

1. Contextualização do problema

Faz parte do cotidiano de nosso país a contraposição: de um lado, a penosa realidade vivida pela maioria da população; de outro, o descaso dos governantes em relação à efetiva prestação dos serviços essenciais. É dentro desse contexto que se há de (re)avaliar, sob um enfoque crítico, qual pode/deve ser a postura do Poder Judiciário, na implementação dos serviços de saneamento básico.

Face aos anseios de concretização do Estado Social Democrático de Direito traçado em nossa Constituição¹, tem crescido o debate acerca da *função* e dos *limites* da atuação do Terceiro Poder na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Aponta-se, assim, a necessidade de nova perspectiva por parte do Judiciário, no controle da *implementação* das políticas públicas necessárias à realização do texto constitucional (KRELL, 2002; STRECK, 2002). É nessa perspectiva que se desenvolverá o presente estudo acerca do grave problema social da ausência / deficiência de serviços de saneamento básico, que afeta a maior parte da população brasileira.

Com efeito, em geral, o problema da inexistência ou deficiência do serviço essencial de saneamento básico, presente no cotidiano da grande maioria dos municípios brasileiros², tende a ser focado como uma questão estritamente “política” ou “sócio-econômica”, afastando-se a matéria do campo jurídico/constitucional.

Impende reconhecer, entretanto, que a questão aparentemente singela e corriqueira do saneamento básico tem, em verdade, extrema importância para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e constitui pressuposto para a realização de uma série de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, em especial no que tange à proteção ambiental e à saúde.

¹ “Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (o art. 1º, *caput*, refere apenas os termos democrático e Direito) não restam dúvidas – e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição”. (SARLET, 2004, p.71)

² A Pesquisa Nacional de Saneamento Básico PNSB/2000, lançada pelo IBGE no início de 2002, aponta que 47,8% dos municípios brasileiros não têm qualquer serviço de esgoto sanitário; dentre os 52,2% dos municípios que dispõem de serviços dessa natureza, observa-se, porém, que 32% têm apenas serviço de coleta, de forma que apenas 20,2% dos municípios dispõem de serviço de tratamento do esgoto. (BECHARA, 2003, p. 513).

Observa-se que há, nessa seara, precisamente, a necessidade de uma prestação positiva por parte do Poder Público, no sentido de fornecer à população o serviço de coleta e tratamento do esgoto, não se restringindo a atuação estatal a uma postura de *abstenção* ou mesmo de *fiscalização* e *repressão*. Centra-se a questão, portanto, na necessidade de prestação *material* do serviço. É forçoso reconhecer que “a eficácia social reduzida dos Direitos Fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público” (KRELL, 2002, p. 31).

Dessa forma, mesmo quando colocada como problema não apenas sócio-político, mas também *jurídico*, a questão da inexistência ou precariedade do serviço essencial de saneamento básico tende a esbarrar no debate acerca da *função* e dos *limites* da atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas.

Nesse aspecto, oportuno transcrever acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual resta bem caracterizada a problemática ora enfocada. A decisão negou provimento à ação civil pública ajuizada com o objetivo de condenar o Poder Público a submeter a tratamento os esgotos domésticos coletados em município daquela unidade federativa, sob os seguintes argumentos:

“O acolhimento da pretensão perseguida na inicial pelo Ministério Público Estadual representaria uma indevida *interferência do Poder Judiciário em atribuições constitucionais reservadas exclusivamente ao Poder Executivo*. *Usurparia funções típicas deste*, governando e determinando quais as obras que deveriam ser realizadas e quando deveriam ser executadas. (...) Tudo isso com *afronta ao disposto no art. 2º, da Constituição da República, que consagra o princípio da separação dos poderes da União*, quebrando, em suma, a independência e harmonia insculpida no texto constitucional” (grifos nossos) (Ap. Civ. Nº 113,428-5/0, Rel. Dês. Alberto Gentil, j. 11.05.2000)

Em termos bem simplificados, o problema passa então a apresentar-se da seguinte forma: no caso de não cumprimento das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais pode (ou mesmo deve) o Poder Judiciário compelir o Poder Executivo a implementar serviços públicos de saneamento básico?

Há fortes argumentos tanto em sentido positivo, como negativo. O mais interessante é que, em ambos os sentidos, as respostas tendem a amparar-se sob o manto do “princípio democrático”. Por um lado, é ressaltada a função essencial do controle judicial, no sentido de fazer cumprir a Constituição e as leis *democraticamente* instituídas; pelo outro, contra-argumenta-se com o postulado da Separação dos Poderes, *pressuposto da democracia*.

Não resta dúvida de que “os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente *pressuposto*, *garantia* e *instrumento* do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo” (SARLET, 2004) e a efetivação dos mesmos corresponde, portanto, à concretização do Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, aponta-se que “se o Poder Judiciário admite que as leis não são aplicadas, e considera isso razoavelmente normal, a dúvida que vem a lume é sobre a existência de um Estado de Direito no país” (GRANZIERA, *apud* BECHARA, 2003, p. 522).

Por outro lado, é também em nome da Democracia, que apontam as correntes mais tradicionais não ter o Poder Judiciário legitimidade para interferir na implementação dos serviços públicos, por não ter poder de “ingerência” nas atividades do Poder Executivo, na análise da conveniência e oportunidade da consecução das políticas públicas. Argumenta-se, assim, que o Judiciário não detém legitimidade democrática – representatividade popular – e que admitir sua interferência nessa seara implicaria verdadeira ruptura do princípio da independência e harmonia entre os Poderes.

Se cingirmos o raciocínio a essas duas linhas de argumentação contrapostas, teríamos que optar entre permitir que sejam violados direitos constitucionais fundamentais amplamente previstos na Constituição *ou* permitir que seja violado o princípio, também constitucional, da tripartição dos Poderes, independentes e harmônicos entre si (art. 2º, *caput*, CF/88).

Aliás, parece que essa aparente contradição viria posta já no art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, ao dispor que “toda sociedade na qual a *garantia dos direitos* não é *assegurada*, nem a *separação dos poderes* determinada não possui Constituição” (grifos nossos). Eis o impasse com o qual nos deparamos: garantir os direitos assegurados ou resguardar o postulado da separação dos poderes? O que é pior: tanto em uma hipótese como na outra, acabaria por restar violado o princípio democrático, que rege nosso modelo de Estado.

2. O princípio da separação dos Poderes

Em verdade, para analisar quais seriam a *função* e os *limites* da atuação do Terceiro Poder na efetivação dos direitos fundamentais sociais, é essencial refletir acerca dos contornos do próprio princípio da Separação dos Poderes no Estado Democrático Social de Direito.

Nesse sentido, já se tem apontado que:

“torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal” (SANTOS, *apud* KRELL, 2002, p. 88)

Com efeito, para enfocarmos a problemática apresentada quanto ao papel e aos limites da atuação do Poder Judiciário, há a necessidade de análise crítica e aprofundada do princípio da divisão dos poderes, posto como dogma a partir da Revolução Francesa. Nesse aspecto, não se pode perder de vista a *historicidade* inerente a todo modelo de ordem e aos pensamentos que sobre esta se voltam³.

Dessa forma, por uma parte, a estrutura de “independência e harmonia dos Poderes” deve ser *compreendida* dentro do contexto histórico pós-absolutista no qual surgiu. Por outra parte, é indispensável ir além e construir, paralelamente, uma análise crítica a respeito do postulado, inserindo-o no contexto histórico, espacial e temporal ora focado.

O surgimento do Estado Social traz consigo não apenas uma forte carga valorativa⁴, mas também uma mudança de perspectivas acerca da *função* e dos *limites* da atuação do Poder Judiciário. Com a evolução da doutrina hermenêutico-constitucional, flexibilizaram-se concepções que serviram de base, ou que estavam por trás, da estrutura formal do Estado Liberal e da Separação dos Poderes no contexto da Revolução Francesa. Põem-se em questão, assim, alguns mitos, como o caráter supostamente mecânico (não criativo) da atividade interpretativa, a fictícia neutralidade absoluta do juiz ou a convicção da existência de uma única decisão certa/possível para cada caso. Não mais se admite a ficção de que “o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei” (Montesquieu) (QUEIROZ, 2004, p. 3). Pelo contrário, clama-se pela postura politizada do juiz, enquanto instrumento de resgate dos direitos não realizados (STRECK, 2002; KRELL, 2002, p. 101; SAMPAIO *apud* KRELL, 2002, p. 94).

³ “O fato é que na história tanto ocorrem as formas de ordem como as idéias referentes a ela, e isto é evidente. Evidente soa, também, a afirmativa de Hegel, segundo a qual a história é o lugar onde surgem os movimentos que questionam as instituições. Não poderiam surgir senão na história, e o problema, a nosso ver, seria talvez o de uma opção: encontrar o *histórico* na ordem, que se questiona, ou no próprio questionamento. Cremos porém que ambas as coisas, o valor da ordem e a tensão do questionamento, são certamente partes da história.” (SALDANHA, 2003, p. 35)

⁴ Nesse aspecto, a Teoria dos Valores encontra entre nós ainda fortes ressalvas. Os operadores do direito em geral não têm consciência de que a aplicação do Direito toma por base pensamento orientado por valores e não considera que os juízos de valor sejam suscetíveis de fundamentação racional (KRELL, 2002, p. 77).

É descoberta a força criativa da atividade interpretativa/aplicadora do Direito e, em face do anseio social pela efetivação dos valores constitucionalmente postos, a função do julgador passa a ser vista de modo diferente.

“O juiz não é um mero aplicador da lei, um mero executor da vontade do legislador ordinário. Antes de tudo, é o guardião de nossos direitos fundamentais. (...) A interpretação judicial da lei é também sempre um *juízo sobre a lei mesma*, que corresponde ao juiz junto com a responsabilidade de eleger os únicos significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais estabelecidos pelas mesmas” (grifo nosso) (FERRAJOLI, *apud*, GRECO, 2003, p. 10).

Como se observa, o surgimento do velho modelo individualista do Estado Liberal e a passagem para o Estado de Direito (Estado material, social e democrático de Direito), confundem-se com a própria história do Direito Constitucional e, como não, dos direitos fundamentais, enquanto diretrizes *limitadoras e legitimadoras* do Poder (SARLET, 2004, p. 43). A construção (e realização) desse novo modelo material-valorativo do Estado (e do Direito posto pelo mesmo) impõe nova perspectiva por parte dos operadores do Direito, o que parece ainda não ter sido alcançado.

Nesse sentido, haveria “uma crise que, antes de mais nada, precisa ser descoberta ‘como’ crise”, a qual ocorreria “por que o velho modelo de Direito (de feição liberal-individualista-normativista) não morreu, e o novo modelo (forjado a partir do Estado Democrático de Direito) não nasceu ainda” (STRECK, 2002, p. 18).

3. A eterna contraposição: Direito e Política

Não poderíamos deixar de observar – como, de resto, já deixamos posto nas entrelinhas dessas breves considerações – que o tema ora proposto tem como plano de fundo o embate travado entre *Direito e Política*: a indagação acerca das esferas de competência e limites da atuação do Poder Judiciário no controle do cumprimento da Constituição pelo Poder Executivo envolve, indiretamente, uma análise acerca da possibilidade de submissão da realidade sócio-política à normatividade jurídica e vice-versa.

Essa crise do Direito – e concretamente da Constituição – enquanto meio de transformação da realidade político-social, no entanto, não é nova⁵. Na complexa relação entre a Constituição jurídica e a realidade político-social existente em uma sociedade, há,

⁵ Oportuno lembrar posição de LASSALLE, ao colocar as questões constitucionais não como questões *jurídicas*, mas sim questões *políticas*, relegando à Constituição jurídica significação de “simples pedaço de papel”; destaque-se, ainda, entendimento de JELLINEK, para quem a Constituição (jurídica) se afiguraria “impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder” (*apud* HESSE, 1997, p. 25).

necessariamente, uma relação de condicionamento recíproco: o ser (*Sein*) e o dever ser (*Sollen*) estabelecem relação de interdependência e condicionamento mútuo (HESSE, 1997, p. 13 s.).

O embate entre Constituição jurídica e realidade sócio-política permanece vivo, apesar de vir à lume, muitas vezes, encoberto sob nova roupagem. A questão ganha, sem dúvida, contornos específicos no modelo de Estado Social e Democrático de Direito, repleto de carga valorativa. A discussão acerca da força normativa da Constituição passa a voltar-se, concretamente, para o problema da (in)efetividade dos direitos fundamentais positivados no texto constitucional, na busca pela realização da democracia.

Com razão destaca Bobbio (1992, p. 24) que o grande desafio dos direitos do homem e, particularmente, dos direitos sociais na atualidade não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexequibilidade, de forma que o problema central em relação aos direitos do homem, hoje, não seria “tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*” (grifos nossos). Daí porque, aponta não tratar-se de um problema filosófico, mas político. Político, evidentemente, mas também *jurídico*, poderíamos acrescentar⁶.

Essa crise se reflete no Brasil de forma clara, com certa descredibilidade da população em relação ao sistema normativo posto e, de forma mais direta, em relação ao sistema *judicial* como modo de efetivação dos direitos fundamentais positivados no Ordenamento, pondo-se em discussão, assim, quais seriam o verdadeiro *papel* e os *limites* da atuação do Poder Judiciário na árdua tarefa de guardião dos valores fundamentais da Constituição.

Estabelecidos contornos da base teórica necessária acerca da postura do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais, é possível focar a questão em face do problema específico do saneamento básico.

4. Saneamento básico: um grave problema econômico-social, mas também *jurídico* e *constitucional*

É dentro do contexto traçado, do debate acerca da função e dos limites da atuação do controle judicial, que impende abordar esse problema concreto, real, e generalizado no nosso país: a insuficiência, deficiência ou mesmo ausência de serviços de saneamento básico

⁶ Defendendo a necessidade de “uma visão sociológica e política do jurídico, assim como a uma visão jurídica da política” OLIVEIRA, *apud* KRELL, 2002, p.22;

prestados à população. A questão, que tem proporções alarmantes⁷, deve deixar de ser enfocada como um problema de natureza exclusiva ou preponderantemente política ou sócio-econômica, passando a ser considerada *também* como problema *jurídico e constitucional* a ser enfrentado.

Observa-se, desde logo, a importância de desenvolver estudo aprofundado acerca do tema proposto, sob diversos aspectos. Não há dúvida acerca da relevância social do tema. A necessidade de preservar os recursos hídricos tem sido foco de preocupação mundial, por constituir fator fundamental para assegurar a vida no planeta. Atualmente há mais de 1 bilhão de pessoas sem suficiente disponibilidade de água para consumo doméstico e se estima que em 30 anos haverá 5,5 bilhões de pessoas vivendo em áreas com moderada ou séria falta de água (FREITAS, 2002, p. 295).

Trazendo a questão para o tratamento de esgotos, no âmbito nacional, tem-se que aproximadamente 60 milhões de brasileiros não dispõem de coleta de esgoto. A carência dos serviços acentua-se consideravelmente nos bolsões de pobreza das grandes cidades, assim como nas cidades de até 20.000 habitantes e nas regiões Norte e Nordeste do país. Também se verifica que há problemas quanto à *deficiência* de tratamento do esgoto coletado: 75% de todo o esgoto sanitário coletado nas cidades é despejado "*in natura*", poluindo os cursos d'água urbanos e as praias (SNSA, 2005).

A questão implica não apenas dano ao meio ambiente, mas constitui forte fator de exclusão social e acarreta graves problemas para a saúde pública, com a proliferação de doenças infecto-contagiosas e altos índices de mortalidade infantil: 65% das internações hospitalares de crianças menores de 10 anos estão associadas à falta de saneamento básico (BNDES, 1998, *apud* GUERRA, 2005), que vem a ser também a principal responsável pela morte por diarreia de menores de 5 anos no Brasil (Jornal Folha de São Paulo - FSP, 17/dez/99, *apud* GUERRA, 2005). Em 1997, morreram 50 pessoas por dia no Brasil vitimadas por enfermidades relacionadas à falta de saneamento básico. Destas, 40% eram crianças de 0 a 4 anos de idade. Isso significa que foi registrada a morte de 20 crianças, por dia, nessa faixa etária, em decorrência da falta de saneamento básico, principalmente de esgoto sanitário (DATASUS, *apud* GUERRA, 2005). A eficácia dos programas federais de combate à mortalidade infantil vem esbarrando na falta de serviços dessa natureza, tendo em

⁷ Conforme Pesquisa Nacional de Saneamento Básico PNSB/2000, lançada pelo IBGE no início de 2002, diariamente, no Brasil, são coletados 14,5 milhões de m³ de esgoto, ma somente 5,1 milhões de m³ são tratados (BECHARA, 2003, p. 513).

vista que os índices de mortalidade infantil em geral caem 21% quando são feitos investimentos em saneamento básico. Ademais, a utilização do soro caseiro, uma das principais armas para evitar a diarreia, só faz o efeito desejado se a água utilizada no preparo for limpa (FSP, 17/dez/99, *apud* GUERRA, 2005).

Inquestionável, portanto, a relevância *social* da matéria posta em discussão. Por outra parte, também inquestionável a importância de conferir ao tema um enfoque *jurídico*, para que a questão deixe de ser apreciada apenas como “dados sócio-políticos” ou “econômicos” “entregues ao destino” (ou à boa vontade dos governantes). É necessário que o tema passe a ser visto *também* como problema *constitucional* a ser enfrentado, uma vez que está diretamente vinculado à efetividade de direitos fundamentais amplamente protegidos na Constituição Brasileira.

Estudo crítico acerca de qual pode/deve ser o papel do Poder Judiciário na implementação dos serviços de saneamento básico poderá trazer diretrizes *jurídicas* de extrema relevância para tratamento da matéria, na consecução de direitos fundamentais vinculados à proteção ambiental e à saúde.

Com efeito, trata-se de questão extremamente relevante, que não vem sendo suficientemente desenvolvida na Doutrina e nos Tribunais pátrios. Os efeitos do direito constitucional à proteção do meio ambiente e de outras normas principiológicas sobre defesa ambiental da Carta Magna ainda não foram suficientemente tratados pela doutrina brasileira (KRELL, 2002, p. 297).

Por outra parte, no que tange especificamente à ausência / precariedade de serviços de saneamento básico, a escassa doutrina *jurídica* existente sobre a matéria volta-se, em geral, sobre outros aspectos do tema⁸, não abordando em profundidade a questão constitucional ora proposta, relativamente à efetividade dos direitos fundamentais e ao papel do Poder Judiciário nessa seara.

Interessante observar, do ponto de vista doutrinário, que se trata de situação típica de inefetividade decorrente de ausência de prestação *material* do serviço pelo Poder Público. A matéria tem regulamentação constitucional e infraconstitucional que, entretanto, não vêm sendo cumpridas (ou não de forma satisfatória) pelo Poder Executivo. Isso nos permite (ou obriga) a entrar na discussão proposta, acerca da viabilidade / necessidade de releitura do

⁸ Destacando o caráter da obrigatoriedade da prestação dos serviços, BECHARA, 2003; Analisando o uso do Termo de Ajustamento de Conduta, também aborda a questão do esgoto em São Paulo HAHN, 2003.

princípio da separação dos poderes na efetivação dos direitos fundamentais sociais e, especificamente, na implementação dos serviços públicos de saneamento básico.

O direito à proteção ambiental está hoje indubitavelmente inserido no grupo dos direitos fundamentais, tanto sob o aspecto formal, como material⁹, vinculando-se ao princípio da dignidade humana e ao próprio conceito de cidadania.

O meio ambiente é posto em nossa Constituição, de forma expressa e ampla, como bem jurídico passível de tutela, vislumbrando-se na postura do constituinte a “existência de uma nova dimensão do direito fundamental à vida e do próprio princípio da dignidade da vida humana”, de modo que todas as questões relacionadas à proteção do meio ambiente projetam-se no domínio dos direitos fundamentais na sua concepção *funcional prestacional e defensiva* (MEDEIROS, 2003, p. 197).

Com efeito, na Constituição Federal Brasileira de 1988 temos posto verdadeiro direito fundamental a um “meio ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 225, *caput*) do qual decorrem uma série de deveres dos indivíduos, de um modo geral, mas também do Poder Público. A proteção do meio ambiente, para além de um *direito* fundamental do homem é um *dever* fundamental (MEDEIROS, 2003, p. 200), que impõe tanto posturas positivas quanto negativas, abrangendo, portanto, sentido prestacional e de defesa.

No que tange aos serviços de saneamento básico, há a necessidade premente de uma prestação *positiva* por parte do Estado na coleta e tratamento dos esgotos, a fim de evitar a contaminação dos recursos hídricos. Mais que simples “necessidade” social e econômica, há, mesmo, um *dever* do Poder público de implementar tais serviços¹⁰.

A par da proteção constitucional, o dever de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, e, em especial, os recursos hídricos, encontra guarida também na legislação infraconstitucional ambiental e de saúde¹¹. Trata-se, portanto, de situação típica de ausência de prestação *material*, tendo sido a questão devidamente

⁹ Cumpre registrar, nesse ponto, o sistema materialmente aberto adotado pelo Constituinte (art. 5º, §2º, CF/88), admitindo-se a existência de direitos fundamentais para além dos previstos no Título II e até mesmo fora do corpo da Constituição formal.

¹⁰ Art. 175, CF/88, “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”; art. 30, inc. V, também da CF/88 “Compete aos Municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local”. A respeito do conceito de “interesse local”, vide SANTOS, 2005; tratando especificamente da competência municipal em matéria ambiental, FREITAS, 2002 e FIORILLO, 2001.

¹¹ Citem-se, a respeito, Lei 6.938/81 – Lei Nacional de Política Nacional do Meio Ambiente; Lei nº 9.433/97 – Lei da Política Nacional dos Recursos Hídricos; Lei nº 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais.

regulamentada pelo legislador. “Só a lei, porém, não basta. Aplicá-la é preciso...” (BECHARA, 2003, p. 514).

É necessário elaborar métodos firmes de interpretação e aplicação coerentes das normas de proteção ambiental e urbanística, em face dos valores consagrados no texto constitucional. Soma-se a isso, porém, a dificuldade do Judiciário brasileiro em estabelecer uma ponderação adequada dos interesses individuais, coletivos/difusos e públicos envolvidos (KRELL, 2003).

No que se refere especificamente à questão social ora enfocada – ausência/precariedade de serviços de saneamento básico – o problema da efetividade dos direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à saúde e à vida digna tem como principal obstáculo o dogma da separação dos poderes, invocado de forma acrítica e formalista, nos moldes expostos perfunctoriamente na presente análise.

Em verdade, em geral não se questiona que seja, efetivamente, *obrigação* do Poder Público o recolhimento e tratamento dos esgotos. O impasse se dá quanto à possibilidade de *compeli-lo* a exercer suas atribuições. A questão torna-se problemática, portanto, no momento da *aplicação* dos mandamentos constitucionais e infraconstitucionais, que, de uma forma geral, não vêm sendo espontaneamente cumpridos pelo Poder Público. É nessa perspectiva, que se impõe indagar quais seriam a função e os limites da atuação do Poder Judiciário na implementação de serviços dessa natureza.

É importante observar que a instalação dos serviços de saneamento básico constitui, no caso, meio *indispensável* para proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado, diminuir os índices de doenças infecto-contagiosas e de mortalidade infantil e buscar, em suma, conferir aos cidadãos o direito a uma vida digna. Sabe-se, portanto, que a efetiva proteção dos direitos constitucionalmente amparados depende da implantação de serviços dessa natureza.

Cabe ao administrador, evidentemente, a *discricionariedade* quanto à *melhor forma* de realizar os serviços (técnica mais eficiente, compatibilidade custo/benefício). Não há dúvida, porém, quanto à *obrigatoriedade* da implantação do serviço. É necessário delimitar, portanto, até onde a discricionariedade pode servir de cortina imunizadora que impede o controle judicial do cumprimento de direitos fundamentais.

5. O controle judicial dos atos discricionários

A questão do controle judicial de omissões administrativas na área do saneamento básico entrelaça-se, assim, com temática ainda bastante controvertida: a discricionariedade administrativa. Mais especificamente, o que se põe em jogo é a impossibilidade de controle do “*mérito*” do ato administrativo, tão difundida na doutrina e na jurisprudência brasileiras¹³. Essa expressão, sem dúvida, tem servido de “palavra mágica que detém o controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração” (PIETRO, *apud* KRELL, 2004-A, p. 25).

É necessário distinguir, porém, dentro do âmbito da discricionariedade administrativa aquilo que seria a decisão em relação a *se* o órgão vai agir ou não, da decisão de *como* vai agir. É nessa perspectiva que se tem desenvolvido um enfoque “jurídico-funcional” acerca dos limites do controle judicial dos atos administrativos discricionários: o clássico princípio da separação dos poderes, visto mais como um princípio de separação de *funções*. Essa perspectiva, porém, não afasta, mas antes enfatiza a necessidade de controle recíproco entre os diferentes Poderes (KRELL, 2004-B, p. 30 e 40).

Não se pretende defender, nessas breves considerações, que o controle judicial deva ser absoluto, retirando a margem de discricionariedade própria do governante. Postura extremada que colocasse todas as decisões na mão do Judiciário, além de afrontar o citado princípio da separação dos poderes, não garantiria melhores soluções para os problemas sociais enfrentados. Muitas vezes, existe maior preparação do órgão administrativo para tratar de questões técnicas complexas, na medida em que detém informações estratégicas e o *know how* da organização de políticas públicas (KRELL, 2004-B, p. 41; 2004-A, p. 19) É evidente que os órgãos judiciais não são constituídos nem preparados para administrar.

Por essa razão, na perspectiva *jurídico-funcional* da divisão de poderes, tem-se entendido que o controle da Administração pelos tribunais somente deve ir até onde se possa esperar da decisão judicial uma “qualidade material pelo menos igual” à decisão administrativa que se pretende corrigir (HERZOG, *apud* KRELL, 2004-B, p. 41). Em suma, não se trata de dar ao juiz a função de administrar, mas tampouco se pode relegar os direitos

¹³ Oportuno observar que a doutrina existente acerca do ato administrativo discricionário, além de fragmentária e heterogênea, tem tomado rumos que pouco – ou nada – esclarecem, no que se refere ao problema do controle judicial desses atos. Nesse sentido, a “subdivisão do ato administrativo em seus elementos, na verdade, tem contribuído pouco para uma mais acurada análise da abrangência e do controle da discricionariedade, sendo ela talvez até responsável pela generalizada e indevida simplificação (ato vinculado x ato discricionário) do fenômeno da liberdade de decisão do Poder Executivo. Passos afirma que este ‘fracionamento artificial’ do ato jurídico administrativo ‘exerce uma função de imunização dos elementos chamados ‘internos’ (finalidade e objeto), excluindo-os da apreciação do magistrado (...)’” (KRELL, 2004-A, p. 26).

constitucionalmente garantidos à boa vontade política, retirando-lhes qualquer eficácia jurídica.

6. O controle judicial da omissão de prestação do serviço de saneamento básico.

Retomando a questão da ausência / deficiência de serviços de saneamento básico, tem-se que, por um lado, não há dúvida de que o Poder Público tem o *dever* de prestar esses serviços, por imposições constitucionais e infraconstitucionais. Por outro, tampouco há dúvida de que se trata de serviço essencial, meio *indispensável* para proteger o meio ambiente, diminuir os índices de doenças e de mortalidade infantil, bem como conferir aos cidadãos o direito a uma vida digna.

Inadmissível, portanto – ao menos do ponto de vista jurídico – a opção do Poder Público por simplesmente não implantar qualquer serviço de tratamento dos esgotos e permitir que seja causada a poluição, com suas drásticas conseqüências. “Dada a indisponibilidade do interesse público, torna-se pequena a margem de efetiva discricção nos atos e condutas da Administração Pública (...)” (KRELL, 2002, p. 91).

O problema está em que, não obstante haja, de uma forma geral, toda essa “clareza” quanto à necessidade/obrigatoriedade de políticas públicas voltadas para a coleta e o tratamento de esgotos, na prática, como vimos, tende-se a esbarrar na questão da separação dos Poderes e do controle judicial dos atos discricionários. Esse, portanto, o quadro atual: se o Poder Executivo não cumpre com seu dever fundamental e o Poder Judiciário, de outra parte, não detém legitimidade para obrigá-lo a tanto, não nos restaria muito mais do que esperar pela boa vontade do governante... Essa perspectiva conformista e formalista não parece coadunar-se com o moderno Estado Democrático de Direito.

Parece-nos que a solução deva estar em uma delimitação adequada da função e dos limites do controle judicial. Como se destacou, o princípio da separação dos poderes deve ser recontextualizado, dentro da realidade atual, dando-se ênfase a um enfoque *funcional* do postulado.

Nessa perspectiva, o controle judicial da omissão de prestação dos serviços de saneamento básico “deve-se restringir à questão da escolha entre ‘agir ou não agir’ (v.g.: construir uma estação de tratamento), e não do ‘como agir’ (v.g.: tecnologia a ser adotada,

localização, etc.)”. O Judiciário não deve se substituir na figura do administrador, mas tem não apenas o poder, mas o *dever* de intervir (KRELL, 2004-A, p. 83 e 84).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BECHARA, Erika, Tratamento de esgoto doméstico pelo Poder Público: discricionariedade ou vinculação? In: **Congresso Internacional de Direito Ambiental**, 2003, BENJAMIM, Antônio Herman (org) Direito, Água e vida, vol. I., São Paulo: Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo e Instituto o Direito por um Planeta Verde (org./editor), 2003, p. 513.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Visão do Correio. Saneamento ambiental. CORREIO BRAZILIENSE, 24/03/2004. Disponível em: <http://www.forumreformaurbana.org.br/conteudo.asp?conteudo_id=1160>. Acesso em: março de 2005.

DANTAS, Vera. **Saneamento: o grande desafio ambiental**, Disponível em: <<http://www.aben.com.br/texto/rev25/28.htm>>. Acesso em: março de 2005.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco, **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais**, 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

GUERRA, Antônio Fernando S. **A Água e o Saneamento no Brasil**, Disponível em: <http://www.cehcom.univali.br/educado/agua_saneamentobr.doc>. Acesso em: março de 2005.

HAHN, Claudete M. O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) na Secretaria de Meio Ambiente de São Paulo (SMA), In: **Congresso Internacional de Direito Ambiental**, 2003, BENJAMIM, Antônio Herman (org) Direito, Água e vida, vol. II, São Paulo: Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo e Instituto o Direito por um Planeta Verde (org./editor), 2003, p. 100-111.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. MENDES, Gilmar Ferreira (Trad.). Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

_____ **Ordem Jurídica e Meio Ambiente na Alemanha e no Brasil: Alguns Aspectos Comparativos.** *Revista de Direito Ambiental*, nº 31, Sao Paulo: RT, pp. 178-206, jul./set. 2003.

_____ **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, 2004-A.

_____ **A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil.** *Interesse Público*, vol. 23, Porto Alegre: Notadez, pp. 21-49, 2004-B.

MEDEIROS, Fernanda Luiza de Fontoura. **A Proteção Ambiental Diante da Necessária Formação de uma nova concepção de um Estado Democraticamente Ambiental**, In: **Congresso Internacional de Direito Ambiental**, 2003, BENJAMIM, Antônio Herman (org) *Direito, Água e vida*, vol. I, São Paulo: Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo e Instituto o Direito por um Planeta Verde (org./editor), p. 197.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **A hermenêutica como hoje a entendo.** *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.12, n.145, p. 3, dez. 2004.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e Hermenêutica**, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O Município na Federação.** Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1555>>. Acesso em: fevereiro de 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 4ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

A Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental - SNSA. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/oque_snsa.htm>. Acesso em: março de 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.