mar. 2001.

⁴⁶¹ RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle Social Efetivo das Políticas Públicas**. Tese de Doutorado. USP. São Paulo: 2009. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 08 de junho de 2011. p. 111.

⁴⁶² MORAES, Antônio Carlos Flores. **Legalidade, eficiência e controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 210.

⁴⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. p. 90.

⁴⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p. 104.

legalidade na sua concepção moderna, levando em consideração a amplitude de seu conceito constitucionalmente considerado. Veja-se que não há nenhuma contraposição entre os princípios da eficiência e da legalidade, pelo contrário, inobstante o princípio da eficiência estar inserido dentro do princípio da legalidade, como considera o autor citado, verifica-se que se somam na forma de garantir uma boa administração.

Portanto, alguns argumentos no sentido de que há uma necessidade de desregulamentação para o alcance de eficiência são destituídos de razoabilidade na medida em que ambos podem e devem coexistir para uma boa administração.

A ação administrativa não se legitima mais por simplesmente atender ao comando legal. Os atos administrativos devem estar de acordo com os princípios éticos e morais norteadores da Administração Pública⁴⁶⁵.

Destarte, estando o Administrador autorizado por lei a agir tomando por base mais de uma escolha dentre as possíveis, deve sempre levar em conta que todas elas não podem desbordar do ordenamento jurídico considerando como um de seus elementos o princípio da moralidade como balizador da ação estatal. A moralidade aqui considerada é a moral objetiva.

Por esta razão, preleciona Moraes, “cabe aos Tribunais de Contas modernizar a sua forma de controle que, sem abandonar o exame da legalidade do ato, deve ir mais além para examinar, em especial, a eficácia, efetividade, eficiência e economicidade dos gastos públicos”⁴⁶⁶.

Esse ir mais além, em matéria de proteção, tanto de eficiência quanto economicidade é através de ações que previnam o dano, que evitem as externalidades negativas da produção, através da inserção de critérios que valorizam a produção ambientalmente correta indo ao encontro do que propugna o artigo 170 da Constituição Federal, que é o do desenvolvimento sustentável, levando em consideração à livre iniciativa, mas com os condicionantes de proteção ambiental e de possibilidade de renovação da natureza.

Entre o princípio da eficiência e da economicidade, não há propriamente uma distinção. Atribuem-se ao princípio da eficiência uma função mais ampla do que o princípio da economicidade. A eficiência enseja sopesar os custos e resultados sociais da ação estatal, ao passo que a economicidade atuaria como uma prescrição de que o Estado gaste o mínimo

⁴⁶⁵ MORAES, Antônio Carlos Flores. **Legalidade, eficiência e controle da Administração Pública**. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2007. p. 216.

⁴⁶⁶ Idem., p. 227.

possível para fazer um determinado investimento⁴⁶⁷. Por esta razão é que são tratados em conjunto no presente trabalho.

Juarez Freitas⁴⁶⁸, ao abordar o tema, ora remete à eficiência, ora à economicidade. Aponta traço comum a ambos, a saber, a relação com a proporcionalidade em sentido estrito. A ideia de custos e benefícios comum a ambos princípios é correlata à ponderação feita em sede de aplicação da proporcionalidade, sendo ineficiente e nada econômica a medida que gerar mais perdas do que ganhos.

A economicidade, então está abrangida dentro do conceito de eficiência. Gustavo Binenbojm partilha do mesmo pensamento

O princípio da economicidade, inobstante sua autonomia no texto constitucional, é abrangido pela ideia de eficiência. A economicidade corresponde a uma análise de otimização de custos para os melhores benefícios. A economicidade é, assim, uma das dimensões da eficiência.

[...] a eficiência administrativa encerra um vetor para a ação administrativa, devendo ser entendida como a busca da *otimização* da gestão com vistas à consecução dos melhores resultados com os menores custos possíveis.⁴⁶⁹

Através de auditorias operacionais que vem sendo amplamente adotadas pelo Tribunal de Contas da União⁴⁷⁰ estão sendo aferidos em que medida as organizações governamentais estão operando. O objeto de análise é a economicidade, eficiência e eficácia (arts. 37, 70, 74 da CF/88). Verifica-se se estão cumprindo as metas estabelecidas, aquisição, proteção e utilização de recursos. O foco é o “processo de gestão.”⁴⁷¹.

Compreende, portanto, as etapas de seleção, planejamento, execução, análise, elaboração de relatório, comentário do gestor, apreciação pela Corte, divulgação e monitoramento. Dentre essas diversas fases merece destaque aquela relativa à manifestação do Gestor sobre às conclusões e recomendações propostas pelo corpo técnico do Tribunal de Contas. Assim, elabora a versão preliminar do relatório, este será submetido à consideração dos gestores dos programas auditados, para que possam agregar comentários que julguem necessários sobre os problemas identificados e sobre a proposta de trabalho apresentada. Após o que, os comentários dos gestores, devidamente analisados pelos auditores, serão incorporados à versão

⁴⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 74, 75 e 687; JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 84, 85 e 752; MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ, volume I, n. 2, maio de 2001. p. 11.

⁴⁶⁸ FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 69 e **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 74 e 75.

⁴⁶⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 346.

⁴⁷⁰ www.tcu.gov.br ver auditoria operacional.

⁴⁷¹ MORAES, Antônio Carlos Flores. **Legalidade, eficiência e controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 230.

final do relatório de auditoria a ser submetido à apreciação do relator e do plenário.⁴⁷²

A partir dessas etapas é dada ampla publicidade aos relatórios para a apreciação da sociedade no estímulo ao exercício do controle social das políticas públicas.

A realização de tarefas públicas enseja necessariamente custos de oportunidade⁴⁷³, na medida em que os recursos disponíveis nunca são suficientes para todas as necessidades, são finitos, limitados. Nesse sentido, optando por uma determinada prestação para a realização do bem público automaticamente abre-se mão de outros bens também potencialmente destinados a estas finalidades.

Mas há limites, barreiras para a ação do Gestor, que ao fim e ao cabo é um concretizador dos comandos estabelecidos no ordenamento jurídico. A constituição federal é a fonte e o limite da ação estatal. Por esta razão, havendo possibilidade de escolhas, deve sempre atender àquelas voltadas para atender o mínimo existencial incluído o meio ambiente dentro deste pacote. Depois de atendidos estes elementos que garantem e possibilitam o exercício de uma cidadania plena é que há espaço para as demais realizações. Nesse sentido, sustenta-se que cabe, tanto ao Judiciário como ao Tribunal de Contas a possibilidade de realocação de verbas no orçamento a fim de atender aos comandos constitucionais. Dentro de uma nova perspectiva da separação dos poderes, frente à complexidade do Estado nos dias atuais, entende-se ser possível esta ação.

Ademais, pensa-se nessas soluções não como uma intenção de sobrepujar a ação do Gestor, mas revigorando a tão elevada função política, na medida em que se irá fazer com que os políticos realizem os fins sociais estabelecidos no texto constitucional.

A obrigação de aplicação do princípio da economicidade decorre da necessidade de se atingir o maior número possível das necessidades públicas com os recursos disponíveis. Por esta razão, é imperativo, a cada ação, fazer uma análise do padrão adotado e do benefício advindo. Acaso existam outras maneiras de se obter o resultado de forma menos dispendiosa, passa ela a ser um imperativo para o Gestor, e, caso não a adote, sem justificativa plausível, estará incidindo em violação a este princípio.

⁴⁷² MORAES, Antônio Carlos Flores. **Legalidade, eficiência e controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 231.

⁴⁷³ Conforme Alceu Maurício Junior, citando Posner: “Existem custos de oportunidade, que equivalem aos benefícios que se perdem pelo emprego de um recurso em uma determinada atividade, impedindo seu uso em qualquer outra”. In: **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 126.

Por esta razão, a ação administrativa traz em si a ampla possibilidade de exame, pois é através da dialética e de permanente reflexividade que se atenderá, da melhor forma possível, o interesse público.

Nesse sentido é que foram concebidos os órgãos de controle, não como órgãos com função apenas repressiva. Cabe a eles uma tarefa, talvez até mais importante que a repressão, que é a tarefa de direcionamento das ações estatais como forma de melhor atender aos anseios sociais.

Outro cuidado que se deve ter nesta análise é que, ao se aferir a ação do Gestor, deve-se reportar ao momento e as circunstâncias em que ele a realizou. É naquele momento que deveriam estar presentes todas as circunstâncias que legitimaram a ação. As razões invocadas do agir devem ser suficientes para justificar a escolha adotada, sob pena de, na insuficiência de esclarecimentos, e demonstrando-se outras ações a menor custo e com maior resultado, restar caracterizado nocividade.

Importante observação encontra-se na lição de Alceu Maurício Junior⁴⁷⁴, para quem a busca do custo/benefício deve ter moderações sob pena de, ao invés de gerar os benefícios esperados, acabe provocando uma demora excessiva na ação estatal mais prejudicial⁴⁷⁵.

A economicidade é um importante instrumento para a avaliação dos critérios de discricionariedade administrativa, bem como possibilita a sua avaliação de uma forma racional⁴⁷⁶. A administração pública não se justifica pela mera eficácia com que atua, senão que deve buscar, nas demandas reais da sociedade a que serve, a eficiência como razão de ser, pois esta é a resposta certa aos reclamos de legitimidade.

Como se deduz do exposto, no sistema brasileiro, a Corte de Contas, não importa o nível federativo em que se apresente, é órgão constitucional cooperador plural e onímodo de toda a administração financeiro-orçamentária, não se subsumindo a qualquer um dos Poderes do Estado no desempenho de sua atuação.

⁴⁷⁴ MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 128-129.

⁴⁷⁵ Ainda, segundo o autor: As escolhas públicas não podem ter a pretensão de esgotar a análise de todos os possíveis custos e benefícios capazes de influenciar na decisão, sob pena de o próprio processo de decisão não atender à exigência da economicidade.

⁴⁷⁶ MAURÍCIO JUNIOR, op. cit., p. 131.

As funções dos Tribunais de Contas que atuam de forma a auxiliar os demais poderes do Estado sobressaem-se no auxílio da comunidade para fins de controle social⁴⁷⁷. É nesse campo a sua maior potencialidade de crescimento e de legitimação.

A ineficiência na administração pública é tão grave que Antônio Fonseca qualifica a improbidade como a negação da eficiência e da economicidade⁴⁷⁸. Nesse contexto é que se sustenta o dever de uma atuação preventiva visando uma tutela inibitória contra as agressões ambientais, na medida em que a ação repressiva caracteriza-se, muita das vezes, como ineficiente no âmbito de proteção necessário e adequado.

A difusão de uma cultura que previna os riscos e danos causados ao ambiente diante da iminência de consequências graves e da impossibilidade de uma adequada compreensão do tema requer medidas que assegurem a manutenção de um mínimo existencial ambiental.

O espaço de escolhas é mais amplo para as autoridades administrativas, que, por isso, têm mais chances de realizar a eficiência. Todavia, acaso adotadas escolhas que se verifiquem pouco eficientes, o TCs tem a possibilidade de determinar a sua retificação corrigindo a política pública antes formulada de forma defeituosa, com a consequente obtenção de um melhor resultado para a ação administrativa. Trata-se de fazer com que o Gestor adira às melhores práticas administrativas e proporcione melhores resultados para a comunidade.

O modelo gerencial ou da teoria sistêmica fixou foco, entre outros elementos, na descentralização, no controle de resultados e no atendimento ao cidadão. A evolução desse modelo tem, com algumas dificuldades, aproximando a administração da sociedade e privilegiado a eficiência mediante a conexão e a integração de meios como condição para responder às demandas sociais e ao problema da escassez de recursos⁴⁷⁹.

A eficiência implica na maximização dos resultados. Espera-se do Gestor a melhor combinação dos recursos disponíveis, de forma a obter os melhores resultados com os menores custos. A tecnologia é um dos principais elementos da maximização da eficiência. Associada a outras ações, implica num rendimento muito além daquele obtido originalmente.

⁴⁷⁷ No mesmo sentido a lição de TORRES par quem: [...] Demais disso, o Tribunal de Contas auxilia a própria comunidade, uma vez que a constituição federal aumentou a participação do povo no controle do patrimônio público e na defesa dos direitos difusos. O Tribunal de Contas, por conseguinte, tem o seu papel dilargado na democracia social e participativa e não se deixa aprisionar no esquema da rígida separação de poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 358-359.

⁴⁷⁸ FONSECA, Antônio. **O Princípio da Eficiência: Impacto no Direito Público e Improbidade**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, Org. *Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei nº 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 35-66.

⁴⁷⁹ Idem., p. 35-66.

A eficiência tecnológica é preconizada como uma das formas de dar solução aos problemas ambientais, especialmente quando voltada a produção, tirando o máximo proveito dos insumos.

Nesse sentido, com o aumento da tecnologia é possível manter índices de produção valendo-se de menos recursos naturais e, por consequência, protegendo o ambiente.

A prática de improbidade ou captura, expressão substituta da corrupção, representa uma grande injustiça social, na medida em que define uma profunda desigualdade no acesso às facilidades e aos recursos da sociedade⁴⁸⁰. Nesse sentido, as instituições da sociedade, em especial o TCs, têm o dever de atuar e corrigir os desvios e erros porventura verificados.

A eficiência no campo ambiental, dada a competência a mais de um ente da federação para atuar neste âmbito de proteção, implica que as políticas devem ser mutuamente complementares, em vez de conflitantes. Deve haver uma adequada coordenação para evitar o desperdício de recursos e a sobreposição de ações. Para alcançar coordenação, as autoridades administrativas, nas suas respectivas atividades, devem contribuir para um propósito comum, a um mesmo tempo e na proporção correta.

Coordenação significa evitar duplicação, superposição ou superabundância de recursos desnecessariamente aplicados em um ou mais objetivos e que poderiam ser alocados mais eficientemente para outros objetivos⁴⁸¹.

O aprendizado da experiência é um aliado da consistência e ajuda a alterar, com segurança, objetivos a fim de adaptar a política às mudanças circunstanciais. Na hipótese, muitas vezes manter os objetivos originais significa um alto custo⁴⁸².

O planejamento resgata o significado da instituição. A posição dela, no presente e no futuro, depende de uma visão estratégica que lhe permite identificar e definir demandas sociais, globais e específicas. A conquista de resultados almejados com o planejamento reflete, enfim, um esforço de conjugação ótima de recursos financeiros, humanos e materiais⁴⁸³.

É necessária a definição de metas e instrumentos para a avaliação de desempenho. Estes instrumentos permitem uma correção de rumo, caso não se esteja alcançando o desempenho no decorrer da execução. Esse é um dos pilares da Lei de Responsabilidade Fiscal e que norteiam toda a ação administrativa.

⁴⁸⁰ FONSECA, Antônio. O **Princípio da Eficiência**: Impacto no Direito Público e Improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, Org. Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei nº 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 35-66.

⁴⁸¹ Idem., p. 35-66.

⁴⁸² Idem., p. 35-66.

⁴⁸³ Idem., p. 35-66.

Ademais, a correção de rumos deve ser encarada como natural, na medida em que as técnicas mudam com uma velocidade assombrosa, a execução de determinadas ações, diante de inovações, pode se mostrar mais dispendiosa do que a sua alteração. E, como a economicidade e a eficiência são elementos de permanente busca na ação administrativa, acaso constatada a necessidade de alteração de rumos na execução de determinadas atividades, deve-se realizar esta alteração, demonstrando-se através de procedimento formal o ganho que advirá para a Administração.

Noutras situações enfrentadas pelas auditorias operacionais, ou de desempenho, a Corte de Contas atua na fase de execução, nos atos *in fieri* de gestão da coisa pública, visando a um controle corretivo ou preventivo. O objetivo abrangente da análise supera a verificação da legalidade e de mera correção dos registros contábeis. Esse aspecto temporal da análise da aplicação dos recursos públicos caracteriza a chamada economicidade, qualificada pelo autor como um aspecto da eficiência.⁴⁸⁴

Os critérios de análise da economicidade submetem-se ao estudo das preferências, no regime das contratações e à luz dos mecanismos de mercado. Por esse regime, quando a autoridade administrativa vai ao mercado fazer compras, e tem que decidir como, quanto, a quem e quando comprar, ela deve procurar maximizar as preferências do Estado comprador, ou Estado-contratante, não as preferências pessoais. Mas nas aquisições e contratações públicas, não raramente, o agente que compra em nome do comprador não age em prol do interesse que representa. Nesses casos, a realização da lei da oferta e da procura, fundamental na livre formação dos preços, fica inviabilizada. A economicidade não é incompatível com a formalidade do processo licitatório, mas implica regularidade deste quanto ao aspecto material.

O princípio destaca-se como inerente à atuação da Administração Pública.⁴⁸⁵

Nesse sentido, um dos instrumentos de aferição da economicidade é a auditoria operacional, conforme se afere da seguinte passagem proferida pelo Ministro Lincoln M. Rocha:

[...] a auditoria operacional é uma evolução natural da auditoria tradicional, que deixou de ser especificamente contábil para tornar-se abrangente, acrescentando à verificação da legalidade e correção dos registros contábeis, a determinação da economicidade e eficácia das entidades. Decisão 545/1999 – Plenário, Processo 550.081/1997-6, DOU 02.09.1999.

⁴⁸⁴ FONSECA, Antônio. O **Princípio da Eficiência**: Impacto no Direito Público e Improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, Org. Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei nº 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 35-66.

⁴⁸⁵ Idem., p. 35-66.

O princípio da eficiência não é absoluto, mas sim relativo⁴⁸⁶. Há que ser verificado o contexto da situação sob análise para a sua aferição. Ademais, muitas vezes, no desenvolvimento de uma política pública, inclusive relativa ao meio ambiente, o desenvolvimento de novas tecnologias ou a alteração de situações quando da sua implementação ensejam que a mudança de rumo trará mais eficiência do que a manutenção nas condições previamente estabelecidas.

Legalidade e eficiência se completam. A realização da última impõe o exame do mérito do ato administrativo quando isso se revelar necessário e processualmente admissível, diante da realidade fática e das condições legais, para se estabelecer a melhor solução ao alcance da Administração Pública.

Não se pode deixar de levar em conta ao tratar-se do princípio da eficiência do *ótimo de Pareto* para quem uma situação econômica é ótima se não for possível melhorar a situação, ou, mais genericamente, a utilidade de um agente, sem degradar a situação ou utilidade de qualquer outro agente econômico.

A busca a maximização no processo produtivo, ensejando o máximo aproveitamento dos recursos naturais com o mínimo de rejeitos é um imperativo em termos de proteção ambiental.

Diferentemente do que ocorreu com a eficiência, a economicidade sempre foi exigida pela Constituição de 1988 e também está prevista no art. 72 como um dos fatores a serem analisados pelo Tribunal de Contas da União quando auxiliar o Congresso Nacional na fiscalização contábil e financeira.

Assim, da distinção constitucional e legal entre eficiência e economia já se vislumbra a imperatividade da distinção conceitual entre as noções, de modo a operacionalizá-las de forma a otimizar a força normativa do sistema jurídico, especialmente no que tange à eficácia e efetividade dos direitos fundamentais⁴⁸⁷.

4.7.1.4 A efetividade da tutela inibitória ambiental

O artigo 5º da Constituição Federal traz uma série de dispositivos a assegurar a efetividade na prestação da Justiça, seja em sede administrativa ou judicial.

⁴⁸⁶ FONSECA, Antônio. **O Princípio da Eficiência:** Impacto no Direito Público e Improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, Org. Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei nº 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 35-66.

⁴⁸⁷ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 69.

Nesse sentido o *caput* dispõe

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

No âmbito judicial o exercício da tutela inibitória, ou de qualquer outra espécie, está assegurado no inciso seguinte XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Vê-se que a não exclusão de exame por parte do Judiciário é assegurada mesmo quando haja somente ameaça a direito. Portanto, diante de ameaças a um bem ambiental, a tutela judicial não só é possível como um dever dos órgãos de fiscalização e controle.

Este dever dirige-se, no nosso entender, inclusive aqueles órgãos que são legitimados para o ingresso da Ação Civil Pública, como os Municípios. Nesse desiderato, as procuradorias municipais, através de seus integrantes, devem agir diretamente, sem qualquer necessidade de se aguardar o posicionamento ou atuação de outro órgão. E cabe aos TCs, no âmbito de sua competência de controle e fiscalização, verificar se estes Órgãos estão cumprindo com o seu dever de proteção ambiental.

Aliás, convém trazer a colação o disposto no artigo 12 do Código de Processo Civil que atribui a representação do Município ao Prefeito e a seu *Procurador*:

Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:
[...]

II - o Município, por seu Prefeito ou *procurador*;

Destarte, na qualidade de representante em juízo, compete o exercício de todos procedimentos que ensejam a defesa ambiental, cumprindo a tarefa constitucionalmente estabelecida.

Ademais, a atuação na proteção ambiental cabe aos cidadãos como desdobramento dos seus deveres de proteção estabelecidos no artigo 225 da CF 1988. Não é por outra razão que o texto constitucional criou um instrumento do exercício desta obrigação que é a Ação Popular.

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Para o alcance da efetividade do processo, tanto o administrativo como o judicial, e aqui convém ressaltar que não existem distinções quanto à necessidade de efetividade do processo, seja de qual âmbito for, deve ser assegurada uma duração razoável, bem como o contraditório e a ampla defesa.

O que os diferencia é a definitividade da decisão, a qual se sustenta que as decisões proferidas pelos TCs, no conteúdo, não podem ser modificadas ou substituídas, tendo um caráter de definitividade.

Na perspectiva do direito processual civil, e o mesmo vale para uma teoria geral do processo englobando o processo administrativo, o Estado Constitucional requer como método de trabalho o “formalismo-valorativo”. Vale dizer, requer, no que agora nos interessa observar, o reconhecimento da importância e da eficácia potencializada dos direitos fundamentais processuais na construção do processo justo (porquanto é evidente que somente um processo justo pode produzir soluções justas).

Nesse especial, ganha a quadra o problema da hermenêutica constitucional e de como, dogmaticamente, se pode de maneira tópica superar algumas regras que, eventualmente, possam estar a obstar a realização do devido processo legal processual⁴⁸⁸.

A aplicação da norma (eficácia) depende da ação humana. Faz-se necessário, para que a norma seja eficaz, que os membros da sociedade a aceitem. Assim sendo, toda a norma vigente é, a princípio – a princípio porque dependerá, ainda, ao cabo, de sua validade – hábil ao ser aplicada a casos concretos.

Tal aplicabilidade pode ou não se sustentar juridicamente, dependendo de que a norma receba juízos positivos ou negativos de validade⁴⁸⁹.

Barroso⁴⁹⁰ assevera que a efetividade consiste na realização, no plano do ser (realidade social), do que foi estabelecido no plano do dever-ser (normativo). Significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social.

Sarlet⁴⁹¹ aduz que a eficácia jurídica consistirá na aptidão de uma norma em vigor ser aplicada a casos concretos e, por conseguinte, gerar efeitos jurídicos, sendo a efetividade o resultado concreto decorrente da decisão e da efetiva aplicação da norma.

⁴⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. O Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Satisfativa Interinal de Urgência no Estado Constitucional e o Caso Paradigmático do Direito Ambiental. In: **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 59-75.

⁴⁸⁹ MARIN, Jéferson; BATISTA, Ildemar e CAPITANI, Rodrigo. Efetividade normativa e Direito Ambiental: o hiperconsumismo hedonista numa perspectiva sistêmica. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**. Volume 1 – Número 1 – Jan./Jun. 2011. Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 98-99.

⁴⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

⁴⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 270.

Também constam do artigo 5º os incisos que asseguram essas garantias

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

O processo é instrumento, meio para que se alcance a Justiça.

Fruto da evolução cultural tem a finalidade de assegurar um fim útil aos litigantes e a sociedade, indicando o que o Estado considera como justo.

Ovídio Batista assevera que

O processo deve, tanto quanto possível, satisfazer o direito como se ele estivesse sendo cumprido voluntariamente pelo devedor, a evidência o caráter instrumental do processo, o que, por si só, já seria capaz de romper a camisa de força com que a Ciência do Processo se vestiu ao reduzir o fenômeno executivo exclusivamente à execução obrigacional, estruturada em esquemas rígidos e estereotipados, liberando-a para adequar-se instrumentalmente ao direito material que lhe cabe tornar efetivo e realizado.⁴⁹²

A razoável duração do processo é um elemento a ensejar que ele realize a Justiça, que ele seja *efetivo*. Não há como considerar justa ou efetiva uma decisão tardia, de nenhuma utilidade no momento em que for proferida. Maior razão a necessidade de decisões céleres e suficientes no âmbito de proteção ambiental tal os níveis de degradação atual e ameaças a sadia qualidade de vida ou a própria existência humana presente e futura. É cediço que a natureza pode seguir o seu curso sem a existência humana.

Todavia, o compromisso ético que nos impulsiona diante do conhecimento de que somos, sim, atores que influenciam sobremaneira na possibilidade de manutenção da existência das vidas humanas, animais e vegetais, faz com que se tenha o compromisso de atuação efetiva.

O que se pretende, ao sustentar uma atuação célere em determinadas situações prejudiciais ao meio ambiente, é a sua efetiva proteção. Não se está a sustentar a ausência ou a inexistência de processo.

O processo é produto da evolução cultural das sociedades, como referido, e é necessário à existência do Estado de Direito. Todavia, a antecipação de decisões para que se

⁴⁹² SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1996. p. 124.

evitem danos de monta e, em alguns casos de difícil ou impossível reparação, são necessárias a preservação ambiental. A atuação preventiva é a melhor forma de proteção.

Aliás, a respeito da necessidade de maturação do processo, a lição de Egas Dirceu Moniz de Aragão⁴⁹³ é profícua:

[...] o processo tem seu período de maturação até chegar a termo e ao tentar corrigir as causas da lentidão processual deve-se procurar reduzir aos limites da normalidade a duração dos processos judiciais. É utopia querer resolvê-los de pronto máxime ao preço de sacrificar garantia dos litigantes, que constituem conquistas do estado de direito.

A efetividade das funções do Estado não se restringe a nenhuma das esferas do Poder. Destarte, não é exclusividade do Poder Judiciário a realização da Justiça.

Pelo contrário, a Justiça e a efetividade das ações devem pautar a conduta de todos os agentes públicos que tem o poder de decisão, independentemente de pertencerem ao Poder Judiciário, Executivo, Legislativo ou aos órgãos como os Tribunais de Contas e o Ministério Público que exercem parcelas desse Poder. O Judiciário, no nosso sistema constitucional, detém o Poder de decidir com definitividade.

Portanto, na prestação da tutela de proteção ambiental, todos os órgãos incumbidos direta ou indiretamente de atuarem nesta seara têm que oferecer como resultado de sua atuação uma ação útil aos anseios da sociedade para que possa ser exercida a cidadania na sua plenitude.

O TCs pode provocar a correção de rumo de políticas públicas. Do prisma do controle de legitimidade dos atos do Estado e no exercício de sua função de auxiliar da sociedade, que podem ser vistos além de uma mera legalidade agravada, a Corte de Contas pode seguir além do exame franqueado ao Judiciário.

Do ponto de vista da proteção ambiental, através de uma tutela inibitória, a correção de rumos numa ação política é o que se espera em termos de efetividade, na medida em que uma atuação repressiva não asseguraria o retorno ao estágio anterior do bem violado.

A insuficiência na prestação de uma tutela ambiental satisfatória além de acarretar uma insatisfação da sociedade e a fragilidade da instituição acarreta riscos sociais evidentes diante da ameaça que se avizinha.

⁴⁹³ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **O processo civil no limiar de um novo século**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 781. Nov./2000. p. 51-70.

A morosidade gera a descrença do povo na justiça: o cidadão se vê desestimulado de recorrer ao Poder judiciário quando toma conhecimento de sua lentidão e dos males (angústias e sofrimentos psicológicos) que podem ser provocados pela morosidade da litispendência. Entretanto, o cidadão tem direito a uma sentença que lhe garanta uma resposta dentro de um prazo razoável.⁴⁹⁴

A partir da nova fase do constitucionalismo, onde a Constituição passa ao centro do sistema, fato que tem o seu início com o fim da Segunda Guerra Mundial e com o advento das constituições Alemã e Italiana nos anos de 1947 e 1949, respectivamente e, posteriormente, com a instalação dos Tribunais Constitucionais em ambos os países, na Alemanha em 1951 e na Itália em 1956, com fecunda produção jurisprudencial e a superação do positivismo nos moldes em que fora utilizado, deve-se buscar a realização plena das tarefas impostas.

Nesta nova fase do Estado de Direito, que o Prof. Paulo Bonavides denomina de 2º Estado de Direito⁴⁹⁵, as constituições já não são mais uma mera invocação ao legislador para a integração das normas que estabelecerem, especialmente aquelas relativas às garantias fundamentais.

Extrai-se diretamente da Constituição Federal direitos invocáveis e de aplicação imediata.

Nesse campo é que se insere o Direito Ambiental sendo um direito de terceira dimensão dentre aqueles de garantia fundamental reconhecido pela Doutrina Pátria e pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN 3540 referida.

Portanto, a efetividade e a realização do direito ao meio ambiente sadio não necessitam de qualquer integração, podendo ser extraídos diretamente da CF de 1988, especialmente nos incisos do artigo 225⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁴⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. O primeiro Estado de Direito tinha no centro a prevalência do Parlamento. Com o advento da Segunda Guerra Mundial, translada-se para o centro do sistema a Constituição, com isso, como temos observado hoje, os grandes temas nacionais passaram a fazer parte do cotidiano do STF.

⁴⁹⁶ DO MEIO AMBIENTE. 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; (Regulamento) II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento) (Regulamento) 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; (Regulamento) 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; (Regulamento) 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; (Regulamento) 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

A tutela preventiva encontra no comando constitucional uma determinação de ação ao Estado, independentemente da esfera de Poder, como pode ser aferido no inciso IV do art. 225.

Preleciona Arenhart

Realmente, repugna a qualquer jurista preocupado e engajado na luta pela efetividade do direito pensar que o Estado satisfaça sua missão de produtor do direito com um paliativo sem qualquer preocupação com o verdadeiro trato que mereceria o direito assegurado. [...]. Entra aí a necessidade de adequada tutela aos direitos reconhecidos pelo Estado. Reconhecer um direito e não dar-lhe a tutela adequada é o mesmo que não oferecer tutela ao direito em questão. Eis, hoje, a principal questão que preocupa as mentes dos processualistas, ou seja, a efetividade da tutela dos direitos. Apenas uma tutela que seja autenticamente condizente com as expectativas sociais.⁴⁹⁷

Todavia, dando concreção aos comandos constitucionais, vários textos de leis ordinárias também disciplinam a matéria de forma a criar maiores mecanismo de proteção. Para tanto faz-se uma breve abordagem de alguns dispositivos, inseridos em leis infraconstitucionais, que ensejam uma atuação do Gestor Público. São eles: Lei de Licitações, LRF, dentre outros.

A Lei Federal nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, que dispõe sobre normas gerais de licitação e contratos da Administração Pública, em seu artigo 7º, §2º, inciso II, determina que as obras e serviços somente poderão ser licitados “quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório”.

Já, no §6º estabelece que “a infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa”.

Por sua vez, o projeto básico é considerado pelo mesmo diploma legal em seu artigo 6º inciso IX como um:

que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)§ 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.§ 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.

⁴⁹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: RT, 2000.

conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou o complexo das obras ou serviços objeto de licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e **o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento**, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução.. (grifou-se)

No artigo 12 da Lei Federal nº. 8.666/93 estão previstos os requisitos a serem considerados na elaboração do projeto básico e do projeto executivo de obras e serviços, dentre eles, o impacto do meio ambiente, mediante um Estudo de Impacto Ambiental - EIA e ou o Relatório de Impacto Ambiental - RIMA.

Aqui cabe registrar que na definição do artigo 1º, inciso III da Resolução CONAMA n.º 237, de 19 de dezembro de 1997, estudos ambientais são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.

Os auditores ao analisarem os editais de licitação de obras públicas e serviços de engenharia, deverão verificar o cumprimento dessas determinações.

Uma medida extremamente salutar a realização da efetividade do processo no âmbito dos TCs é a inserção de dispositivos que propiciem uma uniformidade das ações desses órgãos, no texto de uma Lei Processual Nacional, onde resulte claro os instrumentos de que todos esses Órgãos dispõem para uma atuação neste campo de proteção ambiental.

No âmbito judicial isto não se faz necessário

A tutela preventiva é intrínseca ao Estado Democrático de Direito. Portanto, não é necessária a previsão infraconstitucional para a propositura da pretensão inibitória. A garantia da inafastabilidade do controle judicial garante a adequada tutela do direito, de molde a impedir a sua violação. A violação do ilícito é indispensável para um ordenamento jurídico-constitucional que se funda na dignidade da pessoa humana e que busca garantir, na prática, esse fundamento.⁴⁹⁸

Em termos de proteção ambiental, no estágio do risco em que a sociedade se encontra a reparação ou não é possível ou não será integral.

Como se pode obter uma semente de milho de uma determinada comunidade tradicional desfeita ou retirada e re-allocada em outra área?

⁴⁹⁸ STONOGA, Andreza Cristina. **Tutela Inibitória Ambiental. A Prevenção do Ilícito**. São Paulo: Ed. Juruá, 2007. p. 26.

Vê-se, pois que determinadas culturas, a biodiversidade é perdida em nunca mais recuperada. As sementes de soja transgênica que se espalha, por exemplo.

Ademais, existem determinados bens ambientais que são insubstituíveis. Não há como recuperar e nem como substituir. O ar que respiramos, uma vez perdido ou danificado, não há como ser substituído. Muitas vezes a recuperação leva milhares de anos.

A afetação da água ou do solo com dejetos de indústrias nucleares que permanecerão em determinadas regiões por milhares de anos prejudicando a qualidade de vida e a saúde das populações envolvidas.

Por esta razão

[...] a reparação dos prejuízos causados ao meio ambiente é muito difícil, quando não impossível, o que acarreta sua indenização. Desta forma, há absoluta necessidade de se conceber uma tutela preventiva para que, em vez de reparar ou indenizar os danos ambientais causados, haja a possibilidade de preveni-los. E, sob esse enfoque, oferecem-se mecanismos processuais para possibilitar o atingimento desse objetivo: a tutela preventiva do meio ambiente, alicerçada no disposto nos artigos 11 da Lei de Ação Civil Pública, 84 do Código de defesa do Consumidor e 461 do Código de Processo Civil.⁴⁹⁹

A concreção dos direitos fundamentais, na espécie, os direitos relativos à proteção ambiental, tem nos instrumentos processuais coletivos a melhor forma de serem efetivos. Não se está a desprezar as situações jurídicas que necessitam de uma tutela individual. Todavia, é no campo das ações coletivas, com eficácia *erga omnes* que os direitos fundamentais encontram a maior possibilidade de implementação.

A proteção dos valores fundamentais, voltados essencialmente para a qualidade de vida, em sua expressão material e espiritual, afeta uma pluralidade indeterminada de pessoa, que os desfruta em comum, sem que se possam dividir⁵⁰⁰.

O Direito ao meio ambiente está inserido no rol dos interesses difusos, ou seja, de titularidade indeterminada, unidos apenas por circunstâncias de fato⁵⁰¹. Aliás, o próprio texto constitucional assim o refere expressamente, na medida em que atribui o direito ao meio ambiente a “todos”. Não se olvide que não só é um direito de todos, com titularidade difusa, como um dever de toda a coletividade, inclusive do Estado.

499 STONOGA, Andreza Cristina. **Tutela Inibitória Ambiental. A Prevenção do Ilícito**. São Paulo: Ed. Juruá, 2007. p. 28

500 BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 140-141.

501 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Significado social, político e jurídico da tutela dos interesse**. Jan./mar./2000. p. 9-12.

Diante de um direito difuso a ação protetiva requer instrumentos processuais capazes de dar efetividade a este direito. No nosso sistema, as ações civis públicas e as ações populares apresentam-se como os principais instrumentos para efetivação desta tutela. No âmbito dos Tribunais de Contas, a representação desencadeia a ação.

Segundo preleciona Mitidiero⁵⁰², há, na ordem jurídica brasileira, fundamentalidade formal e material do direito ao ambiente (art. 225, CRFB). Dessa impositação, ressaí a ineliminabilidade de “direitos procedimentais ambientais”, dentre os quais se destacam os “direitos de participação e direitos de ação judicial”. Aqui, exatamente, o ponto: dada a necessária adequação entre formalismo processual e objeto litigioso, todo o processo tem de ser pensado na perspectiva de atender de maneira ótima o direito ao ambiente.

E, necessariamente, tal passa por estruturar o processo mercê de instrumentos que viabilizem uma tutela jurisdicional voltada a prevenir e/ou coibir e/ou remover o ilícito ambiental (tutela inibitória e/ou reintegratória), possibilitada a sua concessão de maneira provisória (fundada na urgência em prover ou na evidência do direito alegado em juízo) ou definitiva mediante provimentos mandamentais e executivos *latu sensu*.

Diga-se o mesmo em ocorrendo algum dano ambiental: havendo esse, impõe-se preferencialmente a tutela do ressarcimento na forma específica.

Segue o autor:

Quer tudo isso dizer, que eventuais entraves postos em lei para a concessão da tutela jurisdicional ambiental devem ser problematizadas à luz dos princípios da precaução e da prevenção, isto é, levando sempre em consideração a especificidade do direito ao ambiente, além, é claro, da promessa constitucional de um processo justo (art. 5º, LV, CRFB), capaz de prestar tutela jurisdicional efetiva aos direitos (art. 5º, XXXV, CRFB). Fora daí não estará o processo a atingir o seu fim precípua: realizar justiça nos seus mais variegados casos concretos.⁵⁰³

Ao abordar o bem ambiental, faz-se necessária uma distinção entre bem público e bem de interesse difuso. O bem público tem um âmbito mais restrito de titularidade, na medida em que o seu titular é o Poder Público, inobstante o fazê-lo para atingir fins sociais.

Já, o bem difuso, tem como titular o próprio povo e, aprioristicamente, conforme determina o Texto Maior, é dever do Estado e da coletividade a sua defesa⁵⁰⁴.

⁵⁰² MITIDIERO, Daniel. O Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Satisfativa Interinal de Urgência no Estado Constitucional e o Caso Paradigmático do Direito Ambiental. In: **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 59-75.

⁵⁰³ Idem., p. 59-75.

⁵⁰⁴ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 93-96.

Ademais, como um valor jurídico fundamental, o bem ambiental é tutelado constitucionalmente.

O Estado tem interesse direto na defesa desse bem jurídico decorrendo do seu dever a prestação da tutela suficiente. Oportuno trazer a colação a lição de Marin e Lunelli⁵⁰⁵.

Mas no caso das ações destinadas à proteção dos direitos consignados na Constituição, o Estado tem um interesse a mais, nem sempre presente nas ações do Processo Civil: é o interesse no bem jurídico tutelado que, pela sua natureza, escapa do interesse apenas do autor e do réu.

É o caso, por exemplo, das ações destinadas à tutela dos direitos difusos, com a proteção ambiental, a proteção do consumidor e a proteção do patrimônio histórico.

A busca do equilíbrio ambiental, ou a sua manutenção, requer a possibilidade de manutenção dos ecossistemas e o respeito aos seus ciclos de renovação. Não há como conceber o meio ambiente sem o respeito ao ciclo que permite a sua própria manutenção. O agigantamento da ação humana, o consumismo desenfreado e sem qualquer juízo de valor, o crescimento populacional sem planejamento, as condições humanas deploráveis de parcelas da população sem o mínimo existencial, todos estes fatores desencadeiam consequências gravosas de ordem ambiental.

Um sistema político calcado em aumento exponencial do consumo, necessariamente leva ao exaurimento dos recursos naturais.

A pergunta é saber até quando a terra (GAIA) irá suportar e apresentar o seu limite para a população humana? Ou toma-se uma atitude real, sem as firulas e pirotecnias dos modismos ocasionais que elevam a visão das instituições junto à sociedade, representando que estão fazendo algo em seu benefício ou não se enfrentará o problema.

Um dos instrumentos que pode ser utilizado nesta tutela preventiva é o princípio do poluidor pagador. Este princípio tem o viés de inibir a ação degradadora, prospectando os seus efeitos de forma preventiva e também repressiva⁵⁰⁶.

A percepção do bem ambiental como um bem inserido dentro da lógica econômico-financeira fica bem claro na seguinte passagem

[...] se o custo da redução dos recursos naturais não for considerado na redução do sistema de preços, o mercado não será capaz de refletir a escassez. Portanto, são

⁵⁰⁵ MARIN, Jeferson Dytz e LUNELLI, Carlos Alberto. A autonomia do processo constitucional e a legitimação para agir na tutela dos direitos coletivos: a dimensão publicista da jurisdição. **In: Jurisdição e Processo – Efetividade e realização da pretensão material**, Coord. MARIN, Jeferson Dytz. Curitiba: Ed. Juruá, 2008. p. 19-48.

⁵⁰⁶ STONOGA, Andreza Cristina. **Tutela Inibitória Ambiental. A Prevenção do Ilícito**. São Paulo: Ed. Juruá, 2007. p. 55.

necessárias **políticas públicas** capazes de eliminar a falha de mercado, de forma a assegurar que os preços dos produtos reflitam os custos ambientais.⁵⁰⁷

Observa-se que a perspectiva de solução para a questão ambiental insere-se dentro da atual lógica geopolítica em que o consumo é o seu carro chefe. Paradoxal o fato de encontrar a solução dentro do sistema que gera o problema.

A toda evidência que não se está a apregoar uma inação diante de um colapso iminente e inevitável. Entendo que o sistema tem que ser repensado, todavia, como forma de mitigar, ou talvez o embrião de alguma solução, é extremamente salutar a busca de toda e qualquer tentativa de solução ou de diminuição dos impactos ambientais causados ao meio ambiente.

A Agenda 21 se constitui num poderoso instrumento de reconversão da sociedade industrial rumo a um novo paradigma, que exige a reinterpretação do conceito de progresso, contemplando maior harmonia e equilíbrio holístico entre o todo e as partes, promovendo a qualidade, não apenas a quantidade do crescimento. Progresso e desenvolvimento não são sinônimos. Ademais, o que se busca com o desenvolvimento poderá entrar em conflito em determinadas situações com o que se entende a respeito de progresso.

A agenda 21, ao abordar o princípio da precaução, assim refere: para proteger o meio ambiente medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação do meio ambiente.

O princípio da prevenção encontra-se *de lege lata* no texto do artigo 225 da Constituição Federal, inciso III, tendo como principal instrumento o estudo prévio de impacto ambiental.

O que se visa na tutela ambiental inibitória é a tutela específica (461 CPC) em matéria ambiental. No atual estágio, falar-se em reparação já se está dentro do que se entende por degradação. Que fique claro que se está referindo a ecossistemas e áreas de preservação considerada no seu aspecto global.

Não se está aqui a impedir a supressão de uma árvore em determinadas áreas, quando necessário, até pode vir a ocorrer em determinadas circunstâncias. Todavia, o que se está a proteger é a globalidade da área de proteção.

⁵⁰⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 219-220.

Portanto, assim como há um limite mínimo de manutenção de vida digna, há um limite máximo de utilização dos recursos naturais de forma a permitir a sua renovação e a preservação da vida humana com qualidade.

Não há como falar em meio ambiente sem falar no modo de vida que a nossa população adota. É necessário, para uma adequada abordagem da questão, compreender o consumo. A toda evidência que o consumo atual não equivale a um consumo necessário, ou seja, a existência humana com dignidade necessita de bem menos consumo do que se vê hoje. A título de exemplificação poder-se-ia trazer à baila a grande quantidade de sapatos que determinadas pessoas possuem, traduzindo este montante como o estritamente necessário para que tenha “felicidade”.

Estes são os enftamentos necessários pelo qual teremos que passar. A quantidade e a qualidade do consumo terão que ser revistas.

O mote das ações coletivas é a facilitação do acesso à Justiça e a efetivação da dimensão social dos interesses coletivos. Numa sociedade de massas, onde uma gama muito grande de pessoas tem dificuldades imensas de acesso à Justiça, pretender a tutela de interesses por meio da via individual é, seguramente, frustrar as expectativas e ocasionar a inefetividade do direito assegurado.

Aliás, é o que se espera de uma sociedade solidária. Não há como conceber uma sociedade justa e solidária sem que possa valer-se de instrumentos de tutela coletiva para a obtenção de acesso à Justiça. Nesse sentido, a instrumentalização do processo para o atendimento destas situações nada mais é do que dar concreção aos comandos constitucionais e anseios sociais.

Como se pode perceber, os novos direitos, como os direitos difusos e coletivos, por dificilmente se conciliarem com a tutela ressarcitória, na verdade não podem ser lesados, sendo necessária, portanto, uma tutela capaz de impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, bem como uma tutela capaz de remover o ilícito continuado, para que danos não ocorram, não se multipliquem ou não sejam potencializados⁵⁰⁸.

Ocorre, desta forma, um sacrifício da certeza e da segurança, em prol de uma maior celeridade, e, principalmente, de um sentimento de Justiça, através do qual não se condescende com a possibilidade da perda de um direito provável, em favor de uma situação oposta, que por isso mesmo, se apresenta como ilícita e não merecedora de proteção⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. São Paulo. 2000. RT. p. 16.

⁵⁰⁹ ALVIM, José Manoel Arruda. **Obrigações de fazer e não fazer – direito material e processo**, jul/set 2000. São Paulo, n. 99, p. 27-39. p. 31.

Não há como desconsiderar o fato de que, dentro de um litígio, uma das partes terá prejuízo na sua pretensão. Do contrário, não haveria o processo. Nesse sentido, há que se preservar aquele direito que melhor atenda aos anseios sociais e aos comandos estabelecidos na Constituição Federal na preservação do princípio-essência da dignidade da pessoa humana. Cabe ao Juiz sopesar os bens em conflito e dar prevalência aqueles que mais convirjam aos fins expostos.

No caso do meio ambiente, por trata-se de direito difuso, a legitimidade para sua tutela deve ser ampla. Não há um titular específico dada a sua natureza⁵¹⁰.

4.8 PROCEDIMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO DE UMA DE UMA TUTELA INIBITÓRIA NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

No presente item serão abordados os procedimentos para a efetivação de uma tutela inibitória no âmbito dos Tribunais de Contas, procedimentos estes que já estão à disposição destes órgãos, mas que, em muitos casos, não vem sendo utilizados ou são utilizados de forma tímida diante da gama de possibilidades que se apresentam.

Ademais, o manejo expedido destes procedimentos ensejará uma imediata ação antes que se efetivem danos, que muitas vezes são de difícil, ou até mesmo impossível reparação.

O Direito Processual moderno deve ser o resultado da prática do mundo cotidiano. Ele não pode estar em uma “estratosfera” distante do mundo da vida. De nada adianta o Processo, se ele não é capaz de solucionar os impasses do mundo cotidiano. Nesse sentido, a procedimentalização é fundamental para o desenvolvimento da própria sociedade. Todavia, ela apenas tem razão de existir se o seu sentido for a pacificação social.

A crítica posta aplica-se a todo o processo, seja de que esfera for. Nos processos da competência dos Tribunais de Contas faz-se a mesma observação. Ou seja, só encontram sentido se derem solução “aos impasses do mundo cotidiano”.

Por esta razão, é que se sustenta a aplicação adequada e efetiva de uma tutela inibitória em matéria ambiental, em especial pela impossibilidade da reversibilidade dos danos.

⁵¹⁰ MANCUSO, Rodolfo. **Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores** - São Paulo - 1999. RT. p. 84-85.

4.8.1 O exercício do Poder geral de cautela pelos Tribunais de Contas

O poder geral de cautela é o instituto que possibilita a garantia da efetividade das decisões proferidas nos processos de sua competência, na medida em que assegura um resultado útil quando do julgamento definitivo.

Na lição de Humberto Teodoro Júnior⁵¹¹, a função cautelar tem natureza instrumental, na medida em que não promove a realização do Direito, nem se liga à sua declaração. Tem por finalidade garantir a possibilidade de sua realização futura, atendendo a uma necessidade de segurança perante uma situação que se impõe relevante, a fim de que não pereça.

A medida cautelar possui uma natureza precária e visa tão somente assegurar um resultado útil ao final do processo, seja administrativo ou judicial. É caracterizada pela instrumentalidade e pela referibilidade.

Visa assegurar uma situação jurídica tutelável⁵¹².

Trata-se, como assevera Carnelutti⁵¹³, de um provimento temporário ou passageiro. As decisões cautelares tem sempre um *dies ad quem*, ou seja, a sua eficácia se extinguirá.

Segundo o autor: “Tal *dies ad quem* está representado pelo momento em que se eleva a firme a decisão jurisdicional do litígio ao qual o provimento cautelar se refere”. Infere-se do exposto a clara natureza de garantia do provimento final a cargo da medida cautelar, ou seja, está voltada a garantir que o provimento final possa ter algum efeito útil a partir do momento em que assegura esta situação.

A natureza dessas medidas é exposta por Chiovenda⁵¹⁴, para quem

Medidas especiais, determinadas pelo perigo ou urgência, dizem-se provisórias acautelatórias ou conservadoras, porque expedidas antes de se declarar a vontade concreta da lei que nos garante um bem, ou antes de se realizar a sua atuação, para a garantia de sua futura atuação prática; e são várias, conforme varia a natureza do bem a que se aspira.

⁵¹¹ TEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2, 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 543.

⁵¹² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2008. p. 739.

⁵¹³ FRANCESCO, Carnelutti. **Sistema de Direito Processual Civil**. V. I. São Paulo: Classic BOOK, 2000. p. 490-491.

⁵¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. I. Campinas/SP: Bookseller, 2002. p. 331.

Uma das características principais do procedimento cautelar é a instrumentalidade. Para Mielke este atributo “significa que o procedimento cautelar tem por função proteger o processo principal”⁵¹⁵.

Os procedimentos cautelares visam a garantir o procedimento definitivo.

Na sociedade globalizada, um dos desafios que se apresenta é pensar o tempo e o Direito. Segundo Mielke⁵¹⁶ “Do ponto de vista dogmático, o Direito é um mecanismo de controle do passado, de garantia do passado; de um ponto de vista crítico, ele pode ser uma promessa, pode ser algo que aponta para o futuro”.

Esse é um dos desafios postos às Instituições na medida em que para o atendimento dos anseios sociais elas devem ter um resultado útil de atuação, sob pena de se fragilizarem e perecerem.

A mudança cultural pretendida vai ao encontro do que preleciona Ovídio Batista quando se referiu a tutela antecipada inserida no artigo 273 do Código de Processo Civil, na seguinte passagem

Para isto certamente não basta a introdução da chamada “tutela antecipatória”, recentemente inserida no Código de Processo Civil, através de seu artigo 273, se conservarmos a estrutura legal e mental criada a través de uma anacrônica tradição universitária, formadora de exegetas e serviçais da lei e do Poder. Não se poderá negar, evidentemente, o que este novo instrumento representa de evolução (rumo ao passado longínquo...!) que nos liga à tradição dos juízos executivos do direito germânico medieval e aos interditos romanos. Mas é necessário que se tenha consciência, como disse o filósofo, de que aquilo que poderíamos ter como sendo resultado haverá de ser considerado como o dado, a partir do qual teremos de marchar rumo à revolução autêntica, de que tanto carecem nossas instituições processuais⁵¹⁷.

Não há de se olvidar que o exercício do Poder Geral de Cautela submete-se ao princípio do devido processo legal⁵¹⁸ na medida em que se dirige ao processo em geral, seja administrativo, seja judicial.

O deferimento da medida liminar não retira o direito ao contraditório e à ampla defesa, apenas difere no tempo o momento de seu exercício em razão da necessidade dos valores que visa assegurar.

⁵¹⁵ SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de Urgência**: De Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 21

⁵¹⁶ Idem., p. 303.

⁵¹⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Germânica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p.214.

⁵¹⁸ Art. 5, LIV, da CF/88.

Ademais, destaque-se que a concessão de medida cautelar, nos moldes da jurisprudência do STF, somente se justifica quando configurados os requisitos encartados no artigo 7º, II, da Lei nº 1.533/1951, vale dizer: plausibilidade jurídica da pretensão *-fumus boni jûris* - e risco de lesão irreparável ou de difícil reparação - *periculum in mora* -.

As decisões proferidas devem ser devidamente fundamentadas, demonstrando-se os elementos que a ensejaram, sob pena de nulidade.

Para o exercício das competências estabelecidas constitucionalmente os Tribunais de Contas necessitam de procedimentos processuais que lhes garantam a efetividade de suas decisões, sob pena de não se atingir a finalidade da sua existência, que é o controle das contas públicas.

Haveria um esvaziamento dos direitos assegurados constitucionalmente.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar a respeito da possibilidade do exercício do poder geral de cautela, por parte dos Tribunais de Contas, exarando decisão no *Mandado de Segurança nº 24.510-7/DF*, impetrado contra decisão do Tribunal de Contas da União, que havia determinado a suspensão de certame licitatório, em vista de indícios fortes de irregularidades.

O Relator, no seu Voto, assim se manifestou:

[...] o poder cautelar também compõe a esfera de atribuições institucionais do Tribunal de Contas, pois se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício, por essa Alta Corte, das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas pelo próprio texto da Constituição da República. Isso significa que a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade atual ou iminente, ao erário público. [...] Na realidade, o exercício do poder de cautela pelo Tribunal de Contas destina-se a garantir a própria utilidade da deliberação final a ser por ele tomada em ordem a impedir que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine por afetar, comprometer e frustrar o resultado definitivo do exame da controvérsia.

Existe toda evidência que o mesmo raciocínio deve ser aplicado quando do exame de questões ambientais, dada a lesividade para a coletividade e para os cofres públicos em razão de elevadas indenizações que deverá arcar, caso seja omissa na atuação de defesa do meio ambiente, bem como do prejuízo direto causado ao patrimônio ambiental.

Ademais, integra o âmbito de competência desses Órgãos. Cita-se, a título de exemplificação, a suspensão de uma licitação para a realização de obras de grande vulto em que não tenha sido realizado o devido estudo prévio de impacto ambiental.

Aliás, tal assertiva extrai-se do disposto no artigo 225, parágrafo 1º, IV, da Constituição Federal, em que é instituído o estudo do prévio impacto ambiental.

A atuação dos TCs de forma cautelar é sustentada com base na teoria dos poderes implícitos, conforme Wedy

Do mesmo modo, o Tribunal de Contas, na aplicação da teoria dos poderes implícitos no art. 71 da CF, pode, mediante medidas cautelares, tomar providências que assegurem a própria eficácia de sua decisão evitando prejuízos aos cofres públicos no mais das vezes bloqueando recursos das administrações desviados ou apropriados supostamente de modo ilícito. Neste caso, mais uma vez, não havendo certeza, mas indícios de improbidade administrativa, ou de má gestão do dinheiro público, pode o Tribunal de Contas evitar o dano por medida cautelar de bloqueio de valores ou bens.⁵¹⁹

No âmbito do TCE/RS, a matéria é regulamentada na Resolução n. 544/2000, que estabelece o Regimento Interno do Órgão⁵²⁰.

Nesse sentido, compete ao Conselheiro-Relator, atendido o requisito de urgência adotar medidas que acautelem o erário. Todavia, percebe-se que, independentemente de inclusão em pauta, haverá submissão ao Colegiado para fins de referendo.

E o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande de Sul tem cumprido com a sua missão constitucional de defesa do patrimônio público, e se valido de medidas cautelares para a proteção do erário e, por via indireta, do meio ambiente, como foi o caso examinado no Processo nº 6573 -0200/11-0, em que o Relator, Conselheiro Victor Faccioni, diz em sua decisão

[...] trata o presente feito da Representação nº 20/2011, formulada pelo Ministério Público de Contas junto a este Tribunal, firmada pelo seu Procurador-Geral, o Dr. Geraldo Costa da Camino, **tendo por objeto a averiguação de possíveis irregularidades no Edital de Concorrência Pública nº 16/2011, mediante o qual o Município de Montenegro pretende contratar empresa especializada para a realização de serviços de coleta de resíduos sólidos, incluindo transbordo e transporte, em conformidade com o respectivo Projeto Básico.** (grifou-se)

E determina ao Executivo Municipal de Montenegro que se abstenha de qualquer medida prevista no Edital n.º 16/2011 ou, na hipótese de já ter praticado algum ato, que o suspenda até que esta Corte proceda ao exame da controvérsia e delibere sobre o tema.

⁵¹⁹ WEDY, Gabriel. **O Princípio Constitucional da Precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009. p. 56.

⁵²⁰ Artigo 48 - Compete ao Conselheiro-Relator:

[...]

XIII - determinar, em caráter de urgência, as medidas liminares acautelatórias ao erário, submetendo-as a referendo posterior do Colegiado competente, independentemente de inclusão em pauta; (grifou-se)

O fundamento da representação do Ministério Público de Contas do RS foi o seguinte:

[...]entende-se, portanto, que, nos termos do item 8.2.12 do edital, a aglutinação de todos os itens mencionados em objeto único, prima facie, configure restrição indevida ao caráter competitivo da licitação, haja vista tratarem-se de serviços distintos. Ademais, o fato de não haver especificação da data prevista para o implemento do projeto piloto, relativo à denominada 'coleta containerizada', revela potencial favorecimento à atual prestadora dos serviços, na medida em que deverá ser mantida a totalidade da coleta convencional por tempo indefinido. Por evidente que, nestas condições, restaria economicamente inviabilizado o investimento de empresas que, não dispendo, por exemplo, de caminhões com as características específicas para a coleta convencional, tivessem de adquiri-los, para uma utilização por curto e incerto período.⁵²¹

Veja-se que, não fosse a possibilidade de decisão cautelar, ao final do processo os pagamentos efetuados a empresa beneficiada poderiam não retornar ao erário, como soe acontecer em um grande número de casos desta natureza.

4.8.2 Tomada de contas especial como instrumento para a garantia de proteção ambiental célere e expedita

O manejo de procedimentos céleres na proteção do erário diante da sua utilização inadequada ou da degradação ambiental deve ser um imperativo da boa gestão.

Tomada de Contas Especial é “um processo excepcional de natureza administrativa que visa apurar responsabilidade por omissão ou irregularidade no dever de prestar contas ou por dano causado ao erário”⁵²².

Conforme se observa das decisões do Supremo Tribunal Federal, para que seja possível a instauração da Tomada de Contas Especial é necessário que os recursos sejam públicos. Ademais, além da natureza do recurso, há que haver uma destinação através de um ajuste, termo, convênio, enfim, através de um instrumento que faça nascer à obrigação de aplicação da importância vinculada a finalidade específica da destinação.

Há alguns cuidados com o manejo da Tomada de Contas especial. Na fase externa, que deverá ser processada perante o Tribunal de Contas, posteriormente a apuração dos fatos na fase interna, há que se respeitar o devido processo legal com a plenitude do contraditório e da ampla defesa.

⁵²¹ TCE/RS. Processo nº 6573 -0200/11-0. Conselheiro-Relator Victor Faccioni.

⁵²² FERNANDEZ, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de Contas Especial**. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 29.

A Lei Estadual n. 11.424/2000, que dispõe sobre a Lei Orgânica do TCE/RS, disciplina a matéria em seu artigo 46⁵²³. A tomada de contas especial tem ensejo quando há ações que importem em “dano ao erário”. Tem-se que os danos causados ao patrimônio ambiental também dão ensejo à TCE.

A obrigação de prestar contas decorre diretamente do artigo 70, parágrafo único da Constituição Federal. Pressupõe uma obrigação pré-constituída. Não alcança o dano causado ao erário decorrente de acidente de veículo causado por particular, pois aqui a questão resolve-se no âmbito da reparação ao erário através da responsabilidade civil.

Os bens e os valores públicos são indisponíveis. Pertencem à coletividade e quem os administra o faz em nome desta coletividade. Razão pela qual não possui a livre disposição a respeito desses bens.

A Tomada de Contas Especial volta-se a quem tem a obrigação de prestar contas, decorrente da função de gerenciamento, administração de recursos e bens públicos. A forma como vai se nominar o termo que dá ensejo a esta obrigação é indiferente, seja convênio, ajuste, subvenção, etc.

O que deve ser aferido para fins da possibilidade de instauração da Tomada de contas especial não é a qualidade da pessoa a quem vai se voltar à ação, mas a natureza do recurso repassado. Por esta razão, a TCE pode alcançar até particular. Sendo o recurso de origem pública, será alcançada pelo Tribunal de Contas qualquer pessoa, seja física, jurídica, pública ou privada. A destinação de verbas públicas ou de bens, leva consigo a aplicação no interesse da coletividade. Qualquer outra destinação enseja o ressarcimento ao erário que poderá ser apurado através da Tomada de contas especial, pois ínsito a destinação está a obrigação de prestação de contas. Esta é a única dicção a que podemos chegar numa análise sistemática do normativo que envolve a matéria.

⁵²³ **LEI Nº 11.424/2000**

[...]

Da Tomada de Contas Especial

Art. 46 Os atos que importarem em dano ao erário, ocasionados por ação ou omissão dos administradores ou por agentes subordinados a estes, serão objeto de impugnação para constituírem tomada de contas especial, cujos procedimentos, inclusive quanto ao julgamento, e documentos que deverão integrá-la serão regulados no Regimento Interno ou em Resolução, observado o disposto nos artigos 42 e 45 da presente Lei.

Parágrafo único No julgamento da tomada de contas especial, o Tribunal poderá determinar a repercussão da matéria nas contas do administrador, além de outras providências que entender cabíveis.

O regimento Interno do Tribunal de Contas do Rio Grande do sul disciplina a matéria nos artigos 103 a 106⁵²⁴.

No artigo 103 traz expressa referência ao meio ambiente, conforme se verifica:

Da Tomada de Contas Especial

Art. 103 – Os atos que importarem em dano ao erário e ao meio-ambiente, ocasionados por ação ou omissão dos administradores ou por agentes subordinados a estes, serão objeto de impugnação para constituírem tomada de contas especial, que deverá ser encaminhada ao Tribunal no prazo de 90 (noventa) dias, contados da data da impugnação. (A redação do caput deste artigo foi alterada pela Resolução nº 641/2003, de 05-11-2003, publicada no DOE de 12-11-2003.)

§ 1º – Para os efeitos do disposto neste artigo, considerar-se-á como data da impugnação aquela em que:

- a) o administrador tomar ciência da omissão ou do ato praticado por agentes subordinados;
- b) o responsável pelo sistema de controle interno tomar ciência da determinação do Tribunal de Contas, na situação prevista na alínea “a”, art. 104, deste Regimento.

§ 2º – O descumprimento do prazo fixado neste artigo importará em responsabilidade solidária com o autor do dano ou da irregularidade.

§ 3º – No caso de omissão ou de ato praticado por agentes subordinados, caberá ao administrador promover a impugnação e a instauração da tomada de contas especial, bem como o seu encaminhamento ao Tribunal, no prazo fixado neste artigo. (grifou-se)

⁵²⁴ Regimento Interno do TCE/RS:

Art. 104 – O procedimento de que trata esta seção poderá ser instaurado por determinação do Tribunal de Contas, mediante notícia de situações ocasionadas por ação ou omissão que importarem em dano ao erário, praticadas:

- a) pelo administrador, situação em que o responsável pelo sistema de controle interno será intimado a fim de que efetue a tomada de contas, remetendo a ao Tribunal no prazo fixado no artigo anterior;
- b) por agentes subordinados, hipótese em que o administrador será intimado para que proceda à tomada de contas, encaminhando a ao Tribunal, no prazo estabelecido no artigo anterior.

Parágrafo único – O descumprimento da determinação contida neste artigo, no prazo estabelecido, importará em responsabilidade solidária com o autor do dano ou da irregularidade.

Art. 105 – A instauração do processo de tomada de contas especial será sempre precedida de ampla apuração dos fatos ou omissões que resultarem em prejuízo ao erário, através da realização de auditoria, sindicância, inquérito, processo administrativo, disciplinar, ou outro procedimento que relate detalhadamente a situação ocorrida, suas circunstâncias, a identificação dos responsáveis e a quantificação do prejuízo, mantido o prazo estabelecido no art. 103.

Parágrafo único – A instrução do processo de tomada de contas especial, na hipótese prevista no parágrafo 3º do art. 103, não prescindirá de informação completa e comprovada de parte do administrador a respeito das providências adotadas com a finalidade de obter o integral ressarcimento ao erário e punição dos responsáveis, bem como do acompanhamento do processo de tomada de contas por parte do órgão central de controle interno, a seu critério, devendo este manifestar se, obrigatoriamente, ao final da instrução realizada na origem.

Art. 106 – Para os efeitos do disposto no parágrafo único do artigo anterior, considera-se como integral ressarcimento ao erário:

- a) a completa restituição das importâncias, atualizadas monetariamente; ou
- b) em se tratando de bens, a reposição dos mesmos ou da importância equivalente aos preços de mercado, à época do efetivo recolhimento, levando-se em consideração o seu estado de conservação. Art. 107 – Nos processos de que trata esta seção, o Tribunal decidirá nos termos dos arts. 99 a 102, podendo, ainda, determinar a repercussão nas contas do administrador, além de outras providências que entender cabíveis.

O pressuposto da instauração da TCE é o dano ao erário. Não se trata de verificação ordinária de contas. Para isto há a tomada de contas. Na TCE há a necessidade de indícios de dano ao erário para a sua instauração.

Outro aspecto importante de ressaltar é que o objetivo da TCE é a apuração de prejuízo e o seu ressarcimento ao erário. A TCE não visa à responsabilização nas esferas administrativas ou penais. Para isto, há outros institutos jurídicos aplicáveis, no âmbito administrativo o Processo Administrativo Disciplinar, por exemplo.

4.8.3 Termo de Adoção de Providências

Um dos instrumentos a serem utilizados na implementação de uma tutela inibitória por parte do Tribunal de Contas é o Termo de Adoção de Providências⁵²⁵, ou termo de ajustamento de conduta.

Trata-se de competência embasada nos incisos IX e X do artigo 71 da Constituição Federal.

O objeto do presente termo encontra-se assim delimitado: “É viável a adoção de instrumento, pelo Tribunal de Contas, destinado a pactuar com jurisdicionado a adoção de providências que possam afastar, mitigar ou prevenir irregularidade”⁵²⁶.

Portanto, em matéria de proteção ambiental, verificando-se a violação da legislação por parte dos entes jurisdicionados, e levando-se em consideração o campo de competência atribuído aos Tribunais de Contas, é possível a utilização desse instrumento como forma de se alcançar, na maior brevidade possível, a aderência da Administração às normas e práticas de proteção ambiental, mitigando ou prevenindo a degradação.

No mesmo sentido é a lição de Vittorio Constantino Provenza, para quem o termo de ajustamento de conduta é uma nova alternativa à disposição do Controle Externo no exercício de suas funções constitucionais⁵²⁷.

⁵²⁵ Designação utilizada pelo Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul no Parecer da Auditoria nº 14/2009: “Quanto à denominação deste “acordo”, que se traduz materialmente em um “termo”, afigura-se adequado o emprego da terminologia já existente na Constituição Federal (Artigo 71, IX): “adoção de providências”. Daí resultaria o “Compromisso de Adoção de Providências”, instrumentalizado através de um “Termo de Compromisso de Adoção de Providências”, ou, simplesmente, “Termo de Adoção de Providências – TAP” (se considerada a prática já existente em relação às situações que decorrem de outras assinalações legais, que tratam do “Termo de Ajustamento de Conduta – TAC”).”

⁵²⁶ **Parecer nº 14/2009.** Compromisso para a adoção de providências. Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50202:7:1604861591112832::NO>. Acessado dia 12 de setembro de 2011.

⁵²⁷ PROVENZA, Vittorio Constantino. Controle Externo. Uma nova alternativa: possibilidade de utilização do termo de ajustamento de conduta pelos Tribunais de Contas no exercício de suas funções constitucionais. **Revista do TCMRJ**, n. 35, maio 2007. p. 64-70.

E chega a essa conclusão valendo-se da teoria dos poderes implícitos, pois se atribuída determinada função, há que se considerar que foram outorgados todos os instrumentos necessários e próprios ao desempenho dessa missão.

E nada mais efetivo do que a possibilidade de cessação do dano assim que verificado, quando se está diante de um dano ambiental.

O termo de ajustamento de conduta é o instrumento naturalmente vocacionado para o reconhecimento da ilegalidade de determinada ação e a concomitante assunção, perante o órgão público legitimado para a fiscalização da conduta, de um compromisso de adequação do comportamento do infrator às exigências legais de forma a eliminar a situação de ilegalidade⁵²⁸.

A Lei de Licitações traz dispositivo semelhante e que permite uma tutela preventiva. Justen ressalta que o STF reconheceu, no julgamento do MS nº 24.510 que o TCU dispõe de competências de natureza cautelar⁵²⁹.

Portanto, vê-se que o TAP é um instrumento que pode ser utilizado na proteção ambiental, corrigindo os rumos de políticas nessa área através do compromisso assumido pelos administradores e passíveis de execução forçada.

4.8.4 Negativa de excoutoriedade de lei ou ato normativo

Com base na Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal⁵³⁰, os TCs podem (entenda-se como dever) examinar a constitucionalidade de leis e atos do poder público. Nesse sentido, valendo-se o Gestor de ato normativo para fins de embasar agressão ao meio ambiente, em confronto com o disposto na Constituição, a defesa do bem ambiental pode ser garantida através da declaração de inconstitucionalidade da Lei ou ato normativo sob exame.

A matéria encontra-se disciplinada no Regimento Interno do TCU em que dispõe caber ao Plenário deliberar sobre conflito de lei ou de ato normativo do poder público com a Constituição Federal, em matéria da competência do Tribunal⁵³¹.

⁵²⁸ MILARÉ, Edis, in Direito do Ambiente. 2. Ed. **Revista dos Tribunais**, p. 488 e seguintes.

⁵²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 867.

⁵³⁰ O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

⁵³¹ **Regimento Interno do Tribunal de Contas da União**. Resolução 155, de 04 de dezembro de 2002.

Art. 15. Compete privativamente ao Plenário, dirigido pelo Presidente do Tribunal:

I – deliberar originariamente sobre:

[...]

e) conflito de lei ou de ato normativo do poder público com a Constituição Federal, em matéria da competência do Tribunal;

Impende compreender a natureza e o efeito dessa decisão. Nesse sentido, tem-se que a decisão proferida pelo Tribunal de Contas com base no enunciado da Súmula 347 do STF, nos mesmos moldes daquela proferida pelo Senado Federal com base no art. 52. X, atinge o *plano de eficácia da decisão*.

O próprio dispositivo traz a expressão “suspender a execução” de modo a caracterizar este entendimento⁵³². Isto tem um efeito extremamente importante, na medida em que se a lei for considerada constitucional pelo STF volta a produzir os seus efeitos.

Caso o entendimento fosse outro, não haveria esta possibilidade.

Portanto, o efeito da negativa de exequoriedade com base na Súmula 347 do STF é a *suspensão da eficácia* do ato administrativo e dos atos normativos que o embasaram⁵³³. As normas permanecem no sistema, mas sem gerar efeitos até a intervenção do Poder Judiciário, que decidirá a respeito.

A negativa de exequoriedade é uma obrigação cogente aos Tribunais de Contas. Aqui, está-se diante de dever, ou poder-dever, imposto a estes Órgãos como guardiões dos direitos e garantias fundamentais no trato da coisa pública. Nesse sentido, dar azo a permanência dos efeitos de uma lei inconstitucional é não cumprir com a sua missão institucional e de tão expressiva relevância para a manutenção do Estado de Direito.⁵³⁴

A autora citada vai além, inclusive entendendo a ação omissiva, por parte dos agentes públicos e incumbidos do controle público, como passíveis de ensejarem a

Outros Tribunais também inseriram em seus normativos dispositivos semelhantes. Cita-se, por todos: **Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte.**

Dos Incidentes de Inconstitucionalidade

Art. 274. O Tribunal de Contas no exercício de suas atribuições poderá pronunciar-se sobre inconstitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

Art. 275. Se por ocasião do julgamento de qualquer feito pelas Câmaras estas concluírem pela inconstitucionalidade de alguma lei ou ato do Poder Público, os autos serão remetidos sem julgamento do mérito ao Tribunal Pleno para que este preliminarmente, se pronuncie sobre a matéria.

[...]

§ 3º. **Proferido o julgamento pelo Tribunal e publicada a respectiva deliberação, serão os autos devolvidos à Câmara, para apreciar o caso de acordo com a decisão sobre a prejudicial de inconstitucionalidade.**

§ 4º. **A decisão proferida por dois terços dos membros do Tribunal que concluir por negar cumprimento à Lei ou ato considerado inconstitucional constituirá, para o futuro, norma definitiva e de aplicação obrigatória, nos casos análogos, salvo se a Câmara, Conselheiro ou Procurador do Ministério Público Especial por motivos relevantes, achar necessário provocar novo pronunciamento do Tribunal Pleno sobre a matéria.** – grifou-se.

⁵³² POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 150.

⁵³³ SCHMITT, Rosane Heineck. **Tribunais de Contas no Brasil e Controle de Constitucionalidade**. Tese de Doutorado apresentada na UFRGS. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 03/06/2011. p. 172.

⁵³⁴ SCHMITT, Rosane Heineck. **Tribunais de Contas no Brasil e Controle de Constitucionalidade**. Tese de Doutorado apresentada na UFRGS. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 03/06/2011. p. 175.

caracterização de prevaricação, improbidade administrativa ou crime de responsabilidade, dependendo da circunstância e da qualidade do agente de forma cumulativa com a responsabilidade civil por ensejar dano ao erário, cabendo a reparação.

Portanto, havendo Lei infraconstitucional conflitante com os comandos estatuídos no artigo 225 da CF, esta legislação pode/deve ter negada a sua eficácia, a sua exequoriedade como forma de preservação da norma constitucional.

Outro ponto que deve ser observado é o da cláusula de reserva de plenário (*full bench*), com base no artigo 97 da Constituição Federal⁵³⁵. A matéria foi objeto de exame pelo STF que emitiu a súmula vinculante nº 10⁵³⁶. Destarte, os Tribunais de Contas estão jungidos à sua observância, pois a exigência da cláusula de reserva de plenário é determinante também quando decisão de órgão fracionário de Tribunal somente afaste sua incidência, no todo ou em parte.

Perceba-se que, nos termos da Constituição Federal de 1988, desde a sua origem, se faz sempre necessário, para declarar inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, que esta decisão seja tomada por meio do voto da maioria absoluta dos membros dos Tribunais.

Os órgãos especiais dos Tribunais, onde estiverem constituídos, também gozam desta possibilidade.

Conforme percuciente análise realizada por Shimitt⁵³⁷, no Parecer Coletivo nº 02/2009, em que foi Relatora, a súmula vinculante nº 10 “não distingue entre declaração de inconstitucionalidade, realizada pelo Poder Judiciário, tão-somente, ou decisões que somente afastem sua incidência, no todo ou em parte, caso de manifestações de outros Poderes em questão constitucional”. Cita a possibilidade de exame pelo Executivo, Legislativo “e, neste, os Tribunais de Contas, nas hipóteses e condições inerentes a cada um dos respectivos Poderes/Funções do Estado e seus órgãos.”.

A regra do Full Bench consiste:

De forma simples, pode-se afirmar que a regra do *full bench*, também conhecida como *cláusula de reserva de plenário* é, por assim dizer, um requisito para que lei

⁵³⁵ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

⁵³⁶ Súmula Vinculante nº 10, publicada em 27-6-2008, cuja dicção é a seguinte: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte.

⁵³⁷ SCHMITT. Rosane Heineck. **Tribunais de Contas no Brasil e Controle de Constitucionalidade**. Tese de Doutorado apresentada na UFRGS. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 03/06/2011. p. 176.

ou ato normativo do Poder Público seja declarado inconstitucional, consubstanciado na exigência de que assim o seja pelo voto da maioria dos membros do tribunal⁵³⁸.

Como aponta José Levi Mello do Amaral Júnior,

No século XIX, por construção jurisprudencial, assentou-se, em algumas cortes dos Estados Unidos, orientação para “não decidir se uma lei é inconstitucional apenas pela maioria do *quorum* mínimo de juízes – menos que a maioria de todos – ficando a discussão adiada até que o tribunal esteja completo”, o que pareceu, para Thomas Cooley, “uma muito prudente e apropriada precaução a ser observada antes de ingressar em questões tão delicadas e tão importantes. A doutrina e a jurisprudência estadunidenses denominam a orientação em causa de *full bench*, *full court*, ou, ainda, *on banc*⁵³⁹.

O que se objetiva com a Reserva de Plenário é a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, segundo o qual a regra é sua constitucionalidade, sendo a inconstitucionalidade a exceção, a anomalia, que só deve ser declarada/constatada nos casos em que não haja qualquer possibilidade de preservar a norma jurídica elaborada pelo Legislativo. Portanto, o objetivo da regra do *full bench*, ao exigir o *quorum* qualificado dos membros de órgãos colegiados para decisões desta natureza, significa a “*prudência* do constituinte no trato da questão de tão alta monta como a declaração de inconstitucionalidade”⁵⁴⁰.

Nesse sentido, a aplicação da cláusula de reserva de plenário pelos Tribunais de Contas é obrigatória. Os efeitos da decisão proferida é o de afastar a incidência, o todo ou em parte de uma lei ou ato normativo, atuando no plano da eficácia da norma, não de sua retirada do ordenamento jurídico, como é o caso da declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário (nulidade).

Roberto Rosas, ao analisar o enunciado da Súmula 347, preleciona que cabe, ao Tribunal de Contas, “o exame das exigências legais nos casos enunciados e em geral a ela

⁵³⁸ Idem. E conclui o Parecer: Portanto, a regra do *full bench* inicia com o controle difuso de constitucionalidade como condição, requisito de eficácia jurídica da decisão que declare inconstitucionalidade, que só é preenchida pelo **voto** (não a mera presença) da maioria dos julgadores do órgão colegiado, proferido nos termos da lei. A partir da criação do controle concentrado de constitucionalidade, esta passa a ser a regra para estas decisões. Na atualidade, a regra para o controle concentrado está positivada na forma prevista pelo art. 22 da Lei nº 9.868/99.

⁵³⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi – “*Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade*” – Comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2002, ps. 19/20. (citado no Parecer Coletivo 02/2009).

⁵⁴⁰ BITTENCOURT, Lúcio, *apud* José Levi do AMARAL JÚNIOR, op. cit, p. 44.

submetidos, colocando o seu exame em confronto com a Constituição, não procedendo o argumento da privatividade da interpretação das leis pelo Poder Judiciário”⁵⁴¹.

O resultado do exame do Tribunal, pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, lhe enseja a negativa de aplicação, porque “há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é a obrigação de qualquer Tribunal ou Órgão de qualquer dos poderes do Estado”⁵⁴².

Portanto, a negativa de executoriedade de lei ou ato normativo, que pode ensejar a suspensão de sua eficácia como medida cautelar, é um procedimento de efetividade de uma tutela inibitória ambiental reconhecida pelo STF e extremamente eficaz na proteção do ambiente.

⁵⁴¹ ROSAS, Roberto. Direito Sumular – Comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 137.

⁵⁴² Idem, p. 138.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Tribunal de Contas é órgão de estatura constitucional, independente e autônomo, não estando subordinado a qualquer outro Poder ou órgão. Auxilia o Legislativo no exame das contas de governo realizando parecer prévio. No entanto, a maior gama de suas competências constitucionais, em especial a de matéria ambiental, exerce de forma exclusiva, sem ter que ser submetida ao crivo de outro Poder ou órgão.

A toda evidência que um órgão subordinado não poderia realizar este mister. Pois o Tribunal de Contas o realiza com independência, conforme se verifica no texto constitucional, inclusive julgando as contas dos responsáveis junto às Casas Legislativas.

As decisões exaradas pelos Tribunais de Contas, em nosso juízo, possuem caráter de definitividade, não podendo ser reapreciadas pelo Judiciário. Todavia, para a doutrina majoritária, elas possuem natureza administrativa, podendo ser revistas. No entanto, o Judiciário poderá anular a decisão, por considerar ilegal ou nula, mas não pode substituí-la por outra, de sua origem, pois, desta forma, estaria invadindo competência alheia, expressamente definida na Constituição Federal.

De seus pronunciamentos resta clara a constatação de que é impossível desconstituir o ato administrativo, unido pela aprovação do Tribunal de Contas, sem rescindir a decisão deste Colegiado. E, para rescindi-la, é necessário que nela se apontem irregularidades formais graves ou ilegalidades manifestas. Neste sentido, as decisões exaradas constituem-se num verdadeiro *tertium genus* dado o seu caráter judicialiforme.

A eficácia exclusiva e terminativa das decisões do Tribunal de Contas, nessa matéria, não é mais, no entanto, do que uma aplicação do princípio de independência e harmonia dos poderes políticos.

A análise da matéria ambiental está inserida dentre as competências dos Tribunais de Contas e enseja uma ação efetiva, que previna a ocorrência de danos, voltando-se para a máxima proteção. Por esta razão, é dever do Estado o desenvolvimento de políticas públicas efetivas para o enfrentamento de crise.

Os Tribunais de Contas devem se valer dos instrumentos de que já dispõem, tais como a Tomada de Contas Especial, a aplicação do Poder Geral de Cautela, a licitação sustentável, a requisição de Editais para aferição da regularidade dos procedimentos em matéria ambiental, a aplicação do Termo de Providências, bem como as determinações. Todos estes instrumentos já estão à disposição desses Órgãos e devem fomentar a cultura de uma tutela inibitória, a fim de proteção ambiental e a garantia de uma saudável qualidade de vida

que garante a realização do princípio essência da dignidade da pessoa humana.

É importante referir que ocorreram dificuldades na pesquisa realizada, principalmente em encontrar ampla doutrina tratando do assunto, sob o viés da abordagem pretendida.

A realização da presente dissertação nos despertou um imenso desejo de seguir estudando, buscando um constante aperfeiçoamento profissional frente aos novos desafios proporcionados pela evolução social e a exigência de uma resposta cada vez mais adequada aos anseios sociais, bem como uma efetiva proteção ambiental.

Notamos que está havendo uma grande evolução a respeito das questões que envolvem os Tribunais de Contas, que passam a exigir dos profissionais, que atuam nesta área, um maior aprofundamento a respeito do campo de atuação, competência e limites destes órgãos. Esta necessidade decorre, especialmente, de uma transformação da sociedade, que está a exigir, cada vez mais, eficiência e resultado por parte dos órgãos públicos.

Atualmente, encontra-se em estudo, no Tribunal de Contas da União, uma “Lei Processual dos Tribunais de Contas”, com incidência nacional. Pensamos que algumas das questões aqui suscitadas podem ser dirimidas neste texto, a fim de dar uma maior uniformidade nos procedimentos a serem adotados com vista à busca do crédito decorrente das decisões exaradas pelos Tribunais de Contas.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Geraldo Márcio Rocha de. O princípio da precaução ambiental e o controle externo pelo Tribunal de Contas da União. **Revista do Tribunal de Contas da União** – set/out de 2008.
- AFONSO, Sebastião, *apud* RODRIGUES, Marilúcia. **A vinculatividade das decisões do tribunal de contas à luz do princípio da jurisdição una**. Porto Alegre, 2008. Disponível na Biblioteca do Tribunal de Contas RS.
- AGUIAR, Afonso Gomes e AGUIAR, Márcio Paiva de. **O Tribunal de Contas na Ordem Constitucional**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.
- ALBUQUERQUE, Frederico de Freitas Tenório. **Auditoria Operacional e seus desafios**. Dissertação de Mestrado. Escola de Administração. Universidade Federal da Bahia. Salvador – 2006. Disponível no banco de teses e dissertações do IBICT. Acessado em 24-06-2011. 153f.
- ALIER, Joan Martínez. **De La Economía Ecológica Al Ecologismo Popular**. Barcelona: Ed. Icaria, 1994.
- ALMEIDA, Daniel Blume Pereira de. “Natureza Jurídica dos Tribunais de Contas”. **Revista do Tribunal de Contas**.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Ed. Atlas, 1991.
- ALTONIAN, Cláudio Sarian e outros. O Tribunal de Contas da União e o Controle da Gestão Ambiental. **In: Revista do TCU**. Ano 35, 2004. N. 100.
- ALVES, Railda F.; BRASILEIRO, Maria do Carmo E.; BRITO, Suerde M. de O. **Interdisciplinaridade: um conceito em construção**. Episteme, Porto Alegre, n. 19, p. 139-148, jul./dez. 2004. Disponível em: http://www.ilea.ufrgs.br/episteme/portal/pdf/numero19/episteme19_artigo_alves_brasileiro_brito.pdf > Acesso em 12 de outubro de 2010.
- ALVIM, José Manoel Arruda. **Obrigações de fazer e não fazer – direito material e processo**, jul/set 2000. São Paulo, n. 99.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi – **“Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade”** – Comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2002, p. 19/20. (citado no Parecer Coletivo 02/2009).
- ANDRIOLI, Antônio Inácio & FUCHS, Richard (Orgs.). **Transgênicos: as sementes do mal. A silenciosa contaminação de solos e alimentos**. 1. ed. São Paulo: Expressão Polar, 2008.
- ANTUNES, Paulo Bessa. **Revista de Informação Legislativa**. Jan./mar. 1998 – Brasília – Ano 35 – nº 137.
- _____. **Dano ambiental: uma abordagem conceitual**. 2000. Rio de Janeiro. Lúmen Júris.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. O processo civil no limiar de um novo século. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 781. Nov./2000.

ARAÚJO, Marcos Valério de. **Auditoria Ambiental – Emergente forma de controle do patrimônio público**. Prêmio Serzedello Corrêa – 1996. Monografias vencedoras/Tribunal de Contas da União. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, Serviço de Editoração e Publicações, 1997.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: RT, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

AYALA, Patryck de Araújo. **O Novo Paradigma Ambiental e a Jurisprudência Ambiental no Brasil**.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de Direito Administrativo**. 3. ed. rev., ampl. e atual. com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. V. I, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. **Ouro Azul: Como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta**. Tradução de Andréia Nastri. São Paulo: M. Books, 2003.

BARRETTO, Pedro Humberto Teixeira. **O sistema tribunais de contas e o princípio federativo: um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da União Européia**. 2003. Dissertação (Mestrado em Contabilidade). Fundação Visconde de Cairu, Centro de Pós-Graduação e Pesquisa Visconde de Cairu – Ceppev. Salvador.

BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. Direito à informação socioambiental e desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Ambiental**. V. 45. Editora RT. 2007.

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

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010

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

BERTOLO, Rozangela Motiska. Os princípios de direito ambiental na perspectiva do modelo dos princípios e das regras. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v.22, n.38, 2º sem. 2005.

_____. Parecer nº 27/2009. Licitação Sustentável. Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50202:7:1604861591112832::NO>. Acessado dia 12 de setembro de 2011.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

BOSSELMAN, Klaus. Direitos Humanos, Meio Ambiente e Sustentabilidade. **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Ed. Livraria do Advogado. Porto alegre, 2010.

BOYNTON, William C. JOHNSON, Raymond N. KELL, Walter G. **Auditoria**. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

BRAMMER, Stephen e WALKER, Helen. Sustainable Procurement in the United Kingdom Public sector. University of Bath School of Mangement Working Paper Series, 2007.

Disponível em:

<http://www.unpcdc.org/media/15770/sustainable%20procurement%20practice%20in%20the%20uk.pdf>. Acesso: 19/09/2011.

BRITO, Carlos Ayres. **O regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício & NOBREGA, Marcos (coords). **Administração Pública: direitos administrativo, financeiro e gestão pública: práticas, inovações e polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. “O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas”. Porto Alegre: **Revista de Interesse Público**, n. 13, 2002.

BROWN, Lester R. **Plano B 4.0 - Mobilização para salvar a civilização**. Editora New Content – São Paulo. http://www.wwiuma.org.br/plano_b.pdf. Acessado em 25 de junho de 2011.

BUGARIN, Paulo Soares. O princípio Constitucional da eficiência. Um enfoque doutrinário multidisciplinar. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 32, n. 87, p. 39-50, jan./mar. 2001.

CABRAL, B. Meio Ambiente: Como e até onde os Tribunais de Contas podem interferir. **Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro** (Entrevista concedida) Rio de Janeiro, ano XXI, n. 27, p. 07, agosto

CALGARO, Cleide. **Desenvolvimento Sustentável e consumo: a busca do equilíbrio entre o homem e o meio ambiente.** In *Relações de Consumo e Meio Ambiente*. Caxias do Sul – Educs – 2009.

CAMPOS, Ana Maria. *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?* **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro: FGV, 24 (2), 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. Ed. Coimbra: Almedina – 2001.

_____. **Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano.** Revista do TCE de Santa Catarina. Florianópolis. Ano V, número 6 – Setembro de 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. (orgs.) **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Délton Winter. **Dano Ambiental Futuro. A responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

_____. **Os riscos ecológicos e a sua gestão pelo Direito Ambiental**. Estudos Jurídicos: 13-17 janeiro-junho 2006. Disponível em: http://www.unisinos.br/publicacoes_cientificas/images/stories/pdf_estjuridicos/v39n1/art02_winter.pdf >Acesso em: 22 de setembro de 2010.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura – Vol. 2 - O Poder da Identidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2001.

CAVALCANTI, Augusto Sherman. “O Processo de Contas no TCU: o caso do gestor falecido”. **Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 30.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública**. Niterói-Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Range. **Teoria Geral do Processo**. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

CITADINI, Antonio Roque. **O controle externo da administração pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995.

CORREA, Eliseu de Moraes. **Manual de Auditoria Ambiental: guia básico no âmbito dos Tribunais de Contas**. Curitiba: 1997.

COSTA, Sylo da Silva. **Revista do TCMG**, 1997, p. 46, Revista 4/97, *apud* SILVA, Elke Andrade Soares de Moura.

CRETELLA JUNIOR, “Natureza das Decisões do Tribunal de Contas”. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, v. 24, abril/junho, 1987.

CRETELLA JÚNIOR, José. “Natureza das Decisões dos Tribunais de Contas”. **Revista de Informação Legislativa**, nº 94, Brasília, abril/junho, 1987.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Direito Ambiental Brasileiro e Competência do Município**, RT. 629/29.

DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. Editora Saraiva. São Paulo, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS COSTA, Luiz Bernardo. Tribunal de Contas: Evolução e principais características no ordenamento jurídico brasileiro. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). **Tribunais de Contas: Aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

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

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Ed. Martin Fontes, 2007.

E. Forsthoff, Der Staat, cit., p. 25-26. Apud DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**, p. 178.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramon. **Curso de Derecho Administrativo**, 4. ed. Ed. Madrid: Civitas, 1983.

FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle do Ato Administrativo pelo Judiciário**. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense. 1979.

FERNANDES, Edésio. **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 35.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de Contas Especial: processo e procedimento na administração e nos Tribunais de Contas**. 3. ed., Belo Horizonte: Forum, 2005.

FERNANDES, **Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência**.

FERRARI, Maria Macedo Nery. Normas Programáticas. In: FERRARI, Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A defesa e a proteção do meio ambiente no contexto da Federação Brasileira. **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I – vol. I – nº 6 – setembro de 2001 – BA – Salvador. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-REGINA-M-NERY.pdf. Acessado dia 15 de setembro de 2011.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERRAZ, Luciano. **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil por dano ecológico. **Revista de Direito Público**. São Paulo.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed., 1980.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FOLADORI, Guillermo. **Na busca de uma Racionalidade Ambiental**. Scielo Brasil. Disponível: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2000000100010&lang=pt. Acessado em: fevereiro de 2010.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Controle dos atos administrativos e o princípio da precaução. **Revista Gestão Pública e Controle**. TCE do Estado da Bahia – V.1, nº 3. Ago./2007.

_____. **Discrecionariade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Discrecionariade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. Ed. Malheiros, 2. ed. São Paulo. Ano: 2009.

_____. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FURTADO, José Ribamar Caldas. “Os Regimes de Contas Públicas: Contas de Governo e Contas de Gestão”. **Revista Interesse Público**, nº 42, Porto Alegre: Notadez, 2007.

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

GANDINI, Elizete. **Responsabilidade no Processo de Tomada de Contas Especial**. Monografia apresentada no Curso de Especialização em Gestão Pública e Controle Externo do TCERS. Porto Alegre – 2008. Disponível na biblioteca do Tribunal.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3. ed. 4ª reimpressão. Madrid: Civitas, 2001.

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

GIDDENS, Anthony. **A Política da Mudança Climática**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. **As Consequências da Modernidade**. Unesp. SP. 1991.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Tribunais de Contas – Aspectos Controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOMES, Marcos Correa. *Os Municípios e a Contratação Sustentáveis*. **Revista de Administração Municipal**. Rio de Janeiro: IBAM, n. 251, 2005.

GONÇALVES, Fernando. Papel e responsabilidades do Tribunal de Contas da União na auditoria do meio ambiente. Brasília, **Revista do Tribunal de Contas da União** n. 66, p. 24-29, 1997.

GRAZINOLI, Patrícia. **Licitações Sustentáveis**. Apresentação em power point. Comissão Gestora da A3P do Ministério do Meio Ambiente/MMA.
<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.montaIdEstrutura=36>. Acessado em: 16 de setembro de 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Significado social, político e jurídico da tutela dos interesse**. Jan./mar./2000.

GUARESCHI, Neuza; *et al.* **Problematizando as práticas psicológicas no modo de entender a violência**. In: STREY, Marlene N, AZAMBUJA, Mariana P.R., JAEGER, Fernanda P. *Violência, Gênero e Políticas Públicas*. Porto Alegre: Editora EDIPUCRS, 2004.

GUATTARI, Félix. **As Três Ecologias**. Editora Papyrus. 11. ed. 2001.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

HAWKEN, Paul; LOVINS, Amory e LOVINS, L. Hunter. **Capitalismo Natural – Criando a próxima Revolução Industrial**. São Paulo: Ed. Cultrix, 1999.

HEINBERG, Richard. **Um novo pacto com a natureza**. Lisboa. Instituto Piaget, 1996, apud SILVA, José Robson da. *Paradigma Biocêntrico: do Patrimônio Privado ao Patrimônio Ambiental*. Biblioteca de Teses Renovar – Rio de Janeiro/São Paulo – 2002.

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

HOBBSAWM, Eric. **A Era dos Extremos – O breve século XX**. Editora Companhia das Letras.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

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

KUNZLER, Caroline de Moraes. **A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Estudos de Sociologia, V. 9, n. 16. Ano 2004. Disponível em:
<http://seer.fclar.unesp.br/estudos/article/view/146> > Acesso em : 10 de setembro de 2010.

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

LEEUWEN, Sylvia Van. El desarrollo de la auditoría ambiental dentro de la INTOSAI. In: **Revista Internacional de Auditoria Gubernamental**. Janeiro de 2003.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito Ambiental na sociedade de risco**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12. ed., São Paulo: Saraiva. 2008.

LENZI, Cristiano Luis. **Ecologizando a Sociologia: O Desafio de uma Sociologia Ambiental**. Bauru. SP: EDUSC. 2006.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal – Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Ed. Companhia das Letras. São Paulo – 2007.

LOBO, Pablo Luiz Neto e FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. Ed. RT. São Paulo – 2000.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 199. Idem. p. 200-201.

_____. **La Sociedad de la Sociedad**. México: Editorial Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales. Lineamentos para una teoría general**. México: Alianza Editorial/Universidad Iberoamericana, 1991.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Editora Malheiros. 17ed. 2009.

MANCUSO, Rodolfo. **Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores** - São Paulo - 1999. RT.

MANUAL DE AUDITORIA AMBIENTAL. Brasília, TCU: 2001.

MARIN, Jéferson; BATISTA, Ildemar e CAPITANI, Rodrigo. Efetividade normativa e Direito Ambiental: o hiperconsumismo hedonista numa perspectiva sistêmica. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**. Volume 1 – Número 1 – Jan./Jun. 2011. Caxias do Sul: Educ, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **O Direito Ambiental e as ações inibitória e de remoção do ilícito**. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5044> – consultado em 06 de novembro de 2010.

_____. **Tutela específica**. São Paulo: RT, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**: comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2008.

MARIOTTI, H. **As paixões do ego; complexidade, política e solidariedade**. São Paulo: Palas Athena, 2000. Apud Kunzler, Caroline de Moraes. Estudos de Sociologia, V. 9, n. 16. Ano 2004. Disponível em <http://seer.fclar.unesp.br/estudos/article/view/146> > Acesso em: dia 10 de setembro de 2010.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Discricionariedade Administrativa e controle judicial da Administração**. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa**: publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2004.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas do entendimento humano. Campinas: Editorial Psy, 1995.

MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. **R. Inf. Legislativa**, nº 108, Brasília, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo, Ed. Malheiros – 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

_____. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). **Tribunais de Contas: Aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Funções do Tribunal de Contas**, RDP 72/133.

MENDONÇA, Edalgina Bráulia de Carvalho Furtado de e CASTRO, Maria Cecília de Almeida. **A possibilidade de controle das políticas públicas de meio ambiente pelo tribunal de contas**.

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/maria_cecilia_de_almeida_castro.pdf. Acessado em 17/06/2011.

MENDONÇA, Edalgina Braulia de Carvalho Furtado. A Tutela ambiental nos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais. **Revista do Tribunal de contas do Estado de Minas Gerais**. Edição nº 03/2007. Ano XXV.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.

MILESKI, Hélio Saul. **O Controle da Gestão Pública**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

_____. Tribunais de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). **Tribunais de Contas: Aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

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

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n.1, de 1969**, t.III, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ, volume I, n. 2, maio de 2001.

MORAES, Antônio Carlos Flores. **Legalidade, eficiência e controle da Administração Pública**. Editora Fórum. Belo Horizonte – 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil**, RDA 223.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

NASCIMENTO, Carlos Valder. In **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. Org. MARTINS, Ives Gandra da Silva e NASCIMENTO, Carlos Valder. 3 Edição. São Paulo: Saraiva – 2008.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. **O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais**. Porto Alegre: Sociologias nº15, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222006000100007&script=sci_arttext > Acesso em: 20 de setembro de 2010.

NIKLAS, Luhmann. **Introdução à Teoria dos sistemas**. Editora Vozes. 2009.

NUNES, Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

NUNES, Marcelo Bessa. **Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública**, n. 58. Belo Horizonte, ano 5, out/2006.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. Ano 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao Desenvolvimento na CF 1988. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE**. Número 16 - Novembro/Dezembro/Janeiro - 2009. Disponível: www.direitodoestado.com.br - acessado em fevereiro de 2010.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

OST, François. **A natureza à margem da lei – Ecologia à prova do direito**. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PARDINI, apud FERRAZ, **Controle da Administração Pública**.

PASCOAL Valdecir. **Direito Financeiro e Controle Externo**. Rio de Janeiro: Elsevir. 2008.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública**: agentes públicos, discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do Poder Judiciário. São Paulo: Atlas, 2000.

PENNA, Saulo Versiani. **Revista dos Tribunais**. Ano 95, julho de 2006 – Vol. 849.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe, PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe e PEREIRA, Mariana Mioranza Koppe. **Hiperconsumo e a ética ambiental**. Relações de Consumo. Caxias do Sul: EDUCRS, 2009.

PETTIT, Philip. Democracia e contestabilidade. In: MERLE, Jean Chistophe; MOREIRA, Luiz (Orgs). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

PINTO, Vitor Carvalho – **Do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios**. In MATOS, Liana Portilho – Estatuto da cidade Comentado. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **O direito ao meio ambiente e a Constituição de 1988**: Diagnósticos e Perspectivas. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 4, julho-setembro de 1993, RT, São Paulo.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A Globalização da Natureza e a Natureza da Globalização**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2006.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **O desafio ambiental**. São Paulo: Record, 2004.

_____. **Os porquês da desordem mundial**. O desafio ambiental. Rio de Janeiro: Editora Record, 2004.

PROVENZA, Vittorio Constantino. Controle Externo. Uma nova alternativa: possibilidade de utilização do termo de ajustamento de conduta pelos Tribunais de Contas no exercício de suas funções constitucionais. **Revista do TCMRJ**, n. 35, maio 2007.

QUEIROS, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais – Funções, âmbito, questões interpretativas e problemas de justicialidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RECH, Ruy Remy. **Controle Interno da Administração Pública**. Disponível em <www.tce.rs.gov.br > (portal – artigos e estudos), consultado em 28 de abril de 2009.

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO, 1893.

RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle Social Efetivo das Políticas Públicas**. Tese de Doutorado. USP. São Paulo: 2009. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 08 de junho de 2011.

ROCHA, Leonel Severo. **Uma nova forma para a observação do Direito Globalizado. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROSA, Patrícia Silveira da. **O Licenciamento Ambiental à luz da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSAS, Roberto. **Direito Sumular – Comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

_____. **Estratégias de transição para o século XXI**. In: BURSZTYN, Marcel (org). Para pensar o desenvolvimento sustentável. São Paulo: Brasiliense, 1993.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política**. Coleção para um novo senso comum, V. 4. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental e mínimo existencial (ecológico?). In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 52, ano 13, out/dez 2008.

SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHMITT, Rosane Heineck. **Tribunais de Contas no Brasil e Controle de Constitucionalidade**. Tese de Doutorado apresentada na UFRGS. Disponível no banco de dissertações e teses do IBICT. Acessado em 03/06/2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SENNETT, Richard. **A Corrosão do Caráter. Consequências Pessoais do Trabalho no Novo Capitalismo**. 10. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2005.

SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Revista da PGE/RS**. Cadernos de Direito Público. N. 57. Dezembro – 2003.

SILVA, Elke de Andrade Soares Moura. “O Tribunal de Contas e o Controle de constitucionalidade das Leis”. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, nº 3. Ano 2004.

SILVA, Evandro Lins. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Nov/1966.

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

_____. **Direito Ambiental Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Porto Alegre: Ed. Fabris. 1996.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **A Justiça administrativa no Direito comparado**, 2001. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/>>. Acesso em 02-04-2011.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; KRETZMANN, Carolina Giordani. Antropologia, multiculturalismo e direito: o reconhecimento da identidade das comunidades tradicionais no Brasil. In: **COLAÇO, Thais Luzia (Org.). Elementos de antropologia jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Notas sobre as possibilidades de uma teoria crítica e interdisciplinar do Direito**. Conjectura, Caxias do Sul, v. 4, n. 1/2, p. 126-143, jan./dez. 1999.

STEINMTEZ, Wilson. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado – 2001.

STONOGA, Andreza Cristina. **Tutela Inibitória Ambiental** – a prevenção do ilícito. Editora Juruá. Curitiba. 2007.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2, 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TESHEINER, José Maria da Rosa. **Elementos Para Uma Teoria Geral do Processo**. Disponível em <www.tex.pro.br>, acessado em 27 de julho de 2011.

TESSLER, Marga Inge Barth. Teoria da Responsabilidade ambiental. **Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários do conselho da Justiça Federal**. N. 38, Ano XI – jul/set 2007.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Caouste Gulbenkian, 1989.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover os direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 6. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999, .

_____. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TRIBUNAL DE CONTAS. **Limites à Revisibilidade Judicial das Decisões dos Tribunais de Contas**. Disponível em <<http://www.jacoby.com.br>>. Acesso em 25-10-2011.

_____. **Parecer n. 25/2006 da Auditoria do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em <www.tce.rs.gov.br>, acessado no dia 25-05-2011.

_____. **Parecer nº 14/2009**. Compromisso para a adoção de providências. Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50202:7:1604861591112832::NO>. Acessado dia 12 de setembro de 2011.

VIEIRA, Raimundo de Menezes. **O Tribunal de Contas**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

WEDY, Gabriel. **O Princípio Constitucional da Precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pressupostos de Legitimação para se pensar a Justiça e o Pluralismo no Direito**. In MERLE e Jean-Christophe, MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.