

Ações coletivas como instrumento de controle jurisdicional de políticas públicas implementadoras de direitos fundamentais sociais



Thaís Boia Marçal

Mestre em Direito da Cidade pela UERJ. Especialista em Direito Público pela UCAM. Pós-graduada em Direito pela EMERJ. Coordenadora de Direito Público da Escola Superior de Advocacia (ESA) da OABRJ. Editora-chefe da Revista da ESA/OABRJ. Conselheira Suplente da Comissão de *Compliance* da Associação Comercial do Rio de Janeiro (ACRJ). Membro do IAB. Ex-assessora da Secretaria de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Advogada. E-mail: thaismarcal@adv.oabRJ.org.br.

RESUMO: O controle judicial de políticas públicas representa um importante instrumento na concretização dos direitos fundamentais sociais. Mostra-se crucial o manejo de ações coletivas para este fim, sendo de relevo o estabelecimento de *standards* para delimitar suas possibilidades.

PALAVRAS-CHAVE: Controle judicial de políticas públicas. Direitos fundamentais sociais. Ações coletivas.

ABSTRACT: The judicial control of public policies represent an important instrument in the realization of fundamental rights. Proves to be of fundamental importance the management of collective action for this purpose, highly prominent being the establishment of standards to define its possibilities.

KEYWORDS: Judicial control of public policy. Fundamental rights. Class actions.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direitos fundamentais sociais e dignidade da pessoa humana. 2.1. Exigibilidade. 2.2. Custos dos direitos. 3. Efetividade dos direitos fundamentais sociais por meio das políticas públicas. 3.1. Os direitos fundamentais sociais na elaboração da lei orçamentária (discricionariedade política versus vinculação constitucional). 4. Controle jurisdicional de políticas públicas. 4.1 Limites à atuação do Judiciário: standards. 5. Ações coletivas: contornos institucionais. 6. Ação civil pública como instrumento de controle. 7. Síntese conclusiva. Referências.

1. Introdução

Segundo Luís Roberto Barroso, uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição às normas constitucionais do *status* de norma jurídica, dotadas de imperatividade e garantia, além de possuírem superioridade hierárquica, linguagem e conteúdo específico e uma dimensão política.¹

Frise-se que a Carta Constitucional de 1988, além de concretizar novos rumos para o estudo do Direito Constitucional, conferiu grande primazia aos direitos fundamentais, elevando-os à categoria de cláusulas pétreas, em razão, dentre outros motivos, do fato destes conterem os valores mais importantes de uma comunidade política.²

Contudo, a consagração de tal categoria de direitos não pode ser relegada apenas ao plano teórico, sendo de nodal importância a análise da sua efetividade no mundo dos fatos.

Para tanto, revela-se fundamental examinar os meios disponíveis no ordenamento jurídico pátrio para verificar o cumprimento efetivo das normas constitucionais.

No presente estudo, será dado enfoque para a questão atinente ao controle judicial de políticas públicas, em especial, ao manejo de ações coletivas para este fim.

2. Direitos fundamentais sociais e dignidade da pessoa humana

Em primeiro lugar, cumpre definir o que se entende pela expressão “dignidade da pessoa humana”.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet,³ trata-se

de qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

Nesta senda, importa destacar que a Constituição Federal de 1988 elevou a dignidade humana a valor central do sistema jurídico. Fixada esta premissa, certo é que, havendo mais de um modo de interpretar a Constituição, deve-se optar por aquele que melhor concretize a dignidade da pessoa humana.⁴

Merece ênfase, ainda, a ideia de que, apesar do princípio da dignidade da pessoa humana atuar como elemento e critério informador dos direitos e garantias fundamentais, é preciso frisar que haverá de se reconhecer um espectro amplo e diversificado no tocante à intensidade desta vinculação, sem que com isso se esteja a afirmar que todos os direitos fundamentais tenham um conteúdo próprio em dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, significa dizer que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor e de princípio normativo fundamental, atrai o conteúdo dos direitos fundamentais.⁵

No tocante aos direitos sociais, insta destacar que muito se discute em sede doutrinária e jurisprudencial acerca da sua sindicabilidade. Em que pese não ser objeto principal deste estudo (razão pela qual não será aprofundada tal temática), insta fixar

1 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 398.

2 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 140.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 62.

4 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 413 e 415.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. Princípio da dignidade da pessoa humana no direito constitucional. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 340.

uma premissa: por menor que seja a sua densidade normativa ao nível da Constituição, tais direitos sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente exigíveis, aplicada a regra geral no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade. Por outro lado, o *quantum* de eficácia que cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto.⁶

2.1 Exigibilidade

Seja pela força normativa das normas constitucionais, seja pela fundamentalidade dos direitos sociais, uma premissa é irrefutável: tal grupo de direitos é dotado de alguma dose de eficácia, não podendo ser considerado como conjunto de meras normas programáticas a orientar o processo legislativo, pois é dever do Estado garantir a igualdade entre os cidadãos. Igualdade esta que deverá ser atingida por ações conjugadas do Estado e não apenas com posições de abstenções.

Neste sentido, vale ressaltar a lição de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁷ ao defenderem que os direitos sociais permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado com intuito de melhorar as condições de vida, garantidos os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de *status negativus*. Assim, o Estado deve agir consoante indicado pela Constituição.

Dessa forma, não mais se sustenta o argumento de que tais direitos seriam meras metas a orientar o processo legislativo, ou seja, as chamadas normas programáticas.

Acrescente-se que a expressão “eficácia gradativa” não poderá ser utilizada como

alicerce para justificar tal teoria, conforme defendido por Christian Courtis,⁸ uma vez que os comentários sobre a sua natureza “aspiracional” ou “programática” reforçam apenas que os direitos econômicos sociais e culturais (DESC) estão sujeitos à realização progressiva, mas há uma série de deveres os quais obrigam imediatamente os Estados.

Nesta perspectiva, tem-se a orientação da Organização das Nações Unidas e a jurisprudência brasileira sobre o tema, de acordo com constatação feita por Daniel Sarmento⁹ no sentido de que não há nenhum direito reconhecido pelo Pacto que não possua algum nível de justiciabilidade.

Com isso, por mais que a escolha sobre a alocação de recursos caiba, primordialmente, às autoridades políticas e não aos Tribunais, é preciso frisar que não está a disposição das maiorias implementar os direitos fundamentais, devendo ser empregados recursos para tanto, pois a adoção de uma classificação rígida de direitos econômicos sociais e culturais, que os situe, por definição, fora do âmbito dos Tribunais seria, portanto, arbitrária e incompatível com o princípio de que os dois grupos de direitos são indivisíveis e independentes, bem como reduziria drasticamente a capacidade dos Tribunais para proteger os direitos dos grupos mais vulneráveis e desfavorecidos da sociedade.

De modo a justificar tal posição, imperioso definir o que poderia ser entendido por progressividade. Segundo Christian Courtis,¹⁰

6 *Idem*. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 300.

7 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 67.

8 COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 492-493.

9 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 554-555.

10 COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais – fundamentos, judi-*

a progressividade se refere à realização plena dos direitos econômicos sociais e culturais, pois é conferida ao Estado alguma liberdade de escolha no que concerne aos meios para alcançar a realização plena, mas isso não quer dizer discricionariedade absoluta e – muito menos – indiferença em relação aos resultados.

Então, a exigibilidade imediata é possível, uma vez que a questão da progressividade só diz respeito à eficácia total.

Tal constatação também é alvo de críticas, pois, segundo Vicente de Paulo Barreto,¹¹ se estaria interpretando os direitos sociais de forma restritiva, esvaziando a sua amplitude e magnitude.

Em que pese tal argumento, Alceu Maurício Junior¹² defende que considerar os direitos sociais como direitos fundamentais apenas no que se refere ao seu mínimo existencial¹³



os fortalece, pois acabaria por livrá-los das usuais objeções que lhe são formuladas, uma vez que esta concepção também não é contrária a um desenvolvimento dos direitos sociais para além do mínimo existencial, mas, a partir desse ponto, tratar-se-ia de matéria reservada ao debate democrático, e não mais um direito fundamental oponível ao legislador e ao administrador pela via judicial.

Acrescente-se, ainda, que isto demonstraria, inclusive, qual a opção política expressada por meio das eleições, pois se definiria se pretende ter um governo mais preocupado

cialização e direitos sociais e espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 505-506.

11 BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais*. Estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 111.

12 MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a centralidade do orçamento na efetivação de direitos a prestações estatais e a fixação de parâmetros para a intervenção judicial em políticas públicas*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005, mimeografado.

13 “O direito ao mínimo existencial corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida. Ele ostenta tanto uma dimensão negativa como uma positiva. Na sua dimensão negativa, opera como um limite impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam dos indivíduos as referidas condições materiais indispensáveis para uma vida digna. Já na sua dimensão positiva, ele envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais. Não há, todavia, consenso sobre as prestações que compõem este conjunto.” Cf. SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 576. Ana Paula de Barcellos apresenta “uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, que deverá incluir os direitos à educação básica, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça.” BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade*

da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 369. Contudo, imperioso ressaltar que “a exata determinação de qual o núcleo essencial de um direito dificilmente poderá ser estabelecida em abstrato e previamente.” Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 347.

com a realização das condições básicas para os mais necessitados ou seriam eleitos agentes políticos mais preocupados com questões elitistas.

Assim, propõe-se que não se restrinja a exigibilidade dos direitos sociais ao mínimo existencial, mas também não se despreze as limitações fáticas que, comumente, impedem a implementação máxima de tais direitos. Como na maioria das vezes, a razão encontra-se no meio termo. Senão, veja-se.

Quanto maior ligação tiver um direito fundamental à dignidade da pessoa humana, maior deve ser a deferência dos Poderes à sua concretização, independentemente de se tratar de direito de primeira ou de segunda dimensão.

2.2 Custos dos direitos

Como bem aludido por Flávio Galdino,¹⁴ “direitos não nascem em árvores”, razão pela qual é de grande relevo a sua análise, o que passa, inevitavelmente, pelo estudo da matéria orçamentária.

Na atualidade, o orçamento consiste em um instrumento para a realização dos fins do Estado,¹⁵ devendo ser compreendido como um meio de implementação das imposições constitucionais e expressão do planejamento das políticas públicas a serem realizadas pelo Estado.¹⁶

Sob esta ótica, o orçamento deve ser visto como o patrimônio do Estado e sua destinação prioritária é o atendimento dos direitos fundamentais sociais. O referido é instrumento para a realização dos objetivos

do Estado, daí o seu caráter programático.¹⁷

Neste diapasão, o orçamento é peça importante de controle e de planejamento, mas não consegue responder às demandas sociais de forma absolutamente vinculada à lei. A discricionariedade de que é dotada a execução orçamentária é instrumento de racionalidade administrativa, já que seria impossível antever, normalmente, todas as hipóteses de revisão do orçamento, como o são a anulação de rubricas, a suplementação de outras, a não realização de determinadas despesas e contingenciamento de empenhos. Isso ocorre porque o orçamento é dinâmico.¹⁸

Contudo, a dinamicidade conferida ao orçamento não depende do alvitre do administrador, pelo contrário, tem por esteio a obrigatoriedade de atendimento do interesse público, ou seja, de maior satisfatividade dos objetivos da República.¹⁹

Percebe-se que, sem a valorização da função constitucional dos orçamentos, não se vislumbra futuro próspero para os objetivos da República, já que é aparentemente impossível governar com eficiência sem planejar, e planejamento pressupõe respeito às previsões de receita e despesa estipuladas nas peças orçamentárias.²⁰

A partir desta noção, constata-se que a

14 GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

15 CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a reserva do possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 234.

16 AVELINE, Paulo Vieira. *Segurança pública como direito fundamental*. Dissertação (Mestrado) – PUC. Rio Grande do Sul, 2009, mimeografado, *passim*.

17 CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 172.

18 PINTO, Élide Graziane. Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre a execução orçamentária. In: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 73.

19 Aqui se insere o profícuo debate sobre a falta de recursos da Administração. Caberá a esta não apenas alegar, mas provar a escassez de suas verbas. Tal posição é consolidada no verbete sumular 241 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao prever que “cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas pela Constituição.”

20 JACOB, César Augusto Alckimin. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 257.

reserva do possível²¹ não pode ser considerada como um óbice absoluto à realização de políticas públicas voltadas para a concretização do direito fundamental, impondo apenas que essa concretização seja feita à luz do contexto fático e normativo e mediante um juízo de ponderação, fazendo prevalecer, na medida do necessário, as imposições constitucionalmente mais relevantes.²²

Tal análise revela-se de nodal importância, pois, frequentemente, a reserva do possível leva o Judiciário à condenação da Administração a duas obrigações de fazer: a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação e a obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação,²³ o que transparece a necessidade de sua análise comprometida, e não puramente abstrata.

3. Efetividade dos direitos fundamentais sociais por meio das políticas públicas

Políticas públicas, segundo Maria Paula Dallari Bucci, são programas de ação governamental que visam a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.²⁴

Nesta senda, importa diferenciar política de Estado e políticas de governo.

Por políticas de Estado entendem-se aquelas previstas no texto originário da Constituição Federal, bem como aquelas oriundas de suas modificações posteriores, por exemplo, por Emenda Constitucional.

Já políticas de governo são aquelas definidas como “arranjos institucionais complexos”, expressos em estratégias ou programas de ação governamental, que resultam de processo juridicamente regulados, com a finalidade de adequar meios e fins. Estas devem estar em conformidade com o direito fundamental que pretendem realizar, cada qual na sua própria dimensão.²⁵

Acrescente-se, ainda, que a noção de políticas públicas pode ser centralizada em três elementos: (i) a busca por metas, objetivos ou fins; (ii) a utilização de meios ou instrumentos legais; e (iii) temporalidade, ou seja, o prolongamento no tempo.²⁶

As políticas públicas devem objetivar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessária à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o alcance dos resultados,²⁷ pois as normas programáticas dão conformação às políticas públicas de variadas espécies e objetivações.²⁸

Em outras palavras: as normas constitucionais da ordem social delimitam políticas

21 A reserva do possível fática é definida, por Daniel Sarmento, como a efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional, enquanto os componentes jurídicos se relacionam à existência da autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos. Cf. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 569.

22 AVELINE, Paulo Vieira. *Segurança pública como direito fundamental*. Dissertação (Mestrado) – PUC. Rio Grande do Sul, 2009, mimeografado, *passim*.

23 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 138.

24 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

25 *Idem*. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio Cesar dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 251.

26 SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Revista de Informação Legislativa*, n. 158, v. 40, p. 267-268.

27 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (coord.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

28 GARCIA, Maria. Políticas públicas e normas programáticas: a efetividade da constituição, administração pública e o estado de direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 76, p. 102.

públicas vinculantes para o administrador, que visam ao efetivo exercício dos direitos sociais para a realização da Constituição Federal, sendo o seu descumprimento inconstitucional e ilegal.²⁹

A necessidade de adoção de políticas públicas pelo Estado para a efetivação dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal é inexorável, diante do reconhecimento da supremacia, da força vinculante e da aplicação imediata das normas constitucionais. Por esses motivos, revela-se crescente o entendimento de que os Poderes do Estado deverão agir, sempre que possível, no sentido de viabilizá-las, podendo o Judiciário promover o seu respectivo controle, inclusive em casos de omissões estatais.³⁰

Frise-se que a concretização dos direitos fundamentais, a partir de políticas públicas infraconstitucionais, passa, inicialmente, pela análise da compatibilidade entre tais políticas e o sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais e, nesse contexto, pode-se depreender que as políticas públicas definidas legislativamente, num espaço de democracia participativa, devem otimizar os mandamentos constitucionais fundamentais, favorecendo a sua aplicabilidade imediata e impondo aos Poderes Públicos a impossibilidade de retrocesso social em termos daquilo que já foi alcançado e o dever de progresso para alcançar novas possibilidades de concretização.³¹

Com isso, observa-se que os resultados das políticas econômicas não dependem apenas de sua coerência econômica, mas também de sua viabilidade política e das opções institucionais.³²

29 FRISCHEISEN, Luísa Cristina Fonseca. *Políticas públicas – a responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 146-150.

30 PASSOS, Aline Araújo. Ações coletivas e implementação de políticas públicas para a tutela de direitos fundamentais. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional – direito humanos & direitos fundamentais*. Salvador: JusPodium, 2010, p. 485.

31 *Ibidem*, p. 485.

32 BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas:

É fundamental a combinação dos sistemas de democracia representativa e participativa, a fim de permitir uma ampliação do debate acerca da legitimidade das políticas públicas, especialmente quando o seu conteúdo depende de uma avaliação prospectiva que veiculará as gerações presentes e futuras.³³

Destaca-se, ainda, que os insucessos da execução de uma política pública servirão como elementos para a formação das políticas futuras.³⁴⁻³⁵

Em suma, necessário se faz ao Estado privilegiar os direitos fundamentais de segunda dimensão em seu programa político, como o determinou o constituinte originário, possibilitando, por conseguinte, o próprio exercício dos direitos fundamentais de primeira dimensão, pois, desta forma, poder-se-á pensar em uma sociedade plural e respeitadora da dignidade humana.³⁶

por uma nova compreensão do papel do estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 144.

33 APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 234.

34 *Ibidem*, p. 167.

35 A este respeito, vale salientar que um dos princípios norteadores da formulação das políticas públicas é o, assim denominado, *trial and error*, segundo o qual a Administração Pública deve estar constantemente avaliando as consequências práticas das suas normas jurídicas. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito de avaliação e eventual declaração de comercialidade da descoberta realizada no BC-400. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 249, p. 201-243, set. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4099>>. Acesso em: 30 maio 2014. Para um estudo específico sobre o assunto, confira-se: MORAND, Charles-Albert. *Le droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999. Frise-se que tal princípio deve ser coadunado com o *princípio da retroação na má gestão*, o qual permite assegurar os efeitos de aprendizagem e correção de erros, necessários em toda organização, implicando em possibilidade de flexibilização de regras administrativas, além de autonomia dos administradores para modificar suas próprias regras, em razão de seus resultados e de sua própria avaliação. Cf. CASTELLS, Manuel. Para o estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Orgs.). *Sociedade e estado em transformação*. Brasília: Enesp, Enap e Imprensa Oficial, 1999.

36 REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite

3.1 Os direitos fundamentais sociais na elaboração da lei orçamentária (discricionariedade política *versus* vinculação constitucional)

Conforme outrora enunciado, o grau de sucesso de uma política pública depende da combinação dos modelos representativo e participativo de democracia, os quais devem funcionar de modo complementar, garantido a legitimidade das decisões governamentais através de mecanismos que aproximem governantes e governados em torno do núcleo da Constituição, qual seja, os direitos fundamentais.³⁷

Uma vez formuladas, a execução das políticas públicas depende da prática de atos administrativos.

Comumente, a doutrina classifica os atos administrativos que implementam políticas públicas como sendo discricionários.

A este respeito, impõe ressaltar que discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.³⁸

O poder³⁹ discricionário reflete um dever de agir, ou seja, o poder e o dever de escolher a conduta mais adequada à satisfação

do interesse público, ⁴⁰⁻⁴¹ visado pela norma jurídica e considerado um conceito jurídico indeterminado.⁴²

Ressalte-se que o administrador não é livre para classificar o que seria bem público sem nenhum parâmetro, devendo pautar a sua ação pelos princípios⁴³ que inspiram o bem comum, além de sujeitar-se ao devido controle.⁴⁴

Sem embargo, frente ao princípio da eficiência, os administradores não mais podem escolher de maneira aleatória entre várias opções disponíveis, pois o caso concreto poderá demonstrar que somente uma dentre as soluções possíveis é a melhor, ou seja, mais adequada ao princípio da eficiência.⁴⁵⁻⁴⁶

à discricionariedade. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 362.

37 APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 167.

38 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 585.

39 “Somente se admite fala-se em ‘poder’ como instrumento voltado à satisfação dos interesses públicos”. Cf. TOURINHO, Rita. A princiologia jurídica e controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 155.

40 “O conceito de interesse público reside nos direitos fundamentais e na sua efetividade.” Cf. REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 371.

41 CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 41.

42 BOSCO, Maria Goretti Dal. *Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 375.

43 Por isso, parte da doutrina prefere sustenta que o administrador possui a sua atuação pautada pela juridicidade administrativa, e não mais pela legalidade administrativa. Neste sentido, confira-se: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Perfilhando tal tese, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que “a ação do Poder Judiciário, que não poderá cingir-se ao exame puramente formal da lei e do ato administrativo, pois terá que confrontá-los com os valores consagrados como dogmas na Constituição.” Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 173.

44 ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade administrativa e ação civil pública. *Revista dos Tribunais*, n. 657, p. 55.

45 TOURINHO, Rita. A princiologia jurídica e controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 128-129.

46 Eficiência deve ser entendida como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen

Assim, a necessidade de otimização, contida no princípio da eficiência, é requisito de validade jurídica da atuação administrativa.⁴⁷

Ademais, a discricionariedade titularizada pelo agente público corrobora esta tese, pois é a mais completa prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo, ou seja, quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal.⁴⁸

Além do mais, a lei está impossibilitada de contemplar todas as situações fáticas que possam ocorrer no seio das coletividades, sendo certo que não se pode negar que a incumbência de definir a opção por uma dentre várias condutas legítimas e possíveis não pode pertencer a ninguém senão à Administração.⁴⁹

Tendo como norte o princípio da eficiência, impõe-se destacar que a discricionariedade, conquanto poder legítimo da Administração, só pode ser exercida dentro de determinados limites,⁵⁰ pois, em que pese ser inconcebível o desempenho da função administrativa sem considerar a necessidade de terem seus agentes a prerrogativa da discricionariedade, é necessário que a lei disponha parâmetros de atuação, sob pena de tornar a sua atuação arbitrária.

Inclusive, deve-se atentar para a diferença entre arbitrariedade e discricionariedade que, em verdade, são conceitos antagônicos. Explica-se.

Os atos arbitrários são desprovidos

Juris, 2009, p. 297.

47 TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 129.

48 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 10. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 32.

49 CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 41.

50 *Ibidem*, p. 41.

de motivação ou os motivos expostos são inexistentes ou insuficientes. Já os atos discricionários são caracterizados pela opção do legislador de permitir a realização de escolhas na atuação administrativa, destinada a satisfazer com a máxima precisão o escopo da norma que outorgou tal liberdade.⁵¹ O que marca a classificação de um ato como sendo discricionário é justamente esta possibilidade de escolha prevista na lei, não se tratando apenas de uma possibilidade de fato, mas também de direito.⁵²

Destaque-se que não existe, no Estado Democrático de Direito, lugar para decisões frutos de poder arbitrário.

Insta destacar, ainda, que a vinculação dos agentes administrativos aos termos empregados pela lei apresenta uma variação meramente gradual. Por isso, o ato administrativo “vinculado” não possui uma natureza diferente do ato “discricionário”, sendo a diferença no grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador quantitativa, mas não qualitativa.⁵³

Nesta quadra, atualmente, são questionadas as próprias categorias de discricionariedade e vinculação, as quais seriam substituídas pela ideia de graus de vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico, já que não existe ato em tese totalmente discricionário, nem totalmente vinculado.⁵⁴⁻⁵⁵

51 TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 155.

52 BOSCO, Maria Goretti Dal. *Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 371.

53 KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, v. 8, p. 184-185.

54 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 618.

55 Sobre o tema, confira-se ainda: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Tal proposta coaduna-se com a premissa de que tanto o administrador como o julgador tem o dever de motivar os seus atos, exatamente em face da inafastável margem de subjetividade no mais vinculado dos atos, assim como em face da necessidade de tornar vinculada a sua atuação ao sistema, ainda quando se admitam, legalmente, os juízos de equidade ou de conveniência.⁵⁶

Nota-se que o ato político é, na realidade, um ato administrativo,⁵⁷ incumbindo ao Poder Judiciário investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição.⁵⁸

Diante desta constatação, revela-se possível a responsabilização por ato legislativo na elaboração de políticas públicas. Explica-se.

A ausência de fiscalização do Poder Legislativo diante de grave distorção de investimentos em áreas prioritárias para o país, durante a discussão do projeto da lei orçamentária, pode acarretar a responsabilidade do Parlamento, também, pela aplicação ineficiente dos recursos públicos pela Administração, a qual, afinal, não decidiu sozinha acerca da programação orçamentária.⁵⁹

Ademais, é possível que haja perda de função pelo agente político por ato de improbidade na definição e execução de políticas públicas, diante do previsto no artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.429/1992, que dispõe sobre a tipificação do ato de improbidade por inobservância dos princípios constitucionais que orientam a Administração Pública, no caso brasileiro, contemplados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. A interpre-

tação deste e de outros dispositivos da Lei de Improbidade, de forma sistemática e conforme a Constituição, especialmente com as suas normas programáticas e com o “Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais” nos quais sobressai o compromisso do aludido com a dignidade da pessoa humana, pode ser capaz de sancionar atuação administrativa que mal direciona e mal executa as políticas públicas, resultando disto a perda de função do agente público e a suspensão de seus direitos políticos, além de outras penalidades estabelecidas pela norma especial.

Todo o ato, neste campo, que não esteja voltado, enquanto dever do Estado, para garantir os direitos fundamentais e sociais, cujo defeito é causado por decisões viciadas de imoralidade ou de ineficiência, ou que lesem outros princípios orientadores da Administração, pode ser concebido como ato de improbidade, a partir da avaliação da conduta com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.⁶⁰

Esta constatação deriva do fato de que, apesar dessa margem de manobra que possuem, nem o Executivo nem o Legislativo podem deixar de realizar um mínimo programa de governo previamente traçado pelo constituinte originário em busca da consagração da dignidade da pessoa humana. Nesse aspecto, não há margem a qualquer discricionariedade, estando vinculados os Poderes legitimados pelo voto popular. Esse caminho natural e democrático, entretanto, apresenta dificuldades decorrentes da falta de compromisso das maiorias eventuais com a efetivação dos direitos fundamentais, exigindo a intervenção dos mecanismos de controle previstos na Constituição, dentre os quais se insere a atuação do Ministério Público que, não encontrando uma solução extrajudicial, acaba por demandar em juízo o restabelecimento do respeito à Constituição.⁶¹

56 FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 140.

57 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 413.

58 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 129.

59 BOSCO, Maria Goretti Dal. *Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 424.

60 *Ibidem*, p. 426-427.

61 AGUIAR, Cláudio Tenório Figueiredo. O ministério público e a implementação de políticas públicas – dever

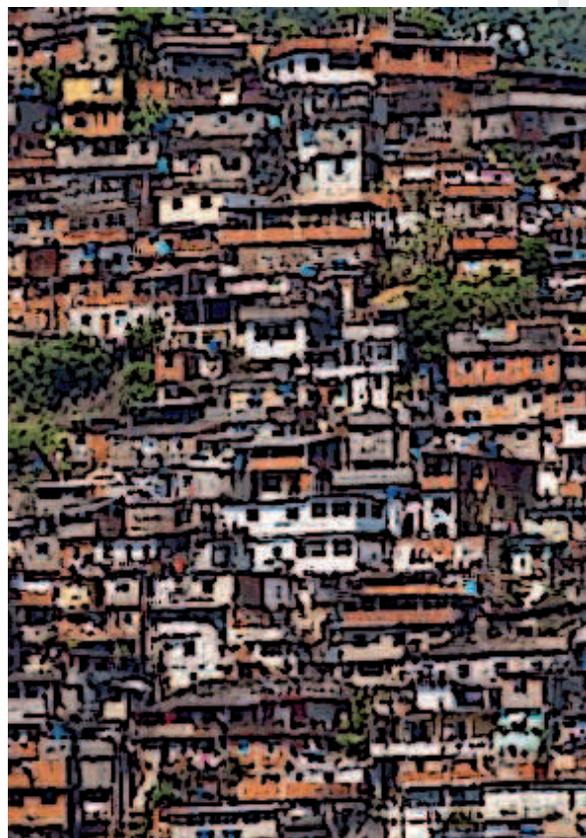
Frise-se que há uma preferência *prima facie* das normas que instituem direitos fundamentais quando colidem com outras que assegurem interesses e bens jurídicos distintos.⁶²

Ronald Dworkin vai mais além: afirma que os direitos fundamentais, por valerem como “trunfos” diante de outros interesses e de cálculos de utilidade social, sempre prevaleceriam sobre outros bens.⁶³

Neste estudo, considera-se mais adequada a posição defendida por Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto ao afirmarem que, no constitucionalismo social, não se concebe as pessoas como indivíduos isolados perseguindo apenas os seus próprios interesses. Assim, segundo os autores, restrições a direitos podem se afigurar essenciais para a implementação de objetivos constitucionais, que, em última análise, também se voltem à tutela da pessoa humana.

Contudo, da proteção ultrarreforçada dada pela Constituição aos direitos fundamentais e de uma compreensão adequada da dignidade da pessoa humana, que não concebe os indivíduos como meros componentes de um corpo coletivo maior, cujos interesses possam ser facilmente sacrificados em favor de algum suposto “bem comum”, pode-se extrair prioridade *prima facie* dos direitos fundamentais em face de outros interesses constitucionais.

Dentre os direitos fundamentais, há uma preferência *prima facie* dos direitos e liberdades existenciais, dos ligados à garantia dos pressupostos da democracia e das condições essenciais de vida sobre aqueles de con-



teúdo meramente patrimonial ou econômico. Esta prioridade pode também ser inferida do nosso sistema constitucional, bem como de uma teoria moral e política razoável, que “leva a sério” o imperativo da promoção da justiça social no cenário de uma sociedade profundamente desigual.⁶⁴

Assim, os direitos prestacionais previstos na Constituição e nas leis, e mesmo outros que defluam de imperativo existencial, devem ser implementados; e somente não o serão diante da total ausência de recursos financeiros, ou da demonstração suficiente de que os recursos empregados na realização da prestação pretendida farão falta a outras prestações, igualmente certas, prioritárias e urgentes.⁶⁵

institucional de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. In: VILLELA, Patrícia (Coord.). *Ministério público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 8.

62 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 526.

63 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, *passim*.

64 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 526.

65 GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omis-*

Nesta linha, constata-se que um direito fundamental só é passível de restrição em conflito com outro direito fundamental de igual ou superior relevância (concretamente estabelecida), a partir de uma ponderação de interesses orientada pelos critérios de razoabilidade e da proporcionalidade. Quanto maior a restrição de determinado direito, maior deve ser a realização do outro.⁶⁶

Assim, “antes de os finitos do recurso do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do Poder.”⁶⁷

4. Controle jurisdicional de políticas públicas

Conforme visto acima, a presença de discricionariedade no ato administrativo não implica em insindicabilidade pelo juiz. Ao revés, significa que sua análise ocorrerá sempre com base nas máximas da proporcionalidade, feita com critérios fáticos e jurídicos, dentro de uma compreensão adequada dos direitos fundamentais.⁶⁸

No Estado Democrático de Direito, o Judiciário, como forma de expressão do Poder Estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se consti-

tucionalmente vinculado à política estatal.⁶⁹

Não ocorrerão efetivas mudanças sem a participação do Poder Judiciário, principalmente na qualidade de controlador da Administração Pública, fiscalizando o gasto responsável do dinheiro público, o que significa sua utilização voltada aos fins maiores do Estado.⁷⁰

Neste diapasão, percebe-se que o controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado.⁷¹

A judiciabilidade das políticas públicas significa que o juiz deverá submeter a escolha ou mesmo a omissão do administrador público ao crivo dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, que, em última análise, são também direitos transindividuais, para só então concluir se a escolha política é compatível com as prioridades eleitas pelo constituinte.⁷²

Nada obstante, a possibilidade de controle judicial é viabilizada justamente, porque é atribuição do Poder Judiciário não apenas à proteção dos direitos fundamentais, mas também a sua efetiva promoção.⁷³

sões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 400.

66 OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Repensando o estado constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 8, n. 59, p. 128-129.

67 FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 74.

68 ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas.* São Paulo: Forense, 2011, p. 61.

69 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas.* São Paulo: Forense, 2011, p. 129.

70 JACOB, César Augusto Alckimin. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas.* São Paulo: Forense, 2011, p. 263.

71 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas.* São Paulo: Forense, 2011, p. 129.

72 ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas.* São Paulo: Forense, 2011, p. 321.

73 CORTÊZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de*

Comumente, na doutrina e na jurisprudência, são propostos requisitos para que o Judiciário intervenha legitimamente em políticas públicas. São eles: (i) estar sendo discutida prestação ligada ao mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (ii) a razoabilidade da pretensão individual-social deduzida em face do Poder Público; e (iii) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.⁷⁴⁻⁷⁵

Inobstante a existência de tais critérios, certo é que a necessidade de adoção de políticas públicas pelo Estado para a efetivação dos direitos fundamentais na Constituição consagrados é inexorável, devendo os Poderes do Estado agir, sempre que possível, no sentido de viabilizá-las, podendo o Judiciário promover o seu respectivo controle, inclusive em casos de omissões estatais.⁷⁶

Frise-se que é para a implementação dos direitos fundamentais que se deve orientar a atividade administrativa estatal no campo das políticas públicas. Certo é que a escolha de como se atingir tais metas cabe ao administrador, e, justamente, nesse ponto, residiria alguma discricionariedade. Contudo, ao não atender tais metas minimamente, seja por não adotar qualquer política pública de efetividade dos direitos fundamentais, seja por adotar políticas claramente deficitárias, privilegiando outras metas que não as constitucionalmente estabelecidas, poderá incidir o controle jurisdicional, preservando-se a

políticas públicas. São Paulo: Forense, 2011, p. 305.

74 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 132.

75 Evidente que a ampliação do controle jurisdicional não há de levar à substituição do administrador pelo juiz. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 89.

76 PASSOS, Aline Araújo. Ações coletivas e implementação de políticas públicas para a tutela de direitos fundamentais. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional – direito humanos & direitos fundamentais*. Salvador: JusPodium, 2010, p. 485.

própria força normativa da Constituição.⁷⁷

Assim, havendo dúvida, por exemplo, em destinar os sempre escassos recursos públicos em prol da efetivação de um direito de cunho defensivo ou de um direito à prestação em sentido estrito, deve a escolha ou opção pender em favor do direito cuja não realização, no caso específico, revele-se mais violadora da dignidade da pessoa humana.⁷⁸

A este respeito, vale a utilização da emblemática hipótese formulada por Rodolfo Camargo Mancuso, tratando de caso em que a Administração de pequena cidade, carente de investimentos em setores prioritários, como educação básica e infraestrutura em águas e esgotos, venha a comprometer o erário em obra de mero embelezamento. Veja-se que, embora para tal realize prévia concorrência, com observância dos quesitos legais, o ato mostrar-se-á, inobstante, vulnerável sob os prismas da oportunidade, da moralidade administrativa, da defesa do erário, e, em suma, no tocante à sua legitimidade substancial, como um todo, sendo devido o seu controle pelo Poder Judiciário.⁷⁹

Outro exemplo que merece análise é o exposto por Ada Pellegrini Grinover, segundo o qual: a Prefeitura decide construir um hospital num bairro pobre que não tem saneamento básico, sendo que em bairro próximo existe outro hospital. Ambas as prestações estão intimamente ligadas ao mínimo existencial, mas qual deveria prevalecer? A autora propõe, com o que se afigura correto, que deveria se utilizar o critério da razoabilidade, a fim de corrigir uma política pública

77 REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 371.

78 GOMES, Joaquim B. Barbosa. Prefácio. In: DUARTE, Leonardo de Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

79 MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 723.

equivocada.⁸⁰

Uma vez preenchidos os critérios propostos para o controle judicial de políticas públicas, estes passam a ser analisados sob os seguintes enfoques: (i) inexistência; (ii) deficiência;⁸¹ (iii) extinção; e (iv) retrocesso.⁸²

Constatado que uma determinada política pública ou a inexistência dela ofende os direitos fundamentais, o julgador não poderá impor a solução ao administrador público responsável pela implementação das medidas; deverá, ao contrário, impor a ele que apresente um plano de ação para sanar a ofensa e negociar com ele a solução mais adequada e a que menos prejuízos causa às demais políticas e programas em curso.⁸³

Neste passo, ao exercer o controle de políticas públicas, por violação estatal dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário realinha a conduta das demais formas de expressão do Poder Estatal ao princípio da igualdade substancial, traduzido no artigo 3º da Constituição da Federal.⁸⁴

80 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 133.

81 A ação civil pública não se presta para criação de normas de direito material. Entretanto, pode ter por objeto a obrigação de fazer ou não fazer, a respeito de uma política pública que, inobstante está atrelada a um dever discricionário, devendo se pautar pelo razoável e pelo eficiente, ambos os princípios constitucionalmente previstos, além de todos os demais, também aplicáveis à Administração Pública. Violar esse objetivo, possível será o controle pela ação civil pública. Cf. FRANCO, Fabio Luis; MARINS, Antônio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas – cabimento e admissibilidade. *Revista Jurídica CESUMAR*, v. 3, n. 1, p. 340.

82 OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Repensando o estado constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 8, n. 59, p. 127-128.

83 JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas – concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Juspodium, 2009, p. 156.

84 CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a reserva do possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 235.

Mais uma vez, repete-se a análise de pertinência e da compatibilidade entre a política de Estado originária e as alterações introduzidas posteriormente, bem como entre as políticas de governo e a política de Estado sempre tendo como referência o direito fundamental, é atribuição típica do Poder Judiciário, órgão estatal que deve dizer o direito, por desejo expresso do próprio legislador constituinte.⁸⁵

Merece registro, ainda, que, em havendo divergência sobre se uma determinada política pública é constitucionalmente prioritária, a decisão final será do Poder Judiciário, guardião da Constituição da República, não funcionando, portanto, tal divergência como óbice à sindicabilidade das políticas públicas sociais.⁸⁶

Em suma, deve o Poder Judiciário, como guardião maior da Constituição, possibilitar a prevalência das escolhas feitas pelo real detentor do Poder, o Povo, opções estas perenes com o ideal constitucional e, não, meramente ocasionais, as quais, embora possam estar fundadas em suposta “discricionariedade”, jamais podem contrariar ou desatender à Lei Fundamental.⁸⁷

A análise deste tipo de problema sugere sempre o método da proporcionalidade da ponderação para sua resolução, pois existe uma clara colisão de direitos fundamentais. De um lado, o direito fundamental da Administração Pública de exercer sua discricionariedade na persecução do interesse público e, de outro, os direitos dos indivíduos a terem o seu direito fundamental social efetivado da forma mais eficiente. O que importa, nessa senda, é justamente notar que a questão não

85 FRANÇA, Giselle de Amaro e. *O poder judiciário e as políticas públicas previdenciárias*. Dissertação (Mestrado) – USP. São Paulo, 2010, mimeografado.

86 REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 371.

87 *Ibidem*, p. 376.

gira em torno da admissibilidade, mas do mérito, cabendo ao Poder Judiciário a verificação, no caso concreto, segundo condicionantes fáticas (necessidade e adequação) e jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito).⁸⁸

Saliente-se que inútil será o reconhecimento de um dever constitucional de ação administrativa articulada através de políticas públicas como caminho de efetividade da dimensão objetiva dos direitos fundamentais,⁸⁹ se estas não se revelarem efetivamente úteis ao desvelamento, em favor da cidadania de quais sejam os caminhos e propósito do agir do Poder. Caminhar, portanto, no sentido da construção de políticas públicas conhecidas, consistentes, e democraticamente construídas, é trilhar não só a rota do desiderato constitucional, mas da emancipação da cidadania, reconciliando a Administração com o seu propósito original, que é, considerando seu compromisso com os direitos fundamentais, servir a esta mesma coletividade.⁹⁰

Dessa forma, é possível o controle judicial da eficiência da atuação administrativa, afinal não se pode conceber um dever sem um direito correspondente, ou seja, não é admissível que a Administração Pública tenha o dever de eficiência sem um remédio jurídico correspondente capaz de exigir uma atuação eficaz, voltada a um melhor atendimento do interesse público.⁹¹

88 ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 54.

89 Acerca da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, confira-se: “a dimensão objetiva decorre do reconhecimento de que os direitos fundamentais consagram os mais importantes valores partilhados numa comunidade política”. Cf. SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: BINENBOJM, Gustavo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII (Direitos Fundamentais), p. 331.

90 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 165.

91 TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*.

Frise-se que a atividade administrativa é unicamente vocacionada à satisfação de interesses públicos, sofrendo direcionamento a partir dos direitos fundamentais. O reconhecimento da discricionariedade administrativa, a aplicação pelo legislador de conceitos jurídicos indeterminados, reclama direta associação com a Carta de Direitos Fundamentais, porquanto não haverá sopesamento justo que conduza à prevalência do ato administrativo em detrimento do direito fundamental. Vergastando liberdade concedida pelo legislador, não é válida a atuação discricionária que ignore o comando anterior vertido da Carta de Direito. Em verdade, quanto mais tênue for a vinculação à lei, por isso, mais forte será a vinculação aos direitos fundamentais.⁹²

4.1 Limites à atuação do Judiciário: *standards*

De plano, é importante destacar que o Poder Estatal não é tripartido, e sim uno. A tripartição só pode ser vista em relação à função de cada ente.⁹³

A divisão de funções entre os órgãos do Poder, bem como a sua independência não podem ser consideradas como absolutas. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.⁹⁴

A atuação independente e harmônica dos Poderes exige que sejam consideradas suas respectivas áreas de competência predominante, a fim de que haja controle recí-

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 129.

92 ROSA, Marcio Fernando Elias. Discricionariedade e moralidade administrativa. In: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 173.

93 FRANCO, Fabio Luis; MARINS, Antônio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas – cabimento e admissibilidade. *Revista Jurídica CESUMAR*, v. 3, n. 1, p. 311.

94 SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 97.

proco e se dê maior efetividade aos direitos fundamentais.⁹⁵

Os deveres de proteção aos direitos fundamentais serão levados a sério quando a independência e harmonia entre os Poderes forem capazes de gerar independência e harmonia para as minorias excluídas do acesso aos direitos fundamentais mais básicos, num caminho necessário à conquista da sua própria condição humana.⁹⁶

Destarte, a harmonia e independência convertem-se em interdependência e cooperação entre os órgãos de soberania (Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública) na busca de objetivos comuns, constitucionalmente definidos, tendo o destinatário da norma constitucional importante papel no seu processo de construção, interpretação e concretização.⁹⁷

Assim, a tutela jurisdicional controlando a constitucionalidade das políticas públicas não representa uma interferência indevida que contrarie a regra da divisão dos Poderes. É sabido que a harmonia dos Poderes exige uma interdependência recíproca.⁹⁸

Não fosse o suficiente, no sistema jurídico brasileiro, vigora o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, e os direitos sociais, como direitos fundamentais, devem merecer a adequada proteção do Judiciário, diante do arbítrio ou do descaso do legislador.⁹⁹ Além disso, a garantia de univer-

salidade da jurisdição, prometida solenemente pelo inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República, exige que se reconheçam raríssimos espaços de limitação ao controle inafastável, pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos.¹⁰⁰

Dentro dessa consideração, verifica-se que o Judiciário, quando interfere na avaliação de determinados interesses públicos e sociais, o faz na sua condição legítima de órgão revisor da violação de direitos subjetivos e coletivos que deles derivam. Participa assim, como Poder, da persecução ao objetivo do bem comum, impedindo qualquer desvio administrativo nesse caminho.¹⁰¹

Entretanto, há necessidade de que se examine muito cuidadosamente esta situação quando se está diante de atos praticados pelo magistrado, sob pena de, em última análise, passar a imperar um insustentável clima de arbitrariedade e uma verdadeira ditadura do Poder Judiciário.¹⁰² Por isso, revela-se de nodal importância a utilização de critérios para legitimar a intervenção na seara das políticas públicas.

Ademais, o controle judicial de políticas públicas pode ser concebido como um dever-poder, pois os órgãos judiciais, quando efetivam direitos fundamentais ou controlam políticas públicas, atuam como agentes políticos, devendo aplicar a Constituição e as leis dentro da reserva da consistência,¹⁰³ a fim de

95 CORTÉZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 305.

96 OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Repensando o estado constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 8, n. 59, p. 130.

97 *Ibidem*, p. 131.

98 ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade administrativa e ação civil pública. *Revista dos Tribunais*, n. 657, p. 56.

99 SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen

Juris, 2010, p. 227.

100 Voto vencido do Desembargador Relator Alexandre Freitas Câmara no julgamento da Apelação Cível nº 0193579-61.2007.8.19.0001, em sessão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro realizada em 15/08/2012, p. 9-11.

101 ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade administrativa e ação civil pública. *Revista dos Tribunais*, n. 657, p. 56.

102 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Limites à chamada “discricionariedade” judicial. *Revista de Direito Público*, n. 96, v. 24, p. 157.

103 “Por reserva da consistência, entende-se que o Judiciário, ao proceder à interpretação judicial, deve apresentar argumentos substanciais de que o ato ou a omissão do agente público é incompatível com a Constituição.” Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoproporcionalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e*

não se eximirem da responsabilidade política e social de suas decisões.¹⁰⁴

Não fosse o suficiente, atualmente, a democracia vive uma crise de representatividade sem precedentes.¹⁰⁵ Aqueles que deveriam assumir o papel de representantes do povo acabam por representar interesses particulares de grupos, corporações e afastam-se da *volunté generale*. Nessa quadra, o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário não só é possível, mas é também exigível. A decisão judicial não mais se concebe como fruto da vontade julgadora, resultante do livre convencimento motivado, mas como resultado de um discurso racional democrático, onde atuam, diretamente, no caso específico do

controle das políticas públicas, os Poderes Públicos e os representantes da sociedade e, indiretamente, toda a sociedade por meio do diálogo que se estabelece entre toda a coletividade por intermédio das decisões judiciais dos mais diversos órgãos jurisdicionais, juízes, Tribunais de Segunda Instância e Cortes Superiores.¹⁰⁶

Desta forma, é possível concluir que o adequado controle da Administração Pública é aquele que gera um efetivo desenvolvimento social do cidadão como partícipe de uma estrutura jurídica montada para atender aos seus anseios de paz e de evolução pessoal e intersubjetiva.¹⁰⁷

Assim, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e Tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, bem como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua própria valorização política.¹⁰⁸

Certo é que essa deferência do Judiciário com as decisões administrativas, muito mais do que uma invocação de figuras como discricionariedade e vinculação, será tanto maior quanto mais estiverem presentes elementos como: (i) capacidade institucional do órgão emissor do ato (capacidade técnica, independência, etc.); (ii) baixa densidade normativa da norma a ser aplicada; consequências gerais e futuras (prospectivas), para quem não é parte naquele específico

protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 312.

104 *Ibidem*, p. 311.

105 Tal assertiva pode ser facilmente observada pela análise das manifestações da população brasileira em várias capitais brasileiras, no fim do mês de junho de 2013, em que se rejeitou a presença de Partidos Políticos, bem como apresentava como uma de suas bandeiras o combate à corrupção atrelada aos agentes eleitos, bem como a não aprovação da intitulada “PEC 37”, que retira do Ministério Público o poder investigatório, fato este que dificultaria a investigação, principalmente, de políticos. Inclusive, dos demais objetos das referidas manifestações, extrai-se justamente o tema deste estudo a aplicação primordial das verbas públicas para a implementação dos direitos fundamentais intimamente ligados ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, quais sejam, à guisa de exemplo, saúde e educação. No que se refere à expressão núcleo essencial vale ressaltar que Jane Pereira Gonçalves Reis prefere a expressão “limites dos limites”, que a define como sendo “as várias restrições que as ordens constitucionais prescrevem como condições de legitimidade da atividade legislativa na seara dos direitos fundamentais.” Para a autora, tratar-se-ia “de um conjunto de regras processuais ou metodológicas que defluem do caráter supremo e vinculante das disposições de direito fundamental e do princípio do Estado de Direito”. Cf. PEREIRA, Jane Gonçalves Pereira. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais – uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 507. “A partir desta premissa, percebe-se que o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.” Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites dos limites. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 243.

106 JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas – concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: JusPodium, 2009, p. 166.

107 JACOB, César Augusto Alckimin. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 249.

108 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial – direito e política no Brasil contemporâneo. In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 282.

processo, da decisão que vier a ser tomada; (iii) caráter técnico do ato sob controle; (iv) natureza colegiada da decisão; (v) grande identidade do caso concreto com a hipótese de incidência abstratamente prevista na lei; (vi) pouca magnitude dos direitos restringidos pela Administração; (vii) higidez do processo administrativo que o precedeu, inclusive se teve audiências ou consultas públicas, se estas tiverem participação significativa, se forem devidamente respondidas, etc.¹⁰⁹

Frise-se que se o poder discricionário é um poder de decisão do modo como a Administração deverá adimplir seu dever, então, também na seara processual, à Administração compete esta escolha, o que está assegurado no artigo 325 do Código de Processo Civil vigente, que prevê a hipótese de ser possível o cumprimento da obrigação por mais de um meio, cabendo a escolha quanto ao modo do adimplemento à Administração-ré.¹¹⁰

Nessa toada, observa-se que “não seria lícito a uma parte, unilateralmente, arrogar-se por *ius eligendi* pertencente a outra.”¹¹¹

Essa perspectiva processual coaduna-se com a tese de Robert Alexy¹¹² de que é irrelevante a forma jurídica pela qual a prestação fática positiva é adimplida, desde que seja satisfeito o interesse contemplado pela norma.

Assim, a Administração, ré em uma ação inibitória, que objetiva o cumprimento de prestação social específica, independentemente da forma como foi elaborado o pedido, tem a oportunidade de manifestar na própria contestação o modo pelo qual pretende cumprir o dever em vista de competir-lhe a

escolha por força da lei, que lhe confere poder discricionário. Senão desejar manifestar, desde logo, sua opção, pode reservar o uso desta faculdade para o momento de cumprimento da prestação, caso seja vencida na ação. Nesta segunda hipótese, o juiz deverá, em analogia ao que dispõe o artigo 800 do Código de Processo Civil vigente, fixar um prazo para que a demandada exerça a sua opção no momento em que ordenar o cumprimento do dever específico, dando ciência à parte que o não exercício da oportunidade no prazo determinado acarretará a escolha por parte da autora da ação.¹¹³

Inclusive, em matéria de adimplemento de direitos sociais, é adequado que a Administração apresente um plano para o cumprimento da obrigação pleiteada. Neste plano, devem ser discriminadas metas e prazos a serem cumpridos e demonstrados em juízo, sob pena das medidas de coerção do artigo 536 do Código de Processo Civil vigente.¹¹⁴

Frise-se que não poderá haver qualquer recusa, sob pena de: (i) sujeitar o administrador às penas do artigo 330 do Código Penal, em razão de ter incidido na prática do crime de desobediência; (ii) intervenção estadual no Município ou federal no Estado;¹¹⁵ (iii) sujeitar o Presidente da República ao crime de responsabilidade, nos termos do disposto no artigo 85, VII, da Carta Constitucional;¹¹⁶ e (iv) a aplicação de multa diária (*astreintes*) ou o título de ato atentatório ao exercício da jurisdição.¹¹⁷

109 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 621.

110 LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito do Estado*, n. 12. Rio de Janeiro: Renovar/ Instituto Ideias, 2008, p. 223-261.

111 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

112 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 194 e ss.

113 LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito do Estado*, n. 12. Rio de Janeiro: Renovar/ Instituto Ideias, 2008, p. 223-261.

114 *Ibidem*, p. 223-261.

115 “A ação ou omissão do Chefe do Executivo que embargue o desfrute dos direitos sociais pode ensejar crime de responsabilidade, pois o art. 85, da Constituição configura como tal o atentado contra o exercício dos direitos sociais.” Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 57.

116 ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade administrativa e ação civil pública. *Revista dos Tribunais*, n. 657, p. 58.

117 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de



Ademais, insta destacar que “não basta mais ao exercício da jurisdição a mera intervenção através da expedição de ordens, é preciso acompanhar a efetivação das decisões.”¹¹⁸

Da experiência norte-americana, extrai-se a adoção da figura do *office of the court, do receiver, do master, do administrator, dos committees* ou do comissário *ad acta* em sede de execução do provimento judicial. Nestes casos, o magistrado é auxiliado por leigo, com formação profissional específica, ao qual se confia a administração inclusive de órgãos públicos, sempre sob a orientação da Corte, mediante prestação de contas e sendo suscetível de revisão pelo juiz de qualquer ato por aquele praticado diante de requerimento

políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 140.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 59.

do executado ou do exequente.¹¹⁹

Em razão desta necessidade de acompanhamento pelo juiz da execução dos julgados mais complexos, certas decisões chegaram a prever o encaminhamento pelo réu de relatórios sobre o andamento das providências adotadas, pois se percebe nestas decisões a preocupação em fazer com que complexidade de seu cumprimento, que, naturalmente, demandará algum tempo, não venha a acarretar a sua ineficácia. Pode-se afirmar que tal medida busca inspiração nas *structural injunctions* norte-americanas.¹²⁰

5. Ações coletivas: contornos institucionais

Tradicionalmente, o Judiciário esteve voltado à resolução de disputas privadas. Com a introdução das ações coletivas em nosso sistema judicial, o Poder Judiciário passa a atuar sobre o interesse público, decidindo, entre vários interesses antagônicos na sociedade, qual deles deve prevalecer em uma dada situação concreta, tendo em vista os valores consagrados no sistema jurídico.¹²¹

E, justamente, as ações coletivas servem à litigação de interesse público, ou seja, servem às demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade.¹²²

Neste contexto, o processo deverá obedecer a um novo modelo com cognição ampliada, que permita ao magistrado dia-

¹¹⁹ TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos – perfis comparatísticos. Trad. Tereza Carreira Alvim. *Revista de Processo*, n. 59, ano 15.

¹²⁰ GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 395.

¹²¹ SALLES, Carlos Alberto de. Existe um processo civil de interesse público? *Revista de Direito*, São Paulo: Universidade Ibirapuera, v. 1, n. 2, nov. 1999, p. 31-32.

¹²² DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. v. 4. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011, p. 37.

logar com o administrador para obter todas as informações necessárias a uma sentença justa e equilibrada, que inclua o exame do orçamento e a compreensão do planejamento necessário à implementação da nova política pública. A sociedade deverá ser ouvida em audiências públicas, admitindo-se a intervenção de *amicus curiae*. Caberá ao magistrado, ainda, atentar para outras despesas que possam comprometer o mesmo orçamento, o que poderá ser feito pela reunião de processos em primeira ou segunda instância.¹²³

Em conjunto com esta possibilidade/necessidade de cognição ampliada, há várias outras razões para se priorizar as ações coletivas. À guisa de exemplo, percebe-se que as decisões em ações coletivas: (i) garantem a universalização da prestação a todos que se encontrem na mesma situação;¹²⁴ (ii) desorganizam menos a Administração Pública, pois não haverá centenas de decisões particulares que condicionem, desordenadamente, a atuação do administrador; (iii) possibilitam a discussão com o cuidado necessário aos aspectos técnicos envolvidos¹²⁵ (fato este que

pode ocorrer até mesmo antes do ajuizamento da ação civil pública, pois o Ministério Público (por exemplo)¹²⁶ pode instaurar inquérito civil, no qual os aspectos técnicos pertinentes podem ser devidamente examinados); (iv) estimulam que o cidadão se mobilize para a atuação política conjunta, sobretudo através de associações da sociedade civil; (v) evitam que apenas cidadãos que possuam um acesso qualificado à Justiça sejam efetivamente destinatários de prestações sociais; (vi) possibilitam a análise, de modo mais preciso, do impacto da política no orçamento;¹²⁷ e (vii) conduzem a uma unitariedade de manifestação judicial sobre uma dada situação de ampla dimensão social, que a muitos afete.¹²⁸

Ademais, as ações coletivas são fundamentais sob o ponto de vista do próprio direito material, em termos de possibilitar

viabiliza-se seu funcionamento adequado, com o apoio de auxiliares especializados.” *Ibidem*, p. 340.

123 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 139.

124 Destacando de uma ação coletiva em espécie, qual seja, a ação civil pública, Marcos Maselli Gouvêa ressalta que a referida “contribui para que problemas comuns a diversas pessoas sejam tratados de forma igualitária. Direitos prestacionais, na medida em que implicam despesas que podem afetar a fruição dos mesmos direitos por outras pessoas, não devem ser tratados de forma pulverizada, mas molecularmente e a ação coletiva proporciona ao Judiciário a perspectiva global que permite definir a extensão dos direitos vagamente enunciados sem prejuízo para as demais pessoas e com viabilidade financeira. Não seria justo que as primeiras pessoas que intentassem ações visando ao reconhecimento destes direitos recebessem maximamente seus quinhões, deixando as demais desassistidas.” GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 339.

125 Em especial “a ação civil pública permite que o Judiciário concentre esforços operacionais, alocando, de forma otimizada, peritos, monitores, oficiais e comissários. Dificilmente a Justiça teria condições materiais de aparelhar os diversos órgãos jurisdicionais que viessem a se deontar, individualmente, com casos desta complexidade. Concentrada a apreciação do litígio em um único órgão,

126 Acerca da legitimidade para o ajuizamento de ações coletivas, merece registro a divergência doutrinária sobre a legitimidade ativa da Defensoria Pública introduzida pela Lei nº 11.448/2007. Em relação ao tema, confira-se: CÂMARA, Alexandre Freitas. Legitimidade da defensoria pública para ajuizar ação civil pública: um possível primeiro pequeno passo em direção a uma grande reforma. In: SOUSA, José Augusto Garcia de. *A defensoria pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 45-50. Vale ressaltar que a legitimidade ativa da Defensoria Pública na mencionada hipótese vem ensejando grandes avanços para o objetivo de uma sociedade mais justa e solidária, conforme se pode depreender da coletânea de julgados catalogados no “I Relatório Nacional de atuações coletivas da Defensoria Pública: um estudo empírico sob a ótica dos “consumidores” do sistema de justiça” realizado pela ANADEP (Associação Nacional dos Defensores Públicos) nos anos de 2012/2013, sob a gestão de André Machado de Castro e coordenação técnica de José Augusto Garcia de Sousa, que, gentilmente, cedeu a versão digital do estudo para esta pesquisa, prática esta digna do presente registro de agradecimento.

127 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 543-544.

128 ALVIM, Arruda. A ação civil pública – sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 82.

uma resposta à altura, no sentido de inibir a continuidade do ato ilícito. Uma resposta meramente individual poderia até significar uma satisfação para a pessoa que foi ao Judiciário, mas toda a coletividade continua carente daquela prestação, fato este que pode representar um estímulo para a continuidade das práticas ilícitas nos mais diversos aspectos, sob uma análise de custo-benefício em se manter na inércia. Portanto, do ponto de vista do direito material, esta resposta coletiva é fundamental para que o próprio ordenamento jurídico seja, de fato, respeitado.¹²⁹

Assim, ações civis públicas, ações individuais, ações para controle de constitucionalidade, ação popular,¹³⁰ entre outras, são admissíveis, observado seus procedimentos e peculiaridades, para efetivar a tutela dos direitos por meio da intervenção judicial.¹³¹

Sendo certo que “as demandas coletivas passam a integrar o rol de instrumentos possíveis de participação da sociedade na administração da coisa pública.”¹³²

6. Ação civil pública como instrumento de controle

A ação civil pública revela-se, na atualidade, importante instrumento processual na implementação judicial de direitos

prestacionais,¹³³ pois possibilita a supressão destas omissões inconstitucionais.¹³⁴

Isto se deve ao fato de que a ação civil pública, enquanto mecanismo privilegiado da tutela de interesses coletivos, não é apenas uma forma mais racional ou adequada à sociedade de massa, mas também um instrumento pelo qual os seus agentes, em especial, ONGs e o Ministério Público, estão ampliando os foros de debate público sobre justiça social, em particular nas políticas públicas, o meio por excelência de sua realização. Isto significa que a ação civil pública se tornou um instrumento de política e de influência na gestão de políticas públicas e que, em grande medida, a sua operacionalização se realiza e vivifica por meio de regras de julgamento fundadas em princípios gerais de direito. Significa, ainda, que ela se torna um instrumento de luta política, informada e formadora da opinião pública, e não apenas da implementação de direitos patrimoniais.¹³⁵

Sob esta perspectiva, observa-se que a ação civil pública é instrumento de exercício da democracia participativa direta e o juiz, ao julgá-la, exerce função política qualificada, ao lado da jurídica,¹³⁶ pois não há como decidir uma ação civil pública que afete a todo um amplo universo de pessoas sem considerar o seu efeito sobre as políticas públicas em vigor e as verbas existentes. O julgamento, nestes casos, deve levar em consideração obrigatoriamente a análise da “macrojustiça”,

129 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Efetivação dos direitos fundamentais mediante ação civil pública para implementar políticas públicas. *Revista de Processo*, n. 163, ano 33, p. 314.

130 “Os direitos sociais fazem parte do acervo histórico, jurídico, ético e cultural dos povos civilizados, integram o patrimônio cultural do povo brasileiro. Por isso, se incluem no conceito de patrimônio público. Daí que sua lesão pode ensejar propositura de ação popular constitucional, com base no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988.” Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 57.

131 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 56.

132 ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e controle das políticas públicas pelo poder judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, p. 504.

133 GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 331.

134 OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Repensando o estado constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 8, n. 59, p. 127.

135 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 565.

136 ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e controle das políticas públicas pelo poder judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, p. 509.

que envolve a legitimidade do atendimento de determinados pleitos num quadro de escassez de recursos.¹³⁷

Assim, a ação civil pública suscita o debate em torno da produção judicial e das omissões dos demais ramos do Poder Público, contribuindo, assim, para o fortalecimento da solidariedade social e o sentido de cidadania, que o individualismo processual tradicionalmente desestimula.¹³⁸

Registre-se, por oportuno, que não prestigiar a tese que admite o uso da ação civil pública quando o pedido é a implementação de políticas públicas, ensejaria a possibilidade de o administrador ficar livre para descumprir normas constitucionais e dispositivos legais, inclusive orçamentários, sem poder ser compelido na via judicial ao respectivo cumprimento.¹³⁹

Nesta senda, percebe-se que a ação civil pública é mais um instrumento com o qual se tem procurado imprimir uma maior efetividade dos direitos fundamentais sociais.¹⁴⁰

Importa destaque o fato de que haverá impossibilidade jurídica do pedido da ação civil pública quando se tratar de uma ingerência genérica do Judiciário na Administração Pública. O mesmo, porém, não se pode dizer de um pedido referente a certa situação concreta, seja comissiva ou omissiva do Estado, originando a violação a interesses difusos ou coletivos.¹⁴¹

137 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 584.

138 GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 340.

139 ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 72-73.

140 DUARTE, Leonardo de Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 216.

141 REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de

7. Síntese conclusiva

1. O Estado cumpre fins constitucionalmente determinados e deve organizar-se racional e eficazmente para alcançá-los.¹⁴²

2. Quando o Estado e seu sistema de proteção aos direitos fundamentais não forem capazes de garantir a existência digna de seu povo é o momento de repensar a sua própria razão de existência. A via de realização do ideal republicano e democrático é a mesma via de realização dos direitos fundamentais e humanos.¹⁴³

3. Normas programáticas conduzem políticas públicas, objetivando a realização dos valores consagrados constitucionalmente proclamados na consecução das finalidades do Estado, daí a sua intrínseca e mútua correspondência, em prol do bem-estar e da justiça social.¹⁴⁴

4. O elemento político (ou seja, a relação da comunidade com o poder) deve ser reconhecido pela prática do Direito Administrativo tanto no processo de definição do interesse público, como na sua execução, o que constitui campo de atuação de uma política pública.¹⁴⁵

5. O Direito deve ter uma pretensão de autonomia em relação à Política, a fim de possibilitar a subsistência do conceito de Estado de Direito, além de garantir a confiança da sociedade nas instituições judiciais. Contudo, essa autonomia será sempre relativa, pois não pode haver hegemonia nem de um nem

Janeiro: Renovar, 2003, p. 253.

142 OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Repensando o estado constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 8, n. 59, p. 131.

143 *Ibidem*, p. 136.

144 GARCIA, Maria. Políticas públicas e normas programáticas: a efetividade da constituição, administração pública e o estado de direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 76, p. 105.

145 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 280.

de outro.¹⁴⁶

6. Na alocação de recursos, é necessário levar em consideração o fato de ser a sociedade pluralista, com diversos valores, interesses e, em consequência, múltiplas necessidades a serem atendidas, e, principalmente, o grau de essencialidade da pretensão conforme a situação de momento.¹⁴⁷

7. O legislador, ao exercer sua função constitucional típica, deve atentar para a realidade em que incidirá a norma. Caso haja um descompasso inaceitável entre o determinado pela lei e o observado no mundo dos fatos, estará afetada a legitimidade da norma, podendo-se cogitar sua inconstitucionalidade em decorrência das circunstâncias fáticas.¹⁴⁸

8. O pedido a ser formulado no processo coletivo deve estar sujeito à fungibilidade, a fim de que o veículo para a satisfação dos bens da vida tenha o maior alcance social possível.¹⁴⁹

146 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial – direito e política no Brasil contemporâneo. In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 282-283.

147 AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – UERJ, Rio de Janeiro, p. 204.

148 CLÈVE, Clèmerson Merlin; HONÓRIO, Cláudia. Inconstitucionalidade decorrente de circunstâncias fáticas e administração pública. *Revista de Direito do Estado*, ano 3, n. 11, p. 100.

149 CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 173.

Referências

ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade administrativa e ação civil pública. *Revista dos Tribunais*, n. 657, p. 51-59.

AGUIAR, Cláudio Tenório Figueiredo. O ministério público e a implementação de políticas públicas – dever institucional de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. In: VILLELA, Patrícia (Coord.). *Ministério público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1-22.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ALONSO JUNIOR, Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 207-220.

ALVIM, Arruda. A ação civil pública – sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 73-85.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – UERJ. Rio de Janeiro.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. Direito de avaliação e eventual declaração de comercialidade da descoberta realizada no BC-400. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 249, p. 201-243, set. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4099>>. Acesso em: 30 maio 2014.

_____. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 295-310.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e controle das políticas públicas pelo poder judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, p. 504-527.

AVELINE, Paulo Vieira. *Segurança pública como direito fundamental*. Dissertação (Mestrado) – PUC. Rio Grande do Sul, 2009, mimeografado.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais*. Estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107-164.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial – direito e política no Brasil contemporâneo. In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 237-284.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-161.

BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. *Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*, v. 1, n. 1, p. 45-78.

_____. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOSCO, Maria Goretti Dal. *Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa*. Curitiba: Juruá, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (coord.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-50.

_____. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio Cesar dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 225-260.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Legitimidade da defensoria pública para ajuizar ação civil pública: um possível primeiro pequeno passo em direção a uma grande reforma. In: SOUSA, José Augusto Garcia de. *A defensoria pública e os processos coletivos: comemorando a lei federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 45-50.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O orçamento e a reserva do possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 225-236.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 3-42.

CASTELLS, Manuel. Para o estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Orgs.). *Sociedade e estado em transformação*. Brasília: Enesp, Enap e Imprensa Oficial, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; HONÓRIO, Cláudia. Inconstitucionalidade decorrente de circunstâncias fáticas e administração pública. *Revista de Direito do Estado*, ano 3, n. 11, p. 85-103.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, ano 86, v. 737, p. 11-22.

CORTÊZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 285-308.

COURTIS, Christian. Critérios de justificabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 487-514.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011. v. 4.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

DUARTE, Leonardo de Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FRANCO, Fabio Luis; MARINS, Antônio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas – cabimento e admissibilidade. *Revista Jurídica CESUMAR*, v. 3, n. 1, p. 305-343.

- FRANÇA, Giselle de Amaro e. *O poder judiciário e as políticas públicas previdenciárias*. Dissertação (Mestrado) – USP. São Paulo, 2010, mimeografado.
- FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- FRISCHEISEN, Luísa Cristina Fonseca. *Políticas públicas – a responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GARCIA, Maria. Políticas públicas e normas programáticas: a efetividade da constituição, administração pública e o estado de direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 76, p. 101-114.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. Prefácio. In: DUARTE, Leonardo de Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 125-150.
- JACOB, César Augusto Alckimin. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 237-284.
- JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas – concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: JusPodium, 2009.
- KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, v. 8, p. 177-224.
- LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar/Instituto Ideias, n. 12, p. 223-261, 2008.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 1, p. 559-565.
- MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a centralidade do orçamento na efetivação de direitos a prestações estatais e a fixação de parâmetros para a intervenção judicial em políticas públicas*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005, mimeografado.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 10. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Efetivação dos direitos fundamentais mediante ação civil pública para implementar políticas públicas. *Revista de Processo*, n. 163, ano 33, p. 312-320.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites dos limites. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 241-314.

MILARÉ, Édís. *Ação civil pública*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAND, Charles-Albert. *Le droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Repensando o estado constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 8, n. 59, p. 1-18.

PASSOS, Aline Araújo. Ações coletivas e implementação de políticas públicas para a tutela de direitos fundamentais. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional – direito humanos & direitos fundamentais*. Salvador: JusPodium, 2010, p. 477-498.

PAZZAGLINI JUNIOR, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da administração pública*. São Paulo: Atlas, 2000.

PEREIRA, Jane Gonçalves Pereira. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais – uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINTO, Élide Graziane. Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre a execução orçamentária. In: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 69-105.

REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 353-378.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROSA, Marcio Fernando Elias. Discricionariedade e moralidade administrativa. In: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 161-204.

SALLES, Carlos Alberto de. Existe um processo civil de interesse público? *Revista de Direito*, São Paulo: Universidade Ibirapuera, v. I, n. 2, nov. 1999, p. 31-32.

SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Revista de Informação Legislativa*, n. 158, v. 40, p. 265-278.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Princípio da dignidade da pessoa humana no direito constitucional. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 330-360.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: BINENBOJM, Gustavo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII (Direitos Fundamentais), p. 297-332.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 217-232.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 553-586.

SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515-552.

_____; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos – perfis comparatísticos. Trad. Tereza Carreira Alvim. *Revista de Processo*, n. 59, ano 15.

TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. *In*: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 91-160.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Limites à chamada “discricionariedade” judicial. *Revista de Direito Público*, n. 96, v. 24, p. 157-167.

WATANABE, Kazuo. Prefácio. *In*: CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 33-72.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 309-332.