

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

FABIANA LEONARDI CAMPANELLA

**A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2018

FABIANA LEONARDI CAMPANELLA

**A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito em Efetividade do Direito, sob a orientação da Profa. Dra. Patrícia Miranda Pizzol.

Área de concentração: Direitos Difusos e Coletivos,

SÃO PAULO

2018

BANCA EXAMINADORA

Dedico este trabalho ao sábio e dedicado pai **Florindo**, exemplo de homem humilde e idôneo, que me ensinou com seus valores e princípios, a ser uma pessoa honesta. Seu conhecimento e experiência me ajudaram a esclarecer as dúvidas e a superar as crises durante a elaboração dessa dissertação.

À minha amiga e adorável mãe **Leoní**, que me ensinou a ser persistente e determinada na busca dos meus objetivos, que me incentivou quando faltava-me ânimo.

Ao meu irmão **Fernando**, que seu conhecimento, disciplina e concentração me inspiraram a realizar este trabalho, sempre acreditando no meu potencial.

Ao meu irmão **Fabício**, que com sua segurança, incentivou-me e apoiou-me a concluir este trabalho e, com paciência, acompanhou a dedicação para elaboração dessa dissertação.

Aos meus sobrinhos **Henrique e Guilherme**, que mesmo crianças, compreenderam as ocasiões em que me mantive ausente para poder estudar.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus, que me deu Luz e inspiração para elaborar este trabalho.

Desejo expressar o meu reconhecimento pela eficiente e generosa contribuição, direta e indiretamente, prestada pelos sábios e competentes Promotores de Justiça Dr. Florindo Camilo Campanella (Pai); Dr. Alexandre Rocha de Almeida de Moraes, bem como ao Juiz de Direito Dr. Fernando Leonardi Campanella (irmão), que me auxiliaram no deslinde dessa dissertação, fornecendo materiais de consulta e preciosas horas de orientação.

Ao meu querido pai Florindo, um exemplo de homem honesto, humilde, inteligente, trabalhador, atencioso, educado, carinhoso, sereno, que mesmo atarefado com seus pareceres nos processos do Colégio Recursal, sempre esteve disposto a me ajudar aos sábados, domingos e feriados, e nos momentos mais difíceis em que eu estava em crise com o tema desse trabalho... aparecia como um anjo que surge para iluminar nossos pensamentos e nos acalmar.

À minha querida e adorável mãe Leoní, muito carinhosa, alegre, inteligente, experiente, conselheira, atenciosa, que sempre me estimulou mesmo quando eu achava que não ia conseguir concluir esse trabalho, ou quando ninguém acreditava que eu fosse capaz; lá estava ela torcendo pela sua filha, aliás, como toda mãe faz, mas ela é especial, não só por acreditar em mim, mas por ser minha mãe.

Ao meu irmão Fernando, também um homem íntegro, inteligente, humilde, trabalhador e determinado (virtudes herdadas do nosso pai), que mesmo muito ocupado com seu trabalho, sempre dispôs de seu tempo precioso para me dar conselhos e me ensinar.

Ao meu irmão Fabrício, o único da família que não seguiu os caminhos jurídicos, sempre muito paciente, escutava as conversas jurídicas entre eu, meu irmão Fernando e meu pai, e mesmo não entendendo nada do assunto, muito sereno e seguro (características também herdadas do meu pai e típicas de um engenheiro), sempre paciente, acompanhando a realização deste trabalho.

Ao meu sobrinho Henrique, que muito estudioso na escola comemorava cada etapa da mestradado cumprida; e meu sobrinho Guilherme, que dizia: “deixa a tia estudar, porque ela precisa passar de ano””. Mesmo crianças entendiam que, às vezes, deixava de dar atenção para estudar.

À Professora Doutora Patrícia Miranda Pizzol, a quem eu admiro como pessoa, professora e como mãe. Acreditou em mim desde o começo, me incentivou durante todo o mestradado, me ajudou nos créditos das disciplinas, nas publicações dos artigos, na bibliografia da dissertação e quem me ensinou a lecionar; pessoa que, pra mim, será sempre um exemplo a ser seguido.

Ao Ministério Público do Estado de São Paulo, que permitiu que eu estudasse, autorizando horários especiais para que eu assistisse às aulas, autorizando que tirasse férias para escrever essa dissertação e, principalmente, foi minha inspiração para enfrentar o tema árduo dessa dissertação.

Aos Promotores de Justiça e colegas analistas jurídicos da VI Promotoria Criminal da Barra Funda – Capital, que sempre me incentivaram e me apoiaram nessa trajetória acadêmica.

RESUMO

Este trabalho tem como tema “A atuação do Ministério Público no controle das Políticas Públicas”, tendo como estudo inicial o processo de conquista dos direitos sociais constitucionais e a formação jurídica dos direitos difusos e coletivos ao longo da história e de mudanças sociais, políticas e jurídicas. No intuito de tutelar judicialmente esses direitos, discute-se a possibilidade de exigir do Estado a promoção desses direitos quando se apresenta omissivo, sem que se viole a harmonia entre os três poderes, ou interfira na discricionariedade administrativa, já que se trata de direitos fundamentais, protegidos por cláusulas pétreas, com mínimo densidade normativa e de aplicação imediata, além de não ser opção do administrador a escolha em provê-los ou não, possuindo apenas margem de liberdade quanto aos meios pelos quais venha atender as demandas sociais. Entretanto, essa cobrança do Poder Público deve ser feita dentro de parâmetros, visando tutelar direitos que compõem um mínimo existencial, observando verba orçamentária e sempre buscando uma decisão razoável. Almeja-se que os direitos possam ser acessíveis a todos, sendo as políticas públicas o meio adequado para a concretização desses direitos, a consolidação da cidadania participativa e redução da desigualdade social. Por fim, aborda-se a atuação do Ministério Público, por meio da ação civil pública e da tutela específica, bem como pelo inquérito civil, termo de ajustamento de conduta e recomendações, tutelando direitos difusos e coletivos e sociais, sempre no objetivo de proporcionar melhor qualidade de vida para as pessoas, construir uma sociedade mais igualitária e valorizando a democracia.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Ministério Público. Interesses Difusos Coletivos. Direito Processual.

ABSTRACT

This work has as its theme the Public Prosecution Service in the control of Public Policies, having as initial study the process of conquering constitutional, social rights and the legal formation of diffuse and collective rights throughout history and social, political and juridical changes. In order to protect these rights judicially, it has been discussed the possibility of demanding from the State, the promotion of these rights when it is omitted, without violating the harmony between the three judiciaries, or interferes in the administrative discretion, since they are fundamental rights protected by stony clauses, with minimum normative density and immediate application, besides not being the option of the administrator the choice to prove them or not, having only a margin of freedom as to the means by which meet the social demands. However, this charge from the Public Authorities must be done within parameters, aiming to protect rights that make up an existential minimum, observing budgetary funds and always seeking a reasonable decision. It is hoped that the rights can be accessible to everyone, with public policies being the appropriate means for the realization of these rights, the consolidation of participatory citizenship and the reduction of social inequality. Finally, the Public Prosecutor's Office is addressed, through public civil action and specific protection, as well as the civil inquiry, term of adjustment of conduct and recommendations, protecting diffuse and collective and social rights, always in the objective of providing better quality of life for people, building a more egalitarian society and valuing democracy.

Keywords: Public Policies. Public Prosecution. Collective Diffuse Interests. Procedural Law.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 -	As sete fases principais do Ciclo das Políticas Públicas.....	167
Figura 2 -	Terceiro modelo com cinco estágios do Ciclo das Políticas Públicas.....	177
Figura 3 -	Site do Ministério Público – link SIS Integrado.....	240
Figura 4 -	Site do Ministério Público – link SIS Integrado.....	240

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	13
1	O PROCESSO DE CONQUISTA E AS ESTRATÉGIAS DE POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS.....	20
1.1	Evolução histórica dos Direitos Fundamentais Sociais.....	21
1.1.1	Direitos Fundamentais.....	24
1.2	Princípios norteadores dos Direitos Fundamentais.....	27
1.2.1	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	27
1.2.2	Proibição do Retrocesso.....	30
1.2.3	Justiça Social.....	31
1.3	Formas de Proteção e Positivação dos Direitos Sociais.....	33
1.3.1	Aplicabilidade Imediata.....	36
1.3.2	Condição de Cláusulas Pétreas.....	37
1.3.3	Direito Público Subjetivo.....	38
2	O PROCESSO DE FORMAÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS.....	42
2.1	Contexto histórico da Formação Política do Estado, da Filosofia Moderna e da Ciência do Direito.....	43
2.2	As transformações na Sociedade Contemporânea que levaram às diversas mudanças sociais, políticas e jurídicas.....	48
2.2.1	A Sociedade de Riscos.....	48
2.2.2	A Sociedade de Consumo.....	52
2.2.3	A Valorização da Técnica.....	54
2.2.4	A importância da Ética.....	56
2.2.5	Globalização e Pós-Modernidade.....	58
2.3	Os Direitos Difusos e Coletivos sob análise jurídica: evolução, definição dos Direitos Difusos e Coletivos.....	64
2.3.1	Evolução dos Direitos Humanos.....	66
2.3.2	Definição dos Direitos Difusos e Coletivos.....	77

3	CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS, TRIPARTIÇÃO DE FUNÇÕES E A DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO.....	84
3.1	Políticas Públicas.....	85
3.2	Tripartição de funções e a Discricionariedade do Administrador Público.....	87
3.2.1	Normas Programáticas e o Controle Jurisdicional.....	92
3.2.2	O Controle Judicial sobre Atos Administrativos Discricionários....	93
3.2.3	Colisão de Direitos.....	100
3.3	Considerações parciais.....	100
4	DIFERENÇAS ENTRE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES NO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	102
4.1	Judicialização.....	104
4.2	Ativismo Judicial.....	106
4.3	Críticas à Intervenção Judicial no Poder Público.....	115
4.3.1	Riscos para Legitimidade Democrática.....	115
4.3.2	Riscos à Politização da Justiça.....	117
4.3.3	Os limites da capacidade institucional do Poder Judiciário.....	119
4.4	O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas.....	121
4.4.1	Direito e Política: conceitos interdependentes.....	122
4.4.2	O conceito de Políticas Públicas.....	128
4.5	Parâmetros no Controle Judicial de Políticas Públicas.....	135
4.5.1	Mínimo Existencial.....	137
4.5.2	Reserva do Possível.....	140
4.5.3	Razoabilidade.....	146
4.6	Considerações parciais.....	149
5	O CICLO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: IMPLEMENTAÇÃO, EXECUÇÃO E CONTROLE.....	151
5.1	Os diversos fatores que influenciam no processo complexo de elaboração das Políticas Públicas: Legitimidade, Universalidade e Coercitividade.....	152
5.2	Elementos das Políticas Públicas.....	156

5.2.1	Programa.....	156
5.2.2	Ação.....	157
5.2.3	Coordenação.....	157
5.2.4	Processo.....	159
5.3	O Ciclo das Políticas Públicas.....	160
5.3.1	O Ciclo segundo Clarice Seixas Duarte.....	161
5.3.1.1	Formação.....	161
5.3.1.2	Execução.....	163
5.3.1.3	Avaliação.....	163
5.3.1.4	Fiscalização e Controle.....	164
5.3.2	O Ciclo segundo Leonardo Secchi.....	167
5.3.2.1	Identificação do Problema.....	167
5.3.2.2	Formação da Agenda.....	168
5.3.2.3	Formulação de Alternativas.....	170
5.3.2.4	Tomada de Decisão.....	171
5.3.2.5	Implementação da Política Pública.....	173
5.3.2.6	Avaliação.....	175
5.3.2.7	Extinção.....	176
5.3.3	O Ciclo segundo Randall B. Ripley.....	177
5.3.3.1	Definição da Agenda.....	178
5.3.3.2	Formulação e Legitimação de Metas e Programas.....	178
5.3.3.3	Implementação do Programa.....	179
5.3.3.4	Avaliação de Implementação, Desempenho e Impactos.....	180
5.3.3.5	Decisões sobre o futuro da Política e do Programa.....	180
5.4	Considerações parciais.....	181
6	A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	184
6.1	Perfil Constitucional.....	187
6.2	A atuação do Ministério Público na defesa dos Direitos Sociais, Individuais Indisponíveis, Difusos e Coletivos.....	188
6.3	A Legitimação do Ministério Público na efetividade do acesso à justiça e do exercício da cidadania.....	191
6.4	Ministério Público e as Políticas Públicas.....	197

6.5	A Ação Coletiva como Instrumento de Controle das Políticas Públicas	200
6.5.1	Os Direitos Difusos e Coletivos.....	200
6.5.2	Microsistema Processual Coletivo.....	202
6.5.3	Legitimidade para Agir.....	203
6.5.3.1	Legitimidade Ordinária.....	211
6.5.3.2	Legitimação Extraordinária.....	212
6.5.3.3	Legitimação Autônoma.....	214
6.5.4	Ação Civil Pública.....	215
6.5.5	Tutela Específica.....	217
6.5.6	Sanções para o descumprimento da Ordem Judicial.....	224
6.5.7	Instrumentos Extraprocessuais passíveis de utilização no controle das Políticas Públicas.....	231
6.5.7.1	Inquérito Civil.....	231
6.5.7.2	Termo de Ajustamento de Conduta e o Banco de Dados.....	235
6.5.7.3	Recomendação.....	241
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	244
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	254

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a discutir a implementação das políticas públicas por meio da atuação do Ministério Público.

Primeiramente, pretende-se estudar os direitos sendo conquistados e reconhecidos ao longo da história, a positivação no ordenamento jurídico, em especial, na Constituição Federal, adquirindo a condição de fundamentais a dignidade humana, bem como garantindo-lhes maior proteção, não podendo ser suprimidos pela legislação infraconstitucional, ou, em caso de ameaçados ou violados devendo ser submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

Busca-se debater como exigir do Estado a observância dos direitos sociais constitucionais perante toda sociedade. Como pleitear em juízo que o Poder Público atenda às necessidades de forma igualitária, mesmo que haja omissão legislativa infraconstitucional ou alegação da Administração Pública em agir sob discricionariedade.

Almeja-se analisar mecanismos que possam exigir do Estado a implementação de prestações sociais oferecidas a todos indistintamente, caso haja omissão, sem que se interfira na harmonia entre os Poderes.

Não só os direitos sociais são fundamentais e necessitam de tutela, como os direitos difusos e coletivos.

Pretende-se estudar os diversos fatores que provocaram mudanças na sociedade, na formação do Estado e no Direito, que levaram ao reconhecimento dos direitos transindividuais despertando interesse em tutelá-los, enfrentando o desafio de definir os direitos coletivos, identificá-los, diferenciá-los e eleger quem os representaria em juízo.

A partir de uma abordagem histórica na formação política do Estado, pretende-se estudar as mudanças ocorridas na sociedade pós revolução industrial, as transformações na ciência do Direito e a preocupação com a dignidade da pessoa humana ao término da Segunda Guerra Mundial, que propiciaram crises na sociedade, a valorização dos direitos humanos e a formação dos direitos difusos e coletivos.

Foi a partir da segunda metade do século XX que começou a se desenvolver a sociedade de consumo, passou-se à valorização da técnica, bem como da ética, além do fenômeno da globalização e da pós-modernidade. Trata-se de fatores que despertaram crises de verdades científicas, influenciando as relações sociais e políticas, a formação e o papel do Estado, desencadeando o interesse jurídico nos direitos difusos e coletivos.

O desafio reside em regular as diversas crises instaladas na sociedade. A sociedade enfrenta riscos ambientais que atingem toda a coletividade. A velocidade da produção tecnológica aplicada em bens de consumo é maior que o tempo de que a natureza precisa para se recuperar de todo o impacto causado. A dificuldade em se imputar a responsabilidade daquele que lucra com a produção, dificulta a reparação do dano. A ausência de postura ética coloca em risco as relações sociais.

O aumento do consumo leva à implementação de contratos em massa, prontamente ajustados, considerados abusivos, colocando consumidores em situação de vulnerabilidade, necessitando assim da intervenção do Estado e surgindo um direito que abrange toda uma classe, categoria ou grupo de pessoas que vierem a se identificar com as relações de consumo ou com prestações de serviços. Consumidores apresentam-se em posição desfavorável num litígio, necessitando de interferência do Estado para suprir o desequilíbrio, como também de tutela jurídica.

A preocupação com o futuro da humanidade, passa a discutir a necessidade de proteger futuras gerações, a sobrevivência humana no planeta, a forma de administrar a ciência com manipulação genética, o desafio de como regrad o comportamento ético diante de novos riscos.

Nota-se a dificuldade de se proteger direitos que transcendem a pessoa do indivíduo e atingem todos indistintamente.

O Direito tradicional clássico apresentava dificuldades de lidar com todos esses fatores e não conseguiu apresentar soluções jurídicas para problemas complexos.

Busca-se discutir qual seria a natureza dos direitos coletivos, pois não se consideram entre os interesses públicos (cujo titular é o Estado) e nem entre os interesses privados (cujo titular é o indivíduo), uma vez que envolvem as necessidades de grupos de pessoas unidas por uma determinada circunstância e por necessitarem de uma tutela jurisdicional.

Um grupo de pessoas por compartilhar o mesmo interesse sobre determinada questão: os moradores de uma região podem ter interesses diversos em muitos aspectos, mas, provavelmente, têm o mesmo interesse na qualidade do meio ambiente local; os consumidores do mesmo produto podem nada ter em comum em todos os demais aspectos da vida, mas compartilham o bem consumido. Nota-se que o que une o grupo é fato de terem o mesmo interesse. Além disso, leis esparsas passaram a regular a tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos, como a Lei de Ação Civil Pública, a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor e, subsidiariamente, o Código de Processo Civil, formando um microsistema processual coletivo.

Pretende-se analisar quem representaria esses direitos em juízo, uma vez que pertencem a toda a coletividade, a pessoas que sequer são determináveis. É preciso debater a natureza da legitimidade, quais seriam os representantes aptos a ingressar em juízo e exigir proteção a direitos que pertencem a todos. E, ainda, debruçar no estudo de cada um dos legitimados e suas peculiaridades, em especial, o Ministério Público.

Uma vez definidos os direitos sociais e os direitos difusos e coletivos, resta, em um segundo momento, discutir como tutelá-los juridicamente. Observando a possibilidade de se ingressar com uma única demanda, a ação coletiva apresenta-se como um instrumento eficaz para obter uma sentença favorável que beneficie a todos interessados que tiverem seus direitos materiais violados, evitando-se o excesso de demandas individuais e o risco de se obter decisões conflitantes.

Um dos desafios, neste momento do trabalho, consiste em discutir a possibilidade de cobrar do Poder Público medidas que possam tornar os direitos sociais e coletivos fundamentais acessíveis a todos.

As políticas públicas se apresentam como medida para a consecução desses direitos, a consolidação da cidadania participativa e a redução da desigualdade social.

Questiona-se se é possível interferir e pleitear o cumprimento dessa obrigação constitucional, ou se esse comportamento violaria a independência dos poderes.

Além disso, sendo de competência da Administração Pública executar as políticas públicas, questiona-se se é um ato discricionário de Poder Público, ou se, sendo uma obrigação constitucional, a discricionariedade consiste tão somente na

escolha de como implementar e não se deve ou não atender os direitos sociais coletivos.

Isso porque, o argumento da separação dos poderes e da problemática discricionariedade administrativa surgem como verdadeiros obstáculos na realização dos direitos sociais, sob a alegação de que cabe ao administrador a escolha de quando e como fazer.

Após enfrentarmos esses desafios, aspira-se estudar as transformações ocorridas no Poder Judiciário. A facilidade de acesso às informações, tornando as pessoas sabedoras de seus direitos, a complexidade das relações, o acesso à Justiça e muitas vezes a inércia do Poder Público, aumenta o número de demandas judiciais. Os julgamentos da Corte superior passam a ser transmitidos pela TV Justiça, cuja exposição contribui para transparência, para o controle social e também para a democracia, muda a imagem do Poder Judiciário, não mais como um Poder distante da política e excessivamente formal, mas agora mais próximo dos interesses da sociedade, deixando de ser um departamento técnico-especializado e se transformando em um verdadeiro poder político, capaz de concretizar a Constituição e as leis.

Assim, também, ocorreu com o Ministério Público após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Considerado instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, tornou-se legitimado para tutelar interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis.

Diante dessas novas posturas pelos órgãos jurisdicionais, é importante diferenciar judicialização de ativismo judicial, sendo a primeira consistente não de uma opção ideológica ou filosófica, mas limitando-se a cumprir à Constituição Federal e à lei. Já o ativismo judicial é uma atitude proativa de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Seu surgimento advém de uma retração do Poder Legislativo, de um certo distanciamento entre a classe política e a sociedade civil, o que dificulta que as necessidades sociais sejam efetivamente atendidas.

Em situações em que o conflito de interesses é complexo, que envolvem toda a coletividade, ponderar esses interesses não é uma tarefa fácil. Sentença procedência/improcedência não se apresenta como melhor solução.

Busca-se enfrentar as críticas à intervenção judicial no Poder Público, referentes aos riscos para a legitimidade democrática, a politização indevida da justiça e os limites da capacidade institucional do Judiciário.

É preciso observar os efeitos que as decisões judiciais podem ocasionar. Sem dispor de informações, tempo e conhecimentos suficientes para julgar determinado assunto, os juízes e tribunais, muitas vezes, acabam proferindo decisões que, embora aparentem ser justas, provocam grandes impactos

No intuito de se evitar onerar o Estado com demandas individuais, a atuação do Ministério Público é essencial para efetivação do direito de forma igualitária e desonerar financeiramente o Estado, apresentando-se as políticas públicas como sendo o caminho mais adequado.

Para que o Estado possa cumprir de forma eficiente esse desafio, é preciso um redimensionamento da atuação dos poderes Executivo, Legislativo e, inclusive, do Judiciário, além de outras instituições, como Ministério Público e Defensoria Pública, no que tange à implementação e ao controle de políticas públicas

O que se discute é como realizar o controle das políticas públicas. Antes, contudo, se faz necessário conceituar o que são políticas públicas, tarefa árdua, pois o tema é complexo, incide em diversas áreas de conhecimento e atuação humana, envolve a Ciência Política e a Jurídica, todas as funções do Estado, direcionado a cumprir metas de realização de bem-estar da população, comprometendo-se a atender aos objetivos constitucionais e reduzir desigualdades.

Pretende-se estipular parâmetros que auxiliam na atuação do Poder Judiciário na busca por uma solução razoável, que tutela direitos mínimos, mas que respeita a limitação de recursos financeiros do Estado, bem como guiam o Ministério Público na fiscalização das políticas sociais. O Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema na ADPF 45 e apresentou alguns parâmetros, os quais se pretende analisar neste trabalho.

Superadas as discussões a respeito da definição das políticas pública e a possibilidade de controle judicial, ainda o presente estudo busca discutir os fatores que influenciam no processo de elaboração das políticas públicas, se a necessidade de planejamento, escolhas dentre aquilo que se apresentar como prioridades, organização da atividade estatal, administração dos recursos orçamentários, tendo conhecimento de que se trata de um processo dinâmico e complexo.

Busca-se avaliar os elementos que a compõem, como as suas etapas de realização que se inicia na elaboração e planejamento e vai até a implementação, avaliação e fiscalização, passando por decisões sobre escolha de prioridades e alocação de recursos. Pretende-se contribuir para que, nos casos concretos, haja melhores subsídios para fundamentar as decisões judiciais que envolvem a efetivação das políticas públicas.

Ainda se almeja discutir como se dá a fiscalização de políticas públicas, quais etapas do ciclo estão sujeitas à fiscalização, quem seria responsável por essa atuação, se seriam membros da sociedade civil, Tribunais de Contas e, em especial, Ministério Público.

Após todo o estudo e desenvolvimento aprofundado, o presente trabalho pretende estar apto para enfrentar o tema da atuação do Ministério Público nas políticas públicas.

Sendo o Ministério Público uma instituição essencial à Justiça, que tem por objetivo defender e promover os direitos constitucionais dos cidadãos, o interesse público, os princípios republicanos e os valores da democracia, apresenta-se como legitimado em representar os direitos sociais e interesses difusos e coletivos.

Almeja-se orientar a atuação do Ministério Público para o equacionamento de três demandas: a inclusão social, a ética nas relações públicas e a melhoria da qualidade de vida.

O desafio do Ministério Público reside em se adequar às necessidades sociais. Atuar como incentivador de entidades e organizações, influenciando positivamente as associações civis voltadas à defesa dos direitos sociais, busca-se uma interação entre o Ministério Público e de seus agentes no meio social.

Na implementação judicial de políticas públicas, o Ministério Público vem atuando seja por meio de ações coletivas, seja em defesa de direitos individuais indisponíveis, como, por exemplo, direito à saúde, educação, saneamento básico, ordem urbanística, patrimônio público, meio ambiente, defesa de crianças e adolescentes, deficientes, idosos, entre outros.

Além disso, aspira-se destacar o papel do órgão do Ministério Público que atua como representante da sociedade civil perante a Administração Pública, agindo de forma independente e autônoma, podendo negociar com entes da Administração, como com entes privados, extrajudicial ou judicialmente, sem depender de

autorização, apresenta-se como idôneo para defender direitos ameaçados ou violados.

No campo das políticas públicas, a intervenção do Ministério Público está ligada à concretização de um direito fundamental em especial: o acesso à justiça, na busca de cobrar e fiscalizar as ações do Poder Público.

Ainda, almeja-se estudar a viabilidade dos processos coletivos, em especial, ação civil pública, pois representando interesses de toda coletividade, de relevância social, a decisão favorável pode beneficiar a todos os titulares do direito material objeto do litígio, não impedindo a propositura de ações individuais ou de novas ações coletivas se o julgamento for de improcedência para a coletividade, respeitando-se o acesso à justiça de todo aquele que sentir seu direito ameaçado ou violado.

Além disso, procurar-se-á estudar as diversas modalidades de tutela específicas, tanto as de cunho preventivo, como as inibitórias e as de remoção do ilícito, como as ressarcitórias que buscam resultado prático equivalentes, com a intenção de buscar efetividade na tutela jurisdicional.

Caso obtida a sentença favorável, o passo seguinte será analisar quais as medidas possíveis de serem aplicadas em caso de não cumprimento à ordem judicial referente à implementação das políticas públicas.

Por fim, há ainda as medidas extraprocessuais, como inquérito civil, termo de ajustamento de conduta, recomendações que, muitas vezes, se apresentam mais eficazes para a tutela dos direitos transindividuais do que a demanda judicial.

Apesar de tantos objetivos e desafios a serem enfrentados neste trabalho, o principal será o de contribuir para que as pessoas possam ter mais dignidade e obter uma melhor qualidade de vida.

1 O PROCESSO DE CONQUISTA E AS ESTRATÉGIAS DE POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS

Ao longo da história, em decorrência de mudanças na sociedade e a formação do Estado, os direitos foram sendo reconhecidos gradativamente e de acordo com as necessidades da população até serem positivados juridicamente e regradados para que pudessem ser tutelados em juízo.

Dentre os diversos direitos, os sociais, previstos na Constituição Federal, constituem o Estado Democrático de Direito Brasileiro e são fundamentais para que o ser humano possa viver com dignidade, além de formadores de uma sociedade mais igualitária.

A Constituição Federal, ao prever dentre seus objetivos fundamentais, logo no artigo 3º, a erradicação da pobreza e da marginalização, a construção de uma sociedade livre justa e solidária e a promoção do bem estar de todos, enfatiza a busca do Estado Democrático de Direito em formar uma sociedade dotada pelos valores supremos dos direitos sociais e individuais, como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, de forma que alcance uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.¹

É importante destacar que os direitos sociais foram sendo positivados por um processo de evolução, sendo reconhecidos como fundamentais e impedidos de serem reduzidos ou abolidos quando elevados a categoria de cláusula pétrea, bem como garantidos pela proibição de retroceder. São essenciais para que se reconheça o mínimo de existência do ser humano de forma digna.

O presente capítulo visa debater o processo de conquista desses direitos e quais as suas formas de positivação no ordenamento jurídico. Apesar se terem sido inseridos em normas programáticas, que apontam diretrizes, tarefas ou finalidades a serem cumpridas pelo Poder Público e dependerem muitas vezes de regulamentação normativa, a dificuldade reside em aplicar esses direitos, tornando-os mais concretos para aqueles que mais precisam.

Almeja-se discutir como exigir do Poder Público a observância desses direitos, que apesar de estarem inseridos em normas que dependem de um

¹ CEDENHO, Antônio Carlos. **História da Política de Assistência Social no Brasil**. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 71.

comando do Estado, trazem consigo por um mínimo de densidade normativa e, por serem fundamentais, são de aplicação imediata. Por terem natureza de direitos públicos subjetivos, uma vez ameaçados, ou violados, quer por prestação insuficiente pelo Estado, quer por omissão deste, nasce o direito de exigí-los individualmente.

O desafio consiste em analisar como podem ser tutelados judicialmente os direitos sociais e exigir do Estado sua observância em caso de omissão.

1.1 Evolução histórica dos Direitos Fundamentais Sociais

Os direitos individuais e sociais estão previstos na Constituição Federal e são considerados fundamentais a dignidade humana.

Para que seja possível compreender a importância dos direitos sociais, faz-se necessário analisar brevemente a origem histórica dos direitos fundamentais.

Os direitos sociais foram sendo positivados gradativamente ao longo da história, através da formação do Estado Constitucional e da busca pela redução das desigualdades sociais.

A história nos ensina que o Estado Absolutista era administrado por um monarca, que detinha todo o poder concentrado em suas mãos, não se submetendo às regras que ele próprio criava.

Em razão do descontentamento da sociedade com o poder concentrado nas mãos de um único soberano surgiu o Estado de Direito, por meio do qual todos (governantes e governados) passariam a se submeter à lei.

A ideia política de Estado de Direito foi construída por Montesquieu ao sustentar a necessidade da quebra da concentração dos poderes, pois todo homem que detém o poder tende a abusar dele. Somente dessa maneira seria possível conter o Estado contra abusos e opressões dos governantes.²

Foi essa quebra de concentração de poderes que deu origem a tripartição de funções estatais, onde quem faz as leis não as executa nem julga, quem julga não

² ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 15-16.

faz as leis nem as executa e quem executa não as elabora e nem julga. Permite-se dessa forma que um poder controle o outro.

Dessa preocupação em impedir o Estado de praticar abusos contra os cidadãos, surgiu a Teoria dos Direitos Fundamentais, especialmente de primeira dimensão, com o claro objetivo de instituir direitos frente ao poder do Estado.

Nasce, então, o Estado Liberal, por meio do qual os direitos fundamentais, como a vida, a liberdade de ir e vir, a liberdade de expressão e de associação, a propriedade eram conhecidas como garantias individuais contra as interferências do Estado, restando a este uma postura negativa de abstenção, impossibilitado de se insurgir arbitrariamente contra esses direitos.

Com esse modelo o Estado não podia interferir na economia, prevalecendo a liberdade de contratar e respeitando o direito de propriedade.

Ocorre que, com a revolução Industrial, novas formas de produção e a expansão do trabalho assalariado aumentaram desigualdades sociais e aqueles que se sentissem prejudicados não tinham a quem recorrer para garantir sua sobrevivência diante das condições de miserabilidade.³

Referida situação sensibilizou a opinião pública, em especial o legislador, juiz e o administrador a proteger o economicamente mais fraco.

A mobilização das massas passou a exigir do Estado uma interferência positiva na ordem social para a garantia de condições mínimas da existência digna do cidadão. Neste contexto surgem os limites à jornada de trabalho, os dias de descanso semanal, os limites de trabalho infantil.

Após garantir esses direitos trabalhistas os movimentos sociais propugnaram por uma ação direta do poder público para garantir direitos sociais como saúde, educação, habitação e assistência social. A constitucionalização dos direitos sociais faz com que eles se tornem fundamentais e visa o exercício em condições de igualdade.

Pode-se dizer que não mais se preocupava com a igualdade formal perante à lei, mas com a igualdade material, para que todos tivessem acesso as mesmas oportunidades de participação. Isto provocou profunda mudança na estrutura do Estado, exigindo-se deste uma postura ativa, intervindo na ordem social, mediante

³ ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 19.

implementação de políticas públicas que visassem fornecer medidas concretas para a melhoria das condições de vida da população.⁴

A preocupação voltava-se para que os direitos fossem de fato garantidos, por ações estatais, seja de intervenção direta, seja de controle e fiscalização, para que o direito à igualdade fosse efetivamente exercido.⁵

Para isso, as normas constitucionais relativas aos direitos sociais passaram a estipular tarefas e programas para o Estado, classificadas como normas programáticas.

As constituições passaram a conter dispositivos que previam não só os direitos sociais, mas também o objetivo do Estado em promover tais direitos e suas linhas de atuação, a chamada ordem constitucional, buscando efetivar a igualdade material, transformando o Estado de Direito em Estado Social do Direito.⁶

As primeiras constituições a reconhecer os direitos sociais em suas cartas foram a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Weimar de 1919.

Já sob a análise das constituições brasileiras, a primeira constituição a prever os preceitos do Bem-Estar Social foi a de 1934, mencionando expressamente a legislação trabalhista, melhoria nas condições de trabalho, previsão do salário mínimo, férias, previdência social, jornada de trabalho diária de oito horas.

A constituição de 1988, construída a partir de um contexto histórico de ditadura, onde os direitos individuais foram restringidos, prevê logo no seu primeiro artigo, que a República Federativa do Brasil será um Estado Democrático de Direito.

Estado de Direito significa que governantes e cidadãos estão submetidos a uma ordem normativa previamente estabelecida, cabendo obedecer a ela até que outra venha ser alterada pelos regramentos estabelecidos na Constituição ou quando a própria constituição seja rompida. Estado Democrático estabelece a soberania popular e impõe a participação efetiva do povo.

O Estado Democrático será fundado na soberania popular, manifestada em eleições livres, que aprofundam mecanismos de participação, além do exercício do voto, incorporando e garantindo direitos fundamentais, individuais, sociais, econômicos e culturais, sendo o poder exercido em consonância com a Constituição

⁴ ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 19.

⁵ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas e responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 23.

⁶ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas e responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 24.

e que tenha como objetivo a promoção do bem-estar e a justiça social entre seus cidadãos.⁷

Tem-se assim, o Estado Democrático de Direito conceituado como uma ordem de domínio legitimado pelo povo.⁸ Além de Direito e Democrático, ao reconhecer os direitos sociais como fundamentais, menciona-los em diversos artigos da Constituição, artigos 3º, 5º, 6º, 7º, 123, 170, e do 194 ao 232, tornou-se um Estado Democrático e Social de Direito. Optou o constituinte logo no início da Carta Magna, no artigo 6º, a elencar os direitos sociais, tais como: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, além da assistência aos desamparados, sendo certo que não foram positivados todos juntos, mas sim ao longo do tempo, em decorrência das necessidades sociais, da busca pela qualidade de vida e pela redução das desigualdades.

Por este raciocínio os legisladores e administradores se submetem aos direitos fundamentais e seus atos devem estar em conformidade com as diretrizes fixadas na Constituição, sob pena serem considerados inconstitucionais.

Portanto, o objetivo da ordem social constitucional é aprofundar o princípio da igualdade e o não cumprimento de suas normas por parte do administrador gera responsabilidade jurídica, porque a omissão é inconstitucional.⁹

1.1.1 Direitos Fundamentais

Tamanha é a relevância dos direitos fundamentais que Ingo Wolfgang Sarlet afirma que os direitos fundamentais apresentam uma dupla perspectiva na medida em que podem ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, constituindo assim uma das mais relevantes formulações contemporâneas dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não se limitam, apenas, a função de serem reconhecidos como

⁷ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 25.

⁸ ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 26-27.

⁹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 26.

direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas constituem decisões valorativas de natureza objetiva com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos dos poderes legislativos, judiciário e executivo.¹⁰

Sob a perspectiva jurídico objetiva, sustenta o referido autor que as normas ao preverem tais direitos, transcendem a perspectiva subjetiva, reconhecem a existência de um sistema aberto, composto por regras e princípios, incorporam e expressam valores fundamentais da comunidade, que devem respeitados, impondo ao legislador determinadas tarefas e/ou programas e ao Estado a adoção de medidas positivas, com o fim precípua de proteger de forma efetiva os direitos fundamentais.¹¹

Já a perspectiva jurídico-subjetiva se refere a possibilidade de se exigir judicialmente o respeito e observância dos direitos fundamentais, bem como de suscitar judicialmente o controle de constitucionalidade dos atos normativos. Os direitos fundamentais subjetivos dizem respeito a possibilidade de que tem seu titular de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades, o direito à ação ou às ações negativas e positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental. Além do mais, deve se levar em conta que o ponto de vista subjetivo encontra justificativa no valor outorgado à autonomia individual, na qualidade de expressão da dignidade da pessoa humana.¹²

Vidal Serrano Nunes Junior também destaca a dupla dimensão: subjetiva, pois assegura direitos individuais e a preservação da liberdade do indivíduo; e objetiva, uma vez que caracteriza o perfil do Estado Democrático de Direito, inserir o indivíduo no contexto social, do ponto de vista político e econômico, como membro da sociedade em que vive, tendo o direito de compartilhar de suas decisões e participar das decisões do Poder Público. Reconhece os direitos como fundamentais por serem inerentes à condição humana, direitos elementares, que remetem à própria natureza do ser humano.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 141 e 143.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 142-149

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 154-155.

Podemos conceituar direitos fundamentais como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade).¹³

No que tange à diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, costuma-se diferenciar os direitos fundamentais como aqueles positivados no ordenamento jurídico interno de um país, enquanto os direitos humanos inerentes ao ser humano, como aqueles previstos em tratados internacionais, voltados a liberdade, igualdade e fraternidade.

Todavia, Vidal Serrano apresenta um critério de diferenciação relativo à função que os direitos devem cumprir para distinguir direitos fundamentais dos direitos humanos. Os direitos fundamentais cumprem a função normativa em cada Estado, já os direitos humanos possuem a função de exigir normas protetivas da dignidade humana em todos os Estados. Previsto na norma interna, pode ser judicializado, estabelecido em declaração ou convenção internacional, o Estado poderá ser condenado pelo sistema internacional.¹⁴

Os direitos humanos possuem ainda as características da historicidade, universalidade, irrenunciabilidade, indivisibilidade, interdependência, complementariedade, relatividade e limitabilidade. Por não serem absolutos, caso venham a colidir uns com os outros, por serem fundamentais e estarem previstos na Constituição, não há possibilidade de um prevalecer sobre o outro, devendo reciprocamente ceder, para que ambos subsistam, sendo aplicáveis e efetivos na situação concreta. O princípio da cedência recíproca busca um ponto de convivência dos dois direitos, sem que um anule o outro e sem que um seja ampliado ou diminuído.¹⁵

¹³ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 15.

¹⁴ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 24.

¹⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 41.

1.2 Princípios norteadores dos Direitos Fundamentais

Além de estarem positivados na Constituição Federal os direitos sociais também possuem extrema relevância, porque conferem às pessoas dignidade, impedem que uma vez conquistados possam ser extintos e promovem a igualdade e a justiça social.

1.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988 ao instituir o Estado Democrático de Direito previu, logo no artigo 1º, inciso III, que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana.

Diante da dificuldade em se conceituar o referido princípio, devido sua amplitude, sob uma visão constitucional, Alexandre de Moraes considera dignidade como:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se num mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹⁶

Ivo Wolfgang Sarlet, por sua vez, define a dignidade da pessoa humana como:

Qualidade intrínseca e distintiva, reconhecida em cada ser humano, fazendo-o merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando num complexo de direitos e deveres fundamentais assegurados da defesa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, com o escopo de garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 16.

destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁷

Todavia, é sabido que foi o filósofo Immanuel Kant quem fundou o conceito de dignidade humana, respeitado até hoje na filosofia ocidental, irradiado para diversas áreas de conhecimento, inclusive para o Direito.

Michael J. Sandel cita Immanuel Kant ao definir, sob o aspecto racional, a dignidade humana, afastando-se do aspecto religioso. Argumenta que a moral está fundamentada no respeito às pessoas como fins em si mesmas. Seu conceito está relacionado com aquilo que os revolucionários da Revolução Americana (1776) e da Revolução Francesa (1789) denominaram de direitos do homem, e nós, no início do XXI, passamos a ser chamados de direitos humanos.¹⁸

Segundo Sandel, para Kant, a moralidade está intimamente ligada a liberdade, isso porque todos somos merecedores de respeito, não porque somos donos de nós mesmos, mas sim por sermos racionais, capazes de pensar e, também, por sermos autônomos, capazes de agir e escolher livremente. É a capacidade de raciocinar, que nos torna livre.¹⁹

Prossegue o mencionado autor, citando o filósofo para quem o homem só será livre se sua vontade for determinada de forma autônoma, comandada por uma lei que ele mesmo impôs. A capacidade de ser livre, permite agir não de acordo com uma lei que foi imposta, mas uma lei que foi outorgada a nós mesmos. Essa lei é a razão, que deve governar a vontade de cada um.²⁰

Kant parte da compreensão segundo a qual a autonomia da vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres.

O homem não é apenas condição transcendental de possibilidade do conhecimento, por possuir a razão e liberdade, é capaz de estabelecer a sua autonomia moral, isto é, de determinar-se a si próprio em conformidade com as leis a que deve obedecer.²¹

¹⁷ SARLET, Ivo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 63.

¹⁸ SANDEL, Michael J. **Justiça - O que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

¹⁹ SANDEL, Michael J. **Justiça - O que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

²⁰ SANDEL, Michael J. **Justiça - O que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p.17.

²¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. In: CEDENHO, Antônio Carlos. **História da Política de Assistência Social no Brasil**. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 37.

Com esse raciocínio, a liberdade não reside no comportamento de fazer o que quiser, mas, sim, na escolha de comportamento dentro de um convívio social, demonstrando que ser moral e livre é exatamente viver sob regras.

Daí, para ser livre, segundo o filósofo, citado por Sandel, é preciso que o homem aja a partir de imperativos categóricos, tais como: I) universalize sua máxima - aja apenas segundo um determinado princípio que, na sua opinião, deveria constituir uma lei universal, II) concepção da humanidade como um fim - aja de forma a tratar a humanidade, seja na sua pessoa, seja na pessoa de outrem, nunca como um simples meio, mas sempre ao mesmo tempo como um fim.²²

Olhando o ser humano sob a perspectiva de um fim e não como meio deve-se considerar que todo e qualquer ser humano deve ser incluído na sociedade, que tem o direito de ter direitos, não só à determinação, mas também àqueles necessários à preservação de sua dignidade material, consubstanciados nos direitos fundamentais sociais.²³

O que fundamenta a dignidade da pessoa humana é ela ser vista como sujeito de direitos, inerentes a sua condição humana, direitos estes que não podem ser alienados, cedidos ou transacionados, sendo o homem visto não como meio, mas como um fim em si mesmo.

É em razão de se assegurar a dignidade da pessoa humana, aliada à positivação dos direitos sociais na Constituição Federal, que a atividade do Estado deve ser desenvolvida, exigindo-se respeito à preservação desse núcleo mínimo de sobrevivência. Dessa forma, atribuída uma tarefa ao Estado, não haveria discricionariedade do administrador, mas sim uma observância obrigatória, sempre que sua realização for essencial à preservação da dignidade humana.²⁴

²² SANDEL, Michael J. **Justiça** - O que é fazer a coisa certa. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 113.

²⁴ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 115.

1.2.2 Proibição do Retrocesso

Ao contrário do princípio anterior, a proibição do retrocesso não possui previsão normativa expressa. Trata-se de cláusula pétrea sociológica.

Uma vez conquistado um direito, reconhecido pela história e positivado no ordenamento jurídico, uma eventual revogação posterior representaria um retrocesso.

Sendo o direito previsto em uma norma programática, havendo um mandamento constitucional específico do dever de legislar, eventual revogação da lei regulamentadora do direito geraria uma espécie de inconstitucionalidade por omissão superveniente. Assim, deferida uma tarefa ao Poder Público, o retrocesso de eventual política pública implica em uma inconstitucionalidade.

Ora, se as normas programáticas possuem uma margem de indefinição quanto ao seu alcance, o que faz com que sua aplicação dependa de reforços legislativos e ações administrativas do Poder Executivo, é fato que as leis editadas e as ações e serviços disponibilizados aos administrados consubstanciam mecanismos de concretização da vontade constitucional. Sua revogação implicaria verdadeiro retrocesso.

O princípio estudado possui íntima ligação com a segurança jurídica, pois ao engendrar a renovação da ordem jurídica, quer por normas legais, quer por atos administrativos, propicia segurança e estabilidade para os cidadãos.

Trata-se de uma espécie de direito social adquirido, que estaria protegido e garantido tanto a título individual, quanto a título coletivo, contra eventuais mudanças legislativas ou revisões administrativas do Poder Executivo.

São direitos inerentes a condição de viver dignamente, que, independentemente de quem esteja gerindo o Estado, ou do partido que possua maioria legislativa, uma vez conquistados, impedem que sejam violados.

Definidos os compromissos com a busca de atingir determinadas metas, mesmo que longínquas, as leis e políticas públicas que a realizarão não podem ser objeto de retrocesso.

Cristina Queiroz denomina o princípio em estudo como da não reversibilidade fática. Traz a ideia de que, ainda que os direitos de natureza prestacional não

imponham obrigação de “avançar”, estabelecem, contudo, uma proibição de “retroceder”.²⁵

Nota-se que a proibição do retrocesso também diz respeito às ações administrativas do Estado que venham a concretizar direitos sociais.

Caso haja supressão ou diminuição da atividade prestacional a mercê da discricionariedade do administrador, causaria violação à lei, a preceito constitucional fundamental e agressão ao princípio em estudo.

Eventual supressão do benefício não pode estar alicerçada em opções orçamentárias do agente político, uma vez que o princípio se fundamenta na ideia de preservação ou ampliação do bem-estar social das pessoas envolvidas.

1.2.3 Justiça Social

A Carta Política de 1988 optou pelo modelo econômico - capitalista ao mencionar no artigo 1º, inciso IV, que um dos fundamentos da República, que constitui o Estado Democrático de Direito, são os valores da livre iniciativa. Dentre os direitos fundamentais individuais a Constituição Federal prevê a garantia do direito à propriedade (artigo 5º, XXII) e no capítulo da ordem econômica (artigo 170) impõe a proteção a livre concorrência, garantindo, assim, a propriedade privada e a liberdade de contratar.

Ocorre que o modelo capitalista adotado pela Constituição Federal não permite ao mercado uma total e livre regulação, sem qualquer intervenção do Estado. Isso porque nas relações sociais há quem se sinta prejudicado, vulnerável e desprotegido, provocando desigualdades.

A Constituição Federal no artigo 170, “caput”, ao inaugurar a ordem econômica se baseou na livre iniciativa, mas também exigiu respeito aos valores sociais do trabalho humano (artigo 1º, IV, da CF), o uso da propriedade privada em atenção a função social (artigo 5º, XXIII, da CF), bem como se preocupou em defender o consumidor vulnerável (artigo 5º, XXXII), tendo por objetivo propiciar dignidade a todos, conforme os ditames da justiça social.

²⁵ QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2006, p. 68.

O capitalismo provoca inúmeras relações que uma das partes fica exposta à prepotência econômica da outra. Por isso, prescindindo-se de uma intervenção protetiva do Estado, por todos os seus Poderes, essa situação de desequilíbrio abismal, em desfavor de pessoas economicamente precárias, não encontraria qualquer forma de limitação.²⁶

São esses os motivos que levam a intervenção do Estado a regular as contratações privadas. A liberdade permanece, apenas impõe-se a observância de alguns direitos (dos trabalhadores, tidos como mais vulneráveis nesta relação) que não podem ser objeto de negociação ou flexibilização, tanto que a Constituição não garante no artigo 6º o emprego, deixando essa obrigação para livre iniciativa, todavia tem por obrigação dar condições que auxiliam na busca pelo pleno emprego.

Como o Estado deve, juntamente com a assistência social, oferecer cursos de reciclagem, formação e profissionalização, garantido ao trabalhador condições de trabalho para concorrer no mercado de trabalho, pois, assim, permite que os protagonistas da ordem econômica consigam, com o crescimento do país, criar novas oportunidades de trabalho.

É certo que não é tarefa do Estado tão somente elaborar políticas públicas e normas protetivas ao trabalhador, deve disponibilizar, também, postos de serviços visando à locação de desempregados, criando “bancos de empregos”. São postos de atendimento para desempregados que buscam nova ocupação, aproximando deficientes, idosos, pessoas que buscam o primeiro emprego e os empregadores da iniciativa privada.

Outro exemplo de necessidade de intervenção protetiva do Estado é nas relações de consumo, exatamente por se considerar a vulnerabilidade do consumidor.

Dessa forma, a Constituição Federal ao contemplar como objetivo da ordem econômica a justiça social, previu essa distribuída por diversos artigos do texto constitucional, em especial, pela previsão de direitos sociais, ora no capítulo dos direitos fundamentais, ora no Título VIII, Da Ordem Social e, também, da Ordem Econômica, na realidade, adotou o referido princípio para modular a intervenção do

²⁶ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 117.

Estado na matéria econômica para proteção dos mais vulneráveis e, assim, reduzir desigualdades econômicas e sociais.²⁷

1.3 Formas de Proteção e Positivção dos Direitos Sociais

Uma vez compreendidos o surgimento e a importância dos direitos sociais, passa-se ao desafio de como dar eficácia às normas que definem a ordem constitucional.

A ordem social constitucional estabelece obrigações tanto para o Estado, quanto para a sociedade. Orienta a Administração na implementação das políticas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais, fixando pontos que não podem ser descumpridos ou modificados, sob pena de inconstitucionalidade ou ilegalidade, resguardando o cidadão, oferecendo-lhe garantia quanto à omissão do Estado.²⁸

Uma das formas de se buscar a eficácia é a classificação apresentada por José Afonso da Silva. Afirma o autor que a eficácia é encarada sob o prisma de potencialidade, enquanto a aplicabilidade como realizabilidade, praticidade. Divide as normas em eficácia plena, que produzem efeitos com a entrada da Constituição em vigor, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhe constitui objeto; as de eficácia contida, que possuem aplicação imediata, porém não integral, dependendo de restrições ou dependentes de representações que limitam sua eficácia e aplicabilidade; e normas de eficácia limitada, sendo as que não produzem efeitos com a entrada em vigor, porque o constituinte não estabeleceu, sobre a matéria, normatividade bastante, ficando a cargo do legislador ordinário ou órgão do Estado essa tarefa. Divide ainda as normas de eficácia limitada em declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípios programáticos,

²⁷ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 117.

²⁸ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 36-37

reconhecendo uma série de circunstâncias em que estas últimas terão eficácia jurídica imediata, direta e vinculante.²⁹ Essa eficácia ocorre quando as normas:

Estabelecem um dever para o legislador ordinário; condicionam a legislação futura, com consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores de justiça social e revelação dos componentes do bem comum; constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário e criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem.³⁰

Também Hans Kelsen reconhece que toda norma possui um mínimo de eficácia, pois possui conteúdo deontico, que é a mensagem do dever ser, representando uma densidade normativa, que permite extrair o mínimo de efeitos.

Explica Hans Kelsen que a circunstância do dever ser constitui não só um sentido subjetivo (de todo ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa à conduta de outro), mas também o sentido objetivo, expresso quando a conduta a que o ato intencionalmente se dirige é considerada como obrigatória não apenas do ponto de vista do indivíduo, mas também do de um terceiro desinteressado. O dever ser consubstanciado numa norma válida vincula seus destinatários independentemente da permanência da vontade daquele que a editou.³¹

Segundo o supramencionado autor, o que legitima o direito é a ordem normativa de coação:

[...] só através da assunção do elemento de coação no conceito de Direito este pode ser distintamente separado de toda e qualquer outra ordem social e, porque, como elemento de coação, se toma por critério um fator sumamente significativo para o conhecimento das relações sociais altamente característico das ordens sociais a que chamamos de “Direito”; e mais especialmente ainda porque só então será possível levar em conta a conexão que existe – na hipótese mais representativa para o conhecimento do Direito, que é a do moderno direito estadual – entre o Direito e o Estado, já que este é

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros.1988, p. 81-87.

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros.1988, p. 164.

³¹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 55.

essencialmente uma ordem de coação e limitada no seu domínio territorial de validade.³²

Portanto, todas as normas jurídicas possuem mecanismos de sanção pelo não cumprimento de diretrizes. No caso das normas programáticas, sendo omissivo o Estado ao não regulamentar e garantir os direitos fundamentais, a Constituição Federal previu os instrumentos como o mandado de injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da CF e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 103, §3º, da CF, como meios de obrigar o Estado a efetivar esses direitos.

Todavia, são mecanismos que apenas reconhecem a omissão do Poder Legislativo ou do Executivo na implementação dos direitos assegurados na Constituição, agindo tão somente na declaração de mora do Legislativo, sem, contudo, poder substituí-lo, ou editar norma ou inovar na solução do caso concreto.³³

Tais institutos constitucionais estão mais voltados para a falta de normas densificadoras de direitos do que para o não cumprimento de tais leis que estabelecem diretrizes para políticas públicas.

Para resolver este desafio Vidal Serrano Nunes Junior defende a positivação dos direitos sociais, mas buscando a institucionalização do direito social.

Após a positivação por meio de normas programáticas, que estabelecem tarefas a serem atingidas, cabe ao Estado o dever de agir, informar como, quando e o que deve ser feito.³⁴

Reconhece-se a mínima densidade normativa com a consequente possibilidade de aplicação imediata e, embora não seja possível esgotar o sentido e o alcance da norma, é possível notar a injuridicidade quando não minimamente atendida ou quando elege meios inadequados para atingir fins perseguidos.

Ingo Wolfgang Sarlet também defende a mínima densidade normativa dos direitos sociais e a correspondente eficácia, o que impõe sua observância.

Por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida,

³² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 19-24.

³³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 60.

³⁴ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 98.

no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade. O quanto de eficácia cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá, por outro lado, sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades do seu objeto.³⁵

Além de reconhecer o mínimo de densidade normativa às normas programáticas, o que autoriza a tutela jurisdicional dos direitos sociais, as normas dependem também da discricionariedade do Administrador Público para serem implementadas as políticas públicas necessárias à consecução dos fins programados.

Ainda que o Poder Público se baseie na existência de um juízo de discricionariedade quanto à realização de um comando constitucional, é certo que tal discricionariedade não pode chegar ao ponto de conferir ao agente a prerrogativa de negar a aplicação da própria lei na qual está alicerçada. A discricionariedade não proporciona a liberdade em cumprir ou não a lei e, quando não observada, diante dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a omissão pode caracterizar ofensa à lei.³⁶

No mesmo sentido, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal, a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.³⁷

Para que seja possível atender os direitos sociais, há técnicas de positivação que proporcionam aproximação desses direitos a quem mais necessitar deles.

1.3.1 Aplicabilidade Imediata

A Constituição Federal de 1988 inovou ao determinar a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais expressamente no seu artigo 5º, §1º,

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 297.

³⁶ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 102.

³⁷ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 59.

desmistificando, assim, a pecha dos direitos sociais serem normas que dependem de regulamentação.

Com efeito, os direitos sociais também são considerados fundamentais, sendo que a aplicação imediata não se refere tão somente aos previstos nos incisos do artigo 5º da CF, mas também outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (artigo 5º, §2º, da CF), o que inclui os previstos no artigo 6º da CF.

Quando a Carta Magna estipula direitos reconhece a necessidade de proteção e, caso o Estado se omita ou a preste de forma precária, nasce para o seu titular o direito de exigir individualmente do Estado a observância e cumprimento da Constituição.

1.3.2 Condição de Cláusulas Pétreas

Os direitos sociais ainda possuem a proteção de não serem restringidos ou modificados por uma nova ordem constitucional por serem considerados cláusulas pétreas (art.60, §4º, IV, da CF).

Embora a letra da lei mencione a expressão “direitos e garantias individuais” e há quem diga que se o constituinte quisesse tutelar os direitos sociais teria expressamente mencionado, é certo que a expressão “direitos e garantias individuais” do artigo 60, §4º, IV, CF, não se encontra reproduzida em nenhum outro dispositivo da CF e, mesmo que se faça uma interpretação literal, não se deve associar esses “direitos e garantias individuais” como se fossem somente os “direitos e deveres individuais e coletivos” do artigo 5º da Constituição Federal.³⁸

Ora, uma interpretação literal poderia levar à exclusão não só dos direitos sociais, como também dos de nacionalidade e direitos políticos, que estão protegidos pela cláusula pétrea.

Além disso, os direitos sociais são de titularidade individual, podem ser exigidos individualmente pelo seu titular perante o Estado e, sendo também direitos

³⁸ ZOCCUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 40.

individuais, obedecem aos termos do artigo 60, §4º, da CF, proibindo-se proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais.³⁹

Dessa forma, a expressão “direitos e garantias individuais” abrange os direitos do artigo 5º, como também os direitos sociais, direitos de nacionalidade e os políticos, não se admitindo alterações que vierem aboli-los, ou tenham uma tendência em abolir, jamais podendo restringi-los, mas apenas para preservá-los ou ampliá-los.

1.3.3 Direito Público Subjetivo

Além disso, os direitos fundamentais sociais devem ser identificados a partir de uma dimensão subjetiva, como direitos a prestações públicas, que se materializam por meio de serviços sociais e ações do Poder Público, permitindo-se, assim, que cidadãos partilhem dos benefícios da vida em sociedade.

Andreas J. Krell conceitua os direitos fundamentais sociais como uma tendência do Estado ser cada vez mais social, dando prevalência aos direitos coletivos antes dos individuais. Cabe ao Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e instalações de serviços públicos, definir, executar e implementar as políticas públicas (de educação, assistência e trabalho) que facultem o acesso e gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.⁴⁰

Previstos constitucionalmente e positivados na lei, os direitos fundamentais sociais estabelecem direitos aos indivíduos e deveres para o Estado, que, se omissos, pode ser acionado por qualquer indivíduo, exigindo-se do Poder Público o direito a fruição autônoma e imediata.

Clarice Seixas Duarte define direito público subjetivo como uma capacidade reconhecida ao indivíduo em decorrência da posição especial como membro da comunidade, que se materializa no poder de colocar em movimento normas jurídicas no interesse individual. Confere ao indivíduo a possibilidade de transformar a norma geral e abstrata contida num determinado ordenamento jurídico em algo que possua

³⁹ ZOCCUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 43.

⁴⁰ KRELL, Andreas. J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 19-20.

como próprio. A maneira de fazê-lo é acionar as normas jurídicas (direito objetivo), transformando-as em seu direito (direito subjetivo).⁴¹ Trata-se de um instrumento jurídico de controle da atuação do poder-estatal, pois permite ao seu titular constranger judicialmente o Estado a executar o que deve.⁴²

O que ainda muito se questiona é a interferência do Judiciário na esfera do juízo de oportunidade e conveniência da Administração Pública. Na prática, o risco da chamada “politização” do Judiciário acaba funcionando como grande barreira à efetivação dos direitos sociais.⁴³

Tal discussão acaba sendo amenizada quando se está diante de um direito expressamente reconhecido na Constituição, como fez, por exemplo, o artigo 208, §1º, da Constituição Federal, ao determinar o direito público subjetivo de acesso ao ensino obrigatório e gratuito. O mesmo acontece com o artigo 196, da Constituição Federal ao reconhecer que a saúde é um direito de todos e dever do Estado.

Esse reconhecimento expresse autoriza a possibilidade de, constatada ocorrência de uma lesão, ser exigido contra o Poder Público de imediato e individualmente. Até porque, nenhum direito ameaçado ou violado pode ser excluído da apreciação do o Poder Judiciário (artigo 5, XXXV, da CF).

Caso o Estado se recuse a fornecer esses direitos, o cidadão tem o direito de exigir por meio judicial a prestação imediata. Nas palavras do Ministro Relator Celso de Mello:

A omissão do Estado, que deixa de cumprir a imposição ditada pelo texto constitucional, qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis, que mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos nela se fundam e também impede, por ausência de medidas, concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.⁴⁴

⁴¹ DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). **Políticas Públicas: Reflexões Sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 267.

⁴² DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). **Políticas Públicas: Reflexões Sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 268.

⁴³ DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). **Políticas Públicas: Reflexões Sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 271.

⁴⁴ STF, MI 542 – SP. Tribunal Pleno. Min. Rel. Celso de Mello, j. 29/08/2001 DJE. 28/06/2002.

Quando um indivíduo exerce seu direito ao ensino obrigatório, está acionando uma norma geral e abstrata em seu interesse próprio. Assim agindo, ao buscar um interesse particular, que também é de interesse público, estará exercendo um direito público e subjetivo.

Por assumir a função de proteção e o dever de garantir os direitos sociais a todos, o Estado torna esses direitos como públicos.

Na realidade, constitui fundamento do Estado de Direito Social a possibilidade de participação de todos nos bens da coletividade e uma melhor distribuição desses bens.

A figura do direito público subjetivo é concomitantemente um direito individual e social, observando-se o caráter coletivo de tais direitos, ou seja, a possibilidade de exigir políticas públicas.⁴⁵

Tanto por meio de implementação de política pública, quanto por meio de demandas judiciais individuais, ou ações coletivas, o Estado deve postar-se de maneira a promover condições concretas de fruição de tais direitos. Será através de ações coletivas que cobrem do Estado a execução de políticas públicas, que se buscará reduzir desigualdades sociais, proteger efetivamente a dignidade humana, um dos verdadeiros fundamentos do Estado Democrático e Social de Direito.⁴⁶

Reconhecer as normas constitucionais sociais com mínima densidade normativa afasta a dependência de regulamentação infraconstitucional, protegê-los como cláusulas pétreas contra investidas do Estado e do ordenamento jurídico, assim como considerá-los como direitos subjetivos, são fundamentos que autorizam a tutela jurisdicional.

Além de serem direitos individuais, passíveis de serem protegidos, são também direitos que envolvem a coletividade, porque se acessíveis a todos reduzem as desigualdades. O grande desafio agora passa a ser como exigir do Estado a observância dos direitos sociais constitucionais perante toda sociedade. Como pleitear em juízo que o Poder Público atenda às necessidades de forma igualitária, mesmo que haja omissão legislativa infraconstitucional ou alegação da Administração Pública em agir sob discricionariedade. Busca-se mecanismos que

⁴⁵ DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). **Políticas Públicas: Reflexões Sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 273.

⁴⁶ DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). **Políticas Públicas: Reflexões Sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 277.

possam exigir do Estado a implementação de prestações sociais oferecidas a todos indistintamente, caso haja omissão, sem que se interfira na harmonia entre os Poderes. Desafios estes que serão enfrentados no terceiro capítulo.

2 O PROCESSO DE FORMAÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

Ao lado dos direitos sociais fundamentais encontram-se os direitos difusos e coletivos, que transcendem a pessoa do indivíduo, envolvem toda sociedade, sendo também relevantes para as relações sociais e para qualidade de vida das pessoas.

Antes de enfrentar os desafios apresentados no capítulo anterior é importante estudar a formação dos direitos difusos e coletivos. Diversos são os fatores que provocaram mudanças na sociedade, na formação do Estado e no Direito, que levaram ao reconhecimento dos direitos transindividuais despertando interesse em tutelá-los.

O que se pretende estudar é como definir os direitos coletivos, identifica-los, diferencia-los e quem os representaria em juízo.

A partir de uma abordagem histórica na formação política do Estado, pretende-se estudar as mudanças ocorridas na sociedade pós revolução industrial, as transformações na ciência do Direito, e a preocupação com a dignidade da pessoa humana ao término da Segunda Guerra Mundial, que propiciaram crises na sociedade, a valorização dos direitos humanos e a formação dos direitos difusos e coletivos.

Foi a partir da segunda metade do século XX que começou a se desenvolver a sociedade de consumo, passou-se à valorização da técnica, bem como da ética, além do fenômeno da globalização e da pós-modernidade. Trata-se de fatores que despertaram crises de verdades científicas, influenciando as relações sociais e políticas, a formação e o papel do Estado, desencadeando o interesse jurídico nos direitos difusos e coletivos.

A revolução industrial proporcionou a produção em larga escala, aumentando o consumo, sem que houvesse tempo hábil para se avaliar os impactos ambientais, bem como sem que fossem estipuladas regras para tutelar aqueles que se sentissem vulneráveis nas relações de consumo. Por outro lado, a técnica, ligada à produção industrial, dissociou-se desta e passou a ser encontrada também na produção científica e artística. Em meio às mudanças, esqueceu-se da ética, questionando-se como se comportar diante das rápidas transformações sociais. A sociedade globalizada aproxima as relações políticas entre os países, encurta a

distância física com a internet, cria tratados internacionais a serem respeitados por todos os signatários, respeitando a soberania e o ordenamento jurídico. Com o fim da Segunda Guerra Mundial o mundo se compromete a proteger a dignidade humana.

A história e a sociedade mudam o Direito, que positivado em lei escrita passa a se valer também dos princípios para solucionar conflitos, preocupando-se com liberdades individuais perante o poder estatal, com os direitos sociais fundamentais e os direitos coletivos.

O desafio deste estudo é analisar esses fatores, que, contextualizados na história, contribuíram para a formação e posterior definição jurídica dos direitos difusos e coletivos, que buscam oferecer mais dignidade ao indivíduo e à coletividade.

2.1 Contexto histórico da Formação Política do Estado, da Filosofia Moderna e da Ciência do Direito

Apresenta-se como um grande desafio discutir o surgimento dos direitos difusos e coletivos, como objeto de estudo jurídico, observado dentro de um contexto histórico, científico e social. O objetivo reside em analisar quais fatores ao longo da história, quais mudanças na formação política e social de um Estado e quais observações e testes científicos, influenciaram na formação e no apogeu dos direitos difusos e coletivos. Isso porque, será a partir da análise do passado e da discussão no presente, que se poderá oferecer uma proteção mais eficiente aos direitos difusos e coletivos no futuro.

Antes de adentrar ao tema, faz-se necessário estudar o contexto histórico de formação do Estado, o surgimento da ciência do Direito e a filosofia moderna.

Conforme é sabido, a formação do Estado se deu na Época Moderna (1453-1789), com o fim dos feudos medievais e a criação de um território geograficamente delimitado, onde o Rei exercia sua autoridade sobre o território de sua jurisdição e

sobre seus súditos. Na economia, havia o mercantilismo, com a expansão do comércio em regiões além da Europa.⁴⁷

Nesse contexto, nascem ideias do renascimento, tais como a preocupação com o humanismo (Homem universal)⁴⁸, desenvolvendo o espírito da pesquisa e valorização dos métodos de observação, responsáveis pela criação da ciência moderna e o antropocentrismo, colocando o homem no centro das preocupações e descobrindo que conseguiria resolver seus problemas graças ao seu esforço e não por ajuda divina.

A Época Moderna caracterizou-se por uma forma de organização de poder do Estado conhecida por absolutismo que com o renascimento e o mercantilismo, fez crescer a burguesia mercantil, interessada na livre circulação de pessoas e mercadorias, levando à unificação de pesos e medidas, à abolição de alfândegas internas e à centralização do poder nas mãos do Rei, que se tornou efetivamente soberano. Ao monarca era dado o poder de criar e cassar as leis, não se submetendo a elas e nem se responsabilizando pelos seus atos, pois só devia satisfações a Deus. O absolutismo teve seu apogeu entre os séculos XVII e XVIII nas monarquias da Europa Ocidental.⁴⁹

Aliado ao descontentamento da classe burguesa, que embora tivesse riqueza, não tinha acesso às classes da Nobreza, o pensamento científico teve seu progresso no século XVIII, descobrindo estudos e teorias que provocariam uma renovação em toda a civilização. Essas descobertas levaram os homens a se interessar pela ciência e pela razão. Passou-se a questionar ideias outrora inatacáveis, como a soberania do rei e o dever dos súditos de obedecer-lo, a sociedade deve ser fundada na desigualdade dada pelo nascimento.⁵⁰

Essa mudança de pensamento deu origem ao movimento chamado de Iluminismo, fundamentado na ideia de que o homem deve se guiar pelas luzes da razão. Dentre os expoentes do Iluminismo, destacam-se John Locke (que sustentava o liberalismo político, a defesa de direitos naturais de liberdade e

⁴⁷ MAIOR, A. Souto. **História Geral para o curso colegial e vestibulares**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editoria Nacional, 1965, p. 355.

⁴⁸ MAIOR, A. Souto. **História Geral para o curso colegial e vestibulares**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editoria Nacional, 1965, p. 323.

⁴⁹ Para consulta como fonte relativa aos aspectos históricos ver obra: MAIOR, MAIOR, A. Souto. **História Geral para o curso colegial e vestibulares**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editoria Nacional, 1965, p. 356.

⁵⁰ MAIOR, A. Souto. **História Geral para o curso colegial e vestibulares**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editoria Nacional, 1965, p. 375.

propriedade, que se fossem desrespeitados pelo soberano, poderia o povo se rebelar contra ele), Montesquieu (que, com sua obra *Do Espírito das Leis*, defendia que o poder controla o poder, devendo os poderes legislativo, executivo e judiciário garantir a liberdade, inspirando monarquistas constitucionais no início da Revolução Francesa a formar um Estado, posteriormente considerado Estado de Direito), Voltaire (que aceitava qualquer forma de governo desde que fosse preservada a liberdade de pensamento e expressão) e Rousseau (que, em sua obra *O Contrato Social*, defendia que toda organização política e social deve salvaguardar os direitos de cada um, devendo o Estado, portanto, submeter-se ao interesse da maioria e o povo é o único soberano).⁵¹

Na economia, Adam Smith escreveu críticas ao mercantilismo e propôs o liberalismo econômico, por meio do qual o Estado não deveria interferir nas atividades econômicas do país, criando o Estado Liberal.

É nesse contexto histórico, com ascensão da burguesia, o descontentamento do povo com a forma de governo da época, que surge a Revolução Francesa de 1789, que provoca a queda do absolutismo e o distanciamento da Igreja da formação política do Estado. Extinguiu-se, assim, a Era Moderna e iniciou-se a História Contemporânea.

A época contemporânea foi marcada pelo pensamento iluminista do século XVIII e XIX, que, somadas às Revoluções Francesa e Industrial, provocaram mudanças de pensamento, enaltecendo a razão e a ciência, como instrumentos para se conhecer a verdade e a realidade.⁵²

A ciência deixou de ser meramente matemática e física e passou-se a considerar como ideia de se conhecer a verdade. Teorias foram sendo criadas, discutidas, até se chegar a um consenso, que aceitas pela comunidade científica, eram tidas como verdadeiras.⁵³

O movimento do iluminismo perdurou durante todo o século XIX e XX, enaltecendo a razão e desenvolvendo a filosofia, através de estudos, desenvolvendo ideias, valorizando a lógica e observando a natureza (Círculo de Viena de 1915-

⁵¹ Para consulta como fonte relativa aos aspectos históricos ver obra: ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁵² Para consulta como fonte relativa aos aspectos históricos ver obra: MAIOR, A. Souto. **História Geral para o curso colegial e vestibulares**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editoria Nacional, 1965, p. 375 e ss.

⁵³ KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

1920). Era por meio do pensamento iluminista, baseado na razão, que se buscava atingir o progresso social, econômico e político.⁵⁴

Filosofia moderna e o direito passam a ser vistos como ciência. O direito, antes visto como jusnaturalista, também influenciado pelas ideias iluministas, cria o movimento positivista, que com leis escritas, permitiu a Hans Kelsen construir uma teoria pura do direito, sem influência de aspectos morais, sociais, ou políticos, tornando-se o precursor de uma ciência única e exclusivamente jurídica.

Entretanto, embora houvesse predominância da razão, o início do século XX é marcado por duas grandes Guerras Mundiais, descobertas de bombas atômicas, as catástrofes ambientais, tais como caso Bhopal na Índia em 1984 e Chernobyl em 1986, fatos históricos que puseram em risco a existência humana no planeta.

Com a revolução Industrial, a produção passou a ser em grande escala com uso de máquinas, a mão-de-obra humana passou a ser explorada sem que houvesse condições mínimas de trabalho, as condições precárias de saúde educação e moradia, além do excesso de consumo, levaram ao aumento de desigualdades sociais e, sem a interferência do Estado, muitos começaram a se sentir prejudicados e marginalizados, sem que tivessem a que recorrer.⁵⁵

A exploração capitalista, a competição predatória sem qualquer regulamentação por parte do Estado e os abusos contra a classe trabalhadora, sensibilizaram a opinião pública, em especial o legislador, juiz e o administrador a proteger o economicamente mais fraco.⁵⁶

Mobilização das massas passou a exigir do Estado, antes liberal e não intervencionista, uma intromissão na ordem social, para a garantia de condições mínimas da existência digna aos cidadãos mais vulneráveis.

Pode-se dizer que não mais se preocupava com a igualdade formal, perante a lei, mas com a igualdade material, para que todos tivessem as mesmas oportunidades de participação. Isso provocou profunda mudança na estrutura do Estado, exigindo-se deste uma postura ativa, intervencionista na ordem social, mediante implementação de políticas públicas que visassem a fornecer medidas concretas para a melhoria das condições de vida da população.

⁵⁴ Para consulta como fonte relativa aos aspectos históricos ver obra: MAIOR, A. Souto. **História Geral para o curso colegial e vestibulares**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editoria Nacional, 1965.

⁵⁵ ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 19.

⁵⁶ ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 19.

O Estado agora intervencionista passou a ser chamado de Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), que consiste na assistência prestada pelo Estado, não como caridade, mas como direito político.⁵⁷

Entretanto, mesmo o Estado preocupado com o bem-estar dos cidadãos, há desigualdades sociais. Somando-se a isso, o excesso de consumo, as incertezas no uso da tecnologia e a falta de ética provocaram crises, levaram ao homem a questionar conceitos, outrora tidos como verdadeiros e enraizados, mas que não solucionavam os problemas que estavam surgindo nas relações sociais.

Thomas S. Kuhn⁵⁸ ensina que a ciência, assim como a filosofia, passa por transformações, os teóricos adotam verdades, realizam experiências, testes e observações até chegarem a um consenso, que a comunidade científica adota como verdade para, a partir de então, realizar ciência normal: aplicação de paradigmas para solucionar lacunas e conflitos à medida que vão surgindo.

Quando o paradigma estabelecido não oferece suporte para enfrentar os problemas, novos estudos e pesquisas são realizadas e, caso não consigam explicar fatos pela teoria científica, há o que se denomina de anomalias e crises. Verdades tidas como inquestionáveis passam a perder força. Instaura-se a crise das verdades.

Neste momento, constatada a presença das anomalias, a ciência tenta explicar fatos novos com paradigmas antigos, mas não obtém sucesso. Ao mesmo tempo, ideias rebeldes e revolucionárias tentam pensar fora do paradigma, buscando novos rumos. Há um conflito entre o paradigma vigente e as novas ideias que estão surgindo, cuja pretensão é a de quebrar o paradigma anterior.

Quando o novo paradigma consegue romper a ideia anterior, há uma revolução. A substituição de um pensamento por outro representa uma nova forma de pensar na comunidade científica.⁵⁹

O desafio reside em regular as diversas crises instaladas na sociedade. A sociedade enfrenta riscos ambientais, que atingem toda a coletividade. A velocidade com que a produção e a tecnologia é aplicada em bens de consumo é maior que o tempo de que a natureza precisa para se recuperar de todo o impacto causado.⁶⁰ A dificuldade em se imputar a responsabilidade daquele que lucra com a produção,

⁵⁷ LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 2. ed. ver. atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 27-28.

⁵⁸ KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

⁵⁹ KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

⁶⁰ CRASON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. Introd. Linda Laer. São Paulo: Gaia, 2010, p. 23.

dificulta a reparação do dano. A ausência de postura ética coloca em risco as relações sociais.

Os paradigmas sedimentados como verdadeiros não solucionam os problemas que vêm surgindo na sociedade. Questiona-se quais os fatores que desencadearam as crises e quais foram as transformações sociais, políticas e jurídicas, que essas crises provocaram.

2.2 As transformações na Sociedade Contemporânea que levaram às diversas mudanças sociais, políticas e jurídicas

2.2.1 A Sociedade de Riscos

Ainda sob uma análise histórica, as crises do excesso de consumo, as incertezas no uso da tecnologia e a falta de ética levaram as transformações que influenciam na formação da sociedade contemporânea, e que, posteriormente, propiciaram a formação dos direitos difusos e coletivos. Os direitos difusos são frutos do chamado risco civilizatório, advindos de uma especial vulnerabilidade contemporânea e nascem com a finalidade de desempenhar a concretização dos direitos humanos e para modificar a visão tradicional do Direito.

A sociedade contemporânea apresenta vicissitudes diversas das eras históricas anteriores. No século XX era possível identificar os riscos e as pessoas, atingindo os mais vulneráveis, os judeus, as mulheres e as pessoas marginalizadas. Com a ascensão do mercado e da economia, gerando poluição ambiental, o excesso do consumo e o uso indiscriminado da tecnologia, as situações de riscos passaram a abranger a todos indiscriminadamente.

A era contemporânea é marcada pela tecnologia, que usada de forma descontrolada e sem cuidados ou precauções, pode causar catástrofes, que põem em risco a existência humana no planeta.

Enquanto a sociedade industrial era definida como de classes e camadas sociais, ainda dependentes da cultura e tradições, a modernização do Estado do bem-estar social destradicionalizou as referidas classes.

Sob o aspecto histórico, foi a modernidade que levou à formação da sociedade industrial e, posteriormente, à sociedade de risco. No século XIX a modernização dissolveu a sociedade agrária e levou a estrutura à sociedade urbana e industrial. Hoje a modernização dissolveu os contornos da sociedade industrial e fez surgir uma outra configuração social.⁶¹

No século XIX, a modernização se consumou em um mundo tradicional e uma natureza que sabia conhecer e controlar. Na virada do século XXI, o entendimento científico e tecnológico da sociedade industrial clássica passa pelo processo de modificação na forma de vida, nas relações de trabalho, na família nuclear, na profissão e nos papéis do homem e da mulher na sociedade. A modernização na sociedade industrial é substituída por uma modernização, que não estava prevista em manuais teóricos ou livros de receitas políticas no século XIX. É essa iminente oposição entre modernidade e sociedade industrial, que atualmente nos confunde em nosso sistema de coordenadas, justamente nós que estávamos acostumados a conceber a modernidade nas categorias da sociedade industrial.⁶²

O cenário que se instaurou na sociedade posterior à industrial levou a inquietação sobre a ciência, a tecnologia, o progresso, e os novos movimentos sociais. Mas ao mesmo tempo não contradiz a modernidade, representa a expressão de seu desenvolvimento ulterior, para além do projeto da sociedade industrial.⁶³ Por isso o uso do prefixo “pós”, para definir a era histórica como pós-modernidade.

Na sociedade industrial a convivência familiar era normatizada, padronizada, segundo o modelo de família nuclear. A família nuclear estava baseada na divisão de posições de gênero homem e mulher, que se fragilizou justamente na continuidade dos processos de modernização (ingresso da mulher no mercado de trabalho, crescentes números de divórcios). A relação de produção e reprodução começa a se mover e tudo que se encontra vinculado à tradição da família nuclear e industrial passa a ser questionado.⁶⁴

⁶¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra Modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 12-13.

⁶² BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra Modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 13.

⁶³ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra Modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 14.

⁶⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra Modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 16.

As relações de emprego também se modificam. As jornadas de trabalho são flexibilizadas, o desemprego em massa leva ao sistema de subempregos.

A ciência sofre suas modificações. Na sociedade industrial a ciência é institucionalizada, assim como a dúvida metódica. O desenvolvimento científico-tecnológico experimenta tanto interna quanto externamente sua ruptura. A dúvida é estendida aos fundamentos e riscos do trabalho científico, tendo como consequência o recurso à ciência, que ao mesmo tempo é universalizado e desmitificado. Por fim, a democracia parlamentar é concretizada e na era posterior a ela os princípios são reduzidos. Garantias democráticas tidas outrora por evidentes passam a ser suprimidas.⁶⁵

A sociedade de risco tem por característica a produção de riqueza concomitante com a produção de riscos.

O novo paradigma da sociedade de risco se apoia fundamentalmente na solução de um problema: como controlar as ameaças e os riscos sistematicamente coproduzidos no processo de modernização, para que sejam evitados, minimizados, canalizados. Quando identificados, como controlados, de tal modo que não comprometam o processo de modernização e nem as fronteiras do ambientalmente e socialmente aceitáveis.⁶⁶ Nota-se uma necessidade de regramento e tutela por parte do Estado, que impeça uma abusividade do mercado.

O processo de modernização sofre um processo reflexivo: quanto mais produz, mais se criam riscos, que não se conseguem controlar.

Os riscos não são uma novidade, surgida na era pós-moderna. O risco sempre existiu, todavia eram pessoais, e não situações de ameaças globais, como as que ocorrem com danos ambientais, que ameaçam a destruição do planeta.

Os riscos atuais podem ser nucleares, de exposição a radioatividade; ou de toxinas e poluentes, presentes no ar, na água e nos alimentos que ingerimos, que podem provocar consequências prejudiciais à saúde as quais muitas vezes se desconhecem. Além disso, ocasionam situações sociais de ameaças: riscos produzidos acabam retornando para aqueles que produziram ou que lucram com eles (efeito bumerangue). O reconhecimento social dos riscos da modernização está associado à desvalorização e a desapropriação ecológicas, que incide múltipla e

⁶⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra Modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 17.

⁶⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra Modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 24.

sistematicamente em sentido contrário aos interesses de lucro e propriedade, que, por sua vez, impulsionam o processo de industrialização. Os riscos socialmente reconhecidos passam a preocupar autoridades públicas, que passam a interferir na economia. Antes o que era apolítico, torna-se assunto de interesse público, que intervém no gerenciamento da empresa, no planejamento de produtos, no uso da tecnologia. Não apenas tem-se problemas de saúde, mas também problemas na economia, como perdas de mercado e de capital, e problemas jurídicos, com o aumento de demandas judiciais, motivos esses que provocam a interferência do Estado, levando à necessidade de mudanças na política, na reorganização do poder e da responsabilidade.⁶⁷

Diante dos riscos presentes na sociedade, necessita-se de intervenção do Estado para que possa regulamentar as relações do mercado.

Dessa forma, com a generalização dos riscos da modernização é desencadeada uma dinâmica social que não mais pode ser abarcada e concebida em termos de classe. Não é possível separar a classe daqueles que são afetados por ameaças de riscos da classe daqueles que não sofrem com essas incertezas e inquietudes. A impotência das autoridades diante dos acidentes tóxicos e a dificuldade com a regularização e normatividade, com as competências, responsabilidades e indenizações, atestam que os riscos são incontrolláveis e atingem todos. Um dano ambiental de proporção nacional, por exemplo, necessita de proteção do Estado e do Direito.

O fator que gera preocupação diz respeito a ausência da política diante das ameaças que se intensificam com a finalidade de apresentar um conjunto de medidas preventivas de superação desses riscos. Não se sabe qual o tipo de política e de instituição política que estariam em condições de adotá-lo. O que surge, na verdade, é uma solidariedade em razão de um vácuo político em termos de competência e institucionalidade, até mesmo em termos de representação. A franqueza com que essas ameaças não são tratadas pela política é proporcional ao aumento demasiado de demandas por ação e política.⁶⁸ Ausência de manifestação do Estado provoca instabilidade na sociedade.

⁶⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra Modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 28.

⁶⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra Modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 58.

Diante da ausência de organização do Estado instaura-se o medo entre as pessoas, que leva à solidariedade. Enquanto na sociedade de classes buscava-se acabar com as desigualdades, na sociedade de risco o que se instaurou foi a incerteza. A sociedade de classes se caracteriza pela fome, já a sociedade de risco se apresenta com o medo.⁶⁹

O que se indaga é se o medo, que une as pessoas, é suficiente para impulsionar a enfrentar os problemas da sociedade de risco. Em uma sociedade fragmentada, o efeito do medo estimula a sociedade a se organizar em associações, conselhos municipais, bem como os cidadãos a participarem de audiências públicas. Outro fator que vai se mobilizar nessa empreitada são as Ongs, que compõem o terceiro setor da formação do Estado em busca de suprir a ausência do poder público em questões sociais.

É certo que o medo impulsiona mudanças. Muito se usufrui dos benefícios da sociedade de risco, ainda se assumem os riscos (uso de celular, consumismo elevado, os danos ambientais ainda incertos) e, não estando a sociedade disposta a romper com o modelo instaurado, buscam-se meios jurídicos para proteger a coletividade desses riscos.

2.2.2 A Sociedade de Consumo

Outro modelo de sociedade nascido após a revolução industrial foi a sociedade de consumo. Trata-se de uma outra visão da revolução industrial, que muitas vezes não é estudada pela história, mas que com a produção em larga escala, o acúmulo de capital, levou a sociedade a consumir de forma excessiva.

Embora a sociedade sempre tenha praticado atos de comércio ao longo da história, somente com o capitalismo é que a sociedade se tornou consumista, tendo como tema central o consumo.

⁶⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra Modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 60.

Gilles Lipovetsky⁷⁰ divide a sociedade do consumo em três fases, sendo que a primeira (1880 a 1945) caracterizou-se pela sociedade em massa. A linha de produção industrial, o fordismo, proporcionava produtos a serem consumidos em grande quantidade. Começou a surgir a publicidade, que incentivava o consumo dos produtos industrializados. Surgiram as marcas Coca-Cola e Kodak, que faziam propagandas e estimulavam o consumo. O modo de consumo era familiar, comprava-se carro, geladeira, televisão para uso de toda a família.

A segunda fase ocorreu após a 2ª Guerra Mundial, identificada pela abundância. A tecnologia desenvolvida durante a Guerra, os alimentos com conservantes usados na guerra passaram agora a ser produzidos e consumidos por todos. Passou-se a se preocupar com a responsabilidade civil do fabricante, discutia-se a garantia do produto, facilitou-se a compra por meio de créditos. O consumo fez surgir uma classe intermediária entre a mais abonada e a mais precária, que é a classe média e que passa a ter acesso aos produtos anteriormente consumíveis somente pela elite.

Por fim, a terceira fase é marcada por um hiperconsumo, individual e emocional. Não se consome mais por status social, mas por hedonismo (consome-se por mero prazer individual, por um estilo de vida). Consome-se por uma busca à felicidade. Agora não há mais o modelo tradicional de produção, a concentração de capital não é mais a indústria automobilística, mas sim os grandes donos de sites da internet e redes sociais, que não ocupam um lugar físico, mas estão presentes ao mesmo tempo em todos os lugares do planeta. O consumo passa a ser individual e não mais familiar, cada um tem o seu carro e o seu computador. Compra-se por satisfação imediata.

Esse consumo exagerado torna a sociedade doente. O que movimenta a sociedade é o prazer e a felicidade instantâneos que não são suficientes para fazer uma revolução e romper paradigmas.

O aumento do consumo leva à implementação de contratos em massa, prontamente ajustados, considerados abusivos, colocando consumidores em situação de vulnerabilidade, necessitando assim da intervenção do Estado e surgindo um direito que abrange toda uma classe, categoria ou grupo de pessoas, que vierem a se identificar com as relações de consumo ou com prestações de

⁷⁰ LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal** – Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

serviços. Consumidores apresentam-se em posição desfavorável num litígio, necessitando de interferência do Estado para suprir o desequilíbrio, como também de tutela jurídica.

Essa terceira fase corresponde a que estamos vivendo. Embora hiperconsumistas, individualistas e doentes, há benefícios que impedem que a sociedade se organize, rompe o modelo atual e provoque mudanças. Diante dessa conjuntura, questiona-se como regulamentar juridicamente essas relações de consumo, quando se estiver, por exemplo, diante de cobrança de multa de valor ínfimo, mas que se cobrada de cada um dos consumidores gera abusividade e ao mesmo tempo o ingresso individual no Poder Judiciário custa mais caro que o prejuízo sofrido e a decisão produz efeitos apenas entre as partes.

2.2.3 A Valorização da Técnica

Com a revolução industrial, a técnica foi associada à máquina. Isso porque, foi a técnica que levou ao aperfeiçoamento da máquina, que por sua vez, passou a produzir em larga escala.

A técnica teve efetivamente seu ponto de partida na existência da máquina. Foi a partir da mecânica que todo o resto se desenvolveu. Sem a máquina o mundo da técnica não existiria.

Todavia, na metade do século passado, Jacques Ellul ao escrever sobre “A técnica e o desafio do século” percebeu que é incontestavelmente errôneo incidir na confusão entre técnica e máquina. Tanto que se coloca a máquina na origem e centro do problema. A técnica assumiu autonomia quase que completa em relação à máquina e esta ficou para atrás.⁷¹

Hoje a técnica ocupa espaços que pouco tem a ver com a vida industrial, porque assume a totalidade das atividades do homem e não apenas atividade de produção. É possível notar isso, por exemplo, com a informática e o uso da internet presentes em todos os lugares.

⁷¹ ELLUL, Jacques. **A Técnica e o Desafio do Século**. São Paulo: Paz e Terra, 1954, p. 2.

A máquina, segundo o mencionado autor, símbolo do século XIX, se instala em uma ordem que não foi feita para ela e, por isso mesmo, cria uma sociedade não humana e provoca rompimento bruscos nos aspectos políticos institucionais e humanos da sociedade.

Já a técnica, presente tanto no capitalismo quanto no socialismo, se integra à sociedade e a torna social. É por meio da técnica que se adaptam as mudanças que a indústria provocou na sociedade. Ela organiza no mundo abstrato o que a máquina fez no domínio do trabalho. Por fim, traz a eficácia tão buscada e exigida na sociedade pós-moderna.

Quando a técnica passa a fazer parte da vida do homem (trabalho, família, relações sociais) deixa de ser um objeto e torna-se uma substância. Deixa de ser colocada em face do homem e passa a integrá-lo, diferenciando-se, neste aspecto, da máquina. Essa transformação levou a técnica a se tornar autônoma.⁷²

O aprimoramento da técnica trouxe melhor qualidade aos produtos fabricados. A técnica visa melhorar os produtos consumidos pela sociedade e, conseqüentemente, melhorar na qualidade de vida das pessoas. No início da produção industrial a preocupação era com a quantidade de produtos colocados no mercado. Agora, o objetivo é melhorar a qualidade deles. Houve uma mudança de quantidade para qualidade.

A técnica também possui relação com a ciência. Historicamente, no século XIX, a ciência só era verdadeira para as ciências físicas, pois, por repetidas experiências, propôs problemas e revelou soluções da ciência. Todavia, atualmente, toda pesquisa científica utiliza técnica e muitas vezes uma simples modificação técnica permite o progresso científico. O que antes se entendia por ciência impulsionar a técnica, hoje se entende por técnica fomentar a ciência. A relação ciência e técnica se aprofunda ainda mais quando consideramos os domínios mais recentes, onde não há fronteiras. O domínio da técnica, que não vem da máquina, não tem limites para ciências humanas e biológicas. Torna-se difícil identificar o que é técnico na psicologia e na sociologia, onde tudo se torna técnico em sua aplicação.⁷³

O intervalo entre a descoberta científica e a aplicação na vida prática é cada vez mais reduzido. Feita a descoberta, o investimento financeiro e a intervenção do

⁷² ELLUL, Jacques. **A Técnica e o Desafio do Século**. São Paulo: Paz e Terra, 1954, p. 5.

⁷³ ELLUL, Jacques. **A Técnica e o Desafio do Século**. São Paulo: Paz e Terra, 1954, p. 7-8.

Estado agilizam o processo de aplicação. Entra no domínio público sem antes ter-se medido todas as consequências.⁷⁴

A técnica se inseriu de tal forma na vida no homem, que este não consegue mais se dissociar daquela e viver em um meio que seja só dele. Ultrapassados os limites físicos e psicológicos, o homem se depara com a técnica interferindo na sua vida diariamente.

Zygmunt Bauman⁷⁵ ao também abordar o tema da tecnologia, na mesma linha que Jacques, nota que grande problema da tecnologia é procurar solucionar os problemas com a própria tecnologia, sem nunca abandoná-la. Por ser um sistema fechado, afirma que só a tecnologia pode melhorar a tecnologia.

O autor ainda observa a sociedade como algo líquido, em que nada permanece estável e sólido e onde as relações sociais e humanas escapam de qualquer estrutura fortificada, podendo ser alterada a qualquer instante, por qualquer motivo.

Por fim, diante de uma sociedade em alta velocidade tecnológica, discute-se como inserir a ética nas relações atuais, uma vez que o desenvolvimento da ciência e da tecnologia não deu espaço para se regrar comportamentos éticos.⁷⁶

2.2.4 A importância da Ética

Em razão do crescimento da tecnologia e das mudanças sociais, discute-se o comportamento ético na sociedade pós-contemporânea e quem enfrenta o tema é o autor Hans Jonas⁷⁷ ao escrever sobre o princípio da responsabilidade.

Questiona o autor como defender direitos de futuras gerações diante de crises atuais em que não se sabe quais direitos elas terão. Isso porque se essas pessoas ainda não existem, como podem ter direitos, negociar um pacto se ainda não estão presentes?

⁷⁴ ELLUL, Jacques. **A Técnica e o Desafio do Século**. São Paulo: Paz e Terra, 1954, p. 9.

⁷⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Ética Pós-Moderna**. Trad. João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

⁷⁶ Para consulta como fonte relativa à era da máquina e o poder da técnica ver obra: MAIOR, A. Souto. **História Geral para o curso colegial e vestibulares**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editoria Nacional, 1965, p. 345-503.

⁷⁷ JONAS, Hans. **O princípio da Responsabilidade** – Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Roberto Montez. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 1979.

Essa preocupação com a qualidade de vida das futuras gerações encontra-se muito presente no direito ambiental, que prega a preservação da flora e da fauna, a prevenção com estudos e relatórios de impactos ambientais e a sustentabilidade no desenvolvimento econômico para se garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Afirma o autor que a ciência, a tecnologia e a economia aceleradas e desenfreadas provocam riscos à sociedade, gerando práxis coletiva, que por sua vez, leva a um vácuo ético.

O que leva a sociedade a construir uma ética comportamental é a constatação de riscos e o medo.

A preocupação com o futuro da humanidade, passa a discutir a necessidade de proteger futuras gerações, a sobrevivência humana no planeta, a forma de administrar a ciência com manipulação genética e inteligência artificial, o desafio de como regradar o comportamento ético diante de novos riscos.

Nota-se que começam a surgir preocupações coletivas, dificuldades de se proteger direitos que transcendem a pessoa do indivíduo e atingem todos indistintamente.

Os riscos geram o medo, que paralisa o homem, mas num segundo instante o faz unir com seu semelhante para juntos enfrentarem os problemas. Sociedade unida consegue romper paradigmas.

Começa-se a perceber que existe uma herança a ser preservada, um respeito à história da civilização humana, e impossibilidade da humanidade se auto destruir e varrer a espécie humana do planeta, a imposição incondicional de existir.

Surge um princípio ético fundamental de impor o dever à geração presente, de permitir que a geração futura exista. Esse dever garante a sequência da humanidade.

Todo o universo tem o dever de preservar a humanidade e o dever da geração presente é permitir que a geração futura cumpra o seu dever. Isso é o princípio da responsabilidade e essa é também a razão pela qual deve-se tutelar o Meio Ambiente para as presentes e futuras gerações.

Antes de um dever jurídico, proteger as futuras gerações é um dever de proteger a humanidade.

2.2.5 Globalização e Pós-Modernidade

Todos esses fatores que foram estudados até o presente momento trouxeram mudanças econômica, social, política e jurídica. A sociedade no século XXI passa por crise de racionalismo, vazio teórico, crise no modelo de Estado, insegurança jurídica, a busca pelo imediatismo e felicidade momentânea, a exigência pela eficiência, o individualismo, levando ao término de uma era e início de algo novo, que por não ser identificado, foi denominado de pós- modernidade.

No plano internacional, vive-se a decadência do conceito de soberania.⁷⁸ As fronteiras rígidas cederam à formação de grandes blocos econômicos, enquanto se intensificou a livre circulação de pessoas e mercadorias. A descoberta da internet aproxima as relações pessoais e cria uma realidade paralela, a virtual, que desafia a distância física e geográfica e permite que todos estejam ligados ao mesmo tempo na era da informação.

A globalização anuncia a chegada de uma nova maneira de se relacionar, agora não mais dentro de um feudo, ou de um país, mas sim no mundo, o que desafia a ciência do direito a regular essas inovações comportamentais.⁷⁹

No campo econômico e social, nota-se o avanço da ciência e da tecnologia, com a produção em larga escala e ou aumento do consumo, gera a formação de contratos em massa e colocam o consumidor em situação de vulnerabilidade e obriga o Estado a intervir, mesmo sendo relação de direito privado, envolvendo partes maiores e capazes. Também a ciência tecnológica gera consequências de poluição ambiental, o que leva ao questionamento a respeito da qualidade de vida, de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e provoca a ciência jurídica a se posicionar quanto à proteção de presentes e futuras gerações.

Ainda no âmbito econômico e social, tem-se notado a expansão da informática e da internet, trazendo questionamentos éticos a respeito da engenharia genética, como por exemplo, as técnicas de reprodução assistida, mapeamento do

⁷⁸ BARROSO. Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Rev. Direito Administrativo**, jul/set. Rio de Janeiro, 2001, p. 7.

⁷⁹ BARROSO. Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Rev. Direito Administrativo**, jul/set. Rio de Janeiro, 2001, p. 7.

genoma, prolongamento da vida, técnicas de alteração do sexo, clonagem, apresentam um cenário desconhecido e imprevisível para o futuro do ser humano.⁸⁰

Nota-se que todas essas indagações envolvem interesses que dizem respeito a toda a sociedade, de forma indistinta e universal, já que dizem respeito à sobrevivência humana, provocando o Direito a regular e intervir para que esses direitos possam ser tutelados, caso ameaçados ou violados.

Na esfera política, o Estado tem dificuldade de atingir progresso e justiça social. O excesso de conservadorismo nos Estados Unidos, a decepção com o socialismo, levam a rever a separação do público com o privado. O Estado necessita regular direitos que transcendem o indivíduo, de pessoas indeterminadas, interesses esses que não são de direito público, porque não possuem relação do indivíduo com o Estado e também não são privados, porque não dizem respeito à relação entre particulares, mas envolvem toda a sociedade. Questiona-se nesse contexto qual é o papel do Estado.

No âmbito jurídico, a liberdade individual contra a opressão do Estado e a busca pela igualdade já não são mais os temas centrais de discussão. No direito público fala-se em governabilidade, desconstitucionalização e desregulamentação. No direito privado o Código Civil desmembra-se em vários microssistemas. Há uma fragmentação do direito, com diversas leis esparsas e específicas que dificultam interpretação e aplicação. As fórmulas abstratas da lei e a discricção judicial já não trazem todas as respostas. A aplicação da lei pelo juiz transfere agora para o caso concreto a melhor solução do problema singular a ser resolvido.⁸¹

Na esfera dos direitos difusos e coletivos, tem-se microssistema processual coletivo⁸², formado pelas Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor (como se depreende dos arts. 90 do CDC e 21 da LACP), além do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrarie as disposições da Lei da Ação Civil Pública (artigo 19 da LACP), sempre à luz da Constituição Federal, além das leis esparsas, como a Política Nacional do Meio Ambiente, Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, Lei do Mandado de Segurança, entres outras, que tutelam os direitos transindividuais.

⁸⁰ BARROSO. Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Rev. Direito Administrativo**, jul/set. Rio de Janeiro, 2001, p. 7.

⁸¹ BARROSO. Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Rev. Direito Administrativo**, jul/set. Rio de Janeiro, 2001, p. 8.

⁸² PIZZOL, Patrícia Miranda. **A coisa julgada nas ações coletivas**. Disponível em: http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf. Acesso em: 09 jun. 2016.

Ao analisar a ciência do direito ao longo da história, percebe-se que o direito surge com o jusnaturalismo, fundado na existência de um direito natural. Aplicado a fases históricas diversas, remonta a antiguidade clássica e também a idade média. Possui como características: uma lei estabelecida pela vontade de Deus e uma lei ditada pela razão. São Tomás de Aquino, por exemplo, explicava no sistema filosófico e teleológico criado por ele na Idade Média que a lei é um ato de razão e não de vontade, distinguia lei eterna, lei natural, lei positiva humana e lei positiva divina. Perdura por toda a idade moderna, enfatizando a razão e não a origem divina. O jusnaturalismo passa a ser filosofia natural do direito e se associa ao iluminismo, acompanha a revolução francesa e se torna dogmático. A Escola da Exegese, por sua vez, irá pregar o apego ao texto normativo, interpretação literal, restringindo atuação do juiz a ser objetiva e neutra. Com o Estado Liberal, século XIX, os direitos naturais cultivados e desenvolvidos haviam sido inseridos de forma generalizada ao ordenamento jurídico positivo.⁸³

O positivismo jurídico tornou o direito uma ciência autônoma com a criação da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Nela, não se admitiam argumentos sociais, políticos, morais e econômicos, mas tão somente aplicação pura da lei positivada. Kelsen organiza as normas de forma piramidal, escalonada, até chegar à norma hipotética fundamental e abstrata, que fundamenta a teoria jurídica e deve ser obedecida hierarquicamente. Perfeita em sua construção teórica, caberia ao juiz a função de interpretar aplicando a lei ao caso concreto.

Foi Hans Kelsen quem fixou as características principais do positivismo jurídico, como a aproximação do Direito e a norma; a ordem jurídica emana do Estado; a completude do ordenamento jurídico, com conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; e a validade da norma decorrente de um sistema formal hierárquico, independente do conteúdo.⁸⁴

O positivismo pretendeu criar uma teoria geral do Direito. Todavia, a preocupação com a lei levou ao autoritarismo e a ideia de justiça se resumia com a positivação da norma. No final da 2ª Guerra Mundial, as ideias de direito resume-se a um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e à lei com estrutura

⁸³ BARROSO. Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Rev. Direito Administrativo**, jul/set. Rio de Janeiro, 2001, p. 18-20.

⁸⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

meramente formal, sem se preocupar com o conteúdo. Assim, não mais atendiam aos anseios da sociedade e às preocupações com o futuro da humanidade. Por outro lado, os estudiosos não desejavam o retorno ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos e metafísicos. A intenção era a recolocação de valores dentro da ciência do direito, sem retornar ao jusnaturalismo. É nesse contexto que surge o pós-positivismo, introduzindo as ideias de justiça e legitimidade e reaproximando a ética do direito. Esses valores se materializam em princípios, que passam a ser abrangidos na Constituição, explícita ou implicitamente.⁸⁵

Muito embora os princípios sempre estiveram presentes na sociedade, quer de cunho religioso, moral, ou adindo de costumes, é certo que passaram a ter normatividade.

Os princípios passaram a representar a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, espelham a ideologia da sociedade, dão unidade e harmonia ao sistema, servem como guia ao intérprete, que parte do princípio maior e segue para o mais específico, desempenham a função de condensar princípios, para que sejam fixados na Constituição Federal, dão unidade ao sistema por meio da ponderação e condicionam a atividade do intérprete ao limitar sua atuação.⁸⁶

Com esse raciocínio, há uma reformulação na classificação das normas, que passam a ser divididas entre princípios e regras.

A distinção lógica entre regras e princípios é evidenciada por Dworkin⁸⁷ ao dizer que as regras são proposições normativas, que se aplicam ao preceito do tudo ou nada. Se ocorrem fatos estipulados pela regra, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que nada contribui para a decisão. Havendo colisão entre as regras, esta será resolvida pelo prisma da validade.

Segundo Robert Alexy⁸⁸, citado por Rogério Pacheco Alves e Emerson Garcia, os princípios convivem harmonicamente, o que permite a sua coexistência e que, em caso de colisão, um deles seja preponderantemente aplicado ao caso

⁸⁵ BARROSO. Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Rev. Direito Administrativo**, jul/set. Rio de Janeiro, 2001, p. 23-24.

⁸⁶ BARROSO. Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Rev. Direito Administrativo**, jul/set. Rio de Janeiro, 2001, p. 25.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando Direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins fontes, 2010.

⁸⁸ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade Administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 43.

concreto, a partir da identificação de seu peso e da ponderação de outros princípios, conforme as circunstâncias em que esteja envolto.

O conflito entre regras será solucionado a partir do critério de especialidade ou do reconhecimento da invalidade de uma ou de alguma das regras confrontadas, permitindo que seja identificada aquela que melhor regular situação concreta. Aqui, diferentemente do que ocorre com os princípios, não se tem um exercício de ponderação, mas uma forma de exclusão, sendo cogente de aplicação da regra ao caso sempre que encontrado o seu substrato fático típico. Enquanto os conflitos entre princípios são dirimidos na dimensão do peso, os conflitos entre regras o são na dimensão da validade.

Cumprindo ainda ressaltar que a regra é um tipo de norma que, presentes os pressupostos autorizadores de sua aplicação, rege determinada situação fática ou jurídica, de forma incontestável e definitiva. Princípio, por sua vez, é um tipo de normas cujos pressupostos autorizadores de sua aplicação não assumem contornos precisos, o que lhe confere maior determinabilidade, fazendo com que atue como meio de otimização de certo comportamento, impregnando-o com os valores extraídos das possibilidades fáticas e jurídicas do caso.⁸⁹

A adoção dos princípios tornará a norma fluida e indeterminada, pois se revestem de um grau de abstração e generalidade mais acentuada do que as regras; por outro lado, a menor determinabilidade de campo de aplicação da norma será compensada com uma adequação mais célere aos valores que disciplina, o que também exige maior responsabilidade do operador do direito ao sopesar sua axiologia e densificar seu conteúdo. De forma sintética, pode-se dizer que a aplicação das regras se esgota em uma operação de subsunção, enquanto que os princípios realizam um exercício de ponderação, permitindo sejam sopesados os valores que informam tal situação fática, culminando com a identificação da solução justa e adequada para o caso concreto.⁹⁰

A colisão de princípios é perfeitamente possível e faz parte da lógica do sistema. Quando o interprete estiver diante do caso concreto deverá fazer escolhas fundamentadas, como as que existem, por exemplo, entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, o direito à propriedade e a sua função social. Como

⁸⁹ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade Administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 44.

⁹⁰ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade Administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 44.

mandados de otimização, pretendem ser realizados de forma mais ampla possível, aplicando de forma mais ou menos intensa de acordo com as situações jurídicas existentes. A aplicação dos princípios se dá por meio da ponderação. Procura estabelecer o peso relativo a cada um dos princípios contrapostos, observa o caso concreto, faz concessões recíprocas, sacrificando o mínimo possível um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição, até chegar a um resultado socialmente desejado. Impede que o julgador escolha arbitrariamente um dos interesses, limitando sua atuação e exigindo fundamentação na decisão.⁹¹

O balizamento deve ser o princípio da proporcionalidade. Não há hierarquia, analisa-se o caso concreto e por meio da ponderação, afasta-se momentaneamente um princípio, preservando-se seu núcleo mínimo de valor, obedecendo-se, assim aos mandamentos constitucionais e apresentando-se uma solução justa e adequada.

O princípio da razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos administrativos ou legislativos quando não haja adequação entre o fim a ser perseguido e o meio empregado; quando a medida necessária a atender a um resultado não for menos onerosa possível para aquilo que se está cedendo; e quando a medida não for proporcional entre a proteção que se concede e o sacrifício que se impõe. Não há dúvida de que o princípio da proporcionalidade não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidas pelo ordenamento, mas permite produzir o melhor resultado possível, ainda que não seja o único.⁹²

Atualmente os princípios estão previstos na Constituição Federal, em direitos fundamentais individuais e coletivos, essenciais à dignidade humana. Sendo o Poder Judiciário acionado, caso não encontre no positivismo clássico e no processo civil tradicional instrumentos adequados, busca nos princípios a solução mais apropriada ao caso concreto.

Rompendo com o binômio das sentenças de procedência/improcedência, o aplicador do direito apresenta decisões ponderáveis, ouvindo interessados, especialistas, além da própria população, a respeito de determinado assunto tão

⁹¹ BARROSO. Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Rev. Direito Administrativo**, jul/set. Rio de Janeiro, 2001, p. 26.

⁹² BARROSO. Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Rev. Direito Administrativo**, jul/set. Rio de Janeiro, 2001, p. 30.

complexo, de interesse de toda a coletividade que a lei não consegue resolver sem a observância dos princípios, que são norteados pela alta carga valorativa.⁹³

2.3 Os Direitos Difusos e Coletivos sob análise jurídica: evolução, definição dos Direitos Difusos e Coletivos

A crise do positivismo, as crises de verdades da ciência, os riscos na sociedade de consumo, a valorização da técnica e o emprego da tecnologia e da internet, a dificuldade de se impor um comportamento ético diante das novas relações sociais e a era da globalização, sem fronteiras físicas e aduaneiras trazem um mercado que precisa de regulamentação por parte do Estado, pessoas em situações de vulnerabilidade, que necessitam de proteção jurídica e preocupação com a qualidade de vidas das presentes e futuras gerações.

O Direito tradicional clássico apresentava dificuldades de lidar com todos esses fatores e não conseguiu apresentar soluções jurídicas para problemas complexos.

As mudanças e crises despertam no Direito a necessidade de tutelar interesses que transcendem a pessoa do indivíduo, que são de interesse de toda a coletividade de forma difusa e que embora já existentes e conhecidos por todos, passam, nesta fase da história, a ter seu auge.

As crises analisadas até agora, somadas às duas grandes Guerras, a descoberta de bombas nucleares, a descoberta do genoma e a manipulação genética fazem as pessoas se unirem e o mundo se preocupar com o futuro da humanidade.

Noberto Bobbio, após classificar os direitos humanos em diversas gerações ao longo da história, afirma que, após a Declaração dos Direitos do Homem em 1948, a grande dificuldade não era mais fundamentar os direitos humanos, mas sim protegê-los. Nascidos no sentido filosófico, os direitos humanos passaram a ser reconhecidos mundialmente e internamente em cada Estado, sendo transferidos

⁹³ SODRÉ, Marcelo Gomes. **Filosofia do direito I** – Uma Visão dos Direitos Difusos Materiais. [Aula assistida da disciplina], ministrada no curso de pós-graduação *stricto sensu* – Mestrado em Direitos Difusos e Coletivos, realizada no segundo semestre de 2017, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

posteriormente ao âmbito jurídico e, num sentido mais amplo, ao político, com a missão de garantir esses direitos.⁹⁴

É certo que, após a Segunda Guerra Mundial, houve um consenso geral a respeito da necessidade de se proteger a dignidade da pessoa humana inerente ao homem, visto como sujeito de direitos. Ensina o mencionado autor que a história auxilia a reconhecer os valores, que ao longo do tempo passam a ser aceitos por todos.

Os direitos humanos tiveram a sua construção pela história. Foram valores sendo trazidos para o mundo jurídico como direitos, que ao longo de um processo de transformação da sociedade, passaram a ser tutelados juridicamente para o aperfeiçoamento da pessoa humana e o desenvolvimento da civilização.

A única forma de fundamentá-los é pelo consenso. Quanto mais aceito, mais tem fundamento. Trata-se certamente de um fundamento histórico e, portanto, não absoluto, mas esse fundamento histórico de consenso é o único que pode ser factualmente comprovado.⁹⁵

Foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem que representou esse consenso. Aprovada por 48 Estados, acolhida como inspiração e orientação no processo de crescimento de toda a comunidade internacional, por indivíduos livres e iguais.⁹⁶

Com essa declaração, um sistema de valores passa a ser universal, não em teoria, mas de fato, na medida em que declara a vontade unânime de proteger valores que vão dar validade e capacidade para reger os destinos da comunidade.

Somente depois da referida Declaração é que se pode comprovar que a humanidade partilha de valores comuns, universais, inerentes ao ser humano, que não possuem um significado objetivo, mas exatamente subjetivo, no sentido de ser acolhido pelo universo dos homens.

Esse universalismo foi uma conquista lenta ao longo da história. Nasce pelas teorias filosóficas, em um campo geral e abstrato. Num segundo momento passam a ser positivados no âmbito de cada Estado que o reconhece e somente

⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8ª Triagem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004, p. 25.

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8ª Triagem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004, p. 27.

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8ª Triagem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004, p. 27.

com a Declaração de 1948 é que os direitos humanos passam a ser positivados e universais. Protegidos até mesmo contra eventual investida do próprio Estado.

2.3.1 Evolução dos Direitos Humanos

Enquanto históricos, são direitos mutáveis, suscetíveis de transformações e ampliações.

Seguindo um critério histórico, Norberto Bobbio optou por classificar os direitos humanos em gerações (atualmente utiliza-se a expressão dimensão, por não haver substituição de um direito pelo outro) incluindo, inclusive, os direitos difusos e coletivos.

A primeira dimensão diz respeito aos direitos de liberdade contra a ação do Estado. Direitos que imponham ao Estado o dever de não interferir, de forma abusiva e opressora, na liberdade individual.⁹⁷

Já a segunda dimensão se refere aos direitos políticos, concebendo liberdade individual perante o Estado, porém com autonomia e de forma mais ativa, permitindo-se, de forma organizada, uma participação cada vez maior e frequente dos membros da comunidade no poder político.⁹⁸

A terceira dimensão, onde se encontram os direitos sociais, consiste na relação de pessoas vulneráveis com relação ao Estado, exigindo-se que o Estado ofereça políticas públicas, protegendo direitos coletivos.⁹⁹

Roberto Bobbio defende que estariam os direitos difusos e coletivos numa quarta geração, envolvendo direitos como meio ambiente sadio, do consumidor, improbidade administrativa, direitos da criança e do adolescente.¹⁰⁰

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8ª Triagem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004, p. 32. Para consulta como fonte relativa às dimensões dos direitos humanos: LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 2. ed. ver. atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 30.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8ª Triagem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004, p. 32. Para consulta como fonte relativa às dimensões dos direitos humanos: LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 2. ed. ver. atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 31.

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8ª Triagem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004, p. 32.

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8ª Triagem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004, p. 59.

Posteriormente, Bobbio ainda apresenta uma nova dimensão, referente a direitos decorrentes dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana. Trata-se da problemática da manipulação genética do ser humano, através da clonagem de animais e seres humanos a partir da célula-tronco.

Vidal Serrano Nunes Junior afirma que os direitos de terceira geração se referem à solidariedade, visto o ser humano como parte da humanidade, tais como o direito à paz no mundo, ao desenvolvimento por parte de países subdesenvolvidos e o direito à preservação do patrimônio comum da humanidade, que não se confundem com os direitos difusos, pois estes compõem a classificação de modalidades de tutela jurisdicional coletiva, composta por direitos que são exercidos de forma plurisubjetiva.¹⁰¹

Para Vidal Serrano Nunes Junior os direitos difusos e coletivos são assim considerados porque são tutelados juridicamente de forma coletiva.

Já Paulo Bonavides, por exemplo, defende a existência dos direitos com aspecto introduzido pela globalização política, relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo, conforme abaixo transcrito:

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...) Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.¹⁰²

¹⁰¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 47.

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 571-572.

De forma progressiva e nunca substituindo direitos outrora conquistados, aos direitos humanos vão sendo acrescidos outros novos direitos num processo não concluído, pois acompanham a história do homem. Isso ocorreu na elaboração da Declaração após a Segunda Guerra Mundial, numa época que começou com a Revolução Francesa e foi até a Revolução Soviética. Não há dúvida de que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação do conhecimento e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e nas relações sociais, que proporcionam novos ocasiões favoráveis para o surgimento de novos crescimentos e, conseqüentemente, novas demandas de liberdade e poderes.¹⁰³

Ao se questionar como proteger esses direitos, Norberto Bobbio afirma que, após o seu reconhecimento, positivação e universalização, surge a necessidade de especificação. Trata-se de uma passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma determinação dos sujeitos titulares de direitos. Assim como os direitos foram sendo reconhecidos progressivamente e ininterruptamente.

Aquele sujeito visto como “homem” passa a ser especificado como cidadão, atribuindo-se novos direitos. Ao olhar para o cidadão, sob uma perspectiva de gênero, nota-se a necessidade de tutelar direitos para as mulheres; sob as diversas fases da vida, percebe-se a obrigação de proteger direitos da infância e da velhice; e sob a análise ao Estado normal e excepcional, faz-se imperioso reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes e aos doentes mentais.¹⁰⁴

É dessa forma que são assinadas diversas declarações específicas. Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Resolução n. 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10.12.1984, assinada pelo Brasil em 28.9.1989; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, adotada pela Resolução n. 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 18.12.1979, assinada pelo Brasil em 1.2.1984; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela Resolução n. 2.106 A (XX) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 21.12.1965, assinada pelo Brasil em 27.3.1968; Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução L.44

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8ª Triagem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004, p. 33.

¹⁰⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8ª Triagem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004, p. 34 e 59.

(XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 20.11.1989, assinada pelo Brasil em 24.9.1990.

Com a fragmentação dos direitos fica mais fácil tutelá-los, uma vez que a especificação proporciona mais concretude e efetividade. São direitos que uma vez conquistados passam a ser inerentes ao ser humano, garantindo mais dignidade e qualidade de vida. De toda essa análise, pode-se concluir que os direitos difusos e coletivos são especificações dos direitos humanos.¹⁰⁵

Eduardo Kroeff Machado Carrion também analisa os direitos humanos, todavia dentro do contexto da igualdade. O referido autor preocupa-se em estudar a igualdade numa perspectiva da ampliação do processo civilizatório e da construção do futuro, criticando a simples igualdade formal e buscando a igualdade material. Esse discurso surge com a formação do Estado Social, após a 1ª Guerra Mundial e sobretudo após a 2ª Guerra Mundial, quando se reconheceu que não bastava prevê em lei que todos eram iguais em direitos, seria necessário encontrar instrumentos para organizar e a efetivar essa igualdade. Reconheceu-se, por exemplo, que não bastava simplesmente atribuir o direito de voto ao cidadão se ao mesmo tempo se mantinham desigualdades econômicas, sociais, culturais. Daí, a necessidade do Estado Social implementar políticas sociais que compensassem ou abrandassem essas desigualdades materiais. Houve uma tentativa de trânsito de uma igualdade meramente formal para uma igualdade efetivamente material.¹⁰⁶

Ressalta o autor que a preocupação em buscar a igualdade não deve esquecer de reconhecer a diferença. Embora falar em igualdade possa levar a um discurso de intolerância e preconceito, não se pode esquecer que é exatamente a partir da diferença, que se busca a igualdade. Há diferenças de classe, diferenças de cultura, diferenças de etnia, diferenças de gênero, e, por causa dessas diversidades que ocorre um processo natural evolutivo que possibilita a sobrevivência da humanidade. A inter-relação de espécies, de caracteres e de

¹⁰⁵ SODRÉ, Marcelo Gomes. **Teoria Geral de Direitos Difusos e Coletivos**. [Aula assistida na disciplina], ministrada dia 02 de março de 2017, no curso de pós-graduação *stricto sensu* – Mestrado em Direitos Difusos e Coletivos, realizada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

¹⁰⁶ CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Direitos Humanos e diversidade cultural**. [Palestra proferida para a EDHUCA - Escola de Direitos Humanos e Cidadania], dentro do projeto Tribunais da Cidadania da Faculdade de Direito da UFPel em convênio com a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, do Ministério da Justiça, com o apoio institucional da UNESCO, Pelotas, 10/11/2001. p.140-141.

características distintas é que possibilitou em grande parte à humanidade a sobrevivência e o processo civilizatório, sua permanência e continuidade.¹⁰⁷

Exatamente por essa busca a igualdade é que se passou a falar em universalidade dos direitos humanos. Todavia, pondera o mencionado autor que, quando nos referimos à universalidade dos direitos humanos, vimos somente do lado ocidental, esquecendo que há culturas islâmicas, africanas, asiáticas por exemplo, e que para cada uma dessas culturas haverá o seu conceito de direito universal. O que há, na verdade, são compreensões diferentes, diversificadas da própria ideia do que sejam direitos humanos. Há um risco de nós, da cultural ocidental entendermos nossa universalidade como única, possível e verdadeira. Esse risco expressa um eurocentrismo cultural ou ocidentalcentrismo ou até um americanocentrismo cultural. Temos a tendência de avaliar o outro pelos nossos referenciais e paradigmas. Ao invés de enxergar o outro como ele é, procuro nele o que ele tem de mim. Com isso acabamos lendo outras culturas a partir de nossos critérios uniformizadores. O mundo ocidental tem de ter a sensibilidade da compreensão das diferenças culturais. E isso ocorre porque ele é hegemônico.¹⁰⁸

O referido autor apresenta ainda um segundo risco. O de sermos seduzidos pelo relativismo cultural. Todas as culturas seriam finalmente equivalentes ou iguais. Porque, em sendo diferentes, sem termos possíveis de comparação, todas as culturas seriam equivalentes ou iguais. Questiona o autor se em nome da diversidade cultural, é possível justificar processos sociais que são extremamente aviltantes, que desconhecem, como, por exemplo, algumas práticas existentes em alguns países africanos como a da infibulação, que se caracteriza pela ablação do clitóris e pela sutura dos órgãos genitais femininos, em nome de hábitos religiosos ou culturais. Podemos em nome da diversidade cultural aceitar tais práticas? Afirmar o autor que a nossa cultura passou por um processo civilizatório.¹⁰⁹

¹⁰⁷ CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Direitos Humanos e diversidade cultural**. [Palestra proferida para a EDHUCA - Escola de Direitos Humanos e Cidadania], dentro do projeto Tribunos da Cidadania da Faculdade de Direito da UFPel em convênio com a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, do Ministério da Justiça, com o apoio institucional da UNESCO, Pelotas, 10/11/2001. p. 142.

¹⁰⁸ CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Direitos Humanos e diversidade cultural**. [Palestra proferida para a EDHUCA - Escola de Direitos Humanos e Cidadania], dentro do projeto Tribunos da Cidadania da Faculdade de Direito da UFPel em convênio com a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, do Ministério da Justiça, com o apoio institucional da UNESCO, Pelotas, 10/11/2001. p. 145.

¹⁰⁹ CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Direitos Humanos e diversidade cultural**. [Palestra proferida para a EDHUCA - Escola de Direitos Humanos e Cidadania], dentro do projeto Tribunos da

Cita o autor a questão da liberdade religiosa. O mundo ocidental conseguiu separar o poder político do poder religioso. Conseguiu resgatar ou instaurar a ideia de poder civil. Resultou de um processo histórico, propiciado, pela superação do feudalismo e a emergência do capitalismo e da grande indústria, que foi a base da construção da sociedade democrática e dos direitos contemporâneos. Que, aliás, não são direitos e conquistas que possam ser monopolizadas pelo mundo ocidental. São direitos e conquistas universais.¹¹⁰

O mundo ocidental, ao iniciar o processo de conquista do mundo africano ou oriental, por exemplo, mantiveram o poder das oligarquias, autoritárias e corruptas, que fomentou o fundamentalismo religioso e, por consequência, o terrorismo e que não propiciou uma efetiva democratização dessas sociedades.

O mundo islâmico, por exemplo, tinha um cultural avançada. Foi a partir do século XVI e XVII, quando surgiu o colonialismo ocidental europeu, que houve uma paralisia. Depois da 1ª Guerra Mundial houve interesse em manter oligarquias atrasadas e autoritárias em função de interesses geopolíticos e económicos estratégicos.

De qualquer forma, temos de entender as conquistas do mundo ocidental, em termos de liberdades e de reconhecimento da diferença, como conquistas da humanidade. Não são conquistas exclusivamente ocidentais. São conquistas do processo civilizatório. Então, reconhecer a diferença não significa, necessariamente, tornar todas as culturas equivalentes ou iguais. Temos de, ao mesmo tempo, reconhecer que há um processo civilizatório. Um processo de construção democrática, de ampliação de horizontes democráticos e de conquistas populares.¹¹¹

Assim como houve uma evolução biológica, demos um salto para uma evolução cultural extremamente rica e diversificada. Ela, a evolução humana, tem a

Cidadania da Faculdade de Direito da UFPel em convênio com a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, do Ministério da Justiça, com o apoio institucional da UNESCO, Pelotas, 10/11/2001. p. 145.

¹¹⁰ CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Direitos Humanos e diversidade cultural**. [Palestra proferida para a EDHUCA - Escola de Direitos Humanos e Cidadania], dentro do projeto Tribunais da Cidadania da Faculdade de Direito da UFPel em convênio com a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, do Ministério da Justiça, com o apoio institucional da UNESCO, Pelotas, 10/11/2001. p. 146.

¹¹¹ CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Direitos Humanos e diversidade cultural**. [Palestra proferida para a EDHUCA - Escola de Direitos Humanos e Cidadania], dentro do projeto Tribunais da Cidadania da Faculdade de Direito da UFPel em convênio com a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, do Ministério da Justiça, com o apoio institucional da UNESCO, Pelotas, 10/11/2001. p. 147.

capacidade da transcendência, entre outras coisas. E não há como desacreditar deste potencial do processo civilizatório.

Finaliza o autor, enfrentando o desafio de como compatibilizar a ideia de universalidade dos direitos humanos com a ideia de diversidade cultural. Sustenta o autor que é através da perspectiva de um universalismo plural.¹¹²

No caso da infibulação, sob o ponto de vista de um universalismo plural, não há como valorizar essa prática, que é uma desvalorização da mulher, uma mutilação, não podendo ser admitida em nome da diversidade cultural, por melhor que se procure explicar suas raízes ou razões culturais. Temos de reconhecer, sim, os avanços da cultura ocidental, que antes de tudo distinguiu o que é política do que é religião.

Nas sociedades em que a atividade política se tornar religiosa não há liberdades públicas efetivas, onde emergem fundamentalismos. As liberdades públicas são sempre um contraponto ao poder, poder econômico, social, político ou ideológico. Para construir a democracia, temos que nos contrapor ao poder em todas suas modalidades. As práticas atrasadas inserem-se muitas vezes nesse contexto de fundamentalismos religiosos, de autocracias.

Assim, não podemos, em nome da diversidade cultural, em nome do respeito à diferença, valorizar tais práticas.¹¹³

Por outro lado, não adianta conquistar e impor uma ordem. Defende o autor que o diálogo e a pressão internacional são importantes. Deve também saber assimilar o que existe de virtudes e qualidades, de perspectivas diferentes, de potencialidades novas em outras culturas. Há seguramente muito a aprender. Deve-se reconhecer que a diversidade cultural colabora para o processo civilizatório.¹¹⁴

¹¹² CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Direitos Humanos e diversidade cultural**. [Palestra proferida para a EDHUCA - Escola de Direitos Humanos e Cidadania], dentro do projeto Tribunos da Cidadania da Faculdade de Direito da UFPel em convênio com a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, do Ministério da Justiça, com o apoio institucional da UNESCO, Pelotas, 10/11/2001. p. 147.

¹¹³ CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Direitos Humanos e diversidade cultural**. [Palestra proferida para a EDHUCA - Escola de Direitos Humanos e Cidadania], dentro do projeto Tribunos da Cidadania da Faculdade de Direito da UFPel em convênio com a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, do Ministério da Justiça, com o apoio institucional da UNESCO, Pelotas, 10/11/2001. p. 150.

¹¹⁴ CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Direitos Humanos e diversidade cultural**. [Palestra proferida para a EDHUCA - Escola de Direitos Humanos e Cidadania], dentro do projeto Tribunos da Cidadania da Faculdade de Direito da UFPel em convênio com a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, do Ministério da Justiça, com o apoio institucional da UNESCO, Pelotas, 10/11/2001. p. 150.

Por fim, importante mencionar o autor Thomas H. Marshall que, também, analisa os direitos humanos. Estuda os impactos dos direitos da cidadania sobre a desigualdade social e defende a cidadania como aquela formada por três elementos: os direitos civis, políticos e sociais. Apesar de algumas posturas adotadas pelo autor pudessem ter relação com o socialismo, preservava os elementos essenciais do mercado livre. Sustenta o referido autor que o Estado teria que fazer algum uso de força de coerção, como seus ideais devessem ser realizados. Cita o exemplo de obrigar as crianças a estudar, porque ignorantes não podem apreciar e, portanto, escolher livremente boas coisas que diferenciam a vida dos cavalheiros daquela da classe operaria. Nota-se que está obrigando a dar apenas o primeiro passo. A livre escolha consiste nas demais tão logo se adquiri a capacidade de escolher.¹¹⁵

O ensaio de Marshall foi criada com base em cálculo econômico e hipótese sociológico. O cálculo econômico oferecia respostas para seus problemas ao mostrar que poderia esperar que os recursos mundiais e produtividade seriam suficientes para fornecer bases materiais necessárias para capacitar o homem e torna-lo um cavalheiro. Já a hipótese sociológica, Marshall dizia que “quando dissemos que um homem pertence às classes trabalhadoras, pensamos no efeito que seu trabalho produz sobre ele ao invés do efeito que ele produz no trabalho”. O objetivo da frase era afastar uma avaliação quantitativa da vida dos padrões de vida em termos de bens consumidos e serviços recebidos e se direcionar para uma avaliação qualitativa da vida, com elementos essenciais na civilização e na cultura. O trabalhador não possuía outro incentivo, senão o de trabalhar para suprir suas necessidades. Quando, na verdade, o desafio era reconhecer que a obrigação não era a de ter pleno emprego e se manter nele, mas dedicar-se a ele de coração e trabalhar bem.

Marshall aceitava a desigualdade quantitativa e econômica, mas condenava a diferenciação qualitativa entre o homem cavalheiro e aquele que não fosse. Cavalheiro aqui no sentido de civilizado. A intenção em buscar que todos possam gozar desses direitos é uma exigência para ser admitido numa participação na

¹¹⁵ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Trad. Meton Porto Gadelá. Rio de Janeiro: Zahar Editores, s/a, p. 60.

sociedade, como verdadeiro cidadão. A desigualdade do sistema pode ser admitida desde que a igualdade na cidadania seja reconhecida.¹¹⁶

Para Marshall, a cidadania deve ser o modo de viver que brotasse de dentro de cada indivíduo e não algo que devesse ser imposto a ele de fora.¹¹⁷ Apesar de se estabelecer uma igualdade básica, concretizada nos direitos formais de cidadania, reconhece o autor que há desigualdades de classes sociais.

Sob uma análise também histórica, Marshall analisa a cidadania pelos direitos civis, composto pela liberdade de ir e vir, de pensamento, de religião, de propriedade e direito à justiça, pelos direitos políticos, relativos à participação no exercício do poder político e pelo direito social consiste no direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar da sociedade e ter uma vida civilizada, além de ter acesso ao sistema educacional e serviços sociais. Apesar de serem elementos que compõem a cidadania, passaram a ser tratados de forma distinta, tanto que é possível identifica-los em momentos históricos distintos. Os direitos civis no século XVIII, os políticos no XIX e os sociais no século XX.¹¹⁸

A história dos direitos civis durante seu período de formação foi marcado pela adição gradativa de novos direitos a um status relativo à liberdade, que na Inglaterra no século XVII todos os homens eram livres. Reconheceu-se o lavrador inglês como um membro da sociedade, na qual havia uma lei para todos os homes. A liberdade que os antecessores conquistaram pelo êxodo para as cidades livres passou a ser um direito. A liberdade e a cidadania passaram a ser sinônimos. Quando a liberdade se tornou universal, a cidadania se transformou de uma instituição local para nacional.¹¹⁹

Já os direitos políticos se formaram no início do século XIX e, ao contrário dos direitos civis, que garantiam liberdade a todos, aqui consistiu não na criação de novos direitos, para enriquecer um status já conquistados por todos, mas na distribuição dos velhos direitos para novos setores da sociedade. O direito ao voto era um monopólio e de grupos. Posteriormente, foi com a Lei de 1832 que ampliou o direito ao voto aos arrendatários e locatários de base econômica suficiente e

¹¹⁶ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Trad. Meton Porto Gadela. Rio de Janeiro: Zahar Editores, s/a, p. 61.

¹¹⁷ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Trad. Meton Porto Gadela. Rio de Janeiro: Zahar Editores, s/a, p. 62.

¹¹⁸ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Trad. Meton Porto Gadela. Rio de Janeiro: Zahar Editores, s/a, p. 66.

¹¹⁹ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Trad. Meton Porto Gadela. Rio de Janeiro: Zahar Editores, s/a, p. 68.

reconheceu as reivindicações políticas daquele grupo que poderia oferecer sucesso na luta econômica ¹²⁰

E os direitos sociais, por sua vez, iniciaram-se na participação nas comunidades locais e associações se desenvolvendo progressivamente e substituída pela Poor Law (lei dos pobres) e um sistema de regulamentação de salários que foram concebidos num plano nacional e administrados localmente. ¹²¹

Os direitos civis foram marcados pelo direito à educação, pois quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, tem o objetivo a formação da cidadania. Sendo oferecido educação durante a infância, molda-se o adulto em perspectiva. Não se tem como um direito da criança a frequentar uma escola, mas o direito do cidadão adulto de ter sido educado. A educação é um pré-requisito para a liberdade civil. Nota-se a preocupação em se reconhecer direitos civis, políticos e sociais como partes integrantes da cidadania. ¹²²

E quanto à intromissão do Estado na educação, questiona-se: por que as crianças não podem avaliar seus interesses e por que os pais podem ser incapazes de esclarecer-lhes? Com o passar do século XIX, a democracia política necessitava de um eleitorado educado e de produção científica formada por trabalhadores técnicos e qualificados. O dever de auto aperfeiçoamento é um dever social e não somente individual, por que o bom relacionamento de uma sociedade depende da educação de seus membros. Uma comunidade que passou a exigir o cumprimento dessa obrigação, começou a ter consciência que a cultura é uma unidade orgânica e sua civilização uma herança nacional. ¹²³

O objetivo do autor foi estudar a cidadania e seu impacto sobre a desigualdade social. A cidadania é um status concebidos àqueles que integram uma comunidade. A cidadania foi uma instituição em desenvolvimento na Inglaterra na metade do século XVII, período esse em que também houve um crescimento do

¹²⁰ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Trad. Meton Porto Gadela. Rio de Janeiro: Zahar Editores, s/a, p. 69.

¹²¹ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Trad. Meton Porto Gadela. Rio de Janeiro: Zahar Editores, s/a, p. 70.

¹²² MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Trad. Meton Porto Gadela. Rio de Janeiro: Zahar Editores, s/a, p. 73.

¹²³ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Trad. Meton Porto Gadela. Rio de Janeiro: Zahar Editores, s/a, p. 74.

capitalismo, que é um sistema de desigualdade. O desafio do autor foi enfrentar como dois princípios tão opostos podem se desenvolver tão próximos.¹²⁴

O impacto da cidadania sobre o sistema estava condenado a ser perturbador e destrutivo. A igualdade prejudicaria o sistema de classes, esta necessária para que se identificasse cada um exercendo uma posição dentro da sociedade. Contudo, com o tempo, despertou-se uma consciência social, diminuiu a influência de classes, a igualdade se tornou um objetivo a ser perseguido e compatível com a máquina social.¹²⁵

A cidadania se desenvolveu pelo enriquecimento do conjunto de direitos de que eram capazes de gozar. Mas esses direitos não estavam em conflito com as desigualdades da sociedade capitalista, eram necessários para manutenção daquela determinada forma de desigualdade. A explicação era que a cidadania era composta por direitos civis, que eram individuais, que se harmonizavam e eram indispensáveis a uma economia de mercado competitivo como o capitalismo. O status dominado pelos direitos civis que conferiam capacidade legal para lutar pelos objetivos que o indivíduo gostaria de possuir. As desigualdades não eram devidas aos direitos civis, mas à falta de direitos sociais, que só no século XIX, que tiveram seu reconhecimento.¹²⁶

O autor cita acontecimentos, como a preocupação em oferecer uma justiça acessível às massas populares, o desenvolvimento de uma justiça gratuita e a prestação de assistência aos litigantes sem recursos, que proporcionaram um interesse crescente pela igualdade, no final do século XIX, tornando a igualdade como um princípio de justiça social e uma consciência de que o fato de reconhecer uma igualdade formal de direitos não era suficiente.¹²⁷

Assim, embora a cidadania, mesmo no final do século XIX, pouco tivesse feito para reduzir a desigualdade social, ajudaria a guiar o progresso para o caminho que conduziria diretamente às políticas igualitárias do século XX.

A cidadania exige um sentimento direto de participação numa comunidade baseada numa lealdade a uma civilização que é um patrimônio comum.

¹²⁴ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Trad. Meton Porto Gadelá. Rio de Janeiro: Zahar Editores, s/a, p. 76.

¹²⁵ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Trad. Meton Porto Gadelá. Rio de Janeiro: Zahar Editores, s/a, p. 78.

¹²⁶ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Trad. Meton Porto Gadelá. Rio de Janeiro: Zahar Editores, s/a, p. 80.

¹²⁷ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Trad. Meton Porto Gadelá. Rio de Janeiro: Zahar Editores, s/a, p. 83.

Compreende a lealdade de homens livres, imbuídos de direitos e protegidos por uma lei comum. Seu desenvolvimento é estimulado tanto pela luta para adquirir tais direitos quanto pelo gozo dos mesmos, quando adquiridos.¹²⁸

Explica o autor que há uma diferença considerável entre o dissídio coletivo, por meio do qual as forças econômicas de um mercado livre tentam alcançar um equilíbrio e o uso de direitos civis coletivos para assegurar reivindicações básicas por elementos de justiça social. Defende que é por meio da justiça social que se rompe a barreira de classes e se reduz desigualdades sociais.

2.3.2 Definição dos Direitos Difusos e Coletivos

É com a formação do Estado de Direito que surge a preocupação em se atribuir à norma um determinado conteúdo, subordinando ao Direito não só os indivíduos, mas também o próprio Estado.

Celso Fernandes Campilongo¹²⁹ apresenta uma tríplice vertente do Estado de Direito, classificando-o em Liberal, época em que apresentava uma posição não-intervencionista e valorização do individualismo nas relações sociais; Social, em sentido oposto ao anterior, coloca a questão social como principal preocupação do Estado, numa época em que alguns direitos estavam sendo violados com a Revolução Industrial; e o Estado Pós-Social, com novos atores sociais, evidenciando novos movimentos sociais, sem “eliminar os problemas interindividuais nem ignorar a relevância da conflituosidade de classes”¹³⁰, que propiciaram um contexto para o surgimento dos interesses transindividuais, principalmente os difusos, encontrando um ambiente fecundo para se revelarem, despertando, a preocupação por parte dos estudiosos do direito.

Foi a transformação da sociedade, intimamente ligada à transformação do Estado, que acarretou a necessária alteração da prestação jurisdicional, passando a se adequar às novas realidades e necessidades sociais.

¹²⁸ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Trad. Meton Porto Gadela. Rio de Janeiro: Zahar Editores, s/a, p. 84.

¹²⁹ CAMPILONGO, C.F. Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, J.E. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 31-36.

¹³⁰ CAMPILONGO, C.F. Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, J.E. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 32.

Pode-se dizer que os instrumentos processuais suficientes e adequados para a solução dos litígios individuais, marcantes na sociedade liberal, passam a ser questionados quanto à sua funcionalidade perante os novos e demasiadamente complicados conflitos coletivos.

Os princípios que regulavam o desenvolvimento do direito durante o surgimento do Estado Liberal, em relação ao qual o enfoque era dado ao indivíduo, inevitavelmente não conseguem mais responder aos anseios proporcionados pelos novos movimentos sociais, ou pela evidenciação ou revelação dos direitos difusos, transindividuais, transcendentais da esfera eminentemente privada.

Dentre as causas do processo de multiplicação ou proliferação de direitos, destacam-se o aumento da qualidade de bens sujeitos à tutela, à extensão da titularidade de alguns direitos e à alteração no papel ocupado pelo homem em sociedade. O aludido processo serve para analisar, dentre outras coisas, a estreita conexão entre mudança social e nascimento de novos direitos.

Além disso, começou-se a ter dificuldades em reparar danos que repercutem a toda sociedade, como o dano ambiental, por exemplo, onde há dificuldades em se identificar os responsáveis e imputar as responsabilidades, tornando ineficiente para a tutela do direito ambiental a discussão da culpa. Passou-se a questionar se a reparação do dano era eficaz, pois os danos eram tão graves, quase irreparáveis, que necessitavam de uma tutela preventiva. Por fim, a autonomia da vontade pôs-se de lado ao se notar que uma das partes no contrato era mais vulnerável e hipossuficiente em relação à outra parte.

Começou-se a notar que tais direitos necessitavam de maior tutela jurídica específica. A preocupação com o direito ambiental ecologicamente equilibrado passou a buscar uma melhor qualidade de vida; a intolerância com comportamentos ímprobos de agentes públicos fez com que se preocupasse com a moralidade administrativa e o combate a corrupção. Isso porque, o universo jurídico não é só formado de direitos advindos de uma situação jurídica individual, ou de um direito subjetivo, mas também composto por interesses legítimos, tuteláveis pela sua relevância social.

A proteção aos direitos humanos começou a ser ampliada, de modo a abranger não somente direitos pertinentes a uma ou mais pessoas determinadas, mas para alcançar interesses de grupos integrados por uma pluralidade de pessoas indeterminadas, vinculadas a um interesse comum.

A vida moderna ressaltou a importância desses direitos, que não têm titular certo, mas repercutem decisivamente sobre o bem-estar ou mesmo a sobrevivência dos indivíduos.

Efetivamente, o aspecto direto e pessoal do interesse, que durante séculos estava ligado a relação de interesse processual e a titularidade do direito material, foi, paulatinamente, cedendo terreno a concepções modernas, de cunho social, onde a necessidade de recurso ao Judiciário não mais decorre do aspecto patrimonial, mas deflui do ser, ou seja, do dado objetivo, onde prevalece a relevância social do interesse. Não importa que seja determinado o seu titular, o que conta é o fato de que o interesse é socialmente relevante e, como tal, digno de proteção judicial.

O processo civil vigente no Brasil segue a estrutura clássica, que corresponde a um modelo concebido e levado a efeito para atender, especialmente, a conflitos entre interesses individuais, numa contraposição entre duas pessoas.¹³¹

E é nesta esteira que se começou a notar que o direito processual civil tradicional, ao se preocupar somente com direitos intersubjetivos, tutelando um direito particular violado e exigindo do Estado uma prestação jurisdicional, tinha dificuldades em se posicionar diante de interesses que estão além do indivíduo, que atingem pessoas indeterminadas, unidas por circunstâncias de fato ou de direito.¹³²

Com o tempo, percebeu-se que a clássica dicotomia entre interesses públicos (cujo titular é o Estado) e interesses privados (cujo titular é o indivíduo) não correspondia a atender às necessidades de grupos de pessoas que estavam unidas por uma determinada circunstância e por necessitarem de uma tutela jurisdicional de um interesse em comum.

Embora a tradicional classificação entre Direito Público (consistente na contraposição do interesse do Estado ao do indivíduo, como por exemplo direito penal, que o *ius puniendi* do Estado se opõe a liberdade do indivíduo) e Direito Privado (consistente na contraposição entre os indivíduos em seu inter-relacionamento, como os contratos de direito civil), não se identificavam os direitos difusos com nenhuma delas.¹³³

¹³¹ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. A Legitimação da Ação Popular. In: **Revista de Processo**, v. 132, 2006, p. 56.

¹³² MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 49.

¹³³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 47.

Um grupo de pessoas por compartilhar o mesmo interesse sobre determinada questão: os moradores de uma região podem ter interesses diversos em muitos aspectos, mas provavelmente, têm o mesmo interesse na qualidade do meio ambiente local; os consumidores do mesmo produto podem nada ter em comum em todos os demais aspectos da vida, mas compartilham o bem consumido. Nota-se que há uma coesão entre eles, que deve estar no fato de que o grupo compartilha o mesmo interesse.¹³⁴

Percebeu-se que faltava uma classificação de interesses que não são públicos, porque não dizem respeito ao relacionamento do indivíduo com o Estado, mas que são mais que meramente privados, por que são compartilhados por inúmeros indivíduos, dispersos às vezes de forma até indeterminável pela coletividade.

Isso porque o critério adotado para classificação tradicional foi baseado no patrimônio. Quem fosse o proprietário teria regido seu regime jurídico correspondente.

Começou-se a notar que os diversos indivíduos, mesmo que indeterminados, compartilhavam o mesmo interesse, passando-se a adotar “o interesse em comum” como critério de classificação¹³⁵, reconhece-se, assim, juridicamente os interesses difusos e coletivos.

Nota-se a necessidade de se criar uma tutela coletiva dos interesses, cuja prestação jurisdicional atinja todos que, de alguma maneira, tiveram um interesse violado e necessitam de obter uma reparação.

E é partindo de premissas de pensamento e realizando a interpretação das situações sempre de forma sistemática e finalista, que o intérprete, assim como o operador do direito, estará dando firme e importante passo para a obtenção de soluções corretas nos casos concretos.¹³⁶

¹³⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Princípios Processuais da Proteção dos Interesses Difusos e Coletivos**. [Aula assistida] ministrada dia 19 de março de 1998, p. 8. 2º Curso de Especialização em interesses difusos e coletivos – Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

¹³⁵ SODRÉ, Marcelo Gomes. **Teoria Geral de Direitos Difusos e Coletivos**. [Aula assistida na disciplina], ministrada dia 02 de março de 2017, no curso de pós-graduação *stricto sensu* – Mestrado em Direitos Difusos e Coletivos, realizada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

¹³⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. Ações Coletivas: Nota sobre Competência, Liquidação e Execução. In: **Revista de Processo**, v. 132, 2006, p. 49.

Embora os direitos transindividuais sempre estiveram presentes na sociedade, foram as Lei de Ação Civil Pública, a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor, que passaram a regulá-los. O que essas leis fizeram foi apenas reconhecê-los juridicamente e positivá-los, criando mecanismos processuais mais adequados para sua defesa em juízo. O surgimento de diversos fenômenos, tais como os mecanismos de facilitação de acesso à Justiça, a participação crescente da sociedade civil nas decisões, a expansão das associações para a tutela judicial, o acesso à informações, permitiram que os direitos metaindividuais fossem identificados e posteriormente tutelados judicialmente, como a propositura de uma única ação em defesa dos direitos de toda sociedade, os efeitos da sentença favorável beneficiando o maior número de interessados possíveis, o produto da indenização a ser repartido a todos que se sentiram lesados, no intuito de proporcionar celeridade e economia processual.¹³⁷

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 81, definiu os direitos difusos como aqueles que pertencem a pessoas indetermináveis, unidas por uma circunstância de fato, cujo objeto é indivisível. Já os direitos coletivos *stricto sensu* são aqueles cujos sujeitos são indeterminados, mas possíveis de determinação, correspondentes a uma classe, categoria ou grupo de pessoas, unidas por uma relação jurídica básica e cujo objeto também é indivisível. E, por fim, os direitos individuais homogêneos, em que os sujeitos são possíveis de serem identificáveis e o objeto é divisível, mas pela sua homogeneidade e por estarem unidas por uma origem comum, são tutelados coletivamente.

Uma vez definidos e identificados, questiona-se quem representaria esses direitos em juízo, uma vez que pertencem a toda a coletividade, a pessoas que sequer são determináveis.

O interesse passa a ser tutelável pelo fato de ser legítimo e socialmente relevante e não pela circunstância de ser afetado a um titular exclusivo. Os direitos difusos se apresentam como relevantes para toda a coletividade, rompendo com a

¹³⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Princípios Processuais da Proteção dos Interesses Difusos e Coletivos**. [Aula assistida] ministrada dia 19 de março de 1998, p. 58. 2º Curso de Especialização em interesses difusos e coletivos – Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

ideia de que ação judicial seja apenas um instrumento de direitos subjetivos, mas também para considerar como um meio de se proteger interesse legítimo.¹³⁸

Ao mesmo tempo, o fato de pertencerem a todos de maneira difusa, como ocorre com o direito ao ar puro, à água limpa dos rios, à preservação das florestas e à propaganda não enganosa, exige que se busque um portador adequado para que se apresente em juízo.

Percebendo-se a inviabilidade de se ingressar com ações judiciais individuais para buscar reparações economicamente ínfimas, aumentando o número de demandas, sobrecarregando e postergando o trabalho no Poder Judiciário, que poderia proporcionar resultados contraditórios, começou-se a discutir quem teria legitimidade para protegê-los judicialmente.

Para resolver essa questão, a Lei de Ação Civil Pública, Lei nº 7347/85, apresentou um rol de legitimados no artigo 5º, tais como Ministério Público, Defensoria (inserida após a publicação da Lei nº 11.448/2007), pessoas jurídicas da administração direta e indireta, além de associações, que poderiam, ao substituir aqueles que tiveram seus direitos ameaçados ou violados, propor uma única ação, que, procedente, beneficiaria todos os interessados.

Com a constituição de 1988, o direito ao meio ambiente tornou-se um direito fundamental, assim como o do consumidor, direitos da criança e do adolescente e demais direitos sociais fundamentais, mencionados na Carta Magna como cláusula pétrea, impedidos de serem suprimidos.

Ainda a Constituição Federal menciona, nos artigos 127 e 129, III, o Ministério Público como legitimado a tutelar interesses sociais e individuais indisponíveis, protegendo o patrimônio Público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

O estatuto da criança e do adolescente publicado em 1990, também se preocupou em destinar um capítulo aos direitos coletivos.

As normas contidas na Lei da Ação Civil Pública e na parte processual do Código de Defesa do Consumidor (como se depreende dos arts. 90 do CDC e 21 da LACP), além do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrarie as disposições da Lei da Ação Civil Pública (artigo 19 da LACP), formam um microsistema processual coletivo.

¹³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos – Conceito e Legitimação para agir**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 166- 167.

Esse microsistema reconhece que o interesse processual ocorre a partir da necessidade de se tutelar interesses legítimos e socialmente relevantes, afetados não um só por uma única pessoa, mas um número importante de sujeitos, cuja judicialização se faz por ações coletivas. O acesso à justiça dos interesses metaindividuais se dá por pressupostos próprios em ações específicas de caráter coletivo.

As modalidades de legitimidade ativa no processo coletivo, a análise dos legitimados em espécie e suas peculiaridades, além das modalidades de tutela processual específica serão objeto de estudo no capítulo referente ao Ministério Público e as políticas públicas.

3 CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS, TRIPARTIÇÃO DE FUNÇÕES E A DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Conforme já estudado neste trabalho, tanto os direitos sociais, como os direitos difusos e coletivos são frutos de conquistas e mudanças sociais e políticas, que foram sendo reconhecidos ao longo da história e, devida a sua importância, passaram a ser tutelados juridicamente.

Compondo a formação da dignidade humana, foram considerados fundamentais, proibidos de serem abolidos e de aplicação imediata, além de passaram a serem tutelados judicialmente em caso de ameaça ou violação (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Entretanto, somente aquele que ingressar em juízo terá protegido seu direito, sendo obrigado a propor ações judiciais individuais que, em demasia, sobrecarregam o trabalho do Poder Judiciário, além de correr o risco de obter decisões conflitantes, tendo um indivíduo conseguido favoravelmente sua tutela e outro não, o que desprestigia a função jurisdicional.

A tutela dos interesses difusos e coletivos apresenta instrumentos que viabilizam a propositura de uma única ação, cuja sentença favorável beneficia a todos interessados, permite a repartição da indenização àqueles que forem identificados, evita decisões contraditórias, proporcionam economia processual.

O Ministério Público apresenta-se como um dos legitimados constitucionais aptos a representar os interesses da população, que pode fiscalizar a atuação do Poder Público e caso constate omissão cobrá-lo de suas obrigações.

Além disso, a Constituição Federal, em seu no artigo 3º, previu como objetivos da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, promover o bem de todos, sem preconceitos, com a finalidade de reduzir as desigualdades sociais.

Sendo esse o propósito de Estado Brasileiro, discute-se como concretizar os direitos sociais e quais medidas podem ser adotadas para que as prestações sociais possam atender aqueles que mais necessitam delas.

O desafio agora consiste em discutir a possibilidade de cobrar do Poder Público medidas que possam tornar os direitos sociais e coletivos fundamentais acessíveis a todos.

As políticas públicas se apresentam como medida para a consecução desses direitos, a consolidação da cidadania participativa e redução da desigualdade social.

Entretanto, é preciso observar que, a busca pela redução das desigualdades é um desafio complexo, que depende da iniciativa do legislador infraconstitucional para regular direitos e do administrador público para aplicar a política pública, agindo ambos os poderes em harmonia para alcançar o referido objetivo.

Quando há uma omissão do Estado, questiona-se se é possível interferir e pleitear o cumprimento dessa obrigação constitucional, ou se esse comportamento violaria a independência dos poderes.

Além disso, sendo de competência da Administração Pública executar as políticas públicas, questiona-se se é um ato discricionário de Poder Público, ou se, sendo uma obrigação constitucional, a discricionariedade consiste tão somente na escolha de como implementar e não se deve ou não atender os direitos sociais coletivos.

Desafios a serem enfrentados neste capítulo.

3.1 Políticas Públicas

Antes, contudo, de aprofundar nas discussões mais densas, é preciso definir o que são políticas públicas.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua como “um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o País”.¹³⁹

Já Rodolfo de Camargo Mancuso considera políticas públicas como:

A conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se com controle

¹³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 802.

jurisdicional amplo e exauriente especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.¹⁴⁰

Mancuso se refere à concepção de Maria Helena Massa Azabe, que afirma que:

As políticas públicas podem ser colocadas, sempre sob o ângulo da atividade, como conjunto de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direitos e de objetivos social e juridicamente relevantes, notadamente plasmados na distribuição e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha para fazerem uso desses recursos.¹⁴¹

Leonardo Secchi, por sua vez, defini, por primeiro, o que é problema público, como sendo uma carência ou um excesso que existe na sociedade, como problema o excesso de carros nas áreas urbanas, o excesso do mosquito *Aedes Aegypti* no meio ambiente, ou a escassez de crédito no mercado. O problema público é uma doença social que afeta a coletividade como um todo. Pode ser da área do meio ambiente, saúde, educação, todas as áreas de intervenção do Estado. E a política pública é o tratamento dado ao problema público. É uma tentativa de intervenção para solucionar um problema público. Políticas públicas é uma diretriz voltada para resolução de um problema público.¹⁴²

Como se vê, a política pública tem a finalidade de alcançar um dos objetivos fundamentais da Constituição Federal, que é reduzir a desigualdade social. É uma diretriz que busca efetivar direitos, como, por exemplo, o direito à saúde, à educação, à creche, e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Os instrumentos usados para criar a política pública pode ser por meio de lei, como o Estatuto do Idoso, a Lei antidrogas, Lei Maria da Penha, ou pode por meio de programas, como o Programa de Aceleração de Crescimento (PACs), ou ainda por prêmios, como o Prêmio Inovare.

¹⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle Judicial das chamadas Políticas Públicas. In: MILARÉ, Edis. (coord.) **Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 730.

¹⁴¹ MASSA-AZABE, Maria Helena. Dimensão Jurídica das políticas públicas, In: BUCCHI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 63.

¹⁴² SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, caso práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

É certo que os direitos acima mencionados não representam somente uma promessa constitucional, desprovida de efetividade, mas, pelo contrário, constituem verdadeiras regras-norte, que devem ser priorizadas e concretizadas pelo Poder Público, pois representam valores fundamentais da vida social, sem os quais estar se tornaria sem sentido.¹⁴³

Portanto, tais disposições constitucionais não foram previstas para ficarem apenas no plano abstrato. A previsão constitucional tem o propósito de cientificar todos os cidadãos sobre seus direitos, bem como informar os poderes constituídos, que, no exercício de suas funções, devem empreender esforços para tornar reais e concretos os referidos direitos.

Com essa breve introdução, é possível observar a dificuldade de conceituação de políticas públicas, que demanda tempo e estudos aprofundados, sendo necessário, num primeiro momento, um mínimo entendimento, para que se possa enfrentar o tema a respeito da possibilidade de exigir do Poder Público o atendimento desses direitos em caso de omissão de do Estado em suas obrigações, sem que haja interferência na independência dos três poderes, ou violação a discricionariedade administrativa.

3.2 Tripartição de funções e a Discricionariedade do Administrador Público

Como visto, não há dúvidas de que as políticas públicas se apresentam como instrumento viável e eficaz para essa finalidade.

Entretanto, muito se discute sobre a possibilidade em se exigir judicialmente do Estado a observância e o cumprimento dos direitos sociais fundamentais, respeitando-se a tripartição das funções.

É necessário observar que a tripartição de funções prevista no artigo 2º da Constituição Federal possui diversos significados, dentre os quais a delimitação das funções típicas de cada poder; ao realizarem funções próprias e distintas devem observar a independência e harmonia entre os poderes; a indelegabilidade de

¹⁴³ FERRARESI, Eurico. A responsabilidade do Ministério Público no Controle das Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

funções e a inacumulabilidade de funções; além do fato do poder atribuído a um órgão servir para controlar outro, quer cobrando eventuais omissões, quer promovendo responsabilidade recíproca (sistema de freios e contrapesos).¹⁴⁴

Segundo o sistema de *checks and balances*, os poderes deveriam ser repartidos e equilibrados entre os órgãos, para que cada um, além das funções para as quais estivesse especializado, também pudesse granjear outras, necessárias ao aprimoramento da noção de limitação do poder pelo próprio poder.¹⁴⁵ É por meio desse sistema que se consegue preservar a noção de Estado de Direito, evitando que haja abusos e arbitrariedades.

Partindo desse pensamento, se o poder detém o poder, se ao Judiciário cabe a jurisdição, é da lógica da separação de poderes o controle dos atos da Administração, sem que se possa cogitar de ingerência indevida.

É possível notar que a doutrina sustenta que o controle do ato administrativo se verifica apenas nos elementos do ato quanto à competência, forma e finalidade, porque estão previstos e, portanto, vinculados à lei. No que tange aos elementos que compõem o mérito do ato, quais sejam, o objeto (conteúdo) e o motivo, que justifica o ato administrativo, haveria pois, certa margem de discricionariedade do administrador, entre o agir e não agir, diante de certa situação.¹⁴⁶

Contudo, há quem defenda a possibilidade de ampliação do controle e a interferência do juiz quando a Administração deixou de cumprir o dever da função pública.¹⁴⁷

A Constituição de 1988 ampliou o controle jurisdicional dos atos administrativos, pois previu direitos e garantias ante o Poder Público. Foram fixados mais parâmetros para a atuação administrativa, mesmo discricionária, tais como o princípio da moralidade, da impessoalidade, da eficiência, além das garantias do contraditório e ampla defesa. Além disso, há o princípio da publicidade, que impõe transparência na atividade administrativa, permitindo maior fiscalização.¹⁴⁸

¹⁴⁴ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 197.

¹⁴⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 198.

¹⁴⁶ DI PIETRO, Maria Zanella. **Direitos Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 203.

¹⁴⁷ MEDAUAR, Odete. Alcance da Proteção do Meio Ambiente pela Via Jurisdicional: Controle das Políticas Públicas Ambientais? In: MEDAUAR, Odete; NERY JUNIOR, Nelson; MACEDO I'SEP, Clarissa Ferreira. (Coord.) **Políticas Públicas Ambientais** – Estudos em Homenagem ao Professor Michel Prieur. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 224.

¹⁴⁸ MEDAUAR, Odete. Alcance da Proteção do Meio Ambiente pela Via Jurisdicional: Controle das Políticas Públicas Ambientais? In: MEDAUAR, Odete; NERY JUNIOR, Nelson; MACEDO I'SEP,

Se a Constituição Federal estabeleceu como objetivo construir uma sociedade justa e solidária e a meta de erradicar a pobreza, marginalização e a redução de desigualdades sociais, incumbe ao Estado implementar políticas públicas, sendo possível exigir judicialmente que os administradores públicos apliquem medidas que proporcionem vida digna e justa a cada brasileiro.¹⁴⁹

É certo que o Estado está adstrito à legalidade, exercendo sua atividade tanto em respeito às leis constitucionais, quanto às leis infralegais, quanto aos comandos constitucionais de aplicação direta.

Entretanto, a eleição de direitos atribuídos a cidadãos e os respectivos deveres imputados ao Estado, buscando viabilizá-los, não constituem tarefas que se incluem na discricionariedade administrativa, mas na atividade legiferante típica, quer pelo exercício de competências ordinárias do Poder Legislativo, quer pelo exercício do Poder Constituinte.

Nota-se que se está falando de uma fiscalização da administração pelo não cumprimento de normas constitucionais infraconstitucionais, quando direitos a serem atendidos por meio de políticas públicas já estão postos na Constituição.¹⁵⁰

Assim, instituído um direito por norma constitucional ou infralegal, não cabe ao Executivo decidir quanto ao seu cumprimento, ou não, pois do contrário haveria grave violação aos princípios do Estado de Direito, bem como completa subversão da tripartição de funções inerentes ao regime democrático.¹⁵¹

De acordo com a tripartição de funções, cabe ao Poder Executivo a obrigação de dar cumprimento às disposições constitucionais e legais que orientam a atividade administrativa, não havendo espaço no campo de suas competências para decidir sobre a adequação e pertinência da aplicação das normas às quais deve estar submisso.¹⁵²

Clarissa Ferreira. (Coord.) **Políticas Públicas Ambientais** – Estudos em Homenagem ao Professor Michel Prieur. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 224.

¹⁴⁹ MEDAUAR, Odete. Alcance da Proteção do Meio Ambiente pela Via Jurisdicional: Controle das Políticas Públicas Ambientais? In: MEDAUAR, Odete; NERY JUNIOR, Nelson; MACEDO I'SEP, Clarissa Ferreira. (Coord.) **Políticas Públicas Ambientais** – Estudos em Homenagem ao Professor Michel Prieur. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 225.

¹⁵⁰ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 87.

¹⁵¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 200.

¹⁵² NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 201.

Não parece que o juízo discricionário envolva a identificação dos fins a serem atingidos, mas tão somente a escolha dos meios que, a juízo do administrador, sejam os mais adequados para consecução dos direitos.

Isso porque, dentro do princípio da separação dos poderes e da problemática discricionariedade administrativa, surge um verdadeiro obstáculo na realização dos direitos sociais, o argumento de que cabe ao administrador a escolha de quando e como fazer.

Contudo, por ser um mandamento constitucional e, portanto, de observância obrigatória por parte do administrador, por ser a norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, por serem direitos públicos subjetivos, como à educação básica e à saúde, por serem direitos fundamentais, protegidos por cláusulas pétreas, por estarem inseridos no chamado mínimo existencial, garantindo a dignidade da pessoa humana e por oferecer ao administrador discricionariedade apenas quanto aos meios materiais para atingir seus objetivos, não há margem de liberdade para o administrador escolher se vai atender, ou não, os demandatários de tais espécies de atenção pública.

Nota-se que não são os meios que o administrador escolher que serão objeto de controle, mesmo porque quem tem total conhecimento do sistema da administração pública e sabe como gerenciar as demandas, necessidades e o orçamento público é o chefe do Poder Executivo. Entretanto, caso se mantenha inerte e sendo provocado o Poder Judiciário, poderá este conduzir o Poder Executivo a remanejamentos, realinhando o direito infraconstitucional à Constituição e restabelecendo harmonia no sistema.

Os Tribunais já se manifestaram ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, de 29/04/2004, cujo relator, Ministro Celso de Mello, monocraticamente, na medida cautelar da referida ação, reconheceu a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas ao afirmar que:

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a

inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. (STF- ADPF nº 45/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. J.29/04/2009, DJE 04/05/2004)¹⁵³

Ainda fundamenta o mencionado Ministro que:

Não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.¹⁵⁴

Dessa forma, os poderes são divididos em funções que se relacionam entre si, o que permite que um controle e fiscalize o outro, como forma de preservação do Estado de Direito.

¹⁵³ BRASIL. Informativo STF. **Políticas Públicas** - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF>. Acesso em: 26 dez. 2017.

¹⁵⁴ BRASIL. Informativo STF. **Políticas Públicas** - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF>. Acesso em: 26 dez. 2017.

3.2.1 Normas Programáticas e o Controle Jurisdicional

Muitos direitos sociais estão previstos em normas de conteúdo programático, cuja característica principal é apontar diretrizes e finalidades a serem atingidas, necessitando de regulamentação infraconstitucional para que seja delimitado o direito, a forma de conferi-lo e garanti-lo. Pode-se se citar como exemplo, os artigos 6º, 186, 174, §1º, 173, §4º, 196 e 205, da Constituição Federal.

Contudo o argumento de que se aguarda o legislador produzir a lei ordinária para que se possa tutelar esses direitos não pode prosperar. Isso porque não se autoriza o legislador e o administrador a agirem com ampla liberdade de conformação, inclusive recusar aplicação dos objetivos encampados nos comandos constitucionais, dificultando, assim, a concretização dos direitos.

Não se nega que as referidas normas possuem baixa densidade, não especificando todos os aspectos a serem atingidos, contudo é preciso lembrar que a constituição possui força normativa, que significa que como direito superior, todos os órgãos e poderes públicos estão a ela vinculados. Além disso, toda norma programática, embora não respalde um direito certo e imediato, veicula uma proibição de omissão, o que confere justiciabilidade, impedindo que políticas públicas e direitos venham a retroceder.¹⁵⁵

O comando emergido da norma programática impõe um dever de agir do administrador público, independentemente de lei infraconstitucional, que venha especificar o conteúdo e alcance.

Ao contrário do Estado Liberal, que apenas se preocupa em colocar barreiras ao Estado, o Estado do Bem-Estar Social além de manter o respeito aos direitos individuais, ainda agrega finalidades e tarefas positivas, que buscam atender os mais vulneráveis, em regular direitos, propiciar dignidade e reduzir as desigualdades, sendo obrigação e não opção a observância de tais mandamentos por parte do administrador público.

Conforme se manifestou o Ministro Relator Celso de Mello no julgado ADPF – Políticas Públicas – Intervenção Judicial “Reserva do Possível” – informativo 345 STF, j. 29/04/2004:

¹⁵⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 206.

O caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não se pode converter em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei fundamental do Estado (RJT 175/1212-1213. Rel. Celso de Mello).¹⁵⁶

3.2.2 O Controle Judicial sobre Atos Administrativos Discricionários

Muito se discutiu no presente estudo sobre a possibilidade de controle judicial na atuação da Administração Pública no que tange à promoção de políticas públicas dos direitos fundamentais e sociais.

Sob uma visão constitucional, não há dúvidas quanto à necessidade de o Poder Judiciário intervir, quando provocado, para fazer valer os direitos constitucionais essenciais a dignidade humana.

Ocorre que, é necessário analisar, sob uma visão administrativista, o controle do Poder Judiciário sobre a atuação do Poder Público.

É sabido que a Administração Pública se manifesta por meio do ato administrativo e que tradicionalmente, somente se admitia o controle de atos vinculados, ou dos atos discricionários no que tange à legalidade.¹⁵⁷

Atos vinculados são aqueles que a Administração Pública pratica sem margem de liberdade para decidir, pois a lei previamente tipifica o único comportamento possível a ser adotado em face da situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta. A administração ao expedir-lo não interfere com apreciação subjetiva. Exemplos: aposentadoria, sendo compulsória, ou sendo por idade e contribuição, preenchidos requisitos necessários o Estado não pode negá-los, não lhe restando outro comportamento senão deferir a aposentadoria. Já os atos discricionários são aqueles praticados dispondo de certa margem de liberdade para decidir no caso concreto, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para apreciação do administrador, qual medida a ser tomada segundo critérios de

¹⁵⁶ BRASIL. Informativo STF. **Políticas Públicas** - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF>. Acesso em: 26 dez. 2017.

¹⁵⁷ DI PIETRO, Maria Zanella. **Direitos Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas. 2008.

conveniência e oportunidade, em atenção ao interesse público. Exemplo: autorização de porte de arma. Embora o particular solicita, a Administração tem a faculdade de examinar o caso concreto se convém ou não atender ao pretendido pelo interessado.¹⁵⁸

Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que nunca o administrador desfruta de liberdade total para decidir. O que há na verdade é que a lei, não podendo antecipar qual seria a medida excelente para cada caso, encarrega o administrador de adotar o comportamento ideal, aquele que seja apto no caso concreto a atender com perfeição à finalidade da norma.¹⁵⁹

Ressalta ainda o mencionado autor que não se trata de uma liberdade para a administração decidir a seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderado normativo.¹⁶⁰

A discricionariedade não envolve escolha de quais fins devem ser atingidos, mas sim a eleição dos meios, que a juízo do administrador, sejam os mais adequados à consecução dos objetivos a serem buscados.

O meio através do qual o agente público irá prover o direito ao ensino infantil, nos termos do artigo 211 da CF, mobilizando esforços, elegendo meios adequados, como por exemplo, desapropriando imóvel, alugando, construindo ou realizando convênios com entidades privadas, ou, ainda, fornecendo transportes em regiões distantes à escola, é critério de escolha discricionária, não sendo submetido a controle pelo juiz. Agora, escolher em atender ou não essa necessidade do município não é opção do administrador.

Caso o administrador ao prover vagas no ensino infantil, opte por alugar um prédio, ao invés de desapropriá-lo, não haveria, em tese, razões para que tal escolha fosse substituída pelo juiz.¹⁶¹

Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que começa a surgir no direito brasileiro uma tendência em limitar a discricionariedade administrativa, de modo a ampliar o controle judicial. Essa tendência verifica-se no emprego de expressões imprecisas na lei, como interesse público, moralidade, ordem pública. Mas neste caso, a

¹⁵⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. Rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 395 e 401-402.

¹⁵⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. Rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 406.

¹⁶⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. Rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 406.

¹⁶¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 204.

referida autora faz a ressalta que se trata apenas de interpretação da norma, não de discricionariedade. Se a lei prevê a possibilidade de afastamento de funcionário incapacitado para o exercício da função pública, a autoridade deve procurar auxílio de peritos que atestem tal condição, não podendo decidir sob critérios subjetivos. Agora quando a lei prevê a remoção de funcionário para atender necessidade do serviço, não se pode interferir no que se baseou a administração para tomar referida decisão, a não ser se violado a finalidade e o interesse público, havendo, portanto, discricionariedade.¹⁶²

Contudo, observa a mencionada autora que é possível invocar o princípio da razoabilidade para daí inferir na valoração subjetiva do administrador e avaliar se a decisão foi dentro do razoável, em consonância com aquilo que ser aceitável perante a lei.¹⁶³

Sob esse raciocínio é que caberá ao Poder Judiciário examinar a moralidade dos atos administrativos. O magistrado poderá e deverá invalidar são atos que, pelos padrões de homem comum, atentam manifestamente contra a moralidade. Normalmente trata-se de atos imorais que reclamam grande clamor público e que se espera que o Judiciário se mostre sensível a esses reclamos.

Observa-se uma tendência em ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, que não implica invasão na discricionariedade administrativa, o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação (apreciação que leva a uma solução, sem inferir na vontade do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.¹⁶⁴

É preciso esclarecer ainda que a Constituição de 1988 prevê um deslocamento de fundamentação dos atos administrativos para a Carta Magna, que transferiu para esta a normatização dos princípios e regras balizadoras da Administração. Com isso, os atos administrativos passaram a buscar validade diretamente na Constituição, sem necessitar de intermediação legal.¹⁶⁵

Por conta disso, o dogma do direito administrativo quanto a distinção entre atos vinculados e atos discricionários perde sua potência. Agora, os atos passam a

¹⁶² DI PIETRO, Maria Zanella. **Direitos Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 207.

¹⁶³ DI PIETRO, Maria Zanella. **Direitos Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 208.

¹⁶⁴ DI PIETRO, Maria Zanella. **Direitos Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 208.

¹⁶⁵ BUGO, Vitor. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 74.

ser distinguidos em diferentes graus de liberdade de decisão concedida pelo legislador. Quanto maior o grau de vinculação do administrador, maior será o grau de controle judicial dos seus atos quanto à juridicidade, não se admitindo que o administrador público possa estar isento da controlabilidade de seus atos, ainda que no exercício do dever discricionário.¹⁶⁶

Isso porque, cabe ao Poder Judiciário, encarregado da vigilância da boa aplicação dos preceitos constitucionais, cuidar do cumprimento à lei, independentemente do grau de discricionariedade.

Entretanto, esse controle do Judiciário necessita de critérios para que não se torne abusivo e para que permita a funcionalidade adequada da atividade administrativa. No campo em que houver alta complexidade técnica e específica, que falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, ou diante de circunstâncias em que a decisão final deve estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por legitimação do administrador, seja por participação dos administrados na decisão, deve a intensidade do controle ser menor. Já nas situações em que for maior o grau de restrição imposto na atuação administrativa discricionária sobre os direitos fundamentais, o controle judicial será mais denso.¹⁶⁷

A situação se agrava quando se analisa a discricionariedade do agente público com relação à implementação de políticas públicas, cuja finalidade é fornecer direitos fundamentais e sociais aos cidadãos carentes e efetivar os direitos previstos na Constituição.

Nesse contexto, a clássica distinção da conduta administrativista entre atos discricionários e atos vinculados não basta para identificar as hipóteses de arbitrariedade do Poder Público, que autorizam a intervenção judicial. Sem dúvida alguma, o modelo tradicional se mostra contra a cidadania, na medida em que permite ao administrador se valer da discricionariedade para praticar atos que distanciam do interesse público.¹⁶⁸

¹⁶⁶ BUGO, Vitor. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 75.

¹⁶⁷ BUGO, Vitor. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 76.

¹⁶⁸ DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade Administrativa em Matéria de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 94.

É certo que ao fixar parâmetros de controle da atuação discricionária da Administração Pública, deve-se observar, em primeiro lugar, se a atuação administrativa está adstrita à lei, independentemente do grau de vinculação do ato e se está agindo dentro do que a lei permitir.

Em seguida, cabe à Administração agir no interesse de outrem, ou seja, da coletividade. A lei traz consigo uma finalidade, cujo alcance deve ser perseguido pelo administrador, sendo essa a sua função. Ao contrário do que sustenta a doutrina no sentido de afirmar que há “poder discricionário da administração”, na verdade, o que há é um “dever discricionário”.¹⁶⁹ A Administração não tem a possibilidade de exercitar ou não seu poder, mas, sim, o dever de dar cumprimento da finalidade legal, atentando-se para o interesse público.¹⁷⁰

Quando o legislador optou pela discricionariedade, confiou certa margem de liberdade ao agente estatal para que este, analisando o caso concreto, pudesse adotar o comportamento mais adequado, desde que fosse capaz de atender o interesse legal. Ao conferir ao administrador referida responsabilidade, a lei assim o fez em razão da impossibilidade de prever todas as situações de fato.

Dessa forma, cabe ao agente administrativo observar o caso concreto, realizar um juízo de valor, analisar as condutas possíveis e juridicamente admissíveis, escolher a mais adequada, que traduz melhor conveniência e oportunidade, residindo a liberdade no dever de acertar a providência ideal para atingir a finalidade legal e satisfazer o interesse da coletividade.¹⁷¹

Assim, a atuação da administração pública encontra limites não só na finalidade legal, na Constituição Federal, na observância e efetivação dos direitos fundamentais e sociais, como também no dever de boa administração pública.

Ao Poder Judiciário cabe, quando provocado, intervir se o exercício da discricionariedade estiver viciado por arbitrariedades comissivas, situação em que o agente público opta por solução fora do mandamento legal e da finalidade do interesse público; ou quando houver arbitrariedades omissivas, hipótese em que

¹⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed, 7ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹⁷⁰ DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade Administrativa em Matéria de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 101.

¹⁷¹ DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade Administrativa em Matéria de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 104.

deixa de exercer escolhas ou a faz de forma insuficiente, justificando o controle judicial.¹⁷²

O mérito administrativo, entendido como juízo de conveniência e oportunidade, permanece intocável, não podendo ser substituído pelo entendimento judicial. Todavia, o demérito, tanto em excesso arbitrário, quanto na omissão antijurídica, comporta fiscalização.¹⁷³

No julgamento monocrático da medida cautelar na ADPF nº45, acima referido, o Ministro Relator Celso de Mello, citando as observações de Andreas Joachim Krell¹⁷⁴, afirma que:

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, pare-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais... Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação

¹⁷² DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade Administrativa em Matéria de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 107.

¹⁷³ DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade Administrativa em Matéria de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 108.

¹⁷⁴ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 22-23.

a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais. (grifei) ¹⁷⁵

Corroborando com o mesmo raciocínio, Luiza Cristina Frischesien defende a possibilidade de responsabilizar a administração pela não implementação das políticas públicas da ordem constitucional social sob o argumento de que: as normas constitucionais estabelecem direitos e, portanto, vinculam a administração; por serem direitos fundamentais, não passíveis de abolição. A não observância autoriza os interessados/legitimados a demandarem judicialmente pela sua implementação; a ausência de implementação de políticas públicas enseja omissão da administração, passível de controle pelo Poder Judiciário, uma vez que está presente o juízo de inconstitucionalidade e ilegalidade na omissão da administração; o não cumprimento das políticas públicas viola a finalidade da administração, que é atender o interesse público no sentido da coletividade; as políticas públicas que dependem de outras ações (como adaptações de acessibilidade às pessoas com deficiência, ou condições de mobilidade urbana em relação de grandes empreendimentos imobiliários) necessita da fiscalização da administração e sua ausência pode ensejar responsabilização em conjunto com o particular.¹⁷⁶

Conclui-se, portanto, que, o administrador não possui discricionariedade para deliberar sobre conveniência e oportunidade no que tange à implementação de políticas públicas relativas à ordem social constitucional, pois restou deliberado pelo constituinte e pelo legislador.

Definida a responsabilidade, cabe ao Ministério Público e as associações civis exercerem o controle judicial ou extrajudicialmente, propondo ações civis públicas, visando à condenação a obrigação de fazer, consistente na implementação de políticas públicas entendidas como um conjunto de ações administrativas para o cumprimento de normas constitucionais e legais.¹⁷⁷

¹⁷⁵ BRASIL. Informativo STF. **Políticas Públicas** - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF>. Acesso em: 26 dez. 2017.

¹⁷⁶ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 92-93.

¹⁷⁷ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 89.

3.2.3 Colisão de Direitos

Outro fator importante a ser analisado diz respeito à possibilidade de eventuais conflitos entre direitos sociais, determinada por demandas individuais, o que ocasionaria supostos prejuízos a políticas públicas. A título de exemplo, pode-se citar a autorização para que o Estado conceda um tratamento de alto custo econômico para um determinado doente, em detrimento daqueles que necessitam de remédios oferecidos pela rede pública.

É certo que em se tratando de direito à saúde, há previsão constitucional quanto ao percentual que cada ente político deve destinar para melhorar o serviço de saúde.

O orçamento anual é regido pelo princípio da unidade, segundo o qual um único documento consagra todas as despesas e receitas do Estado.

A iniciativa vinculada à lei orçamentária cabe ao administrador, que está adstrito a priorizar o atendimento das necessidades vitais da população.

Além disso, a lei orçamentária autoriza o remanejamento de despesas, de uma unidade para outra e a possibilidade de criação de créditos adicionais ou suplementares.

Como se vê, os recursos podem e devem sair de outros itens do orçamento, sem prejuízo da realização dos outros direitos sociais.

Ademais, como o orçamento é uno, reunindo todas as receitas e programação de despesas, o argumento de colisão está submetido à reserva do possível a ser estudado mais adiante.

3.3 Considerações parciais

Diante do exposto, nota-se que os direitos sociais e coletivos constituem mandamentos constitucionais, reconhecidos como imprescindíveis à sobrevivência humana, foram sendo positivados no ordenamento jurídico a fim de tivessem aplicação imediata e fosse impedido de serem violados ou abolidos ao conquistarem status de cláusulas pétreas. Com esses fundamentos, os direitos não ficam à mercê

de regulações infraconstitucionais pelos legisladores sob o argumento de serem normas programáticas e nem dependentes da discricionariedade do administrador público.

Tamanha importância que trazem consigo, por garantirem o mínimo de dignidade não podem ser objeto de escolha política por parte do agente público, que diante de um comando constitucional, impõe um dever a ser atendido, não cabendo alegar ausência de regulamentação infraconstitucional ou interferência na separação dos poderes.

A defesa judicial dos direitos sociais constitucionais se justifica quando omissa o Poder Público, ou precário na prestação de serviços, sendo Poder Judiciário provocado quando houver ameaça ou violação a direitos, sempre em busca da manutenção harmoniosa entre as funções dos três poderes.

Não sendo esses direitos submetidos a negociação, ou prorrogação para que só no futuro sejam providos, os direitos sociais conferem a formação do Estado Democrático de Direito, da estrutura organizada de uma sociedade, da dignidade humana individual e da possibilidade de participação da população nas decisões.

Será por meio dos direitos sociais que se alcançará a efetiva igualdade material e assim atingir um dos objetivos da Constituição Federal, dentre eles a redução das desigualdades.

4 DIFERENÇAS ENTRE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES NO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme já estudado nos capítulos anteriores, a ordem social visa à concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais, além dos direitos difusos, este último preocupado com meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações, sendo direitos reconhecidos ao longo da história e que buscam o exercício efetivo e pleno da igualdade e da liberdade.

Restou ainda assentado que a realização dos direitos sociais presume uma atuação positiva do Estado, criando, de um lado, um direito dos cidadãos e, de outro, prestações de positivas do Estado (liberdades positivas), sendo necessária a criação de mecanismos para se exigir do legislador ou do administrador a criação de normas para cumprimento da Constituição, responsabilizando-os pela omissão (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade)¹⁷⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao se manifestar sobre a ordem constitucional, afirma que:

Todas as normas constitucionais atinentes à Justiça Social – tenham a estrutura tipológica que tiverem – surtem, de imediato, o efeito de compelir os órgãos estatais, quando da análise de atos ou relações jurídicas, a interpretá-los na mesma linha e direção estimativa adotada pelos preceitos relativos à Justiça Social. Assim, tanto o Executivo, ao aplicar a lei, quanto o Judiciário, ao decidir situações contenciosas, estão cingidos a proceder em sintonia com os princípios e normas concernentes à Justiça Social.¹⁷⁹

Além dos direitos sociais trazerem consigo valores de igualdade e liberdade, ao se preocupar com a eficácia e concretização da ordem social, ao se valorizar participação popular em mecanismos que transcendem o exercício do voto, como se verifica na elaboração de políticas públicas, na decisão com relação à aplicação dos recursos orçamentários, e na formulação de conselhos municipais de saúde, criança e adolescente, idoso, a cidadania exerce um dos fundamentos da República,

¹⁷⁸ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 63-64.

¹⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas sociais constitucionais sobre justiça social. In: **Revista de Direito Público**. São Paulo, 1983, p. 233-356.

aproximando a sociedade Civil do Estado, e fazendo surgir mais um valor, o da solidariedade, presente nos direitos difusos. Sobre o tema:

A solidariedade é outro valor que penetra na temática da liberdade e, conseqüentemente, na ideia da cidadania, mercê de sua dimensão bilateral de direitos e deveres. (...) A solidariedade vai fundamentar principalmente os direitos difusos ou ecológicos, que se classificam como direitos de solidariedade.¹⁸⁰

Quando o artigo 3º da Constituição menciona como objetivo da República “a redução das desigualdades sociais e regionais e promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, refere-se ao valor da tolerância com as diferenças, intimamente ligado ao valor da solidariedade.

Assim, a ordem social serve à promoção do bem-estar social e da justiça social, que devem ser interpretados em consonância com os fundamentos da República.

A maneira de se realizar a sociedade justa no plano jurídico é através da implementação de políticas públicas, que visam à consecução de direitos, previstos no capítulo da ordem social, por serem instrumentos para a consolidação da cidadania e por reduzirem a desigualdade social.

Fabio Konder Comparato, ao conceituar políticas públicas como instrumento do Estado Social para efetivação dos direitos fundamentais, traz o princípio da solidariedade como elo de ligação entre a liberdade e a igualdade, pois enquanto nesses valores cada um pleiteia o que lhe é próprio, na solidariedade todos defendem o que lhes é comum.¹⁸¹

Na busca pela concretude desses direitos, o Ministério Público tem atuado, extra e judicialmente, e, quando omissos os demais poderes, o Poder Judiciário tem sido provocado a decidir, proferindo julgamentos que têm provocado muitas discussões.

O fato é que o acesso às informações, tornando as pessoas sabedoras de seus direitos, a complexidade das relações, a facilidade de acesso à Justiça e muitas vezes a inércia do Poder Público, aumenta o número de demandas judiciais.

¹⁸⁰ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 72.

¹⁸¹ COMPARATO, Fabio Konder. Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático. In: JAGUARIBE, Helio et. al. **Brasil, Sociedade Democrática**. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1985.

Levando em conta a transmissão direta dos julgamentos do Plenário da Corte pela TV Justiça, cuja exposição contribui para transparência, para o controle social e também para a democracia, muda a imagem do Poder Judiciário, não mais como um Poder distante da política e excessivamente formal, mas sim agora mais próximo dos interesses da sociedade.

Essas posturas do Ministério Público e do Poder Judiciário provocam o que se tem se chamado de judicialização e ativismo judicial, sendo necessário esclarecer as diferenças dessas terminologias, que muitas vezes são usadas equivocadamente.

4.1 Judicialização

A terminologia judicialização significa que algumas questões políticas e sociais, ao invés de serem resolvidas pelos órgãos do Poder Legislativo e o Executivo, estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, Trata-se de uma transferência de poder para os tribunais e juízes, com alterações significativas na linguagem, argumentação e modo de participação da sociedade.¹⁸²

Diversas são as razões para essa mudança. Uma delas foi a redemocratização. Após a Constituição de 1988, com o reconhecimento de garantias e direitos individuais, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de concretizar a Constituição e as leis. Além disso, a democracia proporcionou mais acesso à informação e conscientização de direitos à população, que passa a buscar seus interesses perante juízes.¹⁸³

Também com a Constituição Federal de 1988, houve a valorização institucional do Ministério Público, que previsto constitucionalmente no artigo 127, é considerado instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 3. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 nov. 2017.

¹⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 3. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 nov. 2017.

sociais e individuais indisponíveis. O art. 129, III, da CF/88, prevê, dentre suas funções, a de “promover o inquérito civil público e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Outro motivo da judicialização foi a atual Constituição Federal. Advinda de um período histórico de ditadura e opressão do Estado sobre o indivíduo, a Constituição prevê em seu texto inúmeras matérias, dentre elas direitos individuais, sociais e coletivos, que impõem proteção aos cidadãos e requerem uma prestação estatal, podendo ser cobrados por via ação judicial.

Há que se mencionar ainda a função de controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário. Como responsável pela interpretação da Constituição Federal, cabe a esse Poder realizar o controle tanto de forma incidental, permitindo que qualquer juiz deixe de aplicar a lei se considera-la inconstitucional, quanto de forma abstrata e direta, quando o Supremo Tribunal Federal é provocado pelos legitimados do artigo 103 da CF, agindo, inclusive, quando há omissões no cumprimento das ordens constitucionais.

Mas, sendo o controle de constitucionalidade por omissão voltado ao cumprimento dos mandamentos constitucionais, é preciso buscar mecanismos que dão cumprimento às leis, e às diretrizes das políticas públicas, dando concretude aos direitos constitucionais.

É necessário de “alguém” que seja um litigante habitual, que tenha preparo para representar toda a sociedade, que tenha segurança jurídica do que está representando e do que esteja exigindo do Estado, que demonstre solidez e estrutura apta para tutelar direitos fundamentais, sociais e difusos, que tenha legitimidade constitucional para ingressar em juízo, enfim, que mereça de toda a sociedade sua confiança, depositando esperança em melhorar a qualidade de vida.

O Ministério Público, legitimado constitucionalmente, apresenta-se apto para defender os interesses da sociedade.

O Ministério Público age precipuamente na omissão de direitos assegurados na Constituição. Quando propõe ação civil pública pedindo vaga em creches, escolas e em hospitais, ou quando atua em defesa de melhorias para a mobilidade urbana, em defesa do consumidor, ou ainda buscando combater a improbidade administrativa, age em consonância com a suas competências institucionais, não atuando fora ou além de suas atribuições jurídicas constitucionais.

Da mesma forma, quando o Poder Judiciário é provocado, deve conhecer das ações e decidir. Sendo direitos constitucionais, público subjetivo do cidadão, não há discricionariedade do Estado, de modo que a atuação do Judiciário para determinar sua implementação não é ingerência indevida no Executivo, mas sim uma garantia constitucional (CF, art. 5º, XXXV).¹⁸⁴

A judicialização não decorre de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica. O Supremo Tribunal Federal limita-se a cumprir o seu papel institucional de fazer obedecer à Constituição.¹⁸⁵

4.2 Ativismo Judicial

Por outro lado, o ativismo judicial, o ativismo é uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Seu surgimento advém de uma retração do Poder Legislativo, de um certo distanciamento entre a classe política e a sociedade civil, o que dificulta que as necessidades sociais sejam efetivamente atendidas.

É possível identificar a postura mais ativista na aplicação direta da Constituição em situações não contempladas em seu texto, mesmo que não haja manifestação do legislador ordinário; na declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com julgamentos baseados em critérios menos rígidos se comparados àqueles de evidente violação à Constituição; bem como a imposição de condutas em razão da inércia do Poder Público.¹⁸⁶ Como exemplo pode-se citar as cotas para ingresso nas universidades, uma criação da interpretação jurídica, não da lei, diante da desigualdade educacional, na tentativa de reduzir a dificuldade de acesso ao ensino superior.

¹⁸⁴ SOUZA, Landolfo Andrade de. O Papel do Ministério Público no controle das Políticas Públicas Ambientais. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, 2013, v.3, p. 13.

¹⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 6. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 nov. 2017.

¹⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 6. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 nov. 2017.

A posição oposta do ativismo é adepta da autocontenção judicial, que defende a não interferência do Judiciário nas ações dos outros poderes. Os adeptos dessa corrente afirmam que, quando houver omissão da lei, cabe aos juízes e tribunais não aplicar a Constituição aguardando o pronunciamento do legislativo ordinário. Quanto ao controle de constitucionalidade, devem adotar critérios rígidos e conservadores quando considerar atos normativos inconstitucionais; além de se absterem de interferir em matérias de políticas públicas.¹⁸⁷

A principal diferença entre as duas posições é que o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo de criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.¹⁸⁸

Um exemplo de ativismo pode-se citar a decisão da Suprema Corte ao reconhecer a união homoafetiva. Enquanto o legislativo manteve-se silencioso sobre o assunto, o Judiciário, realizando uma interpretação extensiva quanto ao termo “homem e mulher” previsto na Constituição, admitiu a possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo manterem relação de natureza familiar e não como uma sociedade de fato.

Ainda cabe destacar a decisão de STF quanto à possibilidade de realização de aborto em casos de fetos anencefálicos, tendo a Suprema Corte votado pela procedência da ADPF 54 em 12/04/2012, após a medicina ter esclarecido a impossibilidade de vida após o nascimento. Entendeu o Tribunal que não se deve punir aborto praticado por médico, com consentimento da gestante, se o feto é anencéfalo, pois esta situação está compreendida como causa excludente de ilicitude, prevista no CP ao ser comprovado que a gestação de feto anencéfalo é perigosa à saúde da gestante. Reconheceu-se ser inimaginável que o legislador em 1940 com a edição do Código Penal fosse prever a referida hipótese decorrente das limitações tecnológicas. Após a descoberta, a não inclusão desta hipótese na legislação caracterizou omissão legislativa, consistente na ofensa à integridade física e psíquica da mulher, violação ao direito de privacidade e intimidade, além da

¹⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 7. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 nov. 2017.

¹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 7. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 nov. 2017.

autodeterminação da mulher, de poder escolher e agir de acordo com sua própria vontade. Na gestação de feto anencéfalo reinam sentimentos de dor e angustia, tristeza e luto dada a certeza do óbito. Não cabe ao Estado, mas sim à mulher, sopesar valores e sentimentos para deliberar pela interrupção ou não da gravidez.¹⁸⁹

Por fim, recentemente, a audiência pública foi realizada pelo Poder Judiciário para decidir sobre a legalização do aborto.¹⁹⁰

O ativismo retrata o momento histórico-político que o país atravessa e as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo. Sem regulamentação normativa, as pessoas buscam o judiciário, que instado a decidir, acaba proferindo decisões e regulando direitos, aproximando-se do Poder Judiciário das necessidades da sociedade, situação que não ocorre somente no Brasil.

A consequência é a transferência do Legislativo para o Judiciário: audiências públicas passam a ser realizadas, *amicus curiae* são admitidos nos processos, especialistas são ouvidos, no intuito de ajudar os ministros da Corte a formarem sua convicção. Um exemplo disso foi o julgamento a respeito de pesquisas com células-tronco embrionárias, que tiveram mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo.

Sob essa análise até aqui realizada parece ser positiva a postura ativa do Poder Judiciário. Contudo, muitas decisões como as acima mencionadas geram insegurança. Com a intenção de solucionar o caso e ser justo, o ativismo provoca incertezas que colocam em risco a interpretação e a ciência do Direito.

Em posição contrária ao ativismo judicial pode-se citar Lênio Streck. Segundo o mencionado autor, embora haja quem negue o ativismo, ele está presente nas decisões judiciais.¹⁹¹ Nesse ponto estamos de acordo. Há sim situações em que se identifica o ativismo.

Ocorre que esses exemplos dizendo respeito a direitos individuais, onde é possível invocar a tradicional ciência positivista de Kelsen, onde o direito é a lei, decisões proferidas em sentido contrário à lei, geram insegurança jurídica e,

¹⁸⁹ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863ehttp://www.Migalhas.com.br/Quentes/17,MI221398,51045Marco+Aurelio+Mello+Decisão+histórica+do+STF+permitir+aborto+de+feto>. Acesso em: 18 dez. 2017.

¹⁹⁰ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-30/stf-faz-audiencia-publica-aborto-dias-agosto>. Acesso em: 04 jul. 2018.

¹⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 02 set. 2018.

portanto, devem ser rechaçadas. Contudo, quando se fala em direitos sociais, que garantem o mínimo de dignidade e direitos difusos e coletivos, não se busca tão somente a pirâmide Kelseniana para interpretar o Direito, mas as regras de proporcionalidade na aplicação de princípios, desenvolvidos por Dworkin, porque, ao contrário do que possa parecer, os princípios não ampliam a interpretação, mas sim são balizas norteadoras, que limitam as decisões judiciais e auxiliam na interpretação jurídica na busca por soluções de interesses complexos, que envolvem toda a coletividade.

Assim, em se tratando de direitos coletivos, que envolvem interesses dispersos na sociedade, reunidos por um interesse em comum (difusos), ou que reúne determinado grupo de pessoas (coletivos em sentido estrito), ou que às vezes são contrários entre si, como no caso de festas religiosas e culturais realizadas em municípios, em que podem trazer festividades para alguns, mas incômodo para outros, devido ao barulho, à grande movimentação de pessoas.

Ponderar esses interesses não é uma tarefa fácil. Sentença procedência/improcedência não se apresenta como melhor solução.

É necessário analisar o caso concreto, verificar se o interesse da maioria deve prevalecer, desde que não haja violação a direitos mínimos fundamentais e ponderar valores e princípios, para que se chegue a uma solução mais razoável possível. O grande desafio reside em cada situação comportar uma sentença, por isso a importância de se invocar os princípios, tanto quanto aplicar a lei, buscar ouvir especialistas e opinião pública, não porque o tema é polêmico, mas porque diz respeito a interesse coletivo.

Os direitos difusos e coletivos possuem diversos princípios. No caso do direito ao meio ambiente, o desenvolvimento sustentável, a precaução e prevenção, a preocupação com as presentes e futuras gerações, são princípios invocados nas decisões judiciais. No direito do consumidor, os princípios como a presunção de vulnerabilidade, a inversão do ônus da prova, a responsabilidade objetiva e solidária, também fonte de fundamentação das decisões judiciais. No combate a improbidade administrativa, os princípios de direito administrativo são usados em condenações a ressarcir o erário. Considerando tais princípios, nota-se a necessidade de analisar o caso concreto, de se flexibilizar e ponderar princípios para se buscar soluções adequadas.

A ponderação decorre da ausência de regulamentação normativa para problemas complexos. A atuação do Judiciário se deve em razão da inércia momentânea e do distanciamento do Legislativo perante o povo, que se superada, volta o Judiciário a se posicionar como fiscal do cumprimento da lei e guardião da Constituição.

Não se julga de acordo com a própria vontade e com suas crenças¹⁹² quando se está diante da defesa de direitos constitucionais, em busca de reduzir desigualdades. Não se defende neste trabalho julgar a ponto de mudar o texto da Constituição Federal, ou contra a lei infraconstitucional, mas sim busca-se tutelar direitos sociais, difusos e coletivos.

Streck aponta “o próprio ativismo como um dos fatores para que o Brasil tenha uma espécie de “cidadão de segunda classe” — que conta com Ministério Público, Defensoria e magistrados para resolverem seus problemas”.¹⁹³

Ora, em se tratando de defesa dos interesses da sociedade, o Ministério Público atua, sim, pronta e ativamente, com legitimidade constitucional que lhe foi dada no artigo 127 da Constituição Federal.

E quanto ao excesso de demandas judiciais em relação aos pedidos de medicamentos ou a questão que envolve o direito à saúde, portanto, um direito social, afirma ainda o referido autor que:

Mais ainda, a discussão sobre a judicialização não deve ficar restrita à atuação (ou crítica à atuação) do STF. Basta vermos que várias unidades da federação gastam mais em pagamento de ações judiciais sobre o acesso à saúde e remédios do que nos próprios orçamentos. Em São Paulo, por exemplo, os gastos da Secretaria Estadual da Saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais em 2011 chegaram a R\$ 515 milhões, quase R\$ 90 milhões gastos além do previsto no orçamento do ano destinado a medicamentos. Vladimir Passos de Freitas, colunista da **ConJur**, mostra que, só neste ano, em cinco meses, 7.408 decisões judiciais obrigaram o município de São Paulo a promover a matrícula de crianças nas creches da prefeitura (que nem tem condições de

¹⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-08/lenio-streck-abandonar-as-proprias-vontades-para-julgar-e-o-custo>. Acesso em: 02 set. 2018.

¹⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-08/lenio-streck-abandonar-as-proprias-vontades-para-julgar-e-o-custo>. Acesso em: 02 set. 2018.

cumprir). Isso é o quê? Esses dados entram ou não entram no “índice de aferição do ativismo”?¹⁹⁴

Parece que o problema é com o gasto de dinheiro público com pessoas que necessitam de remédios e tratamento. Ora, se foram até o judiciário é porque não lhes restaram outra alternativa. E mais, os críticos não apresentam soluções para resolver a falta de assistência do Estado e nem o excesso de demandas judiciais.

Tanto não se nega essa judicialização da saúde, que recentemente o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao noticiar que a Seção de Direito Privado fechou 2017 com mais de 25 mil julgamentos referentes a planos de saúde, que alcançaram o primeiro lugar entre os assuntos mais julgados,¹⁹⁵ também noticiou no dia 16 de agosto de 2018 a instalação do Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus), que fornecerá informações técnicas com fundamentos científicos para auxiliar os magistrados nas decisões de ações na área da saúde. Projeto do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) prevê a criação dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus) vinculados aos tribunais para subsidiar os magistrados em ações judiciais na área de saúde. Ao receber um pedido para concessão de tratamento ou medicamento, o juiz poderá encaminhar a demanda por e-mail (formulário) ao NAT-Jus, para uma análise técnica. Os servidores do TJSP (dois médicos e dois escreventes) que atuarão no setor enviarão o caso para especialista de uma das instituições conveniadas da rede NATS. A resposta é enviada para o NAT-Jus, que repassa ao magistrado do caso. O conteúdo do laudo também é cadastrado em um banco de dados nacional, coordenado pelo CNJ: uma plataforma digital que pode ser consultada por juízes e desembargadores de todo o País. O desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, atual presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, destacou a importância das parcerias firmadas, pois, ao analisar um pleito sobre fornecimento de remédios, tratamentos médicos e/ou cirurgias, o juiz terá acesso a informações de especialistas. Além de conter

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-08/lenio-streck-abandonar-as-proprias-vontades-para-julgar-e-o-custo>. Acesso em: 02 set. 2018.

¹⁹⁵ CREPALDI, Thiago; MORAES, Claudia. **Com judicialização da saúde, juízes passam a ditar políticas públicas do setor.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/judicializacao-saude-juizes-passam-ditar-politicas-publicas-setor>. Acesso em: 18 ago. 2018.

informações confiáveis, para que o magistrado possa decidir com prudência, coragem e amparado em fatos.¹⁹⁶

Parece que o Poder Judiciário não está negando a judicialização da saúde. Pelo contrário, está garantindo o acesso à justiça, formando parcerias que auxiliam na tomada de decisões e racionalizando o trabalho.

Ainda afirma Lenio Streck que “ao mesmo tempo, deve-se levar em consideração a intrincada relação interinstitucional entre os três poderes. Em síntese, todas essas questões apontam para um acentuado protagonismo do Poder Judiciário no contexto político atual.”¹⁹⁷

Nesse ponto estamos de acordo. É certo que as três funções do Estado necessitam de uma harmonia entre elas. Quando um poder estiver em desequilíbrio, o outro estará sobrecarregado, até que o primeiro se restabeleça. Isso faz parte da democracia e não é *ad eternum*. Não há intromissão de um poder sobre o outro quando um se apresenta precário e o outro passa a agir. Recuperando o Poder sua função, cabe ao outro retraindo a sua competência dentro do sistema de freios e contrapesos.

Também concordamos com a afirmação de que:

A grande questão não é o “quanto de judicialização”, mas “como as questões judicializadas” devem ser decididas. Aqui está o busílis. Este é o tipo de controle que deve ser exercido. A Constituição é o alfa e o ômega da ordem jurídica. Ela oferece os marcos que devem pautar as decisões da comunidade política.¹⁹⁸

Tanto isso é verdade que é exatamente a Constituição Federal que autoriza o Ministério Público e o Poder Judiciário a agir.

Além disso, vale ressaltar que a formação do Estado Social de Direito, caracterizado por um Estado Dirigente, atribuiu função aos dos Poderes Públicos de constituir condições básicas para o alcance da igualdade social, não se contentando

¹⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça. Estado de São Paulo. **TJSP na mídia: Justiça firma parcerias para instalação do NAT-Jus**. Disponível em:

<http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=52147&pagina=8> Acesso em: 26 ago. 2018.

¹⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-08/lenio-streck-abandonar-as-proprias-vontades-para-julgar-e-o-custo>. Acesso em: 02 set. 2018.

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-08/lenio-streck-abandonar-as-proprias-vontades-para-julgar-e-o-custo>. Acesso em: 02 set. 2018.

mais com os poderes públicos em produzir leis e normas gerais, mas sim, buscando efetivamente alcançar metas sociais.¹⁹⁹

Tornou-se indispensável um reexame da clássica e tradicional separação dos poderes estatais. Classicamente se fundava na supremacia incontestável da lei sobre todas as demais manifestações estatais. Por esse modelo, destacava-se o Poder Legislativo, formado por representantes eleitos pelo povo e ficando a cargo do Poder Executivo e Judiciário a mera execução das leis.²⁰⁰

Quando, porém, o Estado passa a se preocupar com finalidades coletivas, a ser alcançadas por programas, o critério classificatório das funções estatais passa a ser o das políticas públicas ou programa de ação governamental. Daí a conseqüente reorganização constitucional dos poderes. O que houve, na verdade, foi uma substituição da lei pela política, mantendo-se a separação entre a declaração, a execução e o controle.²⁰¹

A ciência do Direito permaneceu durante longo período histórico baseado em conceitos jurídicos tradicionais. Somente recentemente a política, como programa de ação, foi reconhecida como parte da teoria jurídica.

Segundo afirma Fabio Konder Comparato:

As Constituições do moderno Estado Dirigente impõem, todas, certos objetivos ao corpo político como um todo – órgãos estatais e sociedade civil. (...) tais objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores do poder econômico ou social, fora do Estado. (...) na estrutura de Estado Dirigente, a lei perde sua majestade de expressão por excelência da soberania popular para se tornar mero instrumento de governo. A grande maioria das leis insere-se, hoje, no quadro de políticas governamentais e tem por função não mais a declaração de direito e deveres, mas solução de questões de conjunturas, ou direcionamento, quer por meio de incentivos nas atividades privadas, quer por regulação de procedimentos no campo administrativo.²⁰²

¹⁹⁹ COMPARATO, Fabio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**, p. 43 Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2017.

²⁰⁰ COMPARATO, Fabio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**, p. 43-44 Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2017.

²⁰¹ COMPARATO, Fabio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**, p. 44 Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2017.

²⁰² COMPARATO, Fabio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**, p. 45 Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2017.

Ademais, a partir do momento em que uma questão política passa a ser objeto de demanda nos tribunais, transforma-se em questão judicial.

A bem da verdade, os direitos sociais, fundamentais que são, embora previstos em normas de caráter programático, possuem aplicabilidade imediata e dependem de implementação de uma política pública pelo Poder Público para serem efetivados, podendo ser levados a exame do judiciário caracterizando judicialização da política.

Ademais, direcionam-se à proteção da dignidade humana, bem como funcionam como verdadeiras condições ao exercício pleno e efetivo das liberdades clássicas, o que, por si só, já justificaria uma atitude um tanto quanto vinculada dos poderes públicos na formulação de suas respectivas políticas públicas com vistas a assegurar a plena fruição pelos indivíduos. Alguns desses direitos sociais possuem especial relevância, dada a sua maior essencialidade, cuja vinculação, pelo poder público, à implementação da respectiva política pública, apresenta-se de forma ainda mais cristalina. É o caso dos direitos à educação e à saúde.²⁰³

Não nos parece ser desarrazoado pugnar pela implementação do básico à sobrevivência minimamente digna do indivíduo.

É certo que os direitos sociais constitucionalmente positivados no nosso ordenamento jurídico, cuja ausência de implementação ou implementação ineficiente impeça ou dificulte a sua satisfatória fruição pelo indivíduo, são passíveis de análise judicial, já que ao judiciário cabe precipuamente a apreciação da lesão ou ameaça de lesão a direito. Por isso mesmo, quando analisa tais demandas, o judiciário cinge-se a desempenhar a função que lhe é tipicamente atribuída pela Constituição Federal, tornando-se nestas ações, no máximo, arena de discussão, modificação e correção dos rumos da política pública ineficientemente implementada.²⁰⁴

²⁰³ MATTOS, Tatiane Cesarino. **Judicialização da Política**: O Ministério Público na Defesa do Regime Democrático (substantivo). [Trabalho de conclusão de curso]. Escola Superior do Ministério Público, no 9º Curso de Especialização em Interesses Difusos e Coletivos. São Paulo, 2013, p. 22.

²⁰⁴ MATTOS, Tatiane Cesarino. **Judicialização da Política**: O Ministério Público na Defesa do Regime Democrático (substantivo). [Trabalho de conclusão de curso]. Escola Superior do Ministério Público, no 9º Curso de Especialização em Interesses Difusos e Coletivos. São Paulo, 2013, p. 25.

4.3 Críticas à Intervenção Judicial no Poder Público

Três objeções se apresentam como opostas à judicialização e ao ativismo judicial no Brasil. As críticas se referem aos riscos para a legitimidade democrática, a politização indevida da justiça e os limites da capacidade institucional do Judiciário.²⁰⁵

4.3.1 Riscos para Legitimidade Democrática

Há quem afirme que o ativismo atenta contra a legitimidade democrática, pois os membros do Judiciário não são agentes públicos eleitos pelo povo, não podendo interferir em questões de cunho político.²⁰⁶ Todavia, é uma das funções do Poder Judiciário invalidar atos dos outros poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como Supremo Tribunal Federal se sobrepôr à decisão do Presidente, ou do congresso Nacional, é identificada pelo direito constitucional como dificuldade contramajoritária.²⁰⁷

Dentro da repartição de funções, cabe ao Legislativo e ao Executivo o dever de agir para a efetivação dos direitos fundamentais, através de formulação e implementação de políticas públicas. Já os tribunais se manifestam quando tais obrigações não são cumpridas pelos demais poderes, possuindo a tarefa, essencial do Poder Judiciário, de não poder se excluir da apreciação de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV da Constituição Federal), preocupando-se em conferir aos direitos fundamentais a máxima eficácia possível.

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 10. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 nov. 2017.

²⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-08/lenio-streck-abandonar-as-proprias-vontades-para-julgar-e-o-custo>. Acesso em: 02 set. 2018.

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 10. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 nov. 2017.

Quando os poderes públicos não criam políticas públicas, ou quando simplesmente estas são insuficientes para garantir o direito ao mínimo existencial, é permitido ao poder judiciário fazer um controle frente às omissões ou prestações insuficientes dos poderes inertes, mediante um método racional, baseado numa dogmática confiável e numa jurisprudência consistente, como exercício obrigatório de uma jurisdição democrática que prima pela aplicação sistemática das normas constitucionais.

Enquanto legislativo e executivo seguem a legitimação popular, com eleição direta, o judiciário funciona como um poder que tenta contrabalançar essa equação e garantir os direitos e princípios fundamentais.

Com isso, o Judiciário exerce uma função contra a maioria, ou seja, entre permitir que a vontade da maioria, representada pelos agentes eleitos, prevaleça e esmagar os direitos da minoria, considerando a força normativa da Constituição, a busca pela máxima eficácia, os direitos e princípios fundamentais, como um meio para se atingir a liberdade real e a igualdade material no Estado democrático de Direito e levando em conta a nova visão da separação dos poderes, passa-se a ser também de competência da jurisdição constitucional atuar no sentido de dar uma maior efetividade e proteger tais direitos.

Agir de outra maneira não seria coerente com a noção de democracia, que pressupõe a defesa dos direitos individuais. Neste contexto, gera-se a chamada dificuldade contramajoritária, ou seja, a possibilidade dos órgãos formados por agentes públicos não eleitos, invalidar decisões de órgãos legitimados pela escolha popular. Mas aí reside o grande papel da Constituição: proteger valores e direitos mesmo que contra a vontade substancial de quem tem mais votos.

No Estado Democrático de Direito, conforme a lição de Luis Roberto Barroso²⁰⁸, “a maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza eminentemente técnica e imparcial”.

Assim, a jurisdição constitucional, atuando contramajoritariamente, funciona como garantidora da própria democracia. Portanto, a função jurisdicional constitucional é antes uma garantia para a democracia do que um risco. No entanto, cabe fazer uma ressalva no sentido de que não pode o Judiciário suprimir a política,

²⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

o governo da maioria e nem o papel dos demais poderes. Com exceção do que seja essencial para garantir democracia e os direitos fundamentais, em relação ao restante, os protagonistas da vida política devem ser os eleitos. Só devem atuar os juízes e tribunais quando sejam capazes de fundamentar suas decisões com base na Constituição.²⁰⁹

4.3.2 Riscos à Politização da Justiça

Há ainda o receio de o Judiciário, ao tomar decisões e adotar postura ativista, provocar a politização da Justiça. A teoria crítica do Direito, na Década de 1970 e 1980, tendo um dos precursores o movimento *Critical Legal Studies*, fundada por Duncan Kennedy, nos Estados Unidos, sob influência marxista, defendia que o direito é política, que os juízes ao decidirem de forma a inovar estariam legislando, o que não seria admitido, pois não foram eleitos mediante um processo eleitoral. Criticam ainda que os juízes decidem de acordo com suas convicções e sob influências pessoais ideológicas.²¹⁰

Todavia, no mundo contemporâneo, não subsiste mais a ideia de neutralidade pura do intérprete. Direito não é política. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma comparação dessa natureza, defendendo a ideia de que o correto e justo é de quem detém o poder. Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da ética, tornando-se um instrumento de legitimidade, justiça e realização da dignidade humana.²¹¹

É preciso esclarecer o sentido da palavra política. Se entender que o direito advém da vontade da maioria, que se manifesta nas leis e na Constituição; que sua aplicação deve estar em consonância com a realidade; que sua decisão deve

²⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 12. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 nov. 2017.

²¹⁰ KENNEDY, Duncan. **Izquierda y Derecho** - Ensayos de teoria jurídica crítica. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010.

²¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 13. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 nov. 2017.

produzir efeitos no meio social e atender expectativas dos cidadãos; e que juízes são, antes de tudo, seres com memórias, desejos, com consciência e ideologia, havendo interferência da subjetividade nas suas decisões, então pode-se afirmar que o direito está relacionado à política. A Constituição faz um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. É a Constituição o documento que transforma a política em Direito.

Tendo a Constituição Federal previsto direitos sociais, não cabe mais ao juiz apenas dizer qual norma pode dirimir conflito individual, de direito privado *intra partes*, nem tampouco somente afirmar se diante de um serviço mal prestado pelo Estado tem o cidadão direito apenas ao ressarcimento. Agora, precisa o Judiciário concretizar o direito previsto no artigo 196 da CF: saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de doenças e outros agravos e o acesso igualitário e universal.²¹²

Ao magistrado cabe decidir, mesmo que sua interpretação tenha uma dimensão política, observando o ordenamento jurídico vigente e apresentando motivações jurídicas de suas decisões, além da obediência à dogmática jurídica, aos princípios interpretativos e aos precedentes.

A Suprema Corte não deve ser indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos aos bem comum, ou aos direitos fundamentais, mas somente pode agir dentro dos limites do ordenamento jurídico.

Os juízes não devem ser populistas, mas devem ter consciência de que, em certos casos, terão que atuar de modo contramajoritário para a preservação e promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade da maioria política. Logo, a intervenção do Poder Judiciário para sanar omissões legislativas ou invalidando uma lei inconstitucional, decidindo dentro dos limites impostos pela Constituição e não contra a lei, dá-se a favor e não contra a democracia.²¹³

Os instrumentos jurídicos processuais tanto podem ser ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, como ações civis públicas (proposta em especial

²¹² FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 97-98.

²¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 15. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 nov. 2017.

pelo Ministério Público), que visam impor obrigações de fazer aos administradores quando omissos e cuja sentença de procedência beneficia todos os interessados, além de ações individuais, participação da população na produção de políticas públicas, nos conselhos municipais, nas audiências públicas, além de referendos e plebiscitos, transformando a democracia representativa em participativa, buscando a correta aplicação da Constituição pelo judiciário e o efetivo exercício dos direitos sociais por meio da implantação das políticas públicas correlacionadas.²¹⁴

O problema não é de substituição do Executivo pelo Judiciário ou pelo Ministério Público, mas sim de um juiz intérprete, que busca o cumprimento da constituição e interpretação das normas constitucionais e legais, sempre em sintonia com as demandas dos diversos setores da sociedade na qual está inserido.

4.3.3 Os limites da capacidade institucional do Poder Judiciário

Por fim, é importante ressaltar os limites da capacidade institucional do Poder Judiciário.

Dentre as três funções do Estado, cabe ao Judiciário, em caso de divergência na interpretação das normas, o dever de decidir. Todavia, isso não significa que esteja melhor habilitado para produzir a melhor decisão. Questões como a demarcação de terras indígenas, transposição de rios, poluição ambiental, organismos geneticamente modificados (OGM), uso de células tronco e engenharia genética são temas que demandam estudos técnicos e científicos, que envolvem questões complexas, devendo prestigiar manifestações do Legislativo e do Executivo. Dada a complexidade, o binômio procedente/improcedente não é suficiente para decidir.

Além disso, é preciso observar os efeitos que as decisões judiciais podem ocasionar. Sem dispor de informações, tempo, e conhecimentos suficientes para julgar determinado assunto, os juízes e tribunais, muitas vezes, acabam proferindo decisões, que, embora aparentem ser justas, provocam grandes impactos. É o caso, por exemplo, do setor da saúde, que concedidas sentenças favoráveis ao

²¹⁴ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 101-107.

oferecimento de medicações, podem onerar o Estado e colocar em risco a continuidade das políticas públicas, desorganizando a atividade administrativa.

Por isso, cabe ao Judiciário fazer valer a Constituição, os princípios democráticos e os direitos fundamentais, mesmo que tenha que decidir contra a vontade da maioria, que ao contrário do que possa parecer, está contra a democracia, na verdade, está a favor não só da democracia, como do Estado de Direito. Cabe ao Judiciário preferir decisões devidamente fundamentadas nas leis e na Constituição, com base na razoabilidade e buscando a justiça.

Para se evitar onerar o Estado com demandas individuais, como no caso de acesso à saúde, acima mencionado, a implementação de políticas públicas e a respectiva fiscalização, realizada, por exemplo, pelo Ministério Público, contribuem para efetivação do direito de forma igualitária, diminui e excesso de ações judiciais e desoneram financeiramente o Estado, sendo as políticas públicas o caminho mais adequado.

E quanto aos argumentos daqueles que afirmam que a sociedade deslocou para o Poder Judiciário a solução de problemas políticos econômicos e sociais, bem como delegou a juízes e tribunais a função de decidir e impor obrigações de fazer e não fazer, sem terem sido eleitos pelo povo, não devendo o Judiciário intervir e exercer um poder arbitrário e ilegítimo para o qual não foi eleito e acabar privilegiando aqueles que possuem condições de ingressar em juízo para pleitear seu direito individual, é certo que é possível resolver conflitos extrajudicialmente quando se há disposição e boa vontade dos diversos setores envolvidos, seja público ou privado, para melhorar o atendimento e solucionar problemas.

É possível reduzir as inúmeras demandas judiciais pleiteando o mesmo direito e onerando o Estado em atender cada uma das necessidades, quando se tem um legitimado para defender o interesse público, Ministério Público, quando houver um programa com metas, prazos e objetivos a serem cumpridos, fiscalizados e a fim de que sejam acessíveis a todos. O acesso ao Poder Judiciário representa, sem dúvida alguma, uma conquista da cidadania brasileira. Sob a possibilidade da aplicação imediata e a imperatividade de princípios e normas constitucionais, passou-se a colher pedidos de cidadãos que tiverem seus direitos básicos violados ou ameaçados.

Não se negam as decisões judiciais arbitrárias e a escassez de recursos públicos, o excesso de judicialização das políticas públicas, retirando da esfera política a discussão de temas complexos e importantes para o regime democrático.

Por outro lado, na garantia de acesso à assistência em saúde, o juiz, na ausência de outra alternativa para salvar a vida do paciente, não teria outra opção do que condenar o Poder Público em entregar determinado remédio, ou obrigar a transferência hospitalar. O argumento depende de prova e a decisão deve ser devidamente fundamentada. Não se nega que, havendo omissão na administração, funcionários que trabalham na administração pública descompromissados, incompetentes, desleais, ou corruptos, deve o judiciário condenar o Estado nas prestações sanitárias. É preciso verificar se há evidências científicas no tratamento terapêutico pleiteado e a possibilidade de uma alternativa terapêutica disponível na rede pública, pois do contrário decisões judiciais fragmentadas prejudicarão os programas públicos.²¹⁵

Uma postura ativista no sentido de não se atender às limitações orçamentárias, ignorar as políticas públicas já implementadas e exigir de forma abusiva direitos que possam comprometer o interesse da coletividade acaba incorrendo em arbitrariedade. Situações discriminatórias são medidas excepcionais a serem tomadas dentro de um contexto histórico, político e social, que não sejam corriqueiras. Superada a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo, ou do Executivo, deve o Judiciário voltar a exercer sua função, que é, antes de tudo, a de fazer cumprir a Lei.

4.4 O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas

O tema políticas públicas vem ganhando maior destaque, assim como as medidas de sua elaboração, implementação e controle. Isso ocorre devido ao fato de não se contentar apenas com a previsão de direitos fundamentais na Constituição Federal, mas de se buscar concretização desses direitos, reduzir as desigualdades

²¹⁵ MAPELLI JUNIOR, Reynaldo. **Judicialização da Saúde** – Regime jurídico do SUS e intervenção na Administração Pública. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017, p. 120.

sociais e exigir soluções de garantia desses direitos, o que depende da atuação conjunta dos Poderes e órgãos públicos.

Por envolver diversos setores da sociedade, devido à complexidade do tema, há grande dificuldade em se conceituar políticas públicas, definir seus limites, e manter uma contínua fiscalização.

Para que o Estado possa cumprir de forma eficiente esse desafio é necessário um redimensionamento da atuação dos poderes Executivo, Legislativo e, inclusive, do Judiciário, além de outras instituições, como Ministério Público e Defensoria Pública, no que tange à implementação e ao controle de políticas públicas.²¹⁶

Além disso, a cidadania, como um dos fundamentos do Estado Democrático e Social de Direito, ganha outra conotação ao ser mais participativa do que representativa, o que influencia na formação de políticas públicas no âmbito político e jurídico.

Embora por primeiro tenha se estudado políticas públicas como ramo da política, como ações de governo, Ronald Dworkin trouxe o tema para a Terceira Via do Direito, ao lado dos princípios e regras, tendo em vista a dificuldade de solucionar casos concretos. A doutrina de Dworkin defende que o Estado atue de forma mais concreta e busca diminuir desigualdades.²¹⁷

Essa atuação concreta ocorre com a implementação das políticas públicas. O estudo dessas políticas aproxima o Direito da Política, a dificuldade é realizar uma análise mais clara e respeitar cada uma das esferas.

4.4.1 Direito e Política: conceitos interdependentes

Não obstante a preocupação em separar o direito da política, não se pode negar, do que já foi analisado até este momento, que o Direito possui relação com a função política, sem que os institutos se confundem. Isso decorre do

²¹⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 4.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando Direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins fontes, 2010.

desenvolvimento da sociedade, do momento histórico, do modo de atuação dos indivíduos quanto ao exercício do poder, solucionando conflitos, procurando tomar decisões de maneira justa e eficiente, ensejando uma melhor qualidade de vida, buscando o desenvolvimento pessoal, a dignidade e o exercício da cidadania.

O sistema judicial, com a promulgação da CF/1988, vem presenciando expansão tanto nos direitos sociais, quanto na descentralização de intervenções públicas na área social. Todavia, tais alterações às vezes não conseguem ser implementadas em razão da falta de leis regulamentadoras ou da dificuldade de agir da administração pública.

Preocupando-se em reduzir desigualdades sociais, promover justiça social, surgem dois questionamentos que fazem parte desta pesquisa: Em que medida o operador do Direito pode buscar a tutela jurisdicional visando à concretização dos direitos fundamentais? as políticas públicas como instrumentos de implementação dos direitos sociais podem ser alvos do controle jurisdicional?²¹⁸

Primeiramente, é preciso reconhecer que o Poder Judiciário cumpre seu papel ao zelar pela proteção, garantia e efetividade dos direitos fundamentais.

Nota-se também um protagonismo do Judiciário se deslocando da posição conservadora e distante da agenda política, pela sua incapacidade de acompanhar os processos de transformação social, econômica e política, para uma atuação mais interventiva em razão de acontecimentos políticos, transformações sociais e econômicas aceleradas.

Com essa nova postura surge um confronto com a classe política e outros poderes, em especial, o executivo, vindo a provocar o fenômeno da judicialização dos conflitos políticos, sendo certo que no Estado Moderno o Poder Judiciário é também um poder político, titular de soberania, assumindo a característica política quando interfere em outras fontes de poder político. Daí o motivo da judicialização dos conflitos políticos não deixar de se traduzir na politização dos conflitos judiciais.²¹⁹

Não se nega que o Poder Judiciário vem sendo acossado pela enormidade de problemas, constantemente instigado a decidir conflitos de natureza social, que deveriam ser tratados pela política e não pelo Judiciário, lidando com questões de

²¹⁸ GONÇALVES, Leonardo A. **Direitos Sociais** – Cidadania, Política e Justiça – O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidade e limites. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 251.

²¹⁹ GONÇALVES, Leonardo A. **Direitos Sociais** – Cidadania, Política e Justiça – O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidade e limites. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 253.

conflitos individuais, de interesse privado, sem aparelhamento ou preparo devidos, bem como dentro de um sistema engessado pelo formalismo, excesso de burocracia e procedimentos processuais precários em solucionar questões de dimensão difusa e coletiva.

Verifica-se um aumento significativo da atuação do Direito nos Estados Sociais Democráticos modernos. Por outro lado, mesmo diante da ampliação dos poderes do juiz, parece existir uma via de mão dupla na relação entre o Poder Judiciário e o cidadão, no sentido deste ter depositado na Magistratura a confiança que perdeu nos outros Poderes, os juízes passam a dar guarida às pretensões dos que buscam os tribunais.

O Poder Judiciário possui dificuldades de lidar com essa nova situação e por isso o temor da “contaminação política do juiz”, preocupando-se em diferenciar o magistrado do político. Entretanto, não se pode negar o peso político inerente à atividade jurisdicional. Melhor do que negar a politização da magistratura é refletir sobre essa nova conjuntura.²²⁰

A Constituição Federal, após prever princípios e normas constitucionais relativas a direitos fundamentais sociais e difusos, passou, numa segunda etapa, a se preocupar na aplicabilidade desses dispositivos constitucionais, sendo precursoras das teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Nesse sentido, foi importante a classificação das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade em plena, contida e limitada de José Afonso da Silva; a defesa da eficácia social das normas constitucionais como normas de organização, definidoras de direitos programáticos de Luís Roberto Barroso; a eficácia dos direitos fundamentais dos direitos e garantias fundamentais de Ingo Wolfgang Sarlet; as técnicas de positivação dos direitos de aplicação imediata, por serem direitos subjetivos e protegidos por cláusulas pétreas de Vidal Serrano Junior; que, como teorias, foram sedimentando o entendimento jurídico de que normas e princípios possuem imperatividade, ou seja, geram efeitos no mundo jurídico.²²¹

A possibilidade de se concretizar direitos sociais positivados na Constituição se dá por meio das políticas públicas, estando submetidas ao controle jurisdicional. No Estado Constitucional de Direito, as atividades administrativas e legislativas,

²²⁰ GONÇALVES, Leonardo A. **Direitos Sociais** – Cidadania, Política e Justiça – O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidade e limites. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 256.

²²¹ MAPELLI JUNIOR, Reynaldo. **Judicialização da Saúde** – Regime jurídico do SUS e intervenção na Administração Pública. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017, p. 113.

ainda que reservadas num espaço de escolhas políticas aos Poderes Legislativo e Executivo, cujos ocupantes foram escolhidos pelo voto popular, podem sofrer controle jurisdicional, que não pode ser afastado nem mesmo por lei (artigo 5º, XXXV, da CF) ²²²

Preocupando em concretizar os direitos fundamentais e atingir os objetivos constitucionais previstos no artigo 3º da Constituição Federal, dentre eles o de reduzir desigualdades sociais, além de observar o princípio da prevalência dos direitos humanos, previsto no artigo 4º, II, da CF e transmitir a mensagem de que o Estado tem obrigação de fazer e prestar, constituindo um Estado Democrático Social de Direito, Oswaldo Canela Junior, citado por Ada Pellegrini Grinover sustenta que:

Para o Estado Social atingir tais objetivos, faz-se necessária a realização de metas, ou programas, que implicam o estabelecimento de funções específicas aos Poderes Públicos, para a consecução dos objetivos predeterminados pelas Constituições e pelas leis. Desse modo, formulado o comando constitucional ou legal, impõe-se ao Estado promover as ações necessárias para a implementação dos objetivos fundamentais. E o poder do Estado, embora uno, é exercido segundo especialização de atividades: a estrutura normativa da Constituição dispõe sobre suas três formas de expressão: a atividade legislativa, executiva e judiciária. ²²³

Com essa afirmação, ensina Oswaldo Canela Júnior que as três formas de expressão do poder Estatal são meros instrumentos para a consecução dos fins do Estado, não havendo nenhum que prevaleça sobre o outro. O poder é uno e a forma de exercer esse poder se dá por meio de atividade específica, sendo vedada a interferência recíproca para proporcionar o verdadeiro sentido da independência entre os poderes. ²²⁴

Embora o Poder Judiciário e o Ministério Público não possam formular e executar a política pública, são capazes de controlá-las sob o prisma constitucional, sobretudo em relação ao núcleo dos direitos fundamentais. Assim, é possível afirmar

²²² MAPELLI JUNIOR, Reynaldo. **Judicialização da Saúde** – Regime jurídico do SUS e intervenção na Administração Pública. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017, p. 113.

²²³ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 128.

²²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.128.

que alguns direitos fundamentais sociais podem ser reivindicados em juízo, sem que afronte a competência constitucional ou a democracia²²⁵.

Ao contrário do que ocorria no Estado Liberal, que tinha por objetivo neutralizar o Poder Judiciário frente aos demais poderes, no Estado Democrático de Direito, o Judiciário passa a se alinhar com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar em neutralização de sua atividade. O Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal.²²⁶

Oswaldo Canela Junior, define política estatal:

Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado” Como atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo dever compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação, e desde que provocado, o que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas”, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º, da CF).²²⁷

Em um contexto marcado pela crise de Estado, o Poder Judiciário ganha função especial voltada para o controle de políticas públicas, visando garantir a eficácia dos programas de ação social. Sem essa função do judiciário, a democracia corre sérios riscos. Essa é a função política do judiciário: promover a junção entre a Política e o Direito por intermédio da aplicação da Constituição.²²⁸

É de fundamental importância a percepção da função da Constituição, que ao mesmo tempo fundamenta e realiza a intermediação de ambos os sistemas, trazendo os princípios e formas em que se realiza a atuação interdependente dos sistemas jurídico e político.²²⁹

Enquanto cabe aos demais poderes se comprometerem com a integridade e eficácia dos fins do Estado, ao Judiciário e ao Ministério Público cabe atuar na

²²⁵ GONÇALVES, Leonardo A. **Direitos Sociais** – Cidadania, Política e Justiça – O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidade e limites. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 270.

²²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 129.

²²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 129.

²²⁸ GONÇALVES, Leonardo A. **Direitos Sociais** – Cidadania, Política e Justiça – O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidade e limites. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 276.

²²⁹ SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 6.

função de controle. Ora, se os direitos fundamentais estão previstos na Constituição Federal, se sua implementação depende de políticas públicas, e se dentre as funções do Poder Judiciário está a de exercer o controle de constitucionalidade de atos, leis e atividades de todos os atos os órgãos do Estado, então incumbe também ao mesmo Judiciário proceder o controle das políticas públicas dentro dos mandamentos constitucionais. Esse é o motivo que fundamenta a intervenção do Poder Judiciário.

Ademais, trata-se de controle jurídico de natureza constitucional das políticas sociais e não exame acerca da legalidade das medidas ou omissões da administração pública. A atuação do Poder Judiciário será exercida com base em regra constitucional, através de ações civis públicas para a tutela dos interesses difusos e coletivos, promovidas pelo Ministério Público. Não se trata de escolha dos instrumentos de concretização de direitos, mas sim, da escolha de instrumentos necessários ao exercício de direitos específicos ante a omissão do Executivo.²³⁰

Dentro dos parâmetros de atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, pode-se afirmar que a interferência ocorre diante da ausência completa da política, ou quando constatada determinada política, esta mostra-se insuficiente.

O controle judicial das políticas públicas, compreendidas como programa de ação governamental tendentes a efetivar direitos fundamentais sociais passou a fazer parte da cultura jurídica, sendo matéria a ser estudada também na esfera jurídica pela doutrina, por interpretação do juiz na solução de casos concretos. O direito processual civil, ao conceber instrumentos processuais adequados para o controle judicial de políticas públicas, sempre deu ênfase às ações coletivas, destinadas à defesa dos direitos difusos e coletivos, ainda que admitida a ação individual, baseando também no microssistema composto pela Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor, além da Constituição Federal.²³¹

Definida a possibilidade de controle judicial das políticas pública, o desafio agora consistente em fixar parâmetros desse controle, para que a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário seja coerente, dentro dos limites da Lei e da Constituição, evitando abusos e interferência nos demais Poderes.

²³⁰ GONÇALVES, Leonardo A. **Direitos Sociais** – Cidadania, Política e Justiça – O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidade e limites. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 205.

²³¹ MAPELLI JUNIOR, Reynaldo. **Judicialização da Saúde** – Regime jurídico do SUS e intervenção na Administração Pública. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017, p. 113.

4.4.2 O conceito de Políticas Públicas

Conforme já mencionado neste trabalho, os direitos sociais fundamentais são aqueles que necessitam de prestações positivas do Estado, concretizam-se por meio das políticas públicas, que são instrumentos de ação do Estado e buscam a eliminação de desigualdades sociais, objetivo da República Federativa do Brasil.

Os direitos sociais têm por objeto políticas públicas ou programas de ação governamental, que devem ser coordenados entre si. A depender do nível da qualidade de vida da população, exige-se um mínimo de programa conjugado com medidas governamentais, que possam abordar aspectos como do trabalho, saúde, previdência social, educação, habitação popular. Tais objetivos são interdependentes, pois a não-realização de um deles compromete a efetivação de todos.²³²

Maria Paula Dallari Bucci sustenta num primeiro momento que políticas públicas são programas de ação governamental que visam coordenar os meios disponíveis do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, visando atender ao interesse público, em sentido lato.²³³

A referida autora afirma que o terreno das políticas públicas se caracteriza pelo espaço institucional para explicitação dos “fatores reais” (expressão de Ferdinand Lassalle²³⁴) ativos na sociedade em determinado momento histórico, em relação a um objeto de interesse público. Política aqui não conota a política partidária, mas a política em sentido amplo, como atividade de conhecimento e organização do poder.²³⁵

Maria Dallari Bucci observa que políticas públicas constituem uma temática ligada à Ciência Política e à Ciência da Administração Pública e à Ciência de Direito

²³² GONÇALVES, Leonardo A. **Direitos Sociais – Cidadania, Política e Justiça – O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidade e limites**. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 178.

²³³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

²³⁴ “Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser como elas são”. LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

²³⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 242.

Constitucional na medida em que os direitos sociais e transindividuais deixam de ser meras declarações retóricas e passam a ser direitos positivados em constituições e leis, em busca de efetividade, sendo as políticas públicas um foco de interesse jurídico pertinente para agregar posições em conflitos.²³⁶

Ao trazer o conceito de políticas públicas para o âmbito jurídico, Bucci aceita a interdependência entre as esferas jurídicas e políticas. Assume a comunicação entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do Poder, Estado e Administração Pública. E isso ocorre seja atribuindo ao Direito critérios de qualificação jurídica das decisões políticas, seja adotando no direito uma postura mais informada por elementos da política.²³⁷

Sob o aspecto jurídico, o direito administrativo deve ser compreendido como o estudo da instituição estatal, em sua vertente executiva, enquanto o direito constitucional trata da organização do poder, dos direitos dos cidadãos, como balizas para o exercício do poder estatal²³⁸, além de estarem presentes na CF os direitos sociais, dependentes de atuação do Poder Público, seja por lei, ou seja por programas, para regulamentá-los e concretizá-los.

Reunindo os aspectos políticos e administrativos depara-se com a primeira dificuldade, que reside em analisar a noção de política pública dentro do direito, sendo necessário observar o modelo de Estado e o direito adotado.

O modelo de Estado Liberal do século XIX era baseado na norma geral e abstrata, na separação dos poderes, na distinção entre direito público e direito privado. Tais paradigmas foram rompidos dando lugar a um Estado mais social e preocupado com o bem-estar das pessoas, caracterizado por diferentes graus e modos de intervenção sobre as esferas privadas, passando a se comprometer na prestação de serviços públicos, tendo por objetivo realizar programas finalísticos, assim como praticando atos incitadores, que combinam norma e persuasão. É certo que tais mudanças foram ocorrendo gradativamente e ao longo da história. Trata-se,

²³⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

²³⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241-242.

²³⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 248.

na verdade, de técnicas de intervenção jurídica que vão sendo criadas e modificadas a ponto de formular novos padrões de relação do Estado e a sociedade.²³⁹

Além disso, é importante observar a evolução do direito administrativo e constitucional, do direito liberal, para um “*direito administrativo regulador*”, consistente em um direito constitucional dirigente, com normas programáticas, e um direito administrativo voltado à concretização, pela Administração pública, implementação e execução de programas econômicos e políticas de desenvolvimento.²⁴⁰

O papel da Administração nas políticas públicas é o de determinação e conformação das leis e decisões políticas a serem executadas no plano administrativo.

Quanto ao argumento de que o estudo de políticas públicas não cabe ao direito administrativo, pois se trata de atos políticos e decisões a respeito de metas e diretrizes, ou planos governamentais, é certo que esse assunto se refere ao exercício da função administrativa e, portanto, jurídica.

A ideia de que compete aos representantes do povo o Poder Legislativo, a decisão sobre política de governo e decisões quanto às políticas públicas, cabendo a Administração somente a execução, não se mostra a mais adequada na prática. Isso porque política pública exige a presença de poder público, de pessoas especializadas em determinado assunto e a constituição de uma ordem local, o que depende da ação da Administração para análise e elaboração dos pressupostos que darão base à política pública.²⁴¹

É certo que, quanto mais se conhece do objeto da política pública, mais ela será efetiva: a eficácia de políticas públicas depende diretamente do grau de articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos.²⁴²

Isso se torna mais evidente quando o assunto são os direitos sociais, como saúde, educação, e previdência, onde se exige a ação complexa de estruturas organizacionais, recursos financeiros e figuras jurídicas para que o Estado possa prestar serviços e oferecer uma política pública bem-sucedida.

²³⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 246.

²⁴⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 248.

²⁴¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 249.

²⁴² BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 249.

É necessário conhecer e entender os princípios jurídicos da Administração Pública, as formas de contratação e capacitação técnica de funcionários e serviços, o regime jurídico de Direito Administrativo, a disciplina jurídica dos serviços públicos determinará formação e implementação de políticas públicas, não havendo dúvidas quanto à importância e influência do direito administrativo na matéria políticas públicas.

Comprovada a relação do direito público com a ideia de política pública, faz-se necessário apresentar um conceito jurídico de políticas públicas.

Afirma Maria Paula Dallari Bucci, citando Pierre Muller e Ives Surel que:

[...] A delimitação das fronteiras de uma política pública tem sempre um componente aleatório. As decisões e ações a propósito daquele objeto constituem um “conjunto extremamente heteróclito”, no qual se envolvem atores sociais pertencentes a organizações múltiplas, públicas ou privadas, e que intervêm em diversos níveis. Outro elemento a causar perplexidade no conceito de política pública, formulado no âmbito da sociologia política e de difícil transposição para o direito, são as omissões, que também podem integrar a política pública. Seja a omissão do governo intencional, seja resultado de impasse político ou consequência da não-execução das decisões tomadas, ainda assim a atitude do governo e da Administração, num quadro conjuntural definido, pode constituir uma política pública (...)

Como categoria analítica, as políticas públicas envolveriam sempre uma conotação valorativa; de um lado, do ponto de vista de quem quer demonstrar a racionalidade da ação governamental, apontando os vetores que a orientam; de outro lado, da perspectiva dos seus opositores, cujo questionamento estará voltado à coerência ou à eficácia da ação governamental. Essa dimensão axiológica da política pública aparece nos fins da ação governamental, os quais se detalham e concretizam em metas e objetivos. Não obstante, há também uma dimensão prática, factual, na ideia de política pública como “programa de ação governamental para um setor da sociedade ou um espaço geográfico”.²⁴³

Fabio Konder Comparato define política pública como “uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”. Acrescenta que este conceito de atividade que é recente na teoria jurídica, encontra-se também no direito empresarial em substituição ao ato de

²⁴³ MULLER, Pierre e SUREL, Ives. *L'analyse des politiques publiques*. Paris: Montchrestien, 1998, p. 16. Os autores referem a conceituação de Meny e Thoenig, em *Politiques Publiques*, 1989. Apud BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p.251-252.

comércio, bem como na moderna noção de serviço público, de procedimento administrativo e direção estatal da economia.²⁴⁴

Sob essa visão, a política pública é uma categoria jurídica nova, decorre do conceito de atividade, visto como um conjunto de normas e atos, com uma finalidade.²⁴⁵

Leonardo A. Gonçalves afirma que:

As políticas públicas estão, de acordo com a recente teoria jurídica, atreladas ao conceito de “atividade,” sendo este compreendido como uma série de atos, dos mais variados tipos, unificados por um mesmo objetivo e organizados num programa de longo prazo.²⁴⁶

Maria Paula Dallari Bucci aponta dificuldades em considerar políticas públicas como categoria nova de Direito, como uma atividade, pois implicaria um novo instituto a ser descrito e analisado pela teoria geral do Direito, o que levaria à existência de um regime jurídico próprio das políticas públicas. Defende a autora se tratar de uma atividade, mas não como nova categoria e sim como incidente sobre fatos e atos, conforme o regime jurídico tradicionalmente aplicável a tais fatos e atos. O conceito de atividade não configuraria um novo regime, mas uma perspectiva da agregação, para análise e aplicação do direito, segundo um ponto de vista mais largo que aquele relacionado diretamente a cada fato ou ato.²⁴⁷

Quanto à política pública como norma, pondera a referida autora ser a lei caracterizada pela generalidade e abstração, enquanto a política, aquela destinada à realização de objetivos determinados, sendo assim também considerado por Ronald Dworkin, ao criticar o positivismo jurídico. O citado autor colocou lado a lado as figuras das regras, princípios (como um padrão que deve ser observado, não porque vá proporcionar ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão de moralidade) como solução para questões jurídicas, e políticas

²⁴⁴ COMPARATO, Fabio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**, p. 45. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2017.

²⁴⁵ SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 07.

²⁴⁶ GONÇALVES, Leonardo A. **Direitos Sociais – Cidadania, Política e Justiça – O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidade e limites**. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 180.

²⁴⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) **Políticas Públicas: reflexos sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 24-25.

(tipo de padrão que estabelece um objetivo para ser atingido, geralmente uma melhoria de caráter econômico político e social na comunidade), incluindo esta última na sistematização da já consagrada espécies jurídicas.²⁴⁸

As políticas públicas atuariam de forma complementar, preenchendo espaços normativos e concretizando princípios e regras, com vista a objetivos determinados. Estariam localizadas abaixo das normas constitucionais e acima ou ao lado das infraconstitucionais. Elas corresponderiam, no plano jurídico, às diretrizes das normas, na medida em que romperiam as amarras dos atributos de generalidade e abstração, para dispor de matérias contingentes. Na pirâmide Kelseniana, tais normas não seriam de fácil acomodação.²⁴⁹

As políticas públicas são microplanos, que visam à racionalização técnica da ação do Poder Público para a realização de objetivos determinados, com a obtenção de certos resultados, com a possibilidade de exigir em juízo o cumprimento das medidas do plano no que se refere aos direitos sociais como direitos subjetivos e sua justicialidade.²⁵⁰ Todavia, a autora reconhece a dificuldade em se reconhecer os direitos econômicos, sociais e culturais, em virtude de sua realização e estruturação.

Com base nessa reflexão, a referida autora define políticas públicas como “arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico”.²⁵¹

Como se vê, o conceito é complexo, eclético e estudado sob diversas dimensões. Por envolver aspectos políticos (no sentido de formação do Estado, funções legislativa, executiva e judiciária), jurídicos (quanto à necessidade de se conhecer o regime e sistema da Administração pública, a obediência à legalidade, aos direitos fundamentais e aos objetivos constitucionais), temporais e espaciais, é preciso que haja disposição do Poder Público e interesse do setor privado, organização de prioridades e necessidades, reunião de metas e objetivos em um

²⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando Direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 22.

²⁴⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) **Políticas Públicas: reflexos sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26-27.

²⁵⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) **Políticas Públicas: reflexos sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 27.

²⁵¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) **Políticas Públicas: reflexos sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31.

programa, ou atividade, com a finalidade primordial de atender aos interesses da sociedade.

Por isso, em atenção a todos esses critérios, Maria Paula Dallari Bucci, acrescentando o aspecto processual e ainda debruçando sobre o conceito de políticas públicas, as define como:

O programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.²⁵²

Para Gianpaolo Poggio Smanio, o tema políticas públicas é complexo e incide em diversas áreas de conhecimento e atuação humana. Tanto a Ciência Política como a Jurídica devem compartilhar o instituto a fim de que o fenômeno seja bem compreendido, analisado e bem resolvido, reconhecendo autonomia entre as ciências, mas também visualizando a clara intersecção entre a Política e o Direito no que se refere às políticas públicas.²⁵³

A amplitude do conceito de políticas públicas envolve todas as funções do Estado, direcionado a cumprir metas de realização de bem-estar da população, previstas ou não na Constituição. Não há exclusão de nenhuma função do Estado no que tange ao compromisso em atender aos objetivos constitucionais.

Por isso, a escolha das políticas públicas e a forma de implementação são funções vinculadas à democracia representativa e legitimidade democrática, decorrente de escolhas políticas da população. Já a fiscalização dessas políticas cabe ao Ministério Público, para que conduza à efetivação dos objetivos estabelecidos constitucionalmente e aos valores ligados à proteção da vida, da dignidade da pessoa humana e da ordem democrática, com a intenção de buscar o equilíbrio entre os ideais de liberdade e igualdade. Quando se depara com a

²⁵² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) **Políticas Públicas: reflexos sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

²⁵³ SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 09.

decisão de propor ou não uma ação civil pública, também exerce uma atividade política, não obstante a exigência da fundamentação de sua decisão e o dever de agir dentro dos limites de sua legitimação e da lei.

Ademais, a temática das políticas públicas está vinculada à justiça quando se reivindicam os direitos sociais ou individuais fruíveis coletivamente, o reconhecimento de direitos públicos subjetivos, a obrigação de dar ou fazer, ou a prestação de serviços públicos, conflitos que encontram no judiciário um meio para serem resolvidos.

Não se pode negar a vinculação das políticas públicas ao ordenamento jurídico, sendo visto o Direito como um instrumento de inclusão social por meio da implementação de programas que tenham por objetivo o bem comum.²⁵⁴

Levando-se em consideração os objetivos constitucionais, a conceituação de políticas públicas e a nova configuração das funções estatais, é inevitável admitir que o controle não é só limitar o poder estatal, mas também verificar se tal poder em conjunto, realiza adequadamente as prestações positivas que lhe foram atribuídas.²⁵⁵

4.5 Parâmetros no Controle Judicial de Políticas Públicas

O desafio reside em estabelecer parâmetros desse controle. Até porque, uma vez estipulados limites, embora a princípio possa parecer restrições, na verdade, são orientações, que estabelecidas previamente podem adquirir legitimidade e uma vez padronizados oferecem segurança.

Os parâmetros auxiliam na atuação do Poder Judiciário na busca por uma solução razoável, que tutela direitos mínimos, mas que respeita a limitação de recursos financeiros do Estado, bem como guiam o Ministério Público, na fiscalização das políticas sociais.

²⁵⁴ GONÇALVES, Leonardo A. **Direitos Sociais** – Cidadania, Política e Justiça – O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidade e limites. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 194.

²⁵⁵ CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros Limites ao Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 287-288.

O Supremo Tribunal Federal ao se manifestar sobre o tema fixou alguns parâmetros que limitam a intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas. O Ministro Celso de Mello, ao julgar, monocraticamente, a medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 apresentou alguns critérios, tais como garantia do mínimo existencial, razoabilidade e reserva do possível. Debruçando sobre o assunto, Ada Pellegrini Grinover²⁵⁶ analisa o referido julgado e cada um dos limites, que acompanhados de uma correta compreensão sobre políticas públicas evitam excessos de judicialização. Vejamos o julgado:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): "Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu

²⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 130-133.

fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível". Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, (...) traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.²⁵⁷ (grifos nossos).

Como se vê, o referido julgado estabelece alguns requisitos que auxiliam o Ministério Público na fiscalização de políticas públicas e o Poder Judiciário ao proferir decisões, para que tenham um comportamento padronizado, ético e jurídico. Tais requisitos também impedem que o Poder Público ou Legislativo se negue a atender às demandas dos cidadãos, sob o argumento de não disporem de condições econômicas. Vejamos cada um deles.

4.5.1 Mínimo Existencial

O mínimo existencial diz respeito às condições mínimas e necessárias para a sobrevivência humana.

²⁵⁷ BRASIL. Informativo STF. **Políticas Públicas** - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF>. Acesso em: 26 dez. 2017.

São direitos que conferem dignidade à pessoa humana, tais como saúde, educação, saneamento básico, assistência social, meio ambiente sadio e acesso à justiça. Não cabe ao Poder Público argumentar que não é possível atender a tais necessidades, pois elas são mínimas para que um ser humano possa ser tratado com respeito.

Pensando no ser humano como um fim e não como um objeto, dotado de valores, afirma Vidal Serrano que a teoria do mínimo vital (sinônimo dado ao mínimo existencial) impõe a preservação material do ser humano, assegurando condições mínimas para a preservação da vida e para a integração na sociedade, como uma questão prejudicial às políticas públicas a serem desenvolvidas pela governança estatal.²⁵⁸

Ana Paula de Barcellos afirma que o mínimo existencial é formado pelas condições básicas para a existência e corresponde ao núcleo duro do princípio da dignidade humana. O mínimo existencial consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situações de indignidade. Somente ao mínimo existencial se reconhece eficácia jurídica positiva e simétrica, podendo ser exigidas judicialmente, ao passo que o restante dos efeitos do princípio da dignidade humana é reconhecido apenas por eficácia negativa, vedativa de retrocesso, preservação de pluralismo e do debate democrático.²⁵⁹

Ada Pellegrini sustenta que é esse núcleo, que compõe o mínimo existencial e que uma vez não atendido justifica a intervenção judicial para que possam ser implementadas e executadas políticas públicas, independentemente da existência de lei ou da atuação administrativa, constituindo, mais que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais.²⁶⁰

Já Kazuo Watanabe, ampliando o conceito, afirma que o mínimo existencial diz respeito ao núcleo básico do princípio da dignidade humana, assegurado por um extenso elenco de direitos fundamentais sociais, tais como direitos à educação, à

²⁵⁸ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 70.

²⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 304-305.

²⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 133.

saúde básica, à assistência social, ao acesso a justiça, à moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, à proteção à maternidade e à infância.

Tamanha a importância do mínimo existencial, que o Estado não pode alegar qualquer espécie de obstáculo ou dificuldade de ordem material, ou ainda ausência de condições econômico-financeiras para se furtar de oferecer condições mínimas para o cidadão, pois se assim fosse, estaria admitindo que alguém pudesse viver em Estado de indignidade, o que afrontaria um dos fundamentos da nossa constituição, previsto no artigo 1º, III, da CF.

O argumento no sentido de não ser possível atender às demandas essenciais à sobrevivência humana em razão da ausência de recursos financeiros, a chamada cláusula do possível não pode ser invocada na tutela jurisdicional por se tratar de um mínimo de sobrevivência.

A jurisprudência caminha no sentido da inadmissibilidade de invocação da cláusula da reserva do possível nos processos em que esteja se falando em mínimo existencial.

EMENTA: CRIANÇAS E ADOLESCENTES VITIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL.DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFANCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPOE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANOPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMNETO TRADUZ EXIGENCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao município. Desrespeito à constituição provocada por inercia estatal (RJT183/818-819). Comportamento que transgride a autoridade da lei fundamental (RTJ 185/974-796). Impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197). Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas. Plena legitimidade jurídica do controle das omissões estatais pelo Poder Judiciário. A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito. Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212/1213- RTJ 199/1219-1220). Recurso extraordinário do Ministério Público estadual conhecido e provido.” (STF RE n.482.611/Santa Catarina, Rel. Min. Celso de Mello. j. 23/03/2010).

É preciso observar que o conceito de mínimo existencial é mutável, pois varia de acordo com aspectos históricos, sociais, políticos e geográficos, sendo um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição do retrocesso, ampliando-se sua abrangência na medida em que melhorem as condições sociais e econômicas do país.²⁶¹

Sempre acompanhando essa evolução, cabe ao Estado suprir as necessidades básicas de sobrevivência.

É certo que para a implementação dos direitos que oferecem dignidade, ainda que limitada ao mínimo existencial, são necessárias prestações positivas que exigem recursos públicos consideráveis.²⁶²

Diante do dispêndio do dinheiro público, muitas vezes o Estado defende-se argumentando sobre a impossibilidade econômica.

4.5.2 Reserva do Possível

A implementação de uma política pública depende, em primeiro lugar, de disponibilidade financeira.

Como as políticas públicas dependem de um programa organizado, com prazos e objetivos a serem cumpridos e são voltadas a atender direitos fundamentais sociais, correspondendo a uma obrigação de agir do Estado, este muitas vezes alega a escassez de recurso e a dependência de previsão orçamentária para tal finalidade.

A teoria da reserva do possível se fundamenta na impossibilidade de atender às necessidades sociais em razão da escassez financeira pelo Poder Público. Logo, obedecer à ordem judicial para oferecer proteção social dependeria da existência de disponibilidade orçamentária.

²⁶¹ WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial” e demais Direitos Fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 219.

²⁶² WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial” e demais Direitos Fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 219.

A teoria teve origem na jurisprudência da Corte Alemã, em um julgamento em que o Tribunal negou o pedido de acesso universal ao ensino público superior, sob o fundamento de que atender direitos além do mínimo existencial ficaria condicionado à existência de recursos orçamentários que fossem suficientes para tanto.²⁶³

O ponto da teoria reside na ideia de que os recursos públicos são limitados e, insuficientes para atender a todas as demandas da coletividade. Assim, o Estado ficaria obrigado a fazer escolhas, que estariam situadas no campo da discricionariedade administrativa, impedindo, assim, que fosse possível exigir judicialmente.

Todavia, é preciso ressaltar que o acórdão alemão, que deu origem à teoria, é claro ao afirmar que o argumento de escassez de recursos públicos somente poderia ser invocado em relação a direitos que ultrapassassem o âmbito do conceito de mínimo existencial.

Nota-se que a recusa em oferecer acesso ao ensino diz respeito ao ensino superior, não ao ensino básico obrigatório.

Somente poderá ser usado o argumento da reserva do possível após ser satisfeito o mínimo na saúde, educação básica, e após o Estado demonstrar o esforço proporcional em dar resposta à respectiva demanda social, dentro das possibilidades do orçamento, para posteriormente poder alegar que fez o que era possível.

É certo que o ônus em provar referido esforço cabe ao Estado. Isso porque vigora o princípio da inversão do ônus da prova, previsto no artigo 6º, VIII, do CDC e artigo 373, §1º, do CPC, pois se a parte tiver excessiva dificuldade em cumprir o encargo de provar, o juiz poderá redistribuir o ônus e exigir a prova da parte que tiver mais próxima dos fatos e maior facilidade para obtenção. Ora, é o Poder Público que gerencia a máquina administrativa, não havendo outra pessoa melhor para provar ausência de recursos.

Outro fator a ser observado na teoria alemã diz respeito ao fato das circunstâncias jurídicas, as quais deram origem à teoria, não coincidirem com as do Brasil. Na Constituição Alemã inexistem um rol de direitos fundamentais sociais,

²⁶³ BVerfGE nº 33, S.333. Íntegra do Acórdão: Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>. Acesso em: 26 dez. 2017.

apenas a menção da República Federal da Alemanha ser um Estado Federal, democrático e social.²⁶⁴

A redação da norma constitucional Alemã é genérica. Por isso, a fixação de um piso mínimo vital, que coloca direitos mínimos acima das discussões parlamentares e programas de governo, bem como o critério da reserva do possível, atribuindo ao legislador a fixação da extensão e abrangência das políticas sociais, levando-se em conta a proporcionalidade e influenciado pelo princípio do Estado Social.²⁶⁵

Já a Constituição brasileira apresenta logo no início um extenso rol de direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais. Posteriormente, em capítulos específicos, prevê competências dos entes políticos com relação a direitos públicos subjetivos, como educação e saúde. Por fim, estabelece garantias constitucionais como a vinculação de receitas com educação (art.212, da CF) e saúde (Emenda 29).

Atribuindo à Constituição, de forma expressa e incontroversa, não pode o legislador ordinário deixar de observar tais direitos e a obrigação do Estado ao elaborar a lei orçamentária e não podem representantes do poder executivo (Governador, Prefeito) deixar de atender a esses comandos constitucionais quando do exercício da lei orçamentária.

Insistir nesses comportamentos seria a subversão do sistema jurídico, o desrespeito às normas constitucionais e violação a direitos intransigíveis.

Ana Paula de Barcellos afirma que:

Ao apurar elementos materiais mínimos dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir.²⁶⁶

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro não se admite a invocação da reserva do possível diante de direitos que compõem o mínimo existencial, não sendo

²⁶⁴ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 178.

²⁶⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 179.

²⁶⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 246.

possível confrontar com legislador ordinário quando e tem previsão na lei orçamentária.

Se dentre os objetivos estatais está o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, então o paradigma clássico de estabilidade orçamentária cede espaço, no Estado social, ao chamado orçamento programa, voltado para a realização dos fins do Estado.²⁶⁷

O orçamento passa a ser definido como um instrumento legal de atuação do Estado na economia, por meio do qual são fixados os objetivos a serem atingidos. Tem por finalidade instrumentalizar os objetivos previstos no artigo 3º da CF ao longo do tempo, mediante programação dos atos necessários para a arrecadação de receita e sua distribuição racional e proporcional.²⁶⁸

Se o Estado constatar insuficiência de recursos não deve paralisar sua ação, mas iniciar uma programação, no tempo, dos elementos arrecadatórios e otimizar os gastos, usando a proporcionalidade na distribuição dos recursos. Além disso, poderá remanejar receitas e abrir créditos adicionais, conduzindo uma adequação da execução orçamentária aos comandos da Constituição. Não sendo possível, assim, alegar ausência de recursos como fator de paralização da atividade estatal.

Desse modo, a ausência de recursos para realização dos objetivos do Estado e satisfação dos direitos sociais deve servir de vetor, guiar a conduta dos poderes executivos e legislativo para uma atuação responsável nas finanças públicas, realizando despesas dentro do programa orçamentário ao longo do tempo.

Ademais, há que se ressaltar a diferença entre a inexistência de recursos capazes de custear as políticas públicas e a alocação indevida de recursos face às prioridades constitucionalmente estabelecidas. Deve-se perquirir se a função orçamentária do Estado se encontra em conformidade com as normas constitucionais e leis plurianual, de diretrizes orçamentárias, e lei orçamentária anual, uma vez que os gestores públicos se encontram vinculados aos comandos

²⁶⁷ CANELA JUNIOR, Oswaldo. O Orçamento e a “Reserva do Possível”: Dimensionamento no controle judicial de Políticas Pública. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 230.

²⁶⁸ CANELA JUNIOR, Oswaldo. O Orçamento e a “Reserva do Possível”: Dimensionamento no controle judicial de Políticas Pública. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 231.

constitucionais.²⁶⁹ Tanto que o mau manejo do uso dos recursos públicos, imputa desvios de conduta.²⁷⁰

Inconsistente a teoria da reserva do possível fundamentada na dependência de disponibilidade financeira do Estado, no alto custo para prover direitos sociais e na ausência de previsão orçamentária, justificando a impossibilidade de atuação do Poder Judiciário.

Caso os poderes executivos e legislativo não promovam suas condutas para o rearranjo financeiro do Estado, a fim de atingir os objetivos do Estado ao longo do tempo, restará ao judiciário intervir mediante atividade tipicamente jurisdicional, nas respectivas políticas públicas.

Entretanto, importante mencionar a observação feita por Reynaldo Mapelli Junior no que diz respeito ao direito à saúde, quando faz a ressalva de ações judiciais que concedem compra de produtos de marcas específica, de medicamentos não previstos nas relações do SUS, destituídos de registro na ANVISA, que oneram o Estado, obrigam a retirada de parte de recursos para atender a ordens judiciais, desrespeitando programas governamentais e planejamento sanitário, causando prejuízo para as pessoas que dependem da rede pública de saúde em razão da finitude dos recursos.²⁷¹

Neste caso, observando a judicialização da saúde no aspecto econômico, a condenação Judicial do SUS em serviços farmacêuticos solicitados por pacientes-autores somente é justificável se os medicamentos, insumos terapêuticos e produtos constarem de políticas públicas, devendo-se comprovar que o Poder Público não atendeu o paciente, ou demorou na entrega, hipótese em que deve ser determinado o ingresso no programa de medicamentos. Decisões em sentido contrário, por provocarem desvios nos recursos vinculados às ações e serviços de saúde, previstos em políticas públicas (planejamento, escolha de prioridades, alocação de recursos) violam o sistema de controle financeiro do SUS.²⁷²

²⁶⁹ GONÇALVES, Leonardo A. **Direitos Sociais – Cidadania, Política e Justiça – O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidade e limites.** Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 223 e 225.

²⁷⁰ CANELA JUNIOR, Oswaldo. O Orçamento e a “Reserva do Possível”: Dimensionamento no controle judicial de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.** Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 231.

²⁷¹ MAPELLI JUNIOR, Reynaldo. **Judicialização da Saúde – Regime jurídico do SUS e intervenção na Administração Pública.** Rio de Janeiro: Atheneu, 2017, p. 126.

²⁷² MAPELLI JUNIOR, Reynaldo. **Judicialização da Saúde – Regime jurídico do SUS e intervenção na Administração Pública.** Rio de Janeiro: Atheneu, 2017, p. 131.

Reconhece ainda o mencionado autor que a reserva do possível não pode ser de impedimento ao exercício individual do direito à saúde, pois o Sistema Único de Saúde deve promover serviços individuais e coletivos que garantam a integralidade da assistência e em caso de violação ou ameaça ao direito, a apreciação pelo Poder Judiciário não pode ser afastada. Dessa forma, diante da ação judicial que alega omissão ou insuficiência no dever de assistência do SUS a alegação do Estado de que o tratamento compromete o orçamento público somente faz sentido diante de um colapso financeiro comprovado pelo Poder Público, porque dele é o ônus probatório. Além disso, deve respeitar a vinculação das verbas públicas ao setor da saúde, com as porcentagens mínimas previstas na CF, bem como a previsão nas leis orçamentárias.²⁷³

O papel do juiz no processo deverá obedecer a um novo modelo, de cognição ampliada, que permita ao juiz dialogar com o administrador para obter informações necessárias a uma sentença justa e equilibrada, que inclua o exame do orçamento e a compreensão do planejamento necessário à implementação da política pública. A sociedade deverá participar em audiências públicas, deve também admitir intervenções de especialistas na figura de *amicus curiae*.²⁷⁴

A jurisprudência do STF enfrentou o tema e também se posicionou no sentido da impossibilidade de se invocar reserva do possível diante de direitos mínimos constitucionais, bem como reconhece a atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas relativas à direitos previstos na Constituição e que não foram implementadas pelo Poder Público. Vejamos:

E M E N T A: *RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO (CF, ART. 211, § 2º) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA*

²⁷³ MAPELLI JUNIOR, Reynaldo. **Judicialização da Saúde** – Regime jurídico do SUS e intervenção na Administração Pública. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017, p. 129.

²⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 139.

INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – (CPC, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA NA ORIGEM – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (STF AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.101.106 DISTRITO FEDERAL. 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. J. 22/06/2018).

Poderá ainda em caso de insuficiência de recursos ou ausência de previsão orçamentária, fazer constar na próxima proposta orçamentária a verba necessária para a implementação da política pública. E caso não haja cumprimento, poderá ainda o judiciário compelir o Estado à obrigação de fazer, valendo-se o juiz, para tanto, dos poderes instrutórios, previstos no artigo 497 do NCPC.²⁷⁵

É claro: a intervenção do Judiciário comporta limites. O princípio da proporcionalidade será o critério limitador da intervenção judicial em políticas públicas e o instrumento processual ético para a efetivação dos direitos fundamentais. Será por meio da proporcionalidade que se permitirá a tutela dos direitos fundamentais sem comprometer o sistema jurídico.

4.5.3 Razoabilidade

É sabido que os direitos sociais, aqueles compreendidos como mínimos à sobrevivência humana, autorizam o Ministério Público a tutelar em caso de omissão ou precariedade na prestação do serviço pelo Poder Público.

Por outro lado, é certo que a implementação e execução dos direitos que compõem o mínimo existencial, requerem prestações positivas que exigem recursos públicos consideráveis para que se possa executar a política pública e esta seja efetivamente útil a atender as demandas sociais.

Quais seriam os limites dessa intervenção judicial em políticas pública? Imagina-se por exemplo, que em um determinado bairro do município haja

²⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 138.

necessidade de construção de creche e no bairro vizinho há creche, mas necessita de construção de hospital, pergunta-se qual mínimo existencial deve prevalecer?

Primeiramente, devem ser colocados limites à concreção dos valores que estão em conflito, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, na medida em que, caberá ao operador do direito realizar uma valoração responsável da situação fática, o que garantirá uma análise entre as possibilidades de escolhas do administrador público, a disponibilidade orçamentária, bem como a observância a direitos mínimos, o que justifica a intervenção judicial, para que se possa chegar a uma solução mais razoável ao caso concreto.

A razoabilidade é que poderá corrigir erros no gerenciamento de políticas públicas.

Não obstante o entendimento no sentido de que razoabilidade se diferencia de proporcionalidade, para efeitos deste estudo, Ada Pellegrini aproxima os conceitos e sustenta que “a medição da razoabilidade se dá pela aplicação do princípio da proporcionalidade, conceituado como a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.”²⁷⁶

O princípio da proporcionalidade, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, comporta subprincípios constitucionais: a) princípio da conformidade ou adequação de meios (*Geeignetheit*), que impõe que a medida seja adequada ao fim; b) princípio da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*), princípio da necessidade ou princípio da menor ingerência possível, impõem a ideia de menor desvantagem possível ao cidadão; c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito (*Verhältnismässigkeit*) importando na justa medida entre os meios e o fim.²⁷⁷

A aplicação do princípio da proporcionalidade requer a utilização de uma técnica, que diz respeito a uma série de perguntas, as quais correspondem a “degraus” a serem galgados, para ao final, verificar-se as decisões tomadas pelo agente público. Diante do caso concreto, caberá ao juiz dentre as opções apresentadas verificar se a escolha do administrador público foi a mais adequada àquela região, população, naquele momento; ponderar dentre as medidas tomadas pela administração, se foi a menos onerosa possível ao cidadão; e observar se a

²⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 133.

²⁷⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. Apud. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 133.

medida aplicada foi a mais justa entre objetivo a ser atingido e ou ônus de execução e cumprimento da política pública.

Além disso, deve-se analisar o comportamento do administrador público, a natureza do ato, a preservação do interesse público e a realidade social, o que permitirá avaliar se os agentes públicos respeitam a ordem jurídica.

Nos casos em que a escolha do administrador for razoável, não haverá fiscalização do Ministério Público e do Poder Judiciário, uma vez que não haverá grau de reprovabilidade mesmo que a política pública não se efetivar

É devido ao princípio da proporcionalidade que se estabelece uma relação de congruência entre a conduta do agente, e os direitos e objetivos constitucionais, que autorizam a interferência, sem que haja abusos e arbitrariedades

Com relação à intervenção do Judiciário em políticas públicas, Ada Pellegrini afirma, que por meio da proporcionalidade, o juiz analisará o caso concreto e dirá se o legislador ou o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses individuais ou da coletividade, estabelecidos na Constituição.²⁷⁸ De um lado, o juiz estará analisando a razoabilidade da pretensão individual/coletiva do autor e por parte do Poder Público se a escolha do agente público foi desarrazoada.

Não se trata se discutir a discricionariedade administrativa, mas se as opções que devem ser tomadas pelo agente público foram feitas de forma harmoniosa e equilibrada. Cabe ao juiz verificar se a escolha feita respeitou os ditames legais, mas não deve intervir quando ela não se afigure inapropriada. No momento em que o ordenamento permite ao agente certa liberdade, discricionariedade, a revisão judicial somente é admitida quando a escolha for desarrazoada.²⁷⁹

Como se vê, não há invasão do mérito do ato administrativo. A intervenção somente poderá ocorrer quando ficar demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo poder Público, cabendo ao juiz pautar sua análise com base no princípio da proporcionalidade.²⁸⁰

²⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 137.

²⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 137.

²⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 139.

4.6 Considerações parciais

Com base no que foi estudado e analisado neste capítulo, pode-se perceber que a atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público se fundamenta na tutela de direitos sociais e constitucionais e fundamentais.

Sendo direitos positivados no nosso ordenamento jurídico, cuja omissão do Poder Público ou prestação precária impede ou dificulte a satisfatória fruição, é possível a análise judicial, já que ao judiciário cabe precipuamente a apreciação da ameaça ou lesão a direito. Por isso mesmo, quando analisa tais demandas o judiciário cinge-se a desempenhar a função que lhe é tipicamente atribuída pela Constituição Federal.

Destacam-se dois papéis que cabe à Constituição desempenhar, sendo um deles o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas na democracia não prevalece somente a vontade da maioria.

Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.²⁸¹

Isso porque antes da vontade do povo, vem o respeito à dignidade humana. A jurisdição constitucional devidamente fundamentada é antes de tudo uma garantia para a democracia, não um risco.

Estabelecidos os fundamentos da atuação do Poder Judiciário, preocupou-se em concretizar os direitos sociais, que ocorrem por meio das políticas públicas. Enfrentando o desafio de definir o que são as políticas públicas, percebeu-se a complexidade do assunto, no qual diversos setores são envolvidos e a dependência da atuação conjunta dos Poderes e órgãos públicos, do setor privado e da sociedade.

²⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 11-12. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 nov. 2017.

Entretanto, nota-se que o controle das políticas públicas deve obedecer a alguns parâmetros, havendo limites na interferência judicial. Isso porque não pode haver abusos e a insurgência não pode ser arbitrária. Os direitos para serem implementados dependem de recursos, que são finitos, e o mais importante: a administração e escolha é política. Somente cabe a exigência de políticas públicas em direitos essenciais que dizem respeito à dignidade humana e envolvem um núcleo chamado de direito mínimo existencial, que não pode ser negado nem mesmo sob o argumento de ter sido feito o que era possível, levando em conta a razoabilidade, a ponderação, análise de circunstâncias no caso concreto para que se possa encontrar a solução mais viável possível.

Observados os parâmetros é possível aprofundar no tema políticas públicas, podendo estudar como funcionam os programas governamentais, quais as etapas a serem observadas que garantem efetividade e se existe um modelo compatível para qualquer que seja o objeto da política pública. São questões que serão estudadas no próximo capítulo.

5 O CICLO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: IMPLEMENTAÇÃO, EXECUÇÃO E CONTROLE

Sob a pretensão de aprofundar no tema políticas públicas, ainda enfrentando a dificuldade em defini-las, uma vez que envolve diversos aspectos sociais, políticos, orçamentários, legislativos, administrativos e jurídicos, tendo o Estado assumido a tarefa de prestar serviços públicos que proporcione dignidade humana e o objetivo de reduzir desigualdades, busca-se nesta presente fase do estudo analisar as ações governamentais de forma racional e planejada.

São as políticas públicas que representam a eficácia social do direito do cidadão a obter prestações positivas do Estado, tendo como desafio identificar quais são essas prestações, qual o seu objetivo, como as mesmas devem ser implementadas, seus limites e meios de exigi-las.²⁸²

Definidas como programas de ação governamental, as políticas públicas estão voltadas à concretização de direitos fundamentais, envolvem análise de planejamento, escolhas dentre aquilo que se apresentar como prioridades, organização da atividade estatal, administração dos recursos orçamentários, tendo o presente estudo o anseio de acompanhar esse processo dinâmico e complexo.

É preciso compreender a amplitude do conceito de políticas públicas, tanto no que se refere aos elementos que a compõem, como às suas etapas de realização, que se inicia na elaboração e planejamento e vai até implementação, avaliação e fiscalização, passando por decisões sobre escolha de prioridades e alocação de recursos. Pretende-se contribuir para que, nos casos concretos, haja melhores subsídios para fundamentar as decisões judiciais que envolvem a efetivação das políticas públicas.²⁸³

Ainda se almeja neste capítulo discutir como se dá a fiscalização de políticas públicas, quais etapas do ciclo estão sujeitas à fiscalização, quem seria responsável por essa atuação, se seriam membros da sociedade civil, Tribunais de Contas e, em especial, Ministério Público.

²⁸² FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 76.

²⁸³ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 17.

5.1 Os diversos fatores que influenciam no processo complexo de elaboração das Políticas Públicas: Legitimidade, Universalidade e Coercitividade

Outra questão a ser debatida no presente capítulo diz respeito a como se elaboram e se desenvolvem as políticas públicas. O artigo 6º da CF estabelece que são direitos sociais a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, a maternidade, infância, e assistência aos desamparados. Embora não mencione os direitos sobre meio ambiente e do consumidor, certo é que esses também são direitos sociais, assim como os direitos e garantias individuais não se esgotam no artigo 5º da CF.

A forma de aplicar esses direitos se dá por meio de políticas públicas.

Partindo do pressuposto e resgatando o conceito de políticas públicas firmado por Maria Paula Dallari Bucci, no sentido de ser um programa de ação governamental, resultado de um complexo conjunto de processos eleitorais, de planejamento, de governo, orçamentário, legislativo, administrativo e judicial, visando coordenar as ações do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes, o que se questiona é como funciona a política pública na prática.

Trata-se de uma série de estratégias para fomentar o uso racional dos meios e recursos postos à disposição dos Poderes Públicos, regular comportamentos, organizar a burocracia estatal, distribuir benefícios, além de cuidar da arrecadação de impostos, tendo como finalidade desempenhar as tarefas próprias do Estado Social e Democrático de Direito.²⁸⁴

Por envolver questões que ultrapassam os institutos jurídicos, é preciso estudar o processo de tomada de decisões e o caminho necessário a ser percorrido para conquistar legitimidade. Há que se considerar as causas e consequências da ação governamental, analisar se foi efetiva, se necessário fazer ajustes ou, se for o caso, substituí-la por outra.

Questiona-se como são tomadas as decisões de escolhas de prioridades, quais são os critérios para incluir o problema na agenda, como desenvolver o

²⁸⁴ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18.

programa, quem deve participar desse processo, quem deve avaliar e fiscalizar e como se deve ser a interferência do Ministério Público.

José Reinaldo Lopes demonstra a preocupação com a implementação de políticas públicas:

[...] qual o grau de transparência ou de sigilo que se requer em cada caso, qual a previsibilidade de que se pode dispor, qual o impacto que pode causar, qual o sentido da política, verificados seus beneficiários a custo, médio e longo prazo? Qual a responsabilidade do Estado na implementação da política pública? Responsabiliza-se por prejuízos causados a indivíduos singulares, ou não? Responsabiliza-se pelo insucesso, ou seja, pelo resultado da política, ou apenas pelos meios? Os membros dos poderes públicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, podem ser politicamente responsabilizados pela não implementação de políticas públicas? Podem ser responsabilizados politicamente e civilmente pela distorção ou desvio de políticas públicas?²⁸⁵

Adverte Luiza Cristina que muitas normas que institucionalizam as políticas públicas preveem a criação de fundos específicos com fontes de custeio e controle social (realizado por meio de conselhos municipais), sendo certo que não pode o administrador usar tais recursos para outras finalidades, sob pena de ser responsabilizado por desvio de finalidade. Nesse ponto, é possível imputar responsabilidade do administrador pelo não cumprimento da política pública e implementação da ordem social constitucional.²⁸⁶

É importante esclarecer que para que a política seja considerada pública deve ter sido adotada por uma instituição governamental, quer ter sido criada por ela, quer por ser sido oriunda de uma sociedade civil organizada. Neste caso, recebendo a chancela do Estado, passa a ter legitimidade, universalidade e coercitividade.²⁸⁷

Legitimidade significa que o programa governamental deve prever obrigações previstas na Constituição, em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e em normas infraconstitucionais, para que tenham fundamento de

²⁸⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 113-138.

²⁸⁶ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 84-85.

²⁸⁷ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18.

validade.²⁸⁸ Entretanto, não só a lei provoca esse reconhecimento, mas é preciso uma série de outras medidas como criação de órgãos, celebração de convênios, contratação de pessoal, decisão sobre distribuição de recursos, entre outras.

Para organizar todas essas medidas, o Poder Público deve se guiar pela Constituição Federal, pois lá estão as diretrizes básicas envolvendo direitos sociais, que devem ser adotadas pelo governo, assim como estão as regras de separação de poderes, repartição de poderes entre os entes políticos, hipóteses de participação popular no processo de tomada de decisões, bem como as porcentagens específicas que cada ente deve destinar de seus recursos para áreas como saúde e educação. Além disso, há as leis ordinárias, como estatuto da criança e adolescente, estatuto do idoso, lei de política nacional do meio ambiente, código de defesa do consumidor, que preveem direitos e comandos a serem observados, auxiliam no desenvolvimento da política pública de forma de seja o mais eficaz possível quando da implementação.

Já a universalidade diz respeito ao fato da ação governamental ser destinada a todos indistintamente, ou a um grupo vulnerável que merece atenção especial. Ao contrário de organizações de sociedade civil privadas, igrejas, associações, que também podem implementar uma política, mas que se destinam a um grupo de pessoas, quando aplicada pelo poder público deve observar o caráter universal, levando em conta que os recursos são finitos e enfrentando o desafio de tomar decisões sobre a escolha de prioridades.²⁸⁹

Por fim, a característica da coercibilidade diz respeito à possibilidade de punir cidadãos que violarem os parâmetros lançados por uma determinada política pública, estando sujeitos a sanções por parte do Estado, isso porque elas derivam de normas jurídicas de caráter vinculante.²⁹⁰

Nota-se que essas características estão presentes quando instituídas pelo Poder Público, aplicando a política, executando e atingindo resultados, pois dessa forma obtém o reconhecimento, abarca a todos indistintamente e ainda detém o

²⁸⁸ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19.

²⁸⁹ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 20.

²⁹⁰ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 20.

poder de sanção contra aqueles que desrespeitá-la. Havendo participação da sociedade e entes privados, o Estado consegue cumprir todas as etapas do programa, até porque, inviável ao Poder Público realizar todos os estágios sozinho, sendo sua a obrigação de concretizar direitos sociais e o desafio de reduzir desigualdades.

Contudo, Leonardo Secchi observa que, ao estudar as políticas públicas há pesquisadores que defendem uma abordagem estatista, no sentido de somente ser pública aquela política cuja o ator protagonista é um órgão público, que detém superioridade de fazer leis e fazer com que a sociedade cumpra as leis. Por outro lado, há os que abordam uma postura multicêntrica, no sentido de considerar organizações privadas organizações não-governamentais, organismos multilaterais, como redes de políticas públicas, juntamente com atores estatais, protagonistas no estabelecimento das políticas públicas. Para estes últimos, o que justifica ser pública não são os atores, mas o problema a ser enfrentado é público. Para Leonardo a essência do conceito de políticas públicas é o problema público. A intenção é responder a um problema público, sendo irrelevante se o tomador da decisão tem personalidade jurídica pública ou não.²⁹¹

Para que política pública possa concretizar direitos, sua implementação depende da combinação de processos de diversas naturezas, que transcende o âmbito jurídico.

Como afirma Maria Dallari Bucci, o conceito de políticas públicas envolve processos de eleitoral, de planejamento, de governo, orçamentário legislativo, administrativo e judicial e, por ser formado por diversos elementos, combinados com aspectos econômicos, sociais, políticos e jurídicos, propõe, a autora, estudar os elementos de estruturação: ação coordenação, processo e programa, sendo próximo desafio analisar cada um deles.²⁹²

²⁹¹ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, caso práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 2-5.

²⁹² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) **Políticas Públicas: reflexos sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.39.

5.2 Elementos das Políticas Públicas

5.2.1 Programa

Um dos sinônimos para o termo política pública é programa governamental, utilizado com a finalidade de individualizar uma ação administrativa, que o Governo se propõe a realizar em conformidade com a Constituição, durante determinado período, relacionando com os resultados que se pretende alcançar.

Programa é o conteúdo propriamente dito de uma política pública. É formada pelas opções políticas concretas tomadas para garantia de direitos.²⁹³ É por meio de programas específicos que se definem prioridades, os destinatários de uma determinada política, os meios para se alcançar os objetivos propostos na política, os recursos para seu financiamento e os prazos estipulados.²⁹⁴

Um programa bem elaborado não prevê somente objetivos a serem atingidos e os meios correspondentes, aponta também resultados pretendidos, o intervalo de tempo necessário para que isso possa se desenvolver. Tais parâmetros são úteis tanto para tomada de decisão, que redunde na implementação, como também para futura avaliação dos resultados da política pública.²⁹⁵

Dotado de dados extrajurídicos, a formalização dos termos do programa deve abordar tanto o direito como administração pública quanto a política, pois quanto mais próximos, maior é a condição de efetivação jurídica da política.²⁹⁶

Havendo diferentes formas de elaborar o programa, a maneira como isso ocorrerá na prática dependerá da discricionariedade, todavia o que não pode haver é omissão na implementação dos direitos previstos.

²⁹³ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 25.

²⁹⁴ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 25.

²⁹⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) **Políticas Públicas: reflexos sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43.

²⁹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) **Políticas Públicas: reflexos sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43.

5.2.2 Ação

A política pública surge toda vez que o Estado é incitado a agir, seja para organizar serviço público, para construir escolas, hospitais, contratar pessoal, ou para investir recursos para melhoria de determinados índices sociais.²⁹⁷

Ação envolve planejamento racional das prestações que o Estado deve fornecer, por meio de serviços públicos, de acordo com metas a serem atingidas dentro de um determinado intervalo de tempo, além das prestações jurídicas, que são as normas que vão regulamentar os direitos constitucionais e fornecer condições de usufruir esses direitos. Essas prestações vão desenhar a atividade estatal.

5.2.3 Coordenação

Tendo em vista a possibilidade de todos os entes federativos (União, Estados e Municípios), órgãos do governo (Ministérios, secretarias, conselhos) diversos Poderes (Executivo, Legislativo) em qualquer região do território nacional, implementar políticas, para evitar duplicidade de iniciativas e dispêndio de recursos públicos, deve haver ação articulada, comunicação entre os diversos setores, garantir distribuição de recursos, encargos e responsabilidades.²⁹⁸

Além disso, dependendo do tema a ser tratado na ação governamental, envolve atuação de diferentes áreas, como por exemplo a política voltada à reduzir taxas de evasão escolar, sendo necessário observar as peculiaridades da região, a dificuldade em chegar a escola e permanecer matriculando. Outra hipótese seria epidemia de doença, sendo necessária campanha, mas tendo o agente de saúde dificuldade de ingressar em determinadas regiões em razão do tráfico de drogas,

²⁹⁷ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 21.

²⁹⁸ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 22.

necessitará de auxílio da segurança pública para efetivar a campanha. Disso resulta na combinação de diferentes secretarias e ministérios.

Enquanto o Legislativo elabora a lei com as diretrizes que institucionaliza a política pública, ao Executivo cabe aprovar a lei e elaborar projeto de leis orçamentárias necessárias para efetivação do planejamento. Essas leis orçamentárias serão submetidas à aprovação do Poder Legislativo, que fiscalizará se de fato priorizou-se a atenção aos direitos sociais constitucionais. Toda essa articulação entre os poderes é fundamental para êxito das políticas públicas.

Ainda, diante da presença de múltiplos agentes, agindo simultaneamente, em diversas áreas de atuação, envolvendo várias secretarias e ministérios, imprescindível a necessidade de articulação entre as políticas públicas. Deve haver não só atuação entres setores públicos, dividindo recursos e encargos, mas uma ação conjunta com particulares. Onde o setor privado puder atuar interessa para a Administração Pública fazer contratos, convênios, dentro das regras e princípios de direito administrativo, buscando uma forma coordenada entre os setores público e privado.

Maria Paula Dallari Bucci faz uma junção dos elementos acima e apresenta a *ação-coordenação*, no sentido de que a política pública é um programa de ação. Assim como o plano jurídico há as categorias de validade e eficácia, o ideal da política pública não se esgota na validade ou na eficácia jurídica, mas no atingimento dos objetivos sociais propostos, em certo espaço de tempo. Vista como um instrumento de indução à ação do Estado, deve buscar uma atuação dos três poderes, seja nas três esferas políticas, seja entre as diversas pastas, seja ainda na interação entre órgãos públicos e organismos da sociedade civil, por meio de convênios e consórcios. A implementação se ajusta à abordagem jurídica das políticas públicas.²⁹⁹

²⁹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) **Políticas Públicas**: reflexos sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43-44.

5.2.4 Processo

O termo processo diz respeito a prática de atos, realizados de forma sequencial a fim de se chegar a um objetivo, sendo procedimento a maneira pela qual será desencadeada essa atuação.

Sob um sentido jurídico, processo prevê o contraditório, ou seja, a participação de interessados. É aqui que se reconhece a participação da sociedade civil, por meio de conselhos, ou associações, representando interesses da sociedade, beneficiadora da política pública. A participação popular atua tanto na geração, quanto na execução das políticas públicas.

O exercício de direitos sociais e coletivos dentro do âmbito jurídico foi proporcionado pelas Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, que forma o microsistema das ações coletivas, pois alargaram a possibilidade de lides que envolve interesses difusos e coletivos, abrangendo um universo mais amplo que o processual tradicional. São essas leis os instrumentos jurídicos processuais utilizados para desenvolver e fiscalizar o cumprimento das políticas públicas que envolve interesses da sociedade.

Para se cumprir todas as etapas de forma gradual, leva-se tempo. O processo envolve o aspecto temporal. Por serem direitos de implementação progressiva, não podem ser aplicados de uma só vez, devem ser realizados esforços contínuos para se ampliar, gradativamente a cobertura de um determinado serviço ou obter a ampliação de seus destinatários.³⁰⁰

Somente com o tempo é possível observar a obtenção dos resultados visados no programa, a possibilidade ou não de inclusão de questões na agenda pública, para a formulação de certas alternativas e para adoção de certas decisões, bem como auxilia no caminho que determinada política deve seguir, ou se deve ser substituída por outra mais eficaz.

Por isso a necessidade de um processo que vai se desenvolvendo ao longo do tempo.

³⁰⁰ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23.

Analisados os elementos que compõem as políticas públicas, questiona-se como identificar os problemas que necessitam de políticas públicas, quais os critérios que o Poder Público deve adotar para dar prioridades naquilo que a sociedade mais precisa, como implementar a política, como executá-la, quais os padrões de avaliação da política, como fiscalizá-la. Tais indagações correspondem o desafio que se pretende enfrentar.

5.3 O Ciclo das Políticas Públicas

O processo de formação, aplicação e execução das políticas públicas envolve uma série de etapas, desenvolvidas ao longo do tempo, até que se consiga alcançar as metas e avaliar seus resultados.

O processo de elaboração de políticas públicas, também chamado ciclo de políticas públicas é um esquema de visualização e interpretação que organiza a vida de uma política pública em fases sequenciais e interdependentes.³⁰¹

São diversos os nomes e tratamentos dados aos estágios desse processo, todos com a finalidade de ajudar a organizar o ciclo de políticas públicas. As discussões voltadas ao estágio não formam uma base direta para as relações causais hipotéticas, as diferentes fases não ocorrem de forma linear, mas de um processo de idas e vindas. Trata-se de guias cronológicos para serem observados por aqueles que querem desenvolver atividades importantes dentro de um padrão ou sequência ordenada. Tais organizações são úteis para aquele que tentar explorar as complexidades da formulação e análise de políticas públicas. Tais esquemas visam mostrar para o leitor ou aluno certa clareza dentro de um ambiente conturbado e nebuloso o das políticas públicas.³⁰²

Existem várias versões dos estágios das políticas, apresentando cada autor suas peculiaridades, todavia algumas características são semelhanças. A importância de se estudar o ciclo é que ajuda a organizar as ideias, simplifica a

³⁰¹ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, caso práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 43.

³⁰² RIPLEY, Randall B. Stages of the policy process. In: MCCOOL, Daniel C. **Public Policy Theories, Models, and Concepts an Anthology**. Trad. Marcia Colaferro Liberatti. USA: Prentice-Hall, 1995, p. 157.

complexidade que é inerente a política pública, ajuda a criar um modelo referencial representativo para qualquer que seja o objeto do programa governamental. Além disso, dominar o modelo teórico facilita a compreensão das políticas públicas, permite identificar omissões ou inadequações por parte daqueles que têm o dever de implementar os direitos, objeto do programa.

5.3.1 O Ciclo segundo Clarice Seixas Duarte

Ao analisar o ciclo das políticas, Clarice Seixas Duarte apresenta as seguintes etapas: a) identificação dos problemas e demandas a serem tratadas para definir prioridades pelos formuladores de políticas públicas; b) formulação de propostas concretas entre diferentes opções de programas a serem adotados; c) implementação das políticas, com estrutura necessária, observância da burocracia, dos gastos de recursos e aprovação de leis; d) avaliação de resultados da política, para que se possa aferir se ela realmente funciona, ou não; e) fiscalização e controle da execução da política por meio da sociedade civil, Tribunais de Contas e do Ministério Público.³⁰³

5.3.1.1 Formação

A formação da política pública consiste na identificação dos problemas a serem tratados, estabelecendo uma agenda, assim como a proposituras de soluções, envolvendo estudos e análises multidisciplinares necessários para delimitar o objeto do programa, além de especificar os objetivos que se pretende alcançar e a indicação dos meios de condução da política pública.

Primeiramente, é necessário verificar regiões que apresentam maiores carências, ou grupos que apresentam maior grau de vulnerabilidade a justificar um

³⁰³ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 26.

tratamento diferenciado ou uma intervenção imediata. A partir daí é possível estabelecer metas a serem alcançadas, dentro de um determinado período de tempo. Além disso, deve-se levar em conta os recursos à disposição do Estado que permitem alcançar os resultados esperados.³⁰⁴

Em se tratando de implementação das políticas públicas, é certo que cabe ao Poder Executivo definir o programa a ser adotado, de acordo com parâmetros constitucionais estabelecidos. O Poder Legislativo, por sua vez, cria leis, que vão estabelecer condições de fruição dos direitos, ou instituir órgãos que possam auxiliar na execução de políticas públicas, como é o caso de uma autarquia.

Com relação ao Poder Judiciário e Ministério Público, como é sabido, não tem a função de implementar política pública, mas nada impede participar do processo, verificando se está de acordo com os parâmetros legais e constitucionais. Além disso, em caso de omissão do Poder Público responsável pela concretização de direitos sociais via política pública, é plenamente possível a interferência, sem que haja violação a separação dos poderes, uma vez que este princípio tem como função não apenas proteger o indivíduo ao impedir a concentração de poder, mas também a de proteger grupos, que no caso de inércia do Estado, possam dispor de meios para acionar o sistema de freios e contrapesos, exigindo fiscalização por parte de outro poder. Não se admite alegar suposta violação da separação de poderes para deslegitimar a garantia de direitos sociais pelo Judiciário. Ainda, para que seja legítima ação jurisdicional, não pode expressar vontade pessoal do julgador, mas sim observar o que previamente estabeleceu a lei e a Constituição.³⁰⁵

Por fim, ainda é preciso ressaltar a participação da sociedade civil, devendo assumir uma postura ativa, não só no momento da elaboração da política pública, como também nas fases de controle e fiscalização, que pode ocorrer por meio de proposituras de ações judiciais.

³⁰⁴ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 27.

³⁰⁵ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 28.

5.3.1.2 Execução

A segunda etapa do ciclo das políticas públicas, segundo Clarice Seixas Duarte, diz respeito à execução do programa. Trata-se do momento em que se coloca em prática e desenvolve a política pública, devendo observar os princípios e diretrizes previamente fixadas na fase de formulação.³⁰⁶

Caso o Poder Público tenha aplicado uma política pública de forma planejada, utilizado os recursos disponíveis, buscado satisfazer determinado direito, mas não tenha alcançado as metas esperadas, não será responsabilizado, até porque o insucesso do programa não se deu por ineficiência, mas porque surgiram outros interesses (políticos, sociais), que tornaram o problema, que movimentou a criação da política pública irrelevante.

O que auxilia para que seja evitado o insucesso ou o dispêndio de dinheiro é fazer uma avaliação dos resultados atingidos pela política pública para que a continuidade do programa seja repensada.

5.3.1.3 Avaliação

A etapa seguinte é exatamente a avaliação, momento em que se verifica o impacto concreto da política, se os objetivos foram atingidos, se há algo a ser modificado, se existe uma relação de adequação entre os meios escolhidos e os fins desejados e se estão de acordo com parâmetros preestabelecidos.³⁰⁷

A avaliação pode ser interna, realizada por meio de auditorias, que vão atestar se as metas foram alcançadas e a que custo, bem como as consequências da implementação e impactos da política. Além disso, os órgãos responsáveis pela execução da política produzem relatórios em que buscam descrever tais aspectos.

³⁰⁶ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 30.

³⁰⁷ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 31.

Por outro lado, é possível realizar estudos avaliativos, por órgãos ou entidades que não participaram do processo de formação e execução da política. Tal procedimento permite que analistas formulem críticas, sugestões, indiquem providências a serem tomadas, ou sugiram políticas alternativas, se for o caso.³⁰⁸

Tais condutas auxiliam no aprimoramento das políticas públicas.

Muito se questiona se uma fiscalização ou controle pode ser feita via judicial. Isso porque há quem pense que os juízos acerca das decisões a serem tomadas e dos objetivos e metas a serem cumpridos são opções políticas ou administrativas do governo, devendo ser excluído de apreciação do Judiciário.

Ocorre que a avaliação de uma política pública também deve verificar se ela está de acordo com princípios constitucionais, se concretiza direitos sociais, se contribui para reduzir desigualdades. Essas questões podem ser levadas ao Poder Judiciário, por meio de interessados, que possuem legitimidade, em especial, Ministério Público.

5.3.1.4 Fiscalização e Controle

A última etapa se refere a fiscalização e controle das políticas públicas. Após a implementação e execução do programa, cabe a próxima fase verificar se foram cumpridas as exigências estipuladas, atendeu a propósito para o qual foi destinada, ou se é necessário fazer alguns ajustes. A fiscalização vem de um interesse público em verificar se os recursos foram devidamente aplicados, se o programa atingiu certo grau de eficiência, concretizando direitos, melhorando qualidade de vida das pessoas destinatárias do programa e conscientização a população.

Os atores responsáveis pelo controle das políticas públicas detêm legitimidade para representar interesses da sociedade, fiscalizar ações governamentais no gerenciamento do erário, impedindo desvio de dinheiro público ou enriquecimento ilícito, não podendo ser impedidos sob o pretexto de se tratar de escolhas políticas ou discricionárias do Poder Público.

³⁰⁸ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 32.

Inclusive, a própria sociedade civil, por meio de conselhos gestores, audiências públicas e mecanismos de pressão, exerce um papel fundamental na fiscalização das ações do Estado. Já os Tribunais de Contas, possuem a responsabilidade de fiscalizar o orçamento, a contabilidade, operações financeiras e patrimonial de gastos públicos (artigos 70 e 71 da CF). O Ministério Público, por sua vez, atua na esfera de exigibilidade, judicial, ou extrajudicial, das políticas públicas, como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais (artigo 127 da CF).³⁰⁹

O que muito se discute é se seria possível exercer um controle judicial da concretização dos direitos sociais.

Isso porque, normalmente, o que se analisa em juízo são conflitos de natureza individual, e não questões que envolvem a repartição de bens coletivos socialmente produzidos. Quando demandas que envolvem efetivação dos direitos sociais chegam ao Judiciário, este tem dificuldades de analisar o contexto global da implementação das políticas públicas, pois direitos civis e políticos nunca foram objeto de estudo dos profissionais de Direito.

Não obstante muitos dos direitos sociais chegam até o Judiciário por meio de ações individuais, cabe verificar se há uma política pública em curso, se ela é adequada e suficiente para atender o demandante e aqueles que se encontrarem em situação semelhante, se os recursos destinados são apropriados para obtenção dos resultados pretendidos e se está havendo uma correta aplicação dos mesmos. Em caso de omissão ou desvios do Poder Público, cabe aplicar o Direito, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, pois constitui lesão a direito, e como tal, não pode ser excluída da apreciação do Judiciário.³¹⁰

Também se questiona os parâmetros de controle das políticas públicas, que devem nortear e auxiliar os órgãos legitimados, como o Ministério Público, a exigir explicações objetivas e transparentes e questionar a alocação de recursos públicos nas políticas governamentais, agindo em conjunto com o Judiciário na fiscalização das ações governamentais já existentes.

³⁰⁹ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 33.

³¹⁰ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 35.

É possível analisar, por exemplo, se os esforços alegados pelos Poderes Legislativo e Executivo na tentativa de executar alguma política estão de acordo com a Constituição, se os meios escolhidos estão relacionados com os objetivos, e se os objetivos previstos na CF, como reduzir desigualdades sociais, por exemplo, foram considerados pelo Poder Público.

E caso haja limitação técnica por parte do Ministério Público para verificar qual a providencia adequada a ser tomada, a ponto de discutir se caberia no âmbito do processo judicial discutir as políticas públicas, é certo que o Judiciário pode recorrer à perícias, ao *amicus curiae*, à audiências públicas com participação de especialistas na matéria, com o objetivo de buscar informações técnicas a embasar a decisão judicial.

Ainda deve-se levar em conta que concretizar direitos por meio de políticas públicas demanda gastos, que são finitos, não sendo o Estado capaz de oferecer, custear a todos os serviços de saúde, por exemplo.

Nesse caso, deve-se lembrar dos parâmetros mencionados no capítulo anterior, quando se defendia a possibilidade de exigir do Poder Público prestações que correspondessem ao mínimo existencial, que se refere ao núcleo da dignidade da pessoa humana, bem como afastar a tese da reserva do possível, alegação do Estado ao informar não possuir recursos para todas as demandas, mas não pode ser invocada quando se tratar de condições básicas e prioridades já constitucionalmente definidas dentro de um modelo de Estado Social Democrático de Direito.

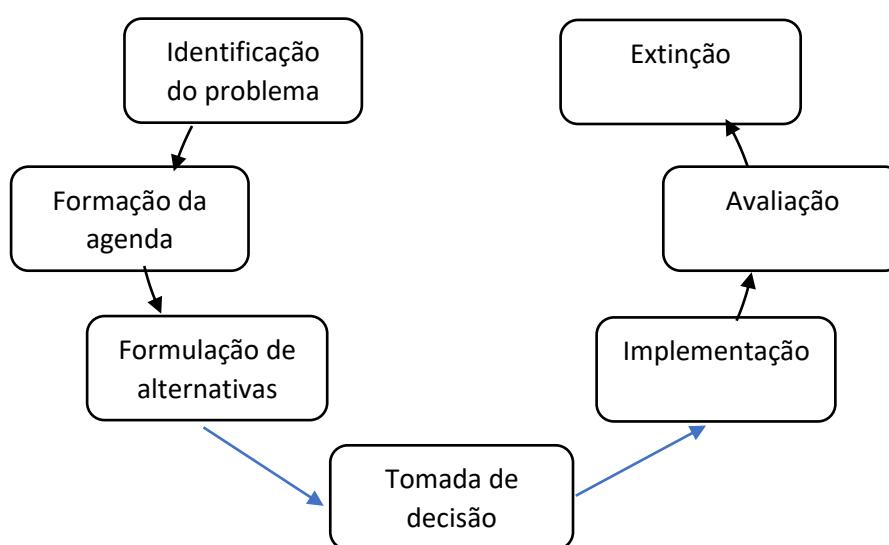
Observar que a grande dificuldade de se efetivar as políticas está na subordinação ao orçamento do Estado. Para isso, é preciso incluir no orçamento do ano seguinte a verba destinada à satisfação de determinado serviço ou política pública. A escolha de como fazê-lo, que programa específico a ser adotado, não cabe ao Judiciário determinar, mas o resultado de satisfação do direito só poderá ser atingido se houver previsão de recursos compatíveis e aplicação concreto dos mesmos, sendo isso passível de cobrança.³¹¹

³¹¹ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 39.

5.3.2 O Ciclo segundo Leonardo Secchi

Leonardo Secchi³¹², ao abordar o tema a respeito do ciclo das políticas públicas sugere um modelo, que abrange as sete fases principais:

Figura 1 - As sete fases principais do Ciclo das Políticas Públicas



Fonte: SECCHI, Leonardo (2017)

5.3.2.1 Identificação do Problema

Problema público é a diferença entre aquilo que está presente na realidade e aquilo que se gostaria de que fosse a realidade pública. Pode até não ser uma deterioração de uma situação em um certo contexto, mas é uma melhora da situação.³¹³

³¹² SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, caso práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 43.

³¹³ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, caso práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 44.

O autor apresenta algumas etapas para identificação do problema. Primeiro, a percepção do problema depende que uma situação pública seja insatisfatória para afetar uma quantidade considerável de atores relevantes. Para definir ou delimitar o problema é preciso resumir a essência dele, para que se possa definir causas, soluções e avaliações, pois isso ajuda no processo de elaboração da política pública. Por fim, é necessário avaliar a possibilidade de solução do problema, ou ao menos mitigá-lo, pois é preciso que o problema tenha uma solução viável que motive a aplicação da política.³¹⁴

Se um problema é identificado por partidos políticos, agentes políticos, organizações não governamentais e passam a ter interesse em solucioná-lo, este problema poderá entrar na lista de prioridades de atuação. Essa lista é chamada de agenda.

5.3.2.2 Formação da Agenda

Agenda é um conjunto de problemas entendidos como relevantes. Ela pode ter a forma de um programa de governo, um planejamento orçamentário, um estatuto partidário, ou uma lista de assuntos que o comitê editorial de um jornal entende como importante.³¹⁵

A agenda pode ser modificada, porque os problemas podem entrar e sair das agendas. Podem ganhar notoriedade, relevância e depois caírem no esquecimento. A limitação de recursos humanos, financeiros, materiais, falta de tempo, ou de interesse político, ou de interesse popular, fazem com que alguns problemas percam a sua importância, ou nem consigam entrar nas agendas.

Dependendo do momento em que se estiver passando, a agenda pode apresentar período de estabilidade, quando reflete pressões políticas para manutenção do status quo e restrições institucionais que coíbem mudanças, ou períodos de ruptura, em que há ascensão de novos problemas e modificação dos velhos, representando nova compreensão do problema, novos apelos emocionais

³¹⁴ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas**: Conceitos, esquemas de análise, caso práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 45.

³¹⁵ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas**: Conceitos, esquemas de análise, caso práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 46.

em relação a algum problema, ou de investidores em políticas públicas, que influenciam o processo de inserir ou reduzir problemas da agenda.³¹⁶

Apenas a título de observação, a volatilidade com que os problemas entram e saem da agenda decorre da natureza política da ação governamental. Caso o programa venha envolver um direito social, que proporciona dignidade e melhora na qualidade de vida, como direito à saúde, moradia, educação, é possível fiscalizar, cobrar atenção do Poder Público no cumprimento desses direitos e impedir que políticas públicas sejam abandonadas. Nesta etapa do ciclo o Ministério Público não tem participação na escolha dos problemas e prioridades na inclusão da agenda, mas é possível cobrar do Poder Público a observância de direitos mínimos, constitucionais, que não podem depender do interesse político ou discricionariedade do administrador.

Diante de vários problemas possíveis de serem inseridos na agenda, havendo momentos em que ganham espaço e visibilidade, quando se referem, por exemplo, a epidemia de doenças, ou aumento da criminalidade, e momentos em que perdem importância, a dificuldade é escolher aqueles que são prioridades.

Para auxiliar esse desafio, Cobb e Elder, citados por Leonardo Secchi, apresentam três condições para que o problema entre na agenda: a) atenção: os atores (políticos, cidadãos, mídia, grupos de interesses) devem identificar o problema como merecedor de intervenção; b) resolutividade: as ações devem consideradas como necessárias; c) competência: o problema deve ser de responsabilidade do Poder Público.³¹⁷

Cabe ao Ministério Público, como ente legitimado e em defesa dos direitos sociais, solicitar que determinado problema seja inserido na agenda, despertando a atenção dos governantes para que encampe a ideia e destine uma política pública.

³¹⁶ CAPELLA, Ana Cláudia. Novas Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. In: HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M.T. da S.; MARQUES, E.C. (Orgs.). **Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

³¹⁷ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, caso práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 47-48.

5.3.2.3 Formulação de Alternativas

Não só a identificação e definição do problema é importante para elaboração da política pública, como também formulação de alternativas de soluções. Para as diversas hipóteses de soluções é necessário antes estabelecer objetivos.

A etapa de construção de alternativas é o momento em que são elaborados métodos, programas, estratégias ou ações que poderão alcançar os objetivos estabelecidos, pelos atores envolvidos, (analistas de políticas públicas, gestores, investidores, administradores) e que vão auxiliar nas posteriores fases de tomada de decisão, implementação e avaliação das políticas públicas.

Um mesmo objetivo pode ser atingido por diversas maneiras e cada uma delas demanda disposição, iniciativa, observação, disponibilidade de recursos, de pessoal e de dinheiro. Leonardo Secchi apresenta quatro tipos de indução de comportamento: a) Premiação: promover estímulos positivos, oferecendo compensações, prêmios, abatimento de custos, incentivando comportamento socialmente aceito; b) coerção: promover estímulos negativos, como aplicar sanções, impor multas; c) conscientização: influenciar comportamentos por meio da construção e apelo ao senso de dever moral, como campanhas; d) soluções técnicas: aplicar soluções práticas que venham a influenciar no comportamento ou nos costumes, daquele meio social, como aumentar a vigilância, destinar verbas de fundo específico criado para o respectivo problema.³¹⁸

Leonardo Secchi ilustra com um exemplo, ao enfrentar o problema de pichações em prédios públicos nas cidades. Se o objetivo é a redução das pichações ou desconforto visual, o *policymaker* (o que elabora a política pública) pode criar as seguintes estratégias: leis mais severas para infratores, aplicando sanções (coerção); instalar mais câmeras de vigilância, destinar verbas públicas para recuperação de muros e paredes, ou ainda revestidas as paredes com tintas especiais que não adere aos aerossóis (soluções técnicas); instituir campanhas de conscientização (conscientização); oferecer mecanismos de recompensa para

³¹⁸ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, caso práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 49.

delatores, criar espaço propícios para pichadores poderem se expressar (premiação).³¹⁹

Diante da diversidade de medidas que podem ser aplicadas, é preciso escolher quais delas tem chances de serem efetivas. Um mecanismo de premiação para coleta de lixo ou economia de água pode ser muito eficaz, mas pode não ser aplicável para redução de criminalidade. É preciso fazer um trabalho de investigação sobre consequências e custos das alternativas para auxiliar o tomador de decisão. Para isso, as projeções, que são dados, fatos passados ou atuais experimentados e informações; as predições, que se baseiam em teoria, proposições, ou analogias, realiza um trabalho teórico indutivo; e, por fim, as conjecturas, que são juízos de valor a partir de aspectos intuitivos ou emocionais, realizando reuniões, audiências, que dão suporte para organizar as ideias, são meios para conseguir aproximar os acontecimentos do futuro, sem que tenha de depender da sorte para implementar e buscar resultados favoráveis.

O que se pode observar com as alternativas de soluções é que são instrumentos que influenciam no comportamento das pessoas, mudam sua forma de pensar e de agir, preocupando-se com o convívio social. Ao desenvolver campanhas de conscientização, trazendo informações para as pessoas, ou premiações, no caso de economia de consumo de água ou energia, é possível mudar seus hábitos e o mais importante: os costumes, que nem a lei posta, às vezes, consegue modificar. Com esse trabalho, a transformação se dá no comportamento moral de cada indivíduo, reverbera para toda a coletividade e melhora qualidade de vida das pessoas.

5.3.2.4 Tomada de Decisão

Após a formulação de alternativas de soluções, a próxima etapa se refere a tomada de decisão, que representa o momento em que os interesses dos atores são equacionados e as intenções (objetivos e métodos) de enfrentamento do problema

³¹⁹ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas**: Conceitos, esquemas de análise, caso práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 49.

público são expostos. Nesta fase é preciso enfrentar a dificuldade de escolher a alternativa de solução para o problema público.

Segundo Leonardo Secchi, há três formas: a) os tomadores de decisão partem do problema que possuem e buscam soluções. Parte-se do problema já identificado, os objetivos já definidos e busca escolher a alternativa de solução que for mais apropriada, observando o custo, o tempo para se conseguir resultados, a equidade, entre outros; b) os tomadores de decisão vão adequando as soluções aos problemas e os problemas às soluções. Os problemas e as soluções aparecem de forma simultânea e ocorrem de forma sucessiva. A solução é produto de um processo de concessões e ajuste mútuos; c) por fim, os tomadores de decisão possuem a solução e correm atrás de um problema, um investidor em política pública já tem a solução e luta para inserir o problema na opinião pública ou no meio político para que sua proposta vire uma política pública.³²⁰

A grande dificuldade do primeiro modelo é que nem sempre o problema é claro, os objetivos são definidos e as soluções são fáceis. Além disso, nem sempre há recursos e tempo suficientes e mesmo que consiga determinar esses requisitos, pode acontecer da política não se concretizar por falta de interesse. Já no segundo modelo, nota-se que é afastado critérios técnicos para tomar a decisão, prevalecendo o elemento político, dependendo do nível de pressão exercida por grupos de interesses antagônicos, encontrar-se-á um ponto de equilíbrio e consenso. Por fim, no terceiro modelo, o nascimento da política pública depende que os problemas, as soluções e as condições políticas convirjam a favor. Ocorre quando os problemas estão no auge da atenção da população e da mídia, os empreendedores estão interessados na implementação das soluções, além disso deve haver eventos, como aprovações de orçamento público, eleições, ou refinanciamento de programas públicos em destaque, que propiciam a implementação da política.³²¹

³²⁰ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas**: Conceitos, esquemas de análise, caso práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 51-53.

³²¹ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas**: Conceitos, esquemas de análise, caso práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 54.

5.3.2.5 Implementação da Política Pública

Chega-se ao momento em que o programa é colocado em prática. É nesta etapa que se consegue notar os resultados concretos produzidos pela política.

A grande importância de estudar a fase de implementação está na possibilidade de analisar esquemas, estruturas, dificuldades e obstáculos, que costumam acontecer e podem prejudicar a eficácia do programa, que diante da complexidade de elementos políticos pode frustrar as melhores intenções e impedir que ações vingam.

Por isso a existência de diversas etapas até o momento da implementação, o cuidado de detectar erros na fase anterior a tomada de decisão, a preocupação em definir objetivos e escolher medidas de solução, tentando afastar potenciais falhas, para que o programa seja executado da melhor maneira possível.

É no momento da implementação que a capacidade de gerenciamento e coordenação e as funções administrativas são testadas. Os responsáveis por implementar o programa devem ser capazes de entender elementos motivacionais dos atores envolvidos, obstáculos técnicos presentes, burocracia, conflitos de interesses opostos, coordenar executores e destinatários, além de negociação com fornecedores, parceiros, conveniados e grupos de interesses representantes dos destinatários.

Sendo essa etapa a que executa as políticas públicas, o responsável pela aplicação do programa (*polycymacker*) necessita de instrumentos disponíveis para transformar a política pública em medida a solucionar o problema. Leonardo Secchi sintetizou alguns instrumentos de auxíliam nesse processo, dentre eles pode-se mencionar alguns: a) regulamentação – cria instrumentos regulatórios com regras ou restrições à liberdade econômica, como regulamentar preços de alguns setores, ou regras de processo licitatório no setor público; b) desregulamentação – ao contrário do anterior, extingue algumas regras, como a extinção de barreiras burocráticas à importação de produtos importados; c) aplicação da lei (*enforcement*) - aplicação de sanções (multas, prisões, serviços à comunidade) para aqueles que não obedecem às leis; d) impostos e taxas – que onera ou incentiva comportamentos, como cobrança de pedágios nos centro urbanos; e) subsídio e incentivo fiscal – como isenção de ICMS para incentivar indústrias em num determinado território; f)

informação ao público – prestação de informações a população cria senso moral, que reflete no comportamento das pessoas. Divulgação informações, que conscientiza as pessoas de seus direitos como consumidoras, que conscientiza sobre poluição e danos ecológicos, ou prestação de contas, por meio do portal da transparência, do poder público, são alguns exemplos que trazem esclarecimentos aos cidadãos; g) campanhas – destinadas a melhorar comportamentos, que provocam bem-estar social, como campanhas de vacinação, doação de sangue, separação de resíduos sólidos; h) transferência de rendas – instrumento de compensação para situações de carência, como bolsa-família; i) discriminação positiva – refere-se às cotas raciais para ingresso nas universidades, ações afirmativas que busca igualdade onde houver desigualdade; j) certificados e selos – concedidos a associações, organizações particulares que prestam serviços sociais sem fins lucrativos, como, por exemplo, certificação de OSCIPS.³²²

Além desses instrumentos, é possível criar outros, sempre buscando o mais adequado para solução dos problemas e com intuito de atingir eficácia no programa.

Por fim, há dois modelos de implementação de políticas públicas, o *top-down* (de cima para baixo) em que primeiro há momento da tomada de decisão na esfera política e depois o de implementação, realizado pela administração pública. Por serem momentos estanques, caso haja dificuldade na implementação, a culpa recair sobre o administrador e classe política se isenta de responsabilidade. Já o modelo *bottom-up* (de baixo para cima), os implementadores têm maior participação na escolha de problemas, soluções e, posteriormente, os tomadores de decisão legitimam práticas já experimentadas. Neste caso, a remodelação por aqueles que implementam não visto como desvirtuamento, mas como necessidade de adaptação aos problemas práticos.³²³

Enquanto no *top-down* se dá mais atenção aos documentos que formalizam a política pública, como instrumentos de premiação, recompensa, punição, incentivos, buscando reduzir falhas na implementação, no *bottom-up* parte de observação empírica de como a política pública vem sendo aplicada na prática, buscando

³²² SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, caso práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 58-59.

³²³ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, caso práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 60-61.

entender as dificuldades e falhas na dinâmica elaboração das políticas Públicas, sendo neste caso um problema mais político do que técnico.³²⁴

Da análise exposta, parece que a fiscalização realizada por interessados, como Ministério Público se dá mais no modelo top-down, por seguir uma sequência lógica de acontecimentos, por ser visível e palpável as etapas, sendo mais fácil identificar e tentar melhorar a qualidade do programa, por ser mais técnico e visualizar com mais facilidade a conduta do administrador para que possa ter sucesso.

5.3.2.6 Avaliação

Após a política pública ser aplicada e executada é possível avaliá-la. Trata-se da etapa em que se examina o desempenho da política pública com o intuito de conhecer melhor a política nas falhas que apresentar e reduzir o nível de problemas que a gerou. É a fase em que se consegue parar um processo dinâmico e complexo para decidir qual o rumo da ação governamental.

Para que uma avaliação seja eficaz é preciso definir critérios, que servem de base para julgamentos. Ajuda o avaliador a julgar se uma política funcionou bem ou mal. Os principais critérios são: a) a economicidade – verifica o nível de utilização de recursos; b) produtividade – observa o resultado, as externalidades; c) eficiência econômica – relaciona a produtividade e os recursos aplicados; d) eficiência administrativa – compara nível de conformação da execução a métodos preestabelecidos; e) eficácia – analisa a quantidade de metas ou objetivos atingidos; f) equidade – avalia a distribuição homogênea de benefícios entre os destinatários da política.³²⁵

Dependendo do critério adotado o resultado será diverso. Se a preocupação for com relação a legalidade e eficiência administrativa, avaliação via se destinar a aspectos jurídicos, se o foco for a consecução de metas e economicidade de recursos, avaliação privilegia aspectos técnicos gerenciais e caso o programa

³²⁴ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas**: Conceitos, esquemas de análise, caso práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 62.

³²⁵ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas**: Conceitos, esquemas de análise, caso práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 63.

priorizar os destinatários, a avaliação terá conotação política. Sabendo qual a finalidade do programa para o qual foi instituído, aplicado o critério de avaliação correspondente, o feedback será honesto e seguro

A avaliação pode chegar a três conclusões: 1) que a política pública deve continuar da forma como está; 2) pode sugerir que algumas mudanças pontuais sejam feitas, reestruturando aspectos práticos da política, mas não comprometendo a essência do programa; 3) pode entender que a política alcançou o objetivo para o qual foi criada, não conseguiu solucionar o problema, ou se tornou inútil, sendo que nos três casos a hipótese é de extinção.³²⁶

5.3.2.7 Extinção

Tendo a política sido planejada, organizada e desenvolvida em diversas etapas e depois ponderados os resultados obtidos, chega o momento de sua extinção. Os motivos da extinção são diversos, pode ser que o programa tenha resolvido o problema para o qual foi criado e, por ter obtido êxito, razão não há para permanecer em vigor. Pode ainda acontecer do programa não ter sido eficaz, sendo necessário extinguir, ou o problema perdeu sua importância, saiu da agenda, não despertar interesse de atores, investidores, destinatários ou da própria população, levando ao encerramento da ação governamental.

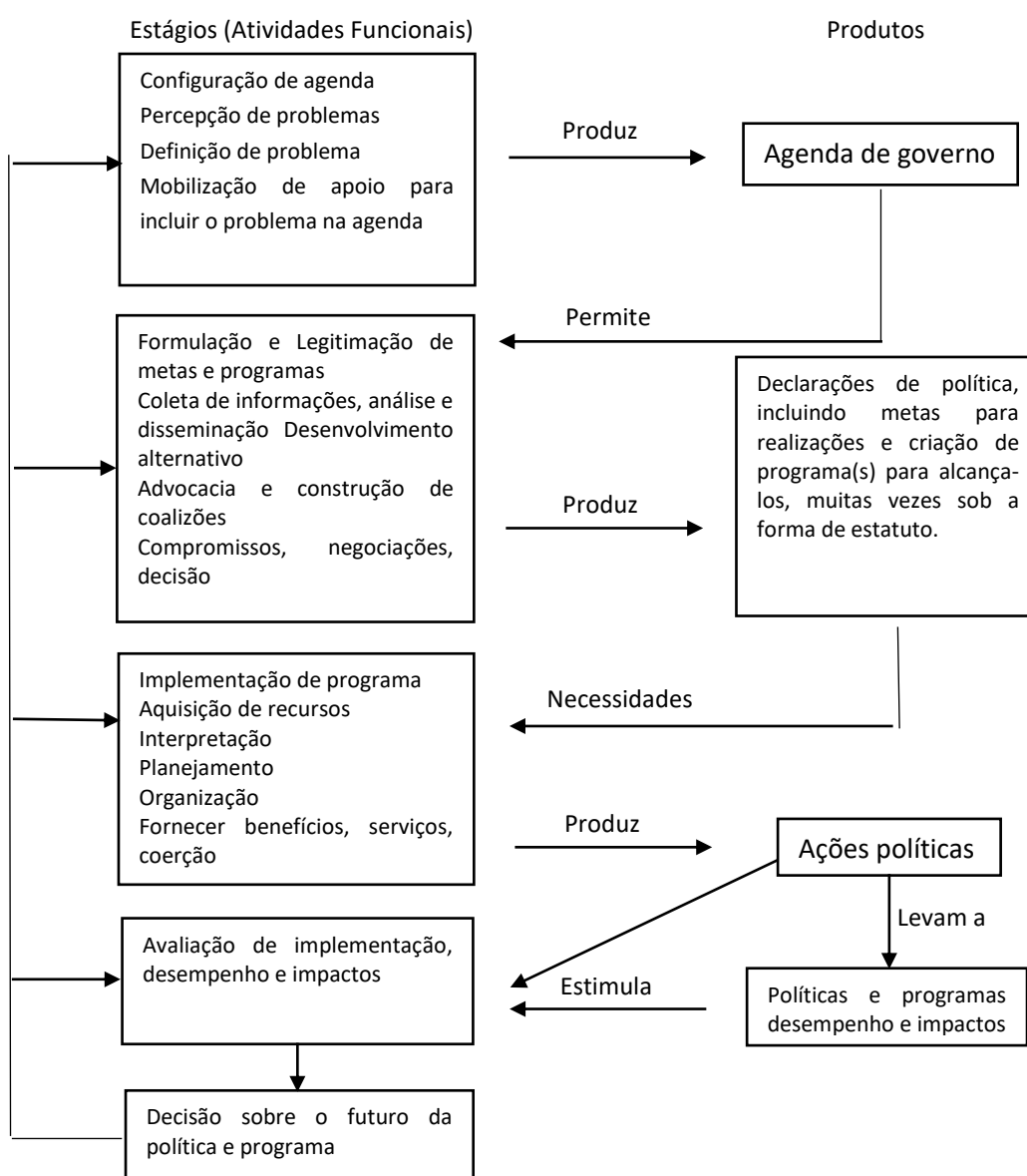
É necessário ponderar que avaliada a política pública e observado que algumas mudanças significativas devam ser feitas, cabe ainda insistir no programa, aproveitar aquilo que já foi investido (dinheiro, pessoal, recursos, disposição), remodelar e tentar aplica-la, na esperança de se tornar eficaz. O fato de não ter obtido êxito não deve ser radicalmente taxado como frustração, mas manter a expectativa de melhorar em um futuro próximo, uma vez que se trata de direitos sociais, difusos, que dizem respeito a toda a sociedade e busca melhorar a qualidade de vida das pessoas.

³²⁶ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, caso práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 65.

5.3.3 O Ciclo segundo Randall B. Ripley

Ainda estudando as etapas do ciclo das políticas públicas, por não haver um modelo único, mas diversos esquemas, o presente trabalho visa apresentar diversas perspectivas para que possa fomentar a pesquisa e enriquecer a análise crítica. Ripley apresenta um terceiro modelo com cinco estágios.³²⁷

Figura 2 - Terceiro modelo com cinco estágios do Ciclo das Políticas Públicas



Fonte: RIPLEY, Randall B. (1995).

³²⁷ RIPLEY, Randall B. Stages of the policy process. In: MCCOOL, Daniel C. **Public Policy Theories, Models, and Concepts an Anthology**. Trad. Marcia Colaferro Liberatti. USA: Prentice-Hall, 1995, p. 158.

5.3.3.1 Definição da Agenda

No início do ciclo é possível notar que há diversas questões competindo para serem incluídas na agenda governamental. É o tempo e a capacidade de influenciar as decisões que levam a inserção do problema na agenda. Indivíduos ou grupos interessados percebem que há um problema, o governo analisa se deve se envolver no problema, deve definir e delimitar o objeto e mobilizar apoio da sociedade, da mídia, de associações e organizações não-governamentais para incluir o problema na agenda governamental.

A competição ocorre não só para chamar a atenção e influenciar o administrador público a colocar o problema na agenda, até porque os recursos são limitados, como também para definição dos problemas e, subsequentemente, sobre quais grupos deve ser mobilizados para incluir o problema na agenda.

5.3.3.2 Formulação e Legitimação de Metas e Programas

Nem todos os itens que compõem a agenda recebem tratamento na forma de políticas e programas. Se um dos itens for tratado de maneira concreta, o próximo passo é torná-lo objeto de formulação e legitimação.

A formulação é a etapa em que se coleta, analisa e dissemina informações para fins de avaliações das possíveis alternativas e se realiza projeções de resultados prováveis para propósito de persuasão. Esta etapa se familiariza com a formulação de alternativas de Leonardo Secchi.

Após a obtenção de informações, há desenvolvimento alternativo, assim como a advocacia, em que diferentes grupos defendem pontos de vista e procuram construir coligações de apoio dos seus pontos de vista. Posteriormente, como resultado de compromissos e negociações, uma decisão é alcançada.³²⁸

³²⁸ RIPLEY, Randall B. Stages of the policy process. In: MCCOOL, Daniel C. **Public Policy Theories, Models, and Concepts an Anthology**. Trad. Marcia Colaferro Liberatti. USA: Prentice-Hall, 1995, p. 159.

O que se consegue formar neste estágio são declarações de políticas (declarações de intenções, definição de metas) e o planejamento de programas para tornar a intenção concreta, visando o alcance de metas. Os projetos de programas podem ser vagos e incompletos. Quanto mais definidas as metas, mais difícil de atrair grupos interessados para se comprometer. Por outro lado, quanto mais abstrato, mais pode atrair grupos de ideias opostas. A responsabilidade de organizar divergências é do Congresso, já que os projetos de programas devem ser apresentados em forma de lei ou estatuto. Ocorre que o congresso delega essa função para poder administrativo e agências reguladoras. O autor sugere que se estipule um prazo de dois anos para que o Congresso se manifeste. O que se pode exigir é o que Congresso preenche mais alguns detalhes, que delimita e restrinja a discussão.³²⁹

Essa etapa se assemelha com a tomada de decisão mencionada por Leonardo Secchi.

5.3.3.3 Implementação do Programa

Tendo sido criado um programa, passa-se ao estágio de sua implementação e para isso é necessário angariar recursos. Além disso, faz-se necessário interpretar a lei que o institucionaliza

A variedade de atividades de planejamento é característica desta etapa. Várias rotinas de organização fazem parte da implementação.

Lembra aqui a técnica *bottom-up*, mencionada por Leonardo Secchi, em que as escolhas de problemas e soluções são feitas simultaneamente, acompanhando a dinâmica da política pública.

Ainda neste estágio são analisadas as medidas que auxiliam na implementação como benefícios, serviços e instrumentos de coerção, assim como mencionados nesta mesma etapa por Leonardo Secchi, como aplicação de prêmios, serviços de informações e campanhas de conscientização, além de multas.

³²⁹ RIPLEY, Randall B. Stages of the policy process. In: MCCOOL, Daniel C. **Public Policy Theories, Models, and Concepts an Anthology**. Trad. Marcia Colaferro Liberatti. USA: Prentice-Hall, 1995, p. 160.

Segundo Randall, trata-se ações políticas, em que conflitos e discordâncias são comuns surgirem e que compõem o processo de implementação do programa.³³⁰

5.3.3.4 Avaliação de Implementação, Desempenho e Impactos

Neste estágio, assim como estudado nos modelos de outros autores, a política pública já foi implementada e executada sendo possível observar os resultados atingidos, sendo chamado por Randall de desempenho e impacto.

A avaliação é feita sobre aquilo que foi implementado, dos resultados atingidos a curto prazo, que se refere ao desempenho e dos resultados de longo prazo, chamados de impactos. A avaliação pode ser realizada por funcionários, grupos de interesses, legisladores, pesquisadores, pessoas ligadas ao governo ou ao setor privado.

Analistas de políticas públicas também desempenham um papel importante na avaliação da implementação desempenho e impacto. Trata-se de um estágio que deve ser reconhecido, tendo importância no processo de política públicas.³³¹

5.3.3.5 Decisões sobre o futuro da Política e do Programa

O processo de avaliação leva a uma decisão sobre o futuro da política e do programa, ou a extinção dele. Se o problema for resolvido, ou se perder sua relevância, será retirado da agenda, ou se houver modificação na natureza de seus recursos, um dos itens que compõe a agenda, esta poderá ser alterada.

³³⁰ RIPLEY, Randall B. Stages of the policy process. In: MCCOOL, Daniel C. **Public Policy Theories, Models, and Concepts an Anthology**. Trad. Marcia Colaferro Liberatti. USA: Prentice-Hall, 1995, p. 160.

³³¹ RIPLEY, Randall B. Stages of the policy process. In: MCCOOL, Daniel C. **Public Policy Theories, Models, and Concepts an Anthology**. Trad. Marcia Colaferro Liberatti. USA: Prentice-Hall, 1995, p. 161.

As decisões tomadas podem levar à formulação e legitimação da política, retomando ao estágio inicial do ciclo, ou podem levar a modificações na legislação, ou a uma nova legislação, considerada necessária ou desejável por um dos agentes. Podem, ainda, as decisões exigir alguns ajustes na implementação do programa.

Destaca-se aqui a possibilidade vislumbrada pelo autor de realizar alguns ajustes que mantem o programa em vigor, apenas aperfeiçoando-o, ou adaptando a mudanças que vão surgindo no processo dinâmico e complexo que é o das políticas públicas.

Conclui o autor que o processo político é uma sucessão de estágios apresentados em uma ordem cronológica, mas reconhece que na prática nem sempre isso acontece como deveria. O processo pode ser interrompido, há grande dificuldade de superar os estágios iniciais, poucos conseguem passar por todos os estágios e o processo pode ser reinserido em qualquer situação ou em qualquer momento.³³²

Trata-se de uma realidade complexa, mas a finalidade de organizar dados e pensamentos em uma realidade complicada é essencial para avaliar o caminho a ser seguido. Permite ao analista procurar padrões, definir diferentes causas e chegar a diversas conclusões.

5.4 Considerações parciais

O presente capítulo teve a pretensão de analisar com mais profundidade o conceito, as características, os elementos que compõem as políticas públicas e, em especial, o ciclo e suas etapas.

Não havendo um modelo único padronizado de política pública, tendo cada um dos autores apresentado seu esquema, com suas características peculiares, foi possível estudar e observar que o programa deve enfrentar a dificuldade de escolha do problema, da inserção na agenda, o desafio da tomada de decisão, fixação de alternativas de solução e objetivos, implementação, avaliação, fiscalização e

³³² RIPLEY, Randall B. Stages of the policy process. In: MCCOOL, Daniel C. **Public Policy Theories, Models, and Concepts an Anthology**. Trad. Marcia Colaferro Liberatti. USA: Prentice-Hall, 1995, p. 161.

extinção, sendo possível comparar as semelhanças de um modelo com outro e, o mais importante, aprofundar a pesquisa e descobrir a complexidade das políticas públicas, que transcendem o universo jurídico.

Foi possível notar que se trata de um trabalho em equipe, com a participação de diversos setores, públicos ou privados, com a responsabilidade do Poder Público de observar a lei que institucionalizou o programa, os princípios constitucionais, a responsabilidade de investir e administrar dinheiro público, a fiscalização quanto eventual desvio de finalidade ou erário. Entretanto, caso não venha se obter êxito por motivos externos, como ausência de interesse político ou social, ou pelo fato do problema deixar de ter o impacto que tinha quando objeto da política pública, pode-se optar por ajustes no programa e aprimoramento das políticas públicas. É importante notar que ação governamental acompanha os interesses políticos e da sociedade, sendo um processo dinâmico passível de mudanças a qualquer momento, trazendo a característica de flexibilidade ao mesmo tempo que se apresenta em etapas estanques.

As políticas públicas possuem a finalidade de concretizar direitos fundamentais, aproxima a relação do Estado com a sociedade, permite a participação dos cidadãos tanto no momento da formação, quanto da execução do programa, que pode se dar por meio de audiências públicas, conselhos, consultas públicas, orçamento participativo, referendo, plebiscito e acesso a informação, conquistando legitimidade e a garantia de que efetivamente as necessidades da população estão em decisão e execução.

Sendo de interesse da sociedade a ação governamental e tendo o Ministério Público a legitimidade para representar os interesses dos cidadãos, cabe à instituição acompanhar o processo de atuação do Poder Público, intervir em caso de omissão para tutelar direitos sociais e coletivos, usar de instrumentos como recomendações, inquérito civil, ação civil pública, entre outros a serem estudados no próximo capítulo, para fiscalizar ações governamentais.

Destaca-se que a fiscalização não ocorre com a finalidade questionar eventuais erros praticados nas políticas públicas, mas um trabalho de parceria, em concomitância ao gestor, melhorar o programa e torna-lo mais eficiente para os destinatários.

Nas palavras do atual Procurador Geral de Justiça, Dr. Gianpaolo Puglio Smanio:

Não se trata de substituir o papel de ninguém. Não se tem a pretensão de se sobrepor ao Estado, ou ao município, mas sim de cumprir o papel do Ministério Público. O que se busca é parceria. O uso indevido de uma política pública, quer seja para si ou para terceiros deve ser combatido, por meio de fiscalização, que se dá por um órgão como o Ministério Público. É preciso diferenciar quando uma ação é dolosa e quando a questão é falta de competência. Deve-se se ter humildade para reconhecer erros, trazer outros atores de segmentos distintos, debater comportamentos e procurar soluções para problemas insolúveis. Além da função tradicional do Ministério Público, apresenta-se uma nova postura de integração e parceria, que revoluciona o papel do Ministério público na defesa dos interesses da sociedade.³³³

Sendo as políticas públicas o instrumento de aplicação dos direitos fundamentais, que por sua vez, legitimam o Estado de Direito e tendo as políticas públicas a legitimidade e eficiência de garantir a participação política, pode-se afirmar que as políticas públicas garantem a efetivação da cidadania no Estado Democrático e Social de Direito.

A cidadania deixou de estar relacionada com a nacionalidade, para apresentar uma nova dimensão, como expressão de direitos fundamentais e de solidariedade.

Por todo exposto, pode-se concluir que a defesa e fiscalização das políticas públicas antes de ser uma função precípua do Ministério Público, é um exercício da cidadania.

³³³ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Possibilidade e Limites do Ministério Público: qual o seu impacto na gestão pública?** [Palestra ministrada pelo Procurador Geral de Justiça], realizada no Insper, no dia 06/08/2018.

6 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como visto no capítulo anterior, as políticas públicas são instrumentos de concretização dos direitos fundamentais. Sistematizados em etapas que facilitam a implementação e execução do programa, além de permitir um controle das políticas públicas, que pode ser realizado por órgãos internos, por legitimados como o Ministério Público e pela sociedade, pois as políticas públicas legitimam o exercício de cidadania, não só representativa, por meio do voto, referendo e plebiscito, mas também mais participativa, que enaltece a democracia.

Embora, de modo geral, seja o Poder Executivo, exercendo a democracia representativa indireta, quem elabore a política pública, é possível a participação direta da população na formação de Políticas Públicas. Os Conselhos de Gestão, por exemplo, permitem a participação popular (por meio de entidades de classe, associações, organizações não-governamentais) na área da saúde, assistência social, educação, direitos da criança e do adolescente, que contribuem na identificação de prioridades e apresentam sugestões, sendo uma forma de exercício da cidadania e de controle social (art.29 XII, artigo 194, parágrafo único, VII, artigo 198, III, artigo 204, II, artigo 206, VI, §1º, todos da CF).

A criação de conselhos municipais de diversas áreas como de criança e adolescente, idoso, saúde, se dá por meio de lei com estipulações de suas competências, como planejamento, gestão, avaliação e fiscalização, atuando em conjunto com o Poder Público na busca por maior eficácia das políticas públicas.³³⁴

Outra forma de participação popular ocorre por meio de audiências públicas, tendo em vista o assunto polêmico, que demanda a oitiva de especialista e opinião da população para que se possa chegar a um consenso na tomada de decisão.

As mencionadas formas de participação dos cidadãos nas políticas públicas podem ocorrer através de um processo de interação entre sujeitos, seja individualmente, seja coletivamente e a Administração Pública.

A participação política democrática constitui um ideal a ser buscado constantemente, pois representa o exercício da cidadania, não apenas no sentido

³³⁴ GONÇALVES, Leonardo A. **Direitos Sociais** – Cidadania, Política e Justiça – O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidade e limites. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 197.

formal, mas também material. A participação direta da população nas políticas públicas amplia o processo de democracia por meio de participação orçamentária, gestão compartilhada e sistema de conselhos, convivente com a democracia por delegação e fortalece uma sociedade livre e igualitária.³³⁵ A participação é um princípio derivado do Princípio Democrático do Estado, de forma que as políticas públicas estão estreitamente relacionadas com a democracia praticada. A qualidade da democracia reverbera na qualidade das políticas públicas efetivadas e, conseqüentemente, na garantia dos direitos fundamentais e da cidadania.³³⁶

A ideia de Estado Democrático de Direito valoriza a tese da soberania popular (poder emana do povo) e participação popular, tanto de forma direta como indireta, mas a busca por legitimidade democrática somente ocorrerá com maior amplitude se houver participação dos cidadãos e da sociedade no Estado, rompendo com a representatividade meramente formal e demonstrando que a democracia não é apenas um regime político, mas é um direito da humanidade.³³⁷

Foi com a Constituição Federal de 1988 que o Estado de Direito Brasileiro fundamenta sua democracia, reconhece a necessidade de proteção dos direitos humanos, e legitima exercício da cidadania. O cidadão passa a ter a prerrogativa de participar e controlar as ações do Estado, quer seja por meio de instrumentos jurídicos, quer seja por meios políticos, com a finalidade de acompanhar os assuntos do Estado.

A jurisdição adotou uma nova forma de atuação com a tutela coletiva jurisdicional, cujo nascedouro está fundamentado na sociedade de massa em que estamos inseridos. Nesse sentido, o Poder Público acabou por adotar políticas públicas que tenham por objeto a implementação de preceitos do Estado Democrático e Social de Direito. Quanto melhor for a interação entre o Estado a sociedade, melhor será condução de políticas públicas, apresentando-se como um princípio constitucional, refletindo na organização da Administração Pública, exigindo

³³⁵ GONÇALVES, Leonardo A. **Direitos Sociais** – Cidadania, Política e Justiça – O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidade e limites. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 202.

³³⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Possibilidade e Limites do Ministério Público: qual o seu impacto na gestão pública?**, p. 11. [Palestra ministrada pelo Procurador Geral de Justiça], realizada no Insuper, no dia 06/08/2018.

³³⁷ GONÇALVES, Leonardo A. **Direitos Sociais** – Cidadania, Política e Justiça – O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidade e limites. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 203.

que se reestruture a atividade de planejamento, principalmente orçamentário, para a prestação de serviços de forma eficaz.³³⁸

Ademais, a Constituição consagra dois princípios fundamentais relacionados ao indivíduo: a cidadania e a dignidade da pessoa humana. A dignidade é o valor fundamental do indivíduo e cidadania se refere ao aspecto social.

Sendo os direitos fundamentais objeto das políticas públicas, a possibilidade de submetê-las ao controle jurisdicional é inquestionável, diante da garantia que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, XXXV, da CF).

Reconhece-se a sobrecarga do Poder Judiciário e a dificuldade em atender as diversas demandas, que prejudicam a qualidade de seu trabalho, tendo o presente capítulo o desafio de analisar medidas que solucionam conflitos de interesses, mas rompendo o modelo clássico do sistema processual e a “cultura da sentença” do Estado-juiz proferida no processo individual.³³⁹

As ações coletivas têm se mostrado um importante instrumento de representação dos interesses da coletividade, sendo um meio de solução de conflitos envolvendo direitos sistematizados em políticas públicas

Sendo as políticas públicas voltadas a todos da sociedade indistintamente, o instrumento processual adequado para tutelar direitos coletivos e fiscalizar os programas do Estado é a ação civil pública, fundada no microsistema das Leis nº 7347/1985 e do Código de Defesa do Consumidor, que proporciona uma tutela única, evitando o acúmulo excessivo de demandas judiciais e decisões contraditórias.

Os efeitos sociais mais significativos dessa legislação não repousam no resultado imediato de cada ação civil pública, mas na alteração de cultura que se vai produzindo sobre a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e sua repercussão na cultura privatista, individualista e patrimonialista do direito.³⁴⁰

Um legitimado constitucional e representante dos interesses da sociedade na tutela dos interesses difusos e coletivos, que tem experiência nesse campo,

³³⁸ CARACIOLA, Andrea Boari; BARONE, Lourdes Regina Jorgeti. A legitimação do Ministério Público como forma de garantir o acesso à Justiça. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 140.

³³⁹ CARACIOLA, Andrea Boari; BARONE, Lourdes Regina Jorgeti. A legitimação do Ministério Público como forma de garantir o acesso à Justiça. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 148.

³⁴⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) **Políticas Públicas: reflexos sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 32.

sabendo utilizar instrumentos instituídos pela Lei de Ação Civil Pública é o Ministério Público, sendo o objetivo desta etapa do estudo analisar quais são os instrumentos disponíveis, extrajudiciais, como o inquérito civil, as recomendações e os termos de ajustamento de conduta, bem como judiciais como a ação civil pública e as medidas cautelares para implementação e controle das políticas públicas no sentido de superar omissões dentro dos limites da lei, provocando o administrador público a agir sem desrespeitar certa margem de discricionariedade, que permita parceria e harmonia entre ação do governo e os interesses da sociedade.³⁴¹

6.1 Perfil Constitucional

O Ministério Público é uma instituição essencial à Justiça, que tem por objetivo defender e promover os direitos constitucionais dos cidadãos, o interesse público, os princípios republicanos e os valores da democracia.

Segundo a Magna Carta Federal e sua própria Lei Orgânica Nacional, ao Ministério Público incumbi a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, “caput” da Constituição Federal, artigo 1º da Lei Complementar nº 8.625/93, artigo 1º da Lei Complementar Federal nº 75/93 e artigo 1º da Lei Complementar/SP nº 734/93).

No parágrafo 1º do artigo 127 da Constituição Federal estão presentes os princípios da instituição, quais sejam, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. O princípio da unidade refere-se aos membros do Ministério Público integrantes de cada Ministério Público, seja estadual, federal, do Trabalho, Militar, ou do Distrito Federal e Territórios. Já a indivisibilidade, significa que seus membros não se vinculam aos processos nos quais atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros, desde que integrantes da respectiva carreira, e apenas nas hipóteses previstas em lei, pois cada vez que um Promotor de Justiça atua, age em nome de toda a instituição. E, por fim, a independência funcional, refere-se ao fato do órgão ministerial ser independente no exercício de suas funções, não ficando sujeito às

³⁴¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) **Políticas Públicas**: reflexos sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 32.

ordens de quem quer que seja, somente devendo prestar contas de seus atos à Constituição, às leis e à sua consciência.³⁴²

Acresce-se, ainda, o princípio do promotor natural, pelo qual, somente o promotor do caso é que deve atuar no processo, pois ele intervém de acordo com seu entendimento, zelando pelo interesse público, garantia esta, destinada a proteger, principalmente, a lisura da atuação do órgão do Ministério Público, tanto em sua defesa quanto essencialmente em defesa da sociedade, que assistirá a instituição atuando técnica e juridicamente.³⁴³

Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto à tutela a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando apenas o Promotor cuja intervenção se justifique com base na lei, segundo suas convicções de bem e fielmente desempenhar seus encargos legais em interesse que envolvam direitos sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, “caput”, CF), tendo o legislador constituinte escolhido o Ministério Público como representante da soberania popular e depositado nele a confiança de proteger direitos sociais.

Dessa forma, o Ministério Público deve marcar sua atuação na busca da implementação dos direitos consagrados no artigo 6º da Constituição. Para tanto, seus representantes deverão agir como fonte de mobilização dos diversos atores sociais e de fomento das políticas públicas.³⁴⁴

6.2 A atuação do Ministério Público na defesa dos Direitos Sociais, Individuais Indisponíveis, Difusos e Coletivos

Legitimado constitucionalmente, reconhecido pela sociedade como representante de seus direitos, mais do que uma instituição essencial à Justiça, o Ministério Público é respeitado na sua atuação, desenvolvendo um papel imprescindível na sociedade.

³⁴² MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 338.

³⁴³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 519.

³⁴⁴ GONÇALVES, Leonardo A. **Direitos Sociais – Cidadania, Política e Justiça – O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidade e limites**. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 235.

Além da atuação já sedimentada, o Ministério público deve orientar sua atuação para o equacionamento de três demandas: a inclusão social, a ética nas relações públicas e a melhoria da qualidade de vida.³⁴⁵

O desafio do Ministério Público é se adequar às demandas sociais. Atuar como incentivador de entidades e organizações, influenciando positivamente as associações civis voltadas à defesa dos direitos sociais. Deve haver interação entre o Ministério Público e de seus agentes no meio social.

Como, por exemplo, falar-se do Ministério Público protegendo direitos humanos, direito à saúde ou direito do consumidor fora do contexto em que a sociedade se organiza para esses fins? Como se falar em proteção da infância sem uma relação estreita com os Conselhos Tutelares e, por via de consequência, sem conhecimento dos problemas que afligem a infância e a juventude nas diversas regiões da cidade? Na verdade, o que parece é que, o ponto básico de uma reordenação institucional seria exatamente uma inserção mais significativa do Ministério Público no meio social. A partir dessa inserção certamente a redefinição de prioridades e, por via de consequência, a reorganização da instituição afluíram quase que automáticas, ensejando o engajamento do Ministério Público na sua função de vanguarda das instituições públicas e o seu engajamento nas demandas sociais mais importantes.³⁴⁶

No que tange às políticas públicas, devem os representantes, em conjunto com a sociedade, identificar o problema a ser enfrentado, avaliar estratégias para enfrentar o problema, buscar solução e institucionalizar a solução do problema mediante a formulação de políticas públicas. Para isso, é necessária a participação da população, por meio de conselhos, audiências e até mesmo mobilização dos representantes do Ministério público no ambiente familiar e social, conscientizando as pessoas da importância da participação no processo de formulação das políticas públicas.³⁴⁷ E mesmo havendo mobilização social na busca de concretização dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas há inércia dos Poderes Públicos. Cabe ao Ministério Público agir como um agente fundamental, atuando como legitimado ativo em processos individuais e coletivos.³⁴⁸ Cabe ao Ministério

³⁴⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Ministério Público e defesa da cidadania. In: PINSKY, Jaime (Org.). **Práticas de Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2004, p. 24.

³⁴⁶ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Ministério Público e defesa da cidadania. In: PINSKY, Jaime (Org.). **Práticas de Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2004, p. 28-29.

³⁴⁷ GONÇALVES, Leonardo A. **Direitos Sociais** – Cidadania, Política e Justiça – O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidade e limites. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 238.

³⁴⁸ GONÇALVES, Leonardo A. **Direitos Sociais** – Cidadania, Política e Justiça – O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidade e limites. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 239.

Público buscar ser um meio de acesso à tutela adequada dos direitos sociais e indisponíveis.

Na implementação judicial de políticas públicas, o Ministério Público vem atuando seja por meio de ações coletivas, seja em defesa de direitos individuais indisponíveis, como por exemplo, direito à saúde, educação, saneamento básico, ordem urbanística, patrimônio público, meio ambiente, defesa de crianças e adolescentes, deficientes, idosos, entre outros.

Pode ainda o Ministério Público contribuir para admissibilidade dos processos envolvendo políticas públicas, seja por meio de ações explicitando razões que autorizam a iniciativa judicial, seja por meio de ativa participação como interveniente, aditando petição inicial, e suprimindo eventuais falhas que podem impedir o julgamento do mérito.

Além disso, destaca-se o papel do órgão do Ministério Público que atua como representante da sociedade civil perante a Administração Pública, agindo de forma independente e autônoma que por ter legitimação constitucional, tanto pode negociar com entes da Administração, como com entes privados, extrajudicial ou judicialmente, sem depender de autorização, pagamento de custas ou honorários para defender direitos ameaçados ou violados.³⁴⁹

No campo das políticas públicas relativas aos direitos sociais a intervenção do Ministério Público está ligada à concretização de um direito fundamental em especial: o acesso à justiça, uma vez que se apresenta como legitimado apto a cobrar e fiscalizar as ações do Poder Público.

Assim, temos que o direito ao acesso à Justiça passa pela atuação do Ministério Público, que possui como uma de suas funções a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição.

³⁴⁹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 113.

6.3 A Legitimação do Ministério Público na efetividade do acesso à justiça e do exercício da cidadania

Ao se deparar com o desafio de atender as necessidades sociais, reduzir as desigualdades, implementar políticas públicas eficazes e fiscalizar as ações governamentais, o Ministério Público apresenta-se como um meio adequado de acesso à justiça na tutela dos direitos sociais e indisponíveis.

O desafio é procurar instrumentos processuais aptos para assegurar esse princípio constitucional.

Tamanho importância é a proteção dos direitos sociais, que se questiona qual a melhor forma de se ter acesso à Justiça, não se contentando, apenas, com a garantia formal constitucional, mas, na expressão de Kazuo Watanabe, em um acesso à ordem jurídica justa, busca-se aperfeiçoar o sistema jurídico a partir de princípios constitucionais e assegurar valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana. Impõe-se o estudo do processo como instrumento de exercício da cidadania, adequado à pacificação social.

O acesso à ordem jurídica justa significa que não basta proporcionar ao jurisdicionado o acesso ao Poder Judiciário. Há necessidade de conferir ao Poder Judiciário condições mínimas e satisfatórias à justa composição do conflito pelo Estado.

O direito conferido à obtenção de uma tutela jurisdicional deve ser adequado à natureza do direito material, ao pedido requerido pela parte, que venha conferir ao jurisdicionado tudo aquilo e exatamente aquilo que tem o direito de obter, dentro de um período razoável para que seja útil e efetivo.³⁵⁰

Os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça não garantem apenas o direito a uma resposta jurisdicional, mas também o direito a uma tutela que seja capaz de realizar efetivamente o direito firmado pelo titular por meio da obtenção de uma tutela adequada, justa e necessária para a realidade social e para o direito material.

Por outro lado, nota-se a dificuldade e necessidade de aperfeiçoamento do ordenamento infraconstitucional no que se refere à construção de novas formas de

³⁵⁰ CARACIOLA, Andrea Boari; BARONE, Lourdes Regina Jorgeti. A legitimação do Ministério Público como forma de garantir o acesso à Justiça. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 142.

tutela jurisdicional, a fim de conferir maior agilidade ao processo, observando os institutos processuais clássicos e desenvolvendo novas técnicas, no intuito do dever do Estado em prestar a devida tutela jurisdicional.

Os modelos tradicionais de mediação de conflitos, predominantemente individuais, leva ao número excessivo de ações judiciais e demora na efetividade da tutela jurisdicional.

Não é por menos que no Anuário da Justiça, lançado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no dia 15 de agosto de 2018, constatou que:

O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou, em um ano, mais de 40 mil casos tendo como objeto a saúde. Da falta de um remédio simples em um posto de saúde público à autorização para uma complexa cirurgia fora do país, juízes e desembargadores lidam diariamente com enorme variedade de pedidos. Estão permanentemente no fio da navalha ao terem de decidir entre o direito fundamental à vida e os custos que esse direito impõe ao Estado e à sociedade. Na Seção de Direito Público, foram julgados 14 mil recursos. Quase 10 mil deles se referiam a pedidos de medicamento, tema que em 2017 ocupou o quinto lugar entre as maiores demandas da seção. Em 2016, esses pedidos ocuparam o terceiro lugar no ranking de temas mais discutidos. A Seção de Direito Privado fechou 2017 com mais de 25 mil julgamentos referentes a planos de saúde, que alcançaram o primeiro lugar entre os assuntos mais julgados.³⁵¹

Preocupado com o crescente número de demandas judiciais e com a duração razoável do processo, que comprometem a qualidade da prestação jurisdicional, o novo Código de Processo Civil de 2015 criou alguns institutos que uniformizam o entendimento dos Tribunais superiores e formam precedentes a serem observados nos julgamentos das instâncias inferiores. Para isso, o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), julgamentos de recursos especiais e extraordinários repetitivos visam promover a igualdade, geram uma postura estável e coerente, além de preservar a segurança jurídica.

O procedimento prevê a escolha de um recurso paradigma a ser julgado e a suspensão dos demais processos até que o Tribunal fixe posicionamento sobre o assunto. Decidindo no caso concreto, torna-se precedente obrigatório a ser observado pelas instâncias inferiores.

³⁵¹ CREPALDI, Thiago; MORAES, Claudia. **Com judicialização da saúde, juízes passam a ditar políticas públicas do setor.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/judicializacao-saude-juizes-passam-ditar-politicas-publicas-setor>. Acesso em: 18 ago. 2018.

Fixado o entendimento, é sabida a posição do Poder Judiciário sobre aquela determinada matéria e caso o jurisdicionado esteja em situação oposta, saberá previamente a inviabilidade de êxito no seu direito, impedindo, por via reflexa, o ingresso de ação judicial e dificultando o acesso à justiça.

Muitos autores defendem a inconstitucionalidade do instituto do IRDR. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery sustentam ofensa à independência funcional dos juízes e separação funcional dos poderes, porque impede que o juiz julgue com base em sua convicção e o precedente vincula como se tivesse força obrigatória de lei; ofensa ao contraditório (art. 5º, LVI) porque julgando antecipadamente com base no precedente pode impedir que a outra parte se manifeste; ofensa à garantia do direito de ação (art. 5º, XXXV); ofensa ao sistema constitucional dos juizados. Inexistência de vínculo de subordinação.³⁵²

Nesse sentido, há necessidade de se buscar instrumentos processuais que atendam às demandas sociais, prestigiam o trabalho do Judiciário e ao mesmo tempo não dificultam o acesso à Justiça.

Tendo por análise o acesso à Justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth ao escreverem sobre o tema acesso à justiça, apresentaram três “ondas renovatórias”, que revelam o caminho rumo ao mencionado princípio constitucional: a primeira se refere a assistência jurídica aos necessitados, visando superar obstáculos de natureza econômica; a segunda diz respeito às reformas necessárias à legitimação da tutela dos direitos difusos e coletivos, como tutela ao meio ambiente e direitos do consumidor; a terceira onda renovatória relaciona-se a medidas desburocratizantes, como a busca por procedimentos mais acessíveis, céleres e econômicos e a promoção de uma Justiça coexistencial, baseada na conciliação e no critério da equidade social distributiva.³⁵³

Em um Estado de Direito, ao sobrelevar a democracia participativa e a valorização da cidadania, busca-se efetivar o acesso à justiça e faz prever no ordenamento jurídico elementos fornecedores desse aspecto sob o objetivo da igualdade material. Destaca-se o artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, que conferiu

³⁵² MIRANDA, Gilson Delgado. **Teoria geral dos Direitos Difusos e Coletivos** - Incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas [Aula assistida] ministrada no dia 26 de junho de 2017, no curso de pós-graduação *stricto sensu* [Mestrado em Direitos Difusos e Coletivos], realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

³⁵³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie North Fleet, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

legitimidade concorrente e disjuntiva ao Ministério Público, Defensoria Pública, entes estatais e associações.³⁵⁴

A Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor em conjunto apresentaram uma grande evolução na defesa e processamento das demandas coletivas, de massa, rompendo com o modelo clássico de tutelas de natureza individual.

Os processos coletivos mostram-se muito eficazes. Uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público, representando interesses de toda coletividade, de relevância social, cuja decisão favorável possa beneficiar a todos os titulares do direito material objeto do litígio, apresenta-se como um instrumento viável ao Poder Judiciário como forma de proferir uma única decisão, com efeitos “erga omnes”, que não vincula demais juízes e tribunais e mais: não impede a propositura de ações individuais ou de novas ações coletivas se o julgamento for de improcedência para a coletividade, respeitando-se o acesso à justiça de todo aquele que sentir seu direito ameaçado ou violado.³⁵⁵

Sobre os efeitos da coisa julgada no processo coletivo, ensina Patrícia Miranda Pizzol que a coisa julgada nas ações coletivas vem disciplinada nos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor.³⁵⁶

Em se tratando de interesse ou direito difuso (inciso I do parágrafo único do artigo 81), sendo promovida ação coletiva por um dos legitimados do artigo 82 (ou por mais de um em litisconsórcio), a coisa julgada será *erga omnes*, salvo se o pedido deduzido em juízo for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (inciso I do art. 103).

Se o interesse ou direito for coletivo *stricto sensu* (inciso II do parágrafo único do artigo 81), formar-se-á coisa julgada *ultra partes* para o grupo, categoria ou classe, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, caso em que, assim como na hipótese anterior, poderá qualquer legitimado propor nova ação, desde que com nova prova (inciso II do artigo 103).

³⁵⁴ CARACIOLA, Andrea Boari; BARONE, Lourdes Regina Jorgeti. A legitimação do Ministério Público como forma de garantir o acesso à Justiça. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 149.

³⁵⁵ PIZZOL, Patrícia Miranda. **Direito Processual Civil**. [Aula assistida], ministrada no dia 09 de agosto de 2018, no curso de Graduação em Direito, realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

³⁵⁶ PIZZOL, Patrícia Miranda. **A coisa julgada nas ações coletivas**. Disponível em: http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf. Acesso em: 09 jun. 2016.

Nas duas hipóteses supramencionadas, conforme o preceito contido no §1º do art. 103 do CDC, os efeitos da coisa julgada "não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe", ou seja, não ficarão impedidos os indivíduos de promover as respectivas ações individuais, com o fito de obter o reconhecimento do seu direito individual.

Se o direito for individual homogêneo (inciso III do parágrafo único do artigo 81), a coisa julgada será *erga omnes*, no caso de procedência do pedido (art. 103, III, do CDC). Em outras palavras, a vítima ou seu sucessor poderá promover liquidação e/ou execução fundada na sentença de procedência, não sendo necessário o ajuizamento de ação condenatória. Sendo este julgado improcedente, poderá o indivíduo promover sua ação individual condenatória, desde que não tenha ingressado no processo coletivo como litisconsorte ou assistente litisconsorcial (art. 103, §2º, do CDC).³⁵⁷

Como se vê, o processo coletivo possui o sistema de efeitos da coisa julgada "segundo o evento da lide" (*secundum eventum litis*), que significa que, dependendo do resultado do processo, poderá a sentença fazer coisa julgada erga omnes ou ultra partes (conforme a categoria de direito coletivo em que se fundou a ação). Contudo, não impede que aquele que teve seu direito material violado ingresse com ação individual pleiteando reparação.

Em se tratando de ação coletiva, destaca-se a atuação do Ministério Público, que legitimado a propor uma única ação em defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, garante o acesso à justiça e proporciona a segunda onda renovatória proposta por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Além disso, busca sentença de procedência, que pode ser aproveitada a todos, sem que tenham a necessidade de propor suas ações individuais e depender da sorte do julgamento, evita julgamentos contraditórios, prestigiando a isonomia e proporciona economia de demandas judiciais sem comprometer o acesso à justiça.

Tradicionalmente, o Ministério Público sempre se destacou por exercer duas funções: ser fiscal do ordenamento jurídico e titular da ação penal pública. Entretanto, além dessas atuações, o Ministério Público vem incorporando novas atuações, passando por sensíveis transformações no ordenamento jurídico, permeado por um processo de reconstrução institucional, fato este relacionado à

³⁵⁷ PIZZOL, Patrícia Miranda. **A coisa julgada nas ações coletivas**. Disponível em: http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf. Acesso em: 09 jun. 2016.

normatização dos direitos coletivos e à emergência de novos instrumentos processuais, culminando com o alargamento do acesso à justiça, bem como ser legitimado para propor ação civil pública, instrumento processual apto a defender interesses que possam ser efetivamente representados.

E caso não haja um pedido judicial uniforme a ser feito, como no caso do direito a saúde em que se pede ora medicamento, ora tratamento, a ação civil pública, ou outros instrumentos, como recomendações e inquéritos civis fomentam a construção de políticas públicas que promovem ação governamental, participação da população, conscientização, acesso a informação e campanhas de prevenção de doenças, tudo o que for possível para proporcionar melhor qualidade de vida e evitar, assim, o ingresso de demandas individuais.

A fiscalização de políticas públicas evita a propositura de demandas judiciais, diminuindo a sobrecarga do Judiciário, impede que os direitos para serem atendido necessitem de judicialização e impede que liminares concedidas interrompam uma ordem de atendimento nas filas por medicamentos ou vagas em creches e escolas.

Tanto são eficazes as ações coletivas, que quando ações individuais são ajuizadas, deparando-se o juiz com a notícia a respeito de um direito violado, para se evitar o acúmulo de demandas, o artigo 139, inciso X, do Código de Processo Civil prevê a possibilidade do juiz oficial Ministério Público, Defensoria Pública e demais legitimados a promoverem a respectiva ação coletiva.

Pela via da ação civil pública é permitido, também, ao Ministério Público incrementar políticas públicas relativas ao meio ambiente, direito do consumidor e proteção a grupos sociais vulneráveis.³⁵⁸ Nas palavras de João Batista de Almeida:

Não vejo porque não prestigiar a tese que admite o uso da ação civil pública quando o pedido é implementação de políticas públicas, pois do contrário, o administrador ficaria totalmente livre para descumprir normas constitucionais e dispositivos legais, inclusive orçamentários, sem poder ser compelido na via judicial ao respectivo cumprimento. Nesse caso, poderiam ser enquadrados, por exemplo, o fornecimento de ensino fundamental obrigatório, o transporte escolar, a aplicação do mínimo de 25% das receitas de impostos municipais em educação. A não implementação das políticas públicas nas áreas mencionadas implica descumprimento de normas cogentes da constituição Federal (artigo 208, §1º, 2º e 3º), que pode ser reparado por via da ação referida. O mesmo seja dito em relação à saúde

³⁵⁸ SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas** – reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 178-179.

(artigo 196 e ss), à cultura (artigo 215 e ss) e à família, criança, adolescente e ao idoso (art. 227 e ss).³⁵⁹

Além disso, o artigo 3º da Lei de Ação Civil Pública e o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor admite qualquer tipo de pedido a ser formulado na ação civil pública, podendo ter por objeto a condenação em dinheiro, obrigação de fazer ou não fazer. As políticas públicas, cujo objeto tenha previsão constitucional, não podem ser consideradas uma questão discricionária do administrador. A implementação do programa governamental é um dever do administrador, que, caso não venha a realizá-la, pode ser demandado judicialmente por meio de ação civil pública.

O papel do Ministério Público, como representante da sociedade, atuando tanto como parte, como fiscal da lei, é imprescindível para a consecução das políticas públicas, uma vez que sua atuação não se refere tão somente à tutela um direito subjetivo, mas a interesse de relevância social, fomentando a participação pública por meios jurídicos e agindo como instrumento de racionalização do Judiciário.

Ao que se pode constatar, a ação civil pública apresenta-se como um instrumento adequado para controlar e exigir a elaboração e implementação dos direitos e garantias constitucionais.

Destaca-se o Ministério Público como importante agente em prol do acesso à Justiça e no exercício da cidadania.

6.4 Ministério Público e as Políticas Públicas

No âmbito das políticas públicas, o Ministério Público intervém em diversos segmentos, colaborando com ações governamentais a implementação de tutelar direitos sociais, indisponíveis e coletivos.

Assim, por exemplo, o Plano Geral de Atuação do MP-SP³⁶⁰ prevê para áreas de atuação das Promotorias de Justiça de Direitos Humanos (que

³⁵⁹ ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controversos da ação civil pública**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

compreende pessoa com Deficiência, Idoso, Inclusão Social, Saúde Pública), para população em situação de rua, uma ação intersetorial para garantir direitos, resgatar autoestima, e reorganização de projetos de vida. Incentivar a implantação e fiscalizar o funcionamento de abrigos e albergues, com qualidade, com caráter inclusivo e de resgate da cidadania, além de criar programas de qualificação profissional e geração de emprego. Na área de saúde pública, busca-se, entre outros objetivos, a implementação de espaços essenciais para higiene pessoal, na área de habitação e urbanismo, garantir programas habitacionais, priorizando população de baixa renda e em situação de rua. No âmbito do meio ambiente, deve-se integrar políticas sociais com geração de emprego e renda para o combate à pobreza urbana, em especial de catadores de materiais recicláveis e população em situação de rua e no âmbito cível, fomentar e participar de mutirões para emissão de registro civil de nascimento.

Na área do Idoso, a atuação ministerial prioriza política de atendimento e valorização da pessoa idosa e promoção de sua participação na sociedade. Sob uma atuação integrada, visa expandir programas de serviços básicos de saúde (arts. 15 a 19 do Estatuto do Idoso), garantir que os programas habitacionais projetados, em construção ou entregues, observem o artigo 38 do Estatuto do Idoso. Na área do consumidor, fiscalizar de planos de saúde; e contratos de prestação de serviços (art. 50, inciso I do Estatuto do Idoso).

No que diz respeito a pessoa com deficiência, almeja-se oferecer vida independente e inclusão na comunidade. Busca-se realizar o mapeamento das instituições de asilamento de pessoas com deficiência, avaliar as condições de vida e atendimento às pessoas com deficiência nas instituições asilares no Estado de São Paulo. Contribuir para o desenvolvimento de uma política de implantação de residências inclusivas para pessoas com deficiência e outras medidas alternativas de promoção da vida independente.

Com relação à saúde pública, a ação ministerial possui a meta de implementação e Fortalecimento da Atenção Primária em todos os municípios paulistas, consistente em um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrangem a proteção e a promoção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação e a manutenção da saúde. (Portaria nº

³⁶⁰ BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Plano Geral de Atuação**. Ato Normativo nº 721-PGJ, de 16/12/2011, que estabelece plano geral de atuação do Ministério público para o ano de 2012. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/corregedoria_geral/Atos. Acesso em: 28 ago. 2018.

648/GM, de 28 de março de 2006). Além disso, possui a meta de garantir proteção de pessoas acometidas de transtorno mental: acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde.

Quanto à habitação e urbanismo, a instituição preocupa-se em exigir políticas públicas de proteção dos moradores em áreas de risco, bem como planejamento urbano para mobilidade urbana, polos geradores de tráfego e transporte.

No que tange ao meio ambiente, preocupa-se com o acesso ao saneamento básico, esgoto, coleta de lixo, além de cobrança da implantação de políticas públicas de educação ambiental.

Já para infância e juventude, visa incentivar ações para implementação de políticas públicas, para a garantia do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária e a fiscalização das entidades de acolhimento.

Na área do consumidor procura-se em realizar ações para fiscalizar e coibir a falta de prestação ou a prestação inadequada de serviços públicos, sejam eles executados diretamente pela Administração ou por empresas privadas sob regime de concessão, serviços esses relativos a prestação de energia elétrica, serviço de água e esgoto e transportes públicos.

Por fim, no âmbito da educação, cobra-se implementação de políticas públicas de creches e pré-escolas.³⁶¹

Como se vê, há um extenso rol de atuação do Ministério Público, consistente em fiscalizar e exigir as ações governamentais em parcerias com agentes do setor privado, no intuito de atender as necessidades da população. Uma vez definida a atuação ministerial, é preciso retomar no que consiste os direitos difusos e coletivos e como são tutelados, para que possam ser identificados no caso concreto, bem como é preciso estudar quais medidas processuais e extraprocessuais devem ser adotadas para que toda atuação do Ministério Público acima descrita seja mais efetiva.

³⁶¹ BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Plano Geral de Atuação**. Ato Normativo nº 721-PGJ, de 16/12/2011, que estabelece plano geral de atuação do Ministério público para o ano de 2012. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/corregedoria_geral/Atos. Acesso em: 28 ago. 2018.

6.5 A Ação Coletiva como Instrumento de Controle das Políticas Públicas

6.5.1 Os Direitos Difusos e Coletivos

Conforme já mencionado neste trabalho, não se nega a existência do direito público (relação do indivíduo com o Estado) e do direito privado (relação entre particulares). Ocorre que essa divisão se tornou fluida, abrindo espaço para os interesses coletivos, principalmente com o surgimento da sociedade de massa.³⁶²

Além disso, nem sempre os governantes atendiam efetivamente o interesse público, fazendo o que era melhor para a coletividade. Políticas sociais precárias, malbaratamento dos recursos públicos, omissão do Estado, prejudicaram a relação Estado e o indivíduo, fazendo surgir a necessidade de se proteger interesses que dizem respeito a toda sociedade.

Diante da necessidade de regulamentar essa dispersão de interesses, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 81, parágrafo único, inciso I, definiu os interesses difusos como sendo aqueles de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indetermináveis e ligadas por circunstâncias de fato.

Compõem o mais alto grau de dispersão, em uma escala entre os interesses exclusivamente individuais e aqueles representativos da sociedade e, como exemplo, pode-se citar o direito à pureza do ar atmosférico, à pureza da água, à publicidade honesta, que não induza o consumidor a erro, o direito ao uso correto do solo urbano, a retirada de produto nocivo do mercado e a anulação de cláusula contratual no tocante aos futuros e eventuais contratantes.

O que motiva a tutela jurisdicional nos interesses coletivos, não é a violação de direito público subjetivo, mas a relevância social do interesse, que no caso de difusos, afeta uma imensa pluralidade de sujeitos, sendo esse o motivo da procedência da ação civil pública em fazer coisa julgada erga omnes.³⁶³

A segunda modalidade de interesses metaindividuais, prevista no artigo 81, parágrafo único, II, do CDC, diz respeito aos interesses coletivos, cujos titulares são um grupo, categoria, ou classe de pessoas, ligadas por uma relação jurídica básica.

³⁶² SHIMURA, Sérgio Seiji. **Tutela Coletiva e sua Efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p. 26.

³⁶³ SHIMURA, Sérgio Seiji. **Tutela Coletiva e sua Efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p. 28.

Um dos traços característicos desse interesse é o vínculo jurídico, que reúne pessoas a formar um grupo, ou categoria coeso e uniforme, submetidos a mesma situação jurídica. Por esse motivo é possível uma única tutela jurisdicional e a sentença de procedência faz coisa julgada ultra partes, limitada ao grupo, categoria ou classe.

Como exemplo de grupos e categorias, pode-se mencionar os sindicatos, associações, partidos políticos, ou um grupo de consumidores, como, por exemplo, pleitear em juízo anulação de contratos de adesão elaborados por determinado fornecedor, ou contratos bancários, prestação de serviço de água, luz e energia.

Por fim, a terceira modalidade de interesses coletivos, denomina-se individuais homogêneos, unidos por uma origem comum, igual aos difusos, só que aqui é possível a determinação dos sujeitos e a divisibilidade da lesão (artigo 81, parágrafo único, inciso III, CDC).

Trata-se de interesses individuais, que por serem uniformes, são tutelados coletivamente em uma demanda única.³⁶⁴

Convém destacar que um mesmo fato pode vir a caracterizar ofensa a interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos, sem excluir eventual ofensa a direito individual. É o que ocorre, por exemplo, no caso de poluição de um rio, que pode acarretar lesão a toda a população (difuso), a moradores de um bairro prejudicados com o ato ilícito (coletivos), e ainda à saúde de determinada pessoa (direito individual).

Outro exemplo é o lançamento de um remédio no mercado, que nocivo à saúde, pode ensejar ofensa à direitos difusos e individuais puros ou homogêneos. Se determinada pessoa sofreu danos, fica aberta a via para, valendo-se da coisa julgada *in utilibus* (beneficiar vítimas e sucessores – artigo 103, III, CDC), promover liquidação e execução particularizada.³⁶⁵

Nota-se que com a propositura de ação coletiva proporciona-se aos cidadãos cultural e economicamente mais fracos um verdadeiro acesso aos Tribunais. Com a projeção dos efeitos da coisa julgada a todos, o indivíduo tem a facilidade de ser beneficiado, de buscar seu direito sem que haja necessidade de propor demanda judicial individual, obtendo, assim, a respectiva reparação do dano.

³⁶⁴ SHIMURA, Sérgio Seiji. **Tutela Coletiva e sua Efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p. 30.

³⁶⁵ SHIMURA, Sérgio Seiji. **Tutela Coletiva e sua Efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p. 32.

O processo coletivo apresenta-se mais eficaz, quando, por exemplo, um consumidor é lesado pela venda de um produto ou prestação de um serviço. Nessa hipótese, é provável que o único consumidor não se anime a promover a sua demanda individual na busca por reparação devida, seja por não compensar a perda de tempo, seja por eventual reparação diminuta. Se, porém, o caso repetir por diversas vezes, a demanda coletiva mostra-se adequada para dar vazão a diversas questões diluídas na sociedade.³⁶⁶

Além disso, pode o consumidor lesado não dispor de capacidade técnica ou condições financeiras para arcar com os custos do processo para enfrentar o causador da lesão, e o tempo do processo, fatores que podem causar desestímulo de enfrentar uma lide. Sem contar a propositura de diversas demandas judiciais, sobre a mesma situação fática, levando a possibilidade de decisões contraditórias e sobrecarga do Poder Judiciário.

Todas as circunstâncias acima mencionadas demonstram que a ação coletiva se apresenta como um instrumento viável para atender as necessidades da sociedade, garantir o acesso à justiça de forma eficaz e racionalizar o trabalho do Poder Judiciário.

6.5.2 Microssistema Processual Coletivo

No intuito de atender os referidos fatores e regulamentar o processo coletivo, é que surgiu a Lei nº 7347/1985, como instrumento de implementação da tutela dos direitos transindividuais, como mecanismo mais abrangente e sistematizado para prevenir e reparar danos causados aos direitos difusos e coletivos.

A ação civil pública foi alcançada ao nível constitucional com a Constituição Federal de 1988, outorgando legitimidade para alguns entes, como Ministério Público, sindicatos, partidos políticos, associações, na defesa dos direitos coletivos *latu sensu*. Além disso, a Constituição Federal previu direitos sociais como saúde, educação, moradia, entre outros, na busca de conferir existência digna a todos e reduzir desigualdades.

³⁶⁶ SHIMURA, Sérgio Seiji. **Tutela Coletiva e sua Efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p. 36.

Posteriormente, sobreveio o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/1990), que autorizou o Ministério Público a zelar pelos interesses meramente individuais (art. 201, III e IV) em atendimento aos princípios da prioridade absoluta e proteção integral, considerando a qualidade do direito e não a quantidade de pessoas envolvidas (art.227, CF e artigos 1º e 4º, do ECA).

Ainda em 1990, o Código de Defesa do Consumidor passou a regulamentar os direitos coletivos, os efeitos da coisa julgada e execução da sentença coletiva e individual. Interagindo com a LACP, formaram um microsistema de proteção dos direitos difusos e coletivos.

Depois, surgiu a Lei de Improbidade administrativa (Lei nº 8429/1992), cuja finalidade é tutelar o erário público, bem difuso, cujo interesse consiste no direito a uma administração pública honesta.

Por fim, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10741/2003) veio disciplinar os direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos do idoso, no que tange ao direito à saúde, atendimento especializado ao deficiente ou portador de doença infectocontagiosa, além do serviço de assistência social.

Diante dessa gama de direitos, passou-se a questionar quem teria legitimidade para representar direitos transindividuais.

6.5.3 Legitimidade para Agir

Não só o interesse fundamenta a tutela jurídica por meio do processo, mas também a legitimidade para ingressar em juízo. Embora interesse e legitimidade sejam pressupostos processuais, esta última haure seu conteúdo a partir da situação jurídica de direito material, que lhe é subjacente. Assim, aquele que teve seu direito violado, por exemplo, possui legitimidade para ingressar em juízo e pleitear reparação.

Todavia, em se tratando de interesses que transcendem a pessoa do indivíduo, discute-se quem tem legitimidade para representar interesses que dizem respeito a toda coletividade, envolvendo pessoas que muitas vezes sequer são determinadas.

No que diz respeito aos interesses difusos, não é possível buscar a legitimidade na titularidade da pretensão, em razão de sua natureza. Foi necessário romper com a tradicional identificação da titularidade do direito, que autorizava o ingresso em juízo, para se buscar alguém que tivesse capacidade e idoneidade e pudesse representar adequadamente os interesses coletivos.

A legitimação agora se apresenta como um poder de agir, ou seja, na escolha objetiva procedida pelo legislador, dentre vários interessados na tutela jurisdicional, de representar interesses que transcendem a pessoa do indivíduo e que possuem relevância social, devendo o escolhido apresentar um *plus*, uma qualidade, que se destaca dos demais, que seja idôneo, adequado, apto, for *justa parte* e com poder para servir como portador judicial de interesse metaindividual e para pleitear em juízo tutela adequada desses interesses.³⁶⁷

Mancuso define justa parte como um órgão ou entidade organizado, que seja portador de interesses coletivos em sentido estrito, ou um cidadão, um órgão público, ou grupo social que pretenda representar certos interesses, cuja fluidez do objeto e indeterminação da titularidade não permitem a afetação de um único titular exclusivo, no caso dos interesses difusos.³⁶⁸

Busca-se legitimados a propor uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito ou interesse metaindividual. Representante aqui tem a função de porta-voz: o autor da ação coletiva é um porta-voz dos interesses da coletividade em juízo.³⁶⁹

No ordenamento jurídico brasileiro a lei optou por previamente elencar pessoas e entidades como legitimados para tutelar os direitos difusos em juízo.

A Lei de Ação Civil Pública, Lei nº 7347/85, a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor em 1990 apresentaram um rol de legitimados, tais como Ministério Público, Defensoria Pública (inserida posteriormente com a publicação da Lei nº 11.448/2007), pessoas jurídicas da administração direta e indireta, além de associações, que poderiam, ao substituir aqueles que tiveram seus direitos ameaçados ou violados, propor uma única ação, para tutelar direitos difusos e coletivos, que procedente, beneficiaria todos os interessados.

³⁶⁷ SHIMURA, Sérgio Seiji. **Tutela Coletiva e sua Efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p. 170-171.

³⁶⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos – Conceito e Legitimação para agir**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 178.

³⁶⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Ações coletivas em espécie: ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo. In: GOMES, Luiz Flavio; BIANCHINI Alice (Coords.) **Direitos difusos e coletivos II**. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 35, p. 30.

A legitimidade possui as características de ser concorrente e disjuntiva, pois cada um dos legitimados pode ajuizar ações coletivas, autonomamente ou em litisconsórcio uns com os outros. É concorrente, porque a lei (artigo 5º da LACP e artigo 82 do CDC) contemplou mais de um legitimado ativo para agir em defesa de interesses transindividuais e é disjuntiva, porque os legitimados podem agir de forma independente sem a necessidade de comparecerem em litisconsórcio.³⁷⁰

A vantagem de se ter pluralidade de legitimados é que possam agir de forma autônoma, o que permite uma tutela mais efetiva. Essa pluralidade foi acolhida pela Constituição Federal, quando no seu artigo 129, §1º, afirma que a legitimação do Ministério Público não impede a de terceiros, segundo disposto na Lei e na Constituição.

O Ministério Público passou a se destacar em relação aos demais legitimados ativos a partir da publicação da Lei nº 7347/1985, com a Constituição Federal de 1988 e posteriormente com a legislação infraconstitucional, que realçaram a postura da instituição em defesa dos interesses da sociedade. Agindo em defesa dos interesses difusos e coletivos, prestigiou sua condição de agente de transformação social, comprometido com a efetivação do Estado Democrático de Direito.³⁷¹

A Constituição Federal de 1988 no artigo 127 afirma que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O artigo 129, por sua vez, arrola suas funções institucionais. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8625/1993) e a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo (Lei Complementar nº 7334/93) também estabelecem inúmeras atribuições. Há, ainda, no ordenamento jurídico pátrio, previsão de atuação do Ministério Público, seja como parte, seja como fiscal da lei, como na Lei nº 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei nº 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), entre outras.

A atuação do Ministério Público no tema decorre não só da legitimidade constitucional, mas também da elevada conotação social, uma vez que é

³⁷⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 417.

³⁷¹ FERRARESI, Eurico. A responsabilidade do Ministério Público no Controle das Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 489.

responsável por representar interesses que abrange um grupo bastante disperso de pessoas, como meio ambiente, probidade administrativa, saúde, segurança pública, patrimônio público, que envolve toda coletividade.

Os incisos III e IV do artigo 5º da Lei nº 7347/85, também preveem que ação civil pública pode ser ajuizada pelos entes políticos (União, Estados e Municípios) e seus órgãos da administração indireta (autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas pública).

Além disso, a Defensoria Pública foi inserida no rol do artigo 5ª da LACP, pela Lei nº 11.484/2007, como um dos entes legitimados a propor ação civil pública.

Por fim, as associações civis, abrangendo aquelas de natureza privada sem fins lucrativos, que geram ou produzem bens e serviços em áreas de relevante interesse público ou social, como também cooperativas, sindicatos, partidos políticos, entidades de classe, estão previstas no rol de legitimados.

Discute-se se as associações necessitam obter autorização expressa dos seus associados para que possam atuar em juízo. Isso porque o artigo 5º XXII, da Constituição Federal afirma que as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

Como a Lei Maior fala em representar, pode haver a interpretação no sentido que se cuida de representação processual em sentido estrito, ou seja, os filiados forneçam uma autorização de forma expressa e específica para a propositura da ação, que pode ser manifestada por declaração individual do associado; ou por aprovação na assembleia geral da entidade.

Para Hugo Nigro Mazzilli, não caso de ação civil pública, agindo dentro das finalidades da instituição, a associação não precisa de procuração de seus associados para defender do grupo.³⁷²

Continua o mencionado autor sustentando que a lei 7347/85 passou a permitir que as associações civis exercitassem a defesa de interesses transindividuais do grupo, categoria, classe de pessoas que as componham desde que observados os requisitos de representatividade adequada. As associações alcançaram assim,

³⁷² MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 395.

legitimidade para defender em ação civil pública ou coletiva, tanto seus associados como não associados.³⁷³

O artigo 82, IV do Código de Defesa do Consumidor dispõe que as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluem entre as suas fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esse Código, podem ajuizar a ação coletiva, dispensada, porém, a autorização assemblear. Assim preferiu o Código porque se a associação incluir entre seus fins institucionais a defesa de interesses coletivos já terá havido bastante autorização estatutária.³⁷⁴

Contudo, recente julgamento do STF posicionou-se no sentido da necessidade de a pessoa esteja filiada no momento da propositura e seja residente no âmbito da jurisdição do órgão julgador para que possa ser beneficiada pela sentença favorável. Vejamos:

A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento. (STF. Plenário. RE 612043/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/5/2017) (repercussão geral) (Info 864).

Para o STF, a autorização estatutária genérica conferida à associação não é suficiente para legitimar a sua atuação em juízo na defesa de direitos de seus filiados.

Assim, para cada ação a ser proposta é indispensável que os filiados forneçam uma autorização de forma expressa e específica.

A decisão do magistrado está de acordo com a jurisprudência do STF. O tema foi decidido pelo STF em sede de repercussão geral, tendo sido firmada a seguinte tese:

O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos

³⁷³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 396.

³⁷⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 398.

associados. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial. STF. Plenário. RE 573232/SC, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, julgado em 14/5/2014 (repercussão geral) (Info 746).

E ainda o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.494/97 corrobora essa exigência ao determinar que nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços, tendo sido a referida lei declarada constitucional pelo STF (no julgamento do RE 612043/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/5/2017).

Importante ressaltar que essa autorização é um traço que distingue a legitimidade das entidades associativas (art. 5º, XXI) em relação à legitimidade das entidades sindicais (art. 8º, III). Isso porque a associação atua como representante processual (atua em nome dos associados), enquanto o sindicato atua como substituto processual (em nome próprio defendendo direito alheio). Em se tratando de mandado de segurança coletivo impetrado por associação, dispensa-se autorização específica, conforme prevê o artigo 5º, LXX, b, CF, havendo, inclusive a súmula 629-STF (a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes).

Sustenta o julgado submetido à repercussão geral que no momento em que a associação ajuíza a demanda, deverá juntar aos autos autorização expressa dos associados para a propositura dessa ação e uma lista com os nomes de todos as pessoas que estão associadas naquele momento. Caso a ação seja julgada procedente, o título executivo irá beneficiar apenas os associados cujos nomes estão na lista de filiados juntada com a petição inicial. Não serão beneficiadas pelo julgado as pessoas que vierem se filiar depois da propositura da ação. O motivo desse posicionamento seria o respeito ao princípio do devido processo legal, pois por meio dela, presente a relação nominal, é que se viabiliza o direito de defesa, o contraditório e a ampla defesa.³⁷⁵

³⁷⁵ INFORMATIVO COMENTADO 864. In: **Dizer o Direito**. Disponível em:

Todavia, faz-se necessário ressaltar que a discussão, na verdade, refere-se ao tipo de legitimidade, se se trata de substituição processual ou representação processual. Isso porque no caso da substituição, o legitimado atua em juízo em nome próprio para defesa de direito alheio (legitimidade extraordinária) e quando se tratar de representação ele atua na defesa de direito alheio em nome alheio.³⁷⁶

Observa Mazzilli que havendo previsão no estatuto social, se a ação for individual, supondo-se representação processual, há necessidade de autorização expressa, mas em se tratando de ação coletiva, não se pode exigir os mesmos requisitos da representação processual, pois os legitimados ativos não agem por representação, mas por substituição processual.³⁷⁷

Segundo o mencionado autor, as ações que versem defesa de interesses difusos, é ainda mais absurdo e despropositado querer juntar à petição inicial a relação de nomes e endereços de associados, ou pretender que a imutabilidade da sentença só abranja os associados, que tenham na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. Isso porque o proveito pretendido na ação civil pública que verse sobre direito difuso será sempre indivisível e ainda porque o grupo, classe ou categoria será indeterminável. Para o autor, exigir relação de nomes e endereços dos associados representa uma dificuldade ou um empecilho para defesa do direito.³⁷⁸

Quando uma associação defende um interesse difuso ou coletivo, é porque está buscando um proveito em favor daquele grupo lesado, estando ou não associado. Isso é inevitável dado o caráter indivisível dos interesses difusos e coletivos. Assim, se uma associação de defesa do meio ambiente ou do consumidor ajuíza ação civil pública pela qualidade do ar, ou para combater propaganda enganosa, eventual procedência beneficiará não apenas os associados. Da mesma forma, se uma associação de defesa dos moradores do bairro pretende impedir o

<https://www.dizerodireito.com.br/2017/06/informativo-comentado-864-stf.html>. Acesso em: 13 jun. 2018.

³⁷⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 396. PIZZOL, Patrícia Miranda. **A coisa julgada nas ações coletivas**. Disponível em: http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf. Acesso em: 09 jun. 2016.

³⁷⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 387.

³⁷⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 393.

lançamento de poluentes na represa que abasteça água potável não só o próprio bairro, mas toda a cidade, a procedência beneficiará associados ou não.³⁷⁹

Entender de forma diversa é violar a própria natureza do direito coletivo.

Considera o autor que o artigo 2º da Lei 9494/97 inconstitucional, porque impedir que uma entidade associativa defenda interesses de associados que não tenham domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator equivale a negar acesso à jurisdição coletiva.

E quanto ao argumento de possível violação a ampla defesa e contraditório do não associado representado na ação coletiva, é preciso mencionar a possibilidade de ingressar na ação coletiva na qualidade de assistente litisconsorcial e, portanto, participar de todos atos do processo e ser beneficiado pela eventual procedência coletiva.

Ainda no que diz respeito às associações, optou o legislador não só por conferir o poder de agir a determinada associação regularmente constituída, como também exigir representatividade adequada, consistente na exigência da associação ter dentre suas finalidades institucionais a defesa de direitos coletivos compatíveis com a defesa realizada em juízo, bem como o fato de estar constituída há pelo menos um ano (artigo 5º, V, da Lei nº 7374/85).³⁸⁰

No que tange à representatividade adequada, discute-se se há necessidade ou não de o juiz aferir no caso concreto essa representatividade. Isso porque discute-se se a pré-constituição de um ano e a previsão no estatuto da possibilidade de defesa dos direitos coletivos decorrem da lei, sendo assim requisitos objetivos e uma vez presentes já seriam suficientes, ou se cabe ao juiz deve verificar no caso concreto se a associação realmente representa a coletividade.

Nota-se que essa representatividade adequada possui natureza de pressuposto processual específico e não condição da ação coletiva (como legitimidade ou interesse de agir), pois é possível o juiz dispensar a pré-constituição, no caso do manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou característica

³⁷⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 399.

³⁸⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 387.

do dano, ou pela relevância do bem jurídico protegido (artigo 82, §1º, do CDC), o que não ocorre na condição de ação.³⁸¹

Sendo os legitimados previstos em lei e exigindo-se a representatividade adequada no que tange às associações, o Estado opera sobre os grupos interessados como um *discrímen*, segundo o critério da idoneidade para a representação judicial de interesses de largo espectro, resultando, assim, em grupos “aprovados”, que passam a atuar como verdadeiros “colaboradores na boa gestão do bem comum”.³⁸²

6.5.3.1 Legitimidade Ordinária

Devido à pluralidade de interessados, sendo necessário romper a relação de legitimidade ao titular do direito violado, discute-se a natureza da legitimidade ativa (*ad causam*) no processo coletivo.

Uma primeira corrente sustenta que a legitimidade é ordinária. Os adeptos dessa posição sustentam que quando o autor coletivo ajuíza a ação, fá-lo não só para a defesa de interesses alheios, mas também de interesses próprios, pessoais ou institucionais. Há uma coincidência entre a titularidade do direito material e os fins institucionais do representante processual.

Mancuso defende que, assim como na ação popular, nas ações coletivas o autor não é substituto, nem representante, mas age por direito próprio.

O mencionado autor segue o entendimento de José Afonso da Silva, no sentido de que “a ação popular constitui um instituto de democracia direta, e o cidadão, que a intenta, fá-lo em nome próprio, por direito próprio, na defesa de direito próprio, que é o de sua participação na vida política do Estado, fiscalizando a gestão do patrimônio público, a fim de que esta se conforme com os princípios da legalidade e da moralidade.”³⁸³

³⁸¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 394.

³⁸² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos – Conceito e Legitimação para agir**. 7. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 210.

³⁸³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular – proteção ao erário; do patrimônio público; da moralidade administrativa; e do meio ambiente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.).

Mancuso afirma não ser possível enquadrar o autor popular no lides da legitimação extraordinária, enquanto substituto processual. Primeiro, porque o autor não atua numa substituição das posições jurídicas dos demais cidadãos integrantes da coletividade, já que seu móvel precípua é a tutela judicial do direito público subjetivo à administração proba e eficaz, e sendo bem sucedido nessa empreitada a todos demais cidadãos aproveita, característica típica dos direitos difusos. Segundo, porque, ao contrário da substituição processual, não há vínculo jurídico entre autor e os demais cidadãos, o que permite que estes venham em litisconsortes, demonstrando, assim, que o autor não substitui os outros legitimados. José Manuel de Arruda Alvim afirma que “entre aqueles que podem ser litisconsortes é ontologicamente inviável falar-se em substituição processual de uns pelos outros.”

384

Mancuso afirma ainda que quando o autor toma essa iniciativa está exercendo, enquanto cidadão, no gozo de direitos políticos, a sua quota parte no direito geral a uma administração proba e eficaz, pautada pelos princípios assegurados nos artigos 37, 170 e 215 da CF e, portanto, não haveria necessidade de substituição processual para explicar sua atuação em juízo.

Segundo essa posição, o Ministério Público também age de forma ordinária ao defender direito em conformidade com os fins próprios da instituição, coincidindo os interesses daqueles que estão sendo representados com os da própria instituição.

6.5.3.2 Legitimação Extraordinária

Por outro lado, há quem sustente ser legitimação preponderantemente extraordinária.

Não sendo possível que todos os titulares do direito material ingressem na demanda judicial, em razão de sua indeterminabilidade, a lei excepcionalmente

Coleção Controle jurisdicional dos atos do Estado. Vol.1. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 130.

³⁸⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular – proteção ao erário; do patrimônio público; da moralidade administrativa; e do meio ambiente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Coleção Controle jurisdicional dos atos do Estado.** Vol.1. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 210.

autoriza que entes previamente estabelecidos ingressem com ação judicial defendendo direito alheio, permitindo que só um dos integrantes do grupo lesado defenda interesses de todos.

Trata-se de uma substituição processual, que consiste na possibilidade de alguém, em nome próprio, defender em juízo direito alheio.

Hugo Nigro Mazzilli afirma que em se tratando de direitos coletivos em sentido amplo, alguns legitimados substituem processualmente a coletividade dos lesados. Diante de lesões de diversas pessoas seria impraticável buscar restauração da ordem jurídica violada se tivesse que se valer da legitimação ordinária, ou seja, deixar que cada lesado tenha iniciativa de comparecer em juízo, pois se assim fosse, haveria inúmeras demandas com as decisões contraditórias, o que levaria a um descrédito do funcionamento do sistema, bem como uma grande maioria de lesados, que acabaria desistindo da defesa de seus direitos e consistiria verdadeira negação de acesso à jurisdição.

Segundo o referido autor, não se trata de legitimação *ordinária*, no sentido de que o Ministério Público, entes políticos, órgãos descentralizados e associações quando propõem ação coletiva agem em nome próprio, defendendo seus interesses, mas sim porque assim agindo defende muito mais do que o próprio direito: defende interesse de cada integrante do grupo, sequer de pessoas determináveis.³⁸⁵

Também o mencionado autor critica ser a legitimação *autônoma*, como alguns sustentam, no sentido de não ser possível substituir pessoas que não são passíveis de serem determinadas. Para os adeptos dessa posição, a legitimação extraordinária, com a substituição processual, somente ocorreria nas ações que versassem sobre direitos individuais homogêneos, pois neste caso os legitimados ativos efetivamente não são titulares dos interesses divisíveis dos indivíduos integrantes do grupo lesado.³⁸⁶

Trata-se de legitimação extraordinária porque a defesa visa além da defesa de seus próprios interesses, buscando em juízo mais do que a proteção de seus interesses, mas de um grupo de indivíduos lesados ou de toda a coletividade. A

³⁸⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 69.

³⁸⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 70-71.

substituição permite que legitimados defendam direitos de pessoas que não fazem parte da relação processual.³⁸⁷

Tanto é verdade que em caso de procedência nas ações coletivas a coisa julgada beneficiará todo o grupo, produzindo efeitos erga omnes ou ultra partes, e não apenas o autor da ação. Pouco importa se o interesse for difuso, coletivo ou individual homogêneo, ainda que o autor da ação esteja institucionalmente devotado ao seu zelo, estará defendendo interesses do grupo e não somente seus próprios interesses.

6.5.3.3 Legitimação Autônoma

Segundo essa corrente, a legitimidade ativa é autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozeßführungsrecht*)³⁸⁸

Para os adeptos dessa posição a legitimação seria própria, sui generis, desvinculada do modelo tradicional em que a legitimidade está baseada na titularidade do direito material. No processo coletivo, o legislador teria, independentemente do direito material a ser discutido, legitimado certas pessoas e órgãos para conduzir o processo, no qual se pretende tutelar direitos transindividuais.

Nelson Nery, ao sustentar a legitimidade ativa autônoma, afirma ser cabível somente para os interesses difusos e coletivos em sentido estrito, pois quando a ação for para tutelar direitos individuais homogêneos a legitimação será extraordinária, agindo aqui como verdadeira hipótese de substituição processual.³⁸⁹

Isso porque, só se pode falar em substituição processual quando for possível identificar os substituídos, e no caso dos interesses difusos e coletivos existe uma certa indeterminação dos interessados. Então, nos interesses difusos e coletivos há

³⁸⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 69.

³⁸⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Ações coletivas em espécie: ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo. In: GOMES, Luiz Flavio; BIANCHINI Alice (Coords.). **Direitos difusos e coletivos II**. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 35, p. 35.

³⁸⁹ NERY, Nelson; NERY, Rosa. CPC comentado, nota ao artigo 5º., LACP. In: MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 70.

sempre uma legitimação comum e para os interesses individuais homogêneos, será extraordinária, pois aqui sim há uma verdadeira substituição.

Corroborando esta posição, Ricardo de Barros Leonel afirma que “na hipótese de interesses difusos e coletivos identifica-se a legitimação autônoma para a condução do processo, sendo que, quanto à tutela de interesses individuais homogêneos, a legitimação é extraordinária, com verdadeira substituição processual no polo ativo da demanda.

Fernando da Fonseca Gajardoni, por sua vez, afirma que referida posição liberta o processo coletivo do padrão de legitimidade do processo individual, ressaltando apenas a aplicação do modelo da legitimidade extraordinária para a defesa dos interesses individuais homogêneos, estes sim de direito individual.³⁹⁰

Seguindo o mesmo posicionamento, Sérgio Shimura defende que nas ações coletivas, que tenham por objeto a proteção de direitos difusos e coletivos, a legitimação dos entes é ordinária, que age com legitimidade autônoma para condução do processo. O legitimado não está defendendo um direito alheio em nome próprio, porque não se consegue identificar o titular do direito. Não se cogitaria, por exemplo, de ação judicial proposta pelos lesados pela poluição, ou pelos consumidores de propaganda enganosa. A lei elegeu alguém para a defesa de direitos, porque seus titulares não podem fazê-lo individualmente. No entanto, quando a ação coletiva visar à tutela de direitos individuais homogêneos, haverá substituição processual, ou seja, legitimação extraordinária.³⁹¹

Patrícia Miranda Pizzol, corroborando o posicionamento de Nelson Nery, defende a legitimação autônoma na tutela dos interesses difusos e coletivos e extraordinária para direitos individuais homogêneos.

6.5.4 Ação Civil Pública

Um dos instrumentos processuais disponíveis ao Ministério Público na defesa dos interesses coletivos é ação civil pública.

³⁹⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Ações coletivas em espécie: ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo. In: GOMES, Luiz Flavio; BIANCHINI Alice (Coords.). **Direitos difusos e coletivos II**. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 35, p. 36.

³⁹¹ SHIMURA, Sérgio Seiji. **Tutela Coletiva e sua Efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p. 53.

Conforme era sabido, o Ministério Público tinha competência exclusiva para propor ação penal pública. Quando reconhecida a atribuição da instituição para também tutelar de interesses difusos e coletivos, passou-se a discutir como chamaria a ação proposta para tutelar esses direitos, que diferenciaria da atuação do Ministério Público na área penal.

Sem melhor técnica, a Lei Complementar 40/1981 (Lei Orgânica do Ministério Público) usou a expressão “ação civil pública” para distinguir da ação de natureza penal, ambas de competência do Ministério Público.

A Lei nº 7347/1985 encampou a expressão ação civil pública para diferenciar a ação para defesa de interesses transindividuais, proposta pelos legitimados ativos Ministério Público, órgãos públicos e até mesmo associações privadas.³⁹²

A Constituição Federal, no artigo 129, inciso I, ao estabelecer como uma das funções do Ministério Público, a promoção privativa da ação penal pública, reconheceu a legitimidade da instituição também para propor ação em defesa dos interesses difusos e coletivos e encampou a expressão “ação civil pública” da doutrina ao referir a ação proposta pelo MP.

Já o CDC preferiu a expressão ação coletiva, reconhecendo as associações, o Ministério Público e órgãos públicos como legitimados.

Por fim, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8625/1993) prevê, no artigo 25, inciso IV, como uma das funções, a promoção da ação civil pública e do inquérito civil.

Segundo Mazzilli, sendo a ação movida pelo Ministério Público, o mais correto doutrinariamente seria chamar de ação civil pública, mas, se tiver sido proposta por associação civil, mais correto será denomina-la de ação coletiva. Qualquer ação proposta com base na Lei nº7347/1985 será chamada de ação civil pública, por outro lado, será coletiva a ação proposta com fundamento nos artigos 81 e ss. do CDC. Nota-se que se trata de mera nomenclatura, que nada influi no recebimento da ação.³⁹³

Segundo Sérgio Seiji Shimura, a expressão “ação coletiva” consiste no gênero, do qual abarca todas as ações que tenham por objeto a tutela dos direitos difusos e coletivos. Enquadrar-se-iam nesse espaço ação popular, mandado de

³⁹² MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77.

³⁹³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 78.

segurança coletivo, ação por improbidade administrativa, ação direta de inconstitucionalidade³⁹⁴, ação declaratória de constitucionalidade, mandado de injunção e a própria ação civil pública.³⁹⁵

6.5.5 Tutela Específica

Não só a identificação dos direitos transindividuais e a escolha dos entes legitimados para representar os direitos coletivos são importantes, como também a escolhas de medidas processuais adequadas para que se obtenha uma tutela jurisdicional efetiva. Isso porque se processo é visto como instrumento adequado para tutela dos direitos, então deve assegurar a utilidade prática de suas decisões.

O surgimento de novos direitos, de novas situações não enquadráveis nos modelos tradicionais de direitos subjetivo, cujo conteúdo correspondia a prestações de obrigação de fazer, ou não fazer, que envolviam direitos fundamentais, como vida, honra, intimidade, ou direitos ligados à qualidade de vida, meio ambiente, consumidores, levou a questionar qual tutela jurisdicional seria adequada para proteger de forma eficiente esses direitos, já que quando lesados são irreparáveis ou de difícil reparação (como no caso de poluição ambiental).³⁹⁶

A tutela coletiva, além de possibilitar que a sentença de procedência possa beneficiar vítimas e sucessores, bem como repartir o valor da indenização a pessoas eventualmente identificadas, resulta na diminuição do custo do processo e no excesso de demandas judiciais.

Entendendo provimento jurisdicional como instrumento de efetivação da atividade jurisdicional, com o objetivo de alcançar a procedência e passar a realizar o direito material no mundo fático, busca-se agora formas de como esses provimentos podem intervir nas políticas públicas, por meio de tutelas antecipatórias

³⁹⁴ É possível na ação civil pública a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, desde que a controvérsia constitucional figure como causa de pedir, fundamento, ou questão prejudicial para a solução do litígio. A declaração incidental de inconstitucionalidade não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso, passível de recurso extraordinário ao STF. Os efeitos *erga omnes* somente incidirão na parte dispositiva da sentença, referente ao pedido da ação civil pública, objetivo do litígio.

³⁹⁵ SHIMURA, Sérgio Seiji. **Tutela Coletiva e sua Efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p. 43.

³⁹⁶ SHIMURA, Sérgio Seiji. **Tutela Coletiva e sua Efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p. 105.

e de sentenças condenatórias que compelem o poder público a cumprir obrigações de fazer e não fazer.³⁹⁷

Nessas referidas obrigações, a efetividade ganha realce na medida em que situações de ameaça de lesão, ou lesão a tutela ressarcitória, consistente no pagamento em perdas e danos, tem se mostrado inadequado e insuficiente para a proteção de direitos em massa, que envolvem a coletividade.³⁹⁸

Ao proferir sentença de cumprimento de uma obrigação, o juiz não busca um bem no patrimônio do devedor para servir de ressarcimento para aqueles que se sentirem lesados, mas sim que a obrigação seja efetivamente cumprida, retomando à situação mais próxima daquela que existia antes da violação do direito, tendo a seu dispor medidas coercitivas previstas em lei, havendo a possibilidade de converter em perdas e danos somente quando a parte assim requer, ou somente quando não for possível o cumprimento da obrigação pleiteada.

Nesse contexto é que surge a tutela específica, consistente em um conjunto de remédios e providencias que assegurem o preciso resultado prático equivalente ao que seria atingindo pelo adimplemento da obrigação. Pela tutela específica, o provimento busca a efetividade do processo e utilidade das decisões. Daí a preferência da tutela específica sobre as demais modalidades de tutela.³⁹⁹

No tocante aos direitos difusos e coletivos, enfatizou-se a busca do resultado prático mais equivalente possível àquele que se teria se a norma não tivesse sido desrespeitada e apenas residualmente se buscaria uma tutela ressarcitória em pecúnia. Vale dizer, muitas vezes o resultado equivalente não é alcançado e quando infrutíferas as formas de composição, resta apenas a tutela ressarcitória, que compense, ou ao menos amenize, as consequências do prejuízo sofrido.

Buscando maior efetividade ao processo, em tema de ação coletiva, o Código de Defesa do consumidor, no artigo 83, estabeleceu que são admitidas todas as espécies de ações judiciais capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Partindo da premissa que nenhuma violação a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário e que a todo direito corresponde a uma ação, conclui-se que qualquer tipo de ação, seja individual, ou coletiva, pode ser usada

³⁹⁷ MOLIN, Carina Gomes Dal; MELO, Maria Veronica Monteiro de; ESPER, Vivian Maria. Os provimentos judiciais para intervenção em políticas públicas: obrigações de fazer e não fazer – tutela antecipada e sentença condenatória. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 390.

³⁹⁸ SHIMURA, Sérgio Seiji. **Tutela Coletiva e sua Efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p. 104.

³⁹⁹ SHIMURA, Sérgio Seiji. **Tutela Coletiva e sua Efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p. 104.

pelos legitimados, em especial, Ministério Público, para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle das Políticas Públicas.⁴⁰⁰

Dentre os provimentos judiciais, classificados em declaratórios, constitutivos e condenatórios, há quem defenda a uma subclassificação de tutela mandamental e executiva lato sensu. No provimento mandamental, o juiz ordena o cumprimento de uma obrigação (fazer, não fazer), enquanto no conteúdo executivo, a realização do comando judicial depende de medidas de apoio ou sub-rogorias para se efetivar (aqui são utilizadas medidas de apoio).⁴⁰¹

A análise de provimentos mandamentais e executivos são importantes para os interesses transindividuais, pois se deve favorecer sempre a obtenção de tutela específica, que possa evitar a ocorrência de prejuízos. A conversão do prejuízo em pecúnia deve ser evitada, porque não proporciona uma proteção ao bem tutelado, bem como porque a finalidade é evitar que o dano ocorra (seja morte do paciente, a destruição de matas e rios, ou florestas).⁴⁰²

Na execução de direitos difusos e coletivos, prevalece as medidas tendentes à satisfação da tutela específica, de cunho preventivo, uma vez que não se consegue exata mensuração valorativa dos danos causados aos bens de natureza transindividual e essenciais à sobrevivência da sociedade, ligados à saúde, educação, meio ambiente. Como ressarcir danos decorrentes da destruição de um prédio tombado pelo patrimônio histórico, ou a morte de um animal cuja espécie esteja em extinção?⁴⁰³

Tendo sido objeto de reflexão e análise os meios de execução das obrigações de fazer e não fazer, tanto por parte da doutrina, quanto por parte da legislação, como forma de conferir plena eficácia ao comando judicial. O legislador previu, no artigo 536, caput, do CPC e no artigo 84 do CDC poderes ao juiz, no sentido de prevenir o ilícito (tutela inibitória), ou de remoção do ilícito, ou de aplicar,

⁴⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.144.

⁴⁰¹ MOLIN, Carina Gomes Dal; MELO, Maria Veronica Monteiro de; ESPER, Vivian Maria. Os provimentos judiciais para intervenção em políticas públicas: obrigações de fazer e não fazer – tutela antecipada e sentença condenatória. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 396.

⁴⁰² MOLIN, Carina Gomes Dal; MELO, Maria Veronica Monteiro de; ESPER, Vivian Maria. Os provimentos judiciais para intervenção em políticas públicas: obrigações de fazer e não fazer – tutela antecipada e sentença condenatória. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 396.

⁴⁰³ SHIMURA, Sérgio Seiji. **Tutela Coletiva e sua Efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p. 50.

inclusive, de ofício, medidas mais adequadas ao cumprimento da obrigação ou obtenção do resultado prático equivalente.

No que tange às modalidades de tutela preventiva, a tutela inibitória apresenta-se capaz de tutelar direitos muito sensíveis a qualquer dano ou de difíceis de serem recuperados se violados, como no caso de danos ambientais. Trata-se de uma tutela que se destina a impedir a prática do ato contrário ao direito, não tendo como objetivo de coibir a prática do dano, pois o fato danoso é consequência eventual, e não necessária, do ato ilícito. O direito de ação se fundamenta no pedido capaz de impedir a violação do direito, sem que seja necessariamente uma ameaça de dano.⁴⁰⁴ Isso porque a simples probabilidade da prática de um ilícito ou de sua continuação já enseja a invocação da tutela inibitória como meio mais preventivo de se tutelar direitos.

Um exemplo de tutela inibitória seria o caso em que o fabricante deixa de instalar tecnologia, considerada essencial pela lei, para evitar um dano ambiental. Há um ato ilícito que se não for modificado pode vir a trazer danos, o que enseja a propositura de uma tutela preventiva.

Esperar que o dano aconteça para depois passar a ter legitimidade e interesse em buscar uma tutela judicial não corresponde a efetividade do processo.

Ademais, a dificuldade em se demonstrar a probabilidade da prática do ilícito não pode impedir o uso da tutela inibitória, pois se trata de um direito do jurisdicionado, que necessita de uma tutela para seu direito ameaçado.⁴⁰⁵

Já a tutela de remoção do ilícito, conforme o próprio nome já diz, possui a finalidade de retirar o ilícito a fim de evitar que um dano ocorra. Age antes que um prejuízo aconteça, removendo aquele comportamento ilícito praticado e tutelando de forma efetiva o bem da vida ameaçado de lesão.

A exposição para venda de produto nocivo à saúde do consumidor configura um ilícito, não obstante os danos que possam ser provocados aos vários consumidores em razão das vendas ilegais. A busca e apreensão dos produtos destina-se a remover o ilícito, impedindo de serem vendidos e provocarem danos.

É muito mais fácil remover o produto nocivo antes de ser comercializado do que permitir que seja vendido e ponha em risco a saúde dos consumidores.

⁴⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil – Execução**. 3. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 148.

⁴⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil – Execução**. 3. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 84.

A diferença entre a tutela inibitória e a remoção do ilícito é que a primeira é utilizada para impedir a continuação do ilícito, enquanto a segunda visa retirá-lo para evitar dano.

Pense-se, por exemplo, na tutela que ordena a cassação das atividades de uma fábrica que estão causando poluição ambiental, ou uma ordem para que o comerciante retire do mercado um produto sob pena de multa. A tutela inibitória terá a finalidade de fazer cessar o ilícito, enquanto que a tutela de remoção poderá fechar a fábrica e determinar a busca e apreensão dos produtos nocivos.⁴⁰⁶

É certo que a tutela inibitória pode pressionar o réu por meio de multa diária a cessar o ilícito. Porém, a tutela inibitória não elimina, por si só, o ilícito, ao passo que a tutela de remoção elimina ou remove a situação de ilicitude independentemente da vontade do réu.⁴⁰⁷

Quando a conduta é constantemente reiterada (como no caso de despejo de lixo tóxico em local proibido) a tutela que vier a inibir tal comportamento não conseguirá retirar aquilo que já foi depositado anteriormente, enquanto que a tutela que retirá-lo, não conseguirá impedir que novos dejetos sejam lançados.

Como o intuito é proteger o meio ambiente, tanto a tutela inibitória, quanto a de remoção são importantíssimas, pois a primeira impedirá a poluição e a segunda retirará aquilo que veio a degradar o meio ambiente.

Dessa forma, é possível afirmar que as tutelas apresentam diferenças, tanto que podem, inclusive, serem invocadas num mesmo caso concreto, como pedidos cumulados.

Somente pedindo as duas espécies de tutela, nos exemplos acima, será possível proteger o direito de forma eficaz, porque embora tenham características tênues, possuem finalidades distintas, podendo ser utilizadas conjuntamente a fim de proporcionar a adequada satisfação do bem da vida.

E por fim, há a tutela ressarcitória pelo resultado prático equivalente. Ao contrário das duas espécies de tutelas acima estudadas, que se preocupam em proteger o direito e impedir que o dano aconteça, a presente tutela tem sua finalidade voltada para reparar um dano ocasionado a direito de outrem, procurando restabelecer a situação que era anterior ao fato danoso.

⁴⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.137.

⁴⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 137

A tutela ressarcitória não é só a obrigação de pagar soma em dinheiro equivalente ao valor do dano, mas pode ser uma obrigação de reparar o dano na forma específica ou determinando o juiz providências que assegurem o resultado prático equivalente ao necessário. Primeiro, busca-se o ressarcimento seja feito na forma específica, ou, caso isso não seja viável, ou não seja requerido pelo autor, que a reparação se dê pelo equivalente.

A tutela ressarcitória é voltada contra o dano, podendo assumir as feições de ressarcitória na forma específica ou tutela ressarcitória pelo equivalente.⁴⁰⁸

No caso de acidente automobilístico, por exemplo, pode o prejudicado optar entre reparar o automóvel e cobrar o equivalente, ou requerer que o autor do dano seja obrigado a reparar o dano, sob pena de multa, ou ainda requerer que o juiz determine que terceiro faça às expensas do réu, sendo que na primeira hipótese há tutela ressarcitória pelo equivalente e nas duas últimas, o ressarcimento na forma específica.⁴⁰⁹

A tutela ressarcitória pelo equivalente pode proporcionar ao lesado o valor equivalente ao da diminuição patrimonial sofrida, ou o valor equivalente ao do custo para a reparação do dano, ou ainda pode ter um caráter sancionatório, que visa punir aquele que agrediu um bem de conteúdo não patrimonial e não pode ser recuperado na forma específica.

Como o dano ao meio ambiente, por exemplo, não pode ser ressarcido em pecúnia, pois não seria efetivo, e, ao mesmo tempo, não pode ficar sem sanção, fala-se em tutela ressarcitória pelo equivalente ao meio ambiente. A tutela ressarcitória pode ter um aspecto reparatório ou sancionatório, sendo este último aplicado quando não for possível a reparação na forma específica, não for possível vislumbrar um fim reparatório na cobrança pecuniária, restando somente a finalidade de punir o ofensor, autor da conduta ilícita.⁴¹⁰

Note-se, porém, que no caso de dano não patrimonial é possível fixar um valor em pecúnia para o lesado a fim de compensá-lo pelos prejuízos experimentados, ou ainda impor ao infrator um valor em pecúnia visando a sua punição, seja porque o bem lesado não pode ser repartido individualmente, seja

⁴⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 158.

⁴⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 159.

⁴¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 155.

porque a reparação do dano pode trazer um benefício econômico ao lesado, surgindo o que se denomina dano punitivo.⁴¹¹

Pode ainda ocorrer a hipótese de que a mera reparação do dano não seja suficiente para punir o infrator, sendo necessária a previsão de uma sanção pecuniária, espécie de pena civil, prevista para casos de dano ambiental, para que a sanção seja adequada.⁴¹²

É importante consignar que a tutela ressarcitória pelo equivalente deve ser preterida pela tutela na forma específica, porque o mecanismo de se tutelar de forma específica parece ser mais adequado e preferível em relação a uma sentença que se limita a condenar ao autor do fato ilícito ao ressarcimento pelo equivalente.

Na verdade, a tutela ressarcitória na forma específica somente será excluída se for opção do próprio lesado, ou se se tornar excessivamente oneroso para o réu. Caberá ao juiz invocar o princípio da necessidade, buscando o meio mais idôneo e causando a menor restrição possível ao demandado para oferecer uma tutela efetiva ao direito.

Somente atendendo a preocupação em ressarcir na forma específica e, ao mesmo tempo, impedir ônus excessivo é que se poderá falar em tutela específica.

Na modalidade de execução sub-rogatória, o juiz substitui a conduta do devedor inadimplente e o cumprimento da obrigação de fazer e não-fazer ocorre de maneira direta, na medida em que a lei, no §1º do artigo 536 do CPC e no §5º do artigo 84 do CDC, autoriza juiz impor medidas necessárias à satisfação do exequente, como a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, ou impedimento de atividades nocivas, com auxílio, se necessário, de força policial.

Já na execução coercitiva, o artigo 537 do CPC e o artigo 84, §4º, do CDC estabelecem ao o juiz a possibilidade de aplicar medidas intimidatórias, que de forma indireta forçam o devedor a cumprir voluntariamente a obrigação. É o caso da fixação de multas diárias, de modo a servir de acicate para o adimplemento.

⁴¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 156.

⁴¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 157.

6.5.6 Sanções para o descumprimento da Ordem Judicial

Obtendo-se o provimento judicial favorável a tutela dos direitos sociais, difusos e coletivos e buscando compelir o Poder Público a implementar políticas públicas, caso a decisão judicial não seja cumprida é preciso estipular sanções cominatórias para que se obtenha efetividade.

Ada Pellegrini Grinover sugere a aplicação de algumas sanções: multa diária (astreintes), responsabilização por ato de improbidade administrativa, intervenção no Estado ou no Município, e responsabilização criminal. Passamos a examinar cada uma das técnicas de coerção.⁴¹³

A multa diária é cabível como forma de obrigar o Poder Público a cumprir a ordem judicial. No entanto, é preciso observar que caso a multa seja aplicada contra a Fazenda Pública, recairá diretamente no patrimônio público, bem de todos, proporcionando outro prejuízo a sociedade. A imposição da multa só terá efeitos quando recair no patrimônio particular do administrador público, pois do contrário, estar-se-ia onerando o erário. Sendo o prefeito, por exemplo, quem não executa determinada política pública, a multa deverá incidir sobre seu patrimônio e não do município.

A multa será devida desde o dia em que o executado constituir em mora e deverá ser fixada em um montante razoável a conscientizar a parte a cumprir a obrigação. O juiz poderá modificar o valor (diminuindo ou exacerbando), ou a periodicidade (diária, semanal, ou mensal) a depender do comportamento da inadimplente, tendo em vista a finalidade de buscar a observância do preceito judicial e não um enriquecimento.

RECURSOS OFICIAL E DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – DIREITO CONSTITUCIONAL – PRETENSÃO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – HIPOSSUFICIÊNCIA – POSSIBILIDADE. 1. Inicialmente, a tese jurídica firmada pelo C. STJ, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.657.156-RJ (Tema nº 106), é inaplicável à hipótese dos autos, nos termos da modulação dos respectivos efeitos. 2. Preliminarmente, ausência parcial do interesse recursal da parte ré. 3. Interesse processual da parte autora, reconhecido. 4. A questão preliminar,

⁴¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 140.

arguida nas razões de apelação, relacionada à ilegitimidade passiva, confunde-se com o mérito da lide e será apreciada juntamente com a matéria de fundo 5. No mérito, comprovação da necessidade do medicamento, pela parte autora, mediante a apresentação da receita médica. 6. Impossibilidade financeira, demonstrada. 7. Dever do Estado, nos termos dos artigos 1º, II, 23, II, 30, VII e 196 da CF. 8. Solidariedade dos Entes Políticos da Federação, conforme as Súmulas nos 37 e 29 deste E. Tribunal de Justiça. 9. Inocorrência de ingerência do Poder Judiciário na atividade administrativa do Estado, que agiu em razão de provocação da parte interessada, com o objetivo de reconhecer direitos e garantias constitucionais. 10. Inexistência de ofensa a princípios orçamentários, na gestão de recursos públicos. 11. Inadmissibilidade da exclusão da "astreinte", fixada em montante razoável, de acordo com o disposto nos artigos 536, § 1º e 537 do CPC/15. 12. Os honorários advocatícios, decorrentes da sucumbência, comportam redução, remunerando com dignidade, razoabilidade e moderação o trabalho do profissional que participou da lide. 13. Inadmissibilidade da utilização da TR, para a incidência da correção monetária, sobre os referidos honorários advocatícios, tendo em vista o resultado do julgamento do RE nº 870.947, pelo E. STF, que determinou a aplicação do IPCA-E, para a atualização dos débitos judiciais da Fazenda Pública. 14. Impossibilidade da fixação, pelo menos neste momento processual, do termo inicial da incidência dos juros de mora, sobre os honorários advocatícios decorrentes da sucumbência. 15. Ação de procedimento ordinário, julgada procedente, em Primeiro Grau. 16. Sentença, parcialmente reformada, mantidos o resultado inicial da lide e os demais encargos da condenação. 17. Recursos oficial e de apelação, apresentado pela ré, na parte conhecida, parcialmente providos (Apelação nº 0003226-34.2015.8.26.0407. Rel. Francisco Bianco. 5ª Câmara de Direito Público. j.01/11/2018).

APELAÇÃO – Devolução dos autos à Turma Julgadora para cumprimento do artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil – Recurso Representativo de Controvérsia (Recurso Extraordinário n.º 605.533/MG – Tema n.º 262/STJ) – Legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública que vise o fornecimento de medicamentos – Readequação do julgado aos fundamentos do Recurso Extraordinário n.º 605.533/MG. Prosseguindo-se no julgamento, de rigor a manutenção da procedência da ação – Saúde – Portadora de "diabetes mellitus" – Presente a necessidade de se proteger o bem maior, o direito fundamental à vida e à saúde, correta a decisão que manda fornecer o medicamento pleiteado. Sentença restabelecida – Demais preliminares rejeitadas – Recursos desprovidos. (apelação nº 9155911-37.2009.8.26.000. Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos. 2ª Câmara de Direito Público. Rel. Renato Delbianco. J.31/10/2018).

Ainda o mencionado acórdão sustenta que:

Os presentes autos foram devolvidos a esta Turma Julgadora para fins de adequação ou manutenção do v. acórdão de fls. 193/200,

relativamente à “legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública que tem por objetivo compelir entes federados a entregar medicamentos a portadores de certas doenças”, em virtude do julgamento do mérito do Recurso Extraordinário n.º 605.533/MG (Tema n.º 262 de Repercussão Geral/STF) (DJe 15.08.2018).

(...)

Observe-se que também o C. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp n.º 1.682.836/SP, afetado à sistemática dos Recursos Repetitivos - Tema n.º 7661 (“Legitimidade ad causam do Ministério Público para pleitear, em demandas contendo beneficiários individualizados, tratamento ou medicamento necessário ao tratamento de saúde desses pacientes”), assim firmou tese no mesmo sentido: “O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)”.

(...)

No que tange à fixação de multa diária (astreinte), tem-se que é imposta ao ente público porque este responde pelos atos de seus servidores, de forma que agindo mal ou deixando de agir e com isso causando prejuízo, surge o dever de indenizar, sendo a responsabilidade civil do Estado objetiva e prevista na Constituição da República. E ainda, se pode aduzir, neste tema, que a fixação de multa pelo atraso no cumprimento da obrigação de fazer permitirá a pessoa jurídica de Direito Público voltar-se em face do servidor relapso para reembolsar-se do quanto pagou, devendo, desta forma, ser mantida. Na hipótese dos autos, a imposição de multa não só se amolda à responsabilidade civil do Estado, como visa a impedir que o Poder Executivo deixe de cumprir as determinações que lhe são dadas pelo Poder Judiciário numa inversão intolerável de valores. E ainda se pode aduzir, neste tema, que a fixação de multa pelo atraso no cumprimento da obrigação de fazer permitirá a pessoa jurídica de direito público voltar-se em face do servidor que retarda em cumprir a determinação para reembolsar-se do quanto pagou.

Correta, pois, a fixação da multa cominatória, não se afigurando, ademais, desarrazoado o patamar em que fora fixada, qual seja R\$ 300,00 por dia para o caso de descumprimento da obrigação (fl. 51). Com isso, de rigor o desprovemento integral dos apelos interpostos e, conseqüentemente, o restabelecimento da r. sentença de fls. 130/135. Inalterado o panorama sucumbencial ante o disposto no art. 18 da Lei n.º 7.347/85. (apelação nº 9155911-37.2009.8.26.000. Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos. 2ª Câmara de Direito Público. Rel. Renato Delbianco. J.31/10/2018).

No que tange à responsabilização do administrador por improbidade administrativa, o agente público que descumprir a decisão judicial subsume-se ao inciso II do artigo 11 da Lei nº 8429/92, que consistente em atentar contra os

princípios da Administração pública ao retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

Contudo, a jurisprudência tem se manifestado no sentido da necessidade de comprovação do dolo em não cumprir a decisão judicial para que seja configurado ato ímprobo. Então é preciso analisar se o agente público não cumpriu da forma devida a ordem judicial por inviabilidade ou empecilho, ou se cumpriu de forma diversa, ou se, mesmo ciente da ordem judicial, mantém-se omissivo, recusando-se a cumprir obrigação de fazer, incidindo, assim, em ato de improbidade. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. LOTEAMENTO ILEGAL DE IMÓVEL PARTICULAR. PAGAMENTO DO VALOR PELA DESAPROPRIAÇÃO. CESSÃO PARA CONSTRUÇÃO DE CASAS POPULARES. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS COMPETENTES E DE INFRAESTRUTURA BÁSICA. INOBSERVÂNCIA À LEI 6.766/1979. BENEFICIÁRIOS ESCOLHIDOS A CRITÉRIO DO ADMINISTRADOR. VIOLAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992 CONFIGURADA. ELEMENTO SUBJETIVO.

1. O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública contra ex-prefeito do Município de Tejuapá e cônjuge, à época chefe-de-gabinete, pela prática de improbidade consubstanciada em loteamento irregular do solo - em imóvel pertencente a particular que, diante de tal fato, teve de ser desapropriado pelo ente municipal - e posterior doação dos lotes a munícipes para construção de casas populares.

2. O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido e enquadrou a conduta dos réus nos arts. 10 e 11 da Lei 8.429/1992, condenando-os ao ressarcimento do Erário e impondo-lhes sanções.

3. O Tribunal de Justiça proveu a apelação dos réus e reformou a sentença, ao fundamento de que a ausência de má-fé e de prejuízo ao Erário afasta a configuração de improbidade administrativa, havendo mera irregularidade. No seu entender, não houve doação, mas apenas cessão do imóvel para moradia.

4. É incontroverso o fato de que, em 1995, os recorridos procederam a irregular loteamento de imóvel particular - e por isso o município teve que pagar posteriormente o valor da indenização -, sem autorização dos órgãos públicos competentes, nem realização de infraestrutura básica e outros requisitos exigidos pela Lei 6.766/1979, e permitiram a construção de casas populares para pessoas por eles selecionadas.

5. Tal conduta não constitui mera irregularidade, mas traduz grave ofensa aos princípios que devem pautar a atuação de quem se dispõe a exercer o múnus público, sobretudo o da legalidade e o da impessoalidade.

6. É inegável que as questões sociais devem ser tratadas com primazia e que a função social da propriedade deve ser observada. Isso não autoriza, contudo, que o administrador aja a seu talante, à margem das normas legais e de políticas públicas previamente definidas e autorizadas.

7. Ademais, não é certo que o interesse público tenha sido alcançado no caso dos autos, seja porque se autorizou a construção de casas populares para pessoas escolhidas livremente pelos recorridos, seja porque se fez o suposto loteamento sem infraestrutura básica, estando asseverado de forma contundente na sentença o Estado precário da área em comento, sobretudo pela inexistência de sistema de captação e escoamento de águas pluviais.

8. Conforme já decidido pela Segunda Turma do STJ (REsp 765.212/AC), o elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade administrativa censurada pelo art. 11 da Lei 8.429/1992 é o dolo eventual ou genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de intenção específica.

9. In casu, a atuação deliberada dos recorridos em desrespeito às normas legais que regulam o loteamento do solo urbano, cujo desconhecimento é inescusável, evidencia a presença do dolo. A situação fática delineada na sentença e no acórdão recorrido não permite concluir pela ocorrência de mera irregularidade.

10. Está configurada violação do art. 11 da Lei 8.429/1992, com a ressalva de que não há como reinstaurar a sentença, porque as penalidades foram aplicadas com base em parâmetros estabelecidos para o art. 10 da referida lei, e também por observar que não se fixara o prazo da proibição temporária de contratar e receber benefícios do Poder Público.

11. Assim, fica a cargo do Tribunal de origem proceder à dosimetria das sanções cominadas no art. 12, III, da Lei 8.429/1992, que não são necessariamente cumulativas, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em conta o disposto no caput e no parágrafo único da mesma lei (gravidade do fato, extensão do dano causado e proveito obtido pelo agente).

12. Recurso Especial parcialmente provido (Resp. 1156209/SP Recurso Especial 2009/0197653-8. Min. Herman Bejamin. 2ª Turma.j.19/08/2010).

É importante notar que as penalidades por ato de improbidade administrativa consistem em desde ressarcimento ao erário e pagamento de multa e até perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

Com relação à intervenção no Estado e no Município, o descumprimento judicial pode levar o Estado ou Município a sofrer intervenção político – administrativa. O artigo 35, IV, da CF, estabelece a possibilidade do Estado intervir no Município quando o Tribunal de Justiça der provimento a representação para prover a execução de lei, de ordem ou decisão judicial. A União intervirá nos Estados e DF também para prover execução de ordem ou decisão judicial (artigo 34, VI, da CF).

PEDIDO DE INTERVENÇÃO FEDERAL. ESTADO DO PARANÁ.
RECUSA DE CUMPRIMENTO A DECISÃO JUDICIAL.

REINTEGRAÇÃO NA POSSE. INVASÃO DE PROPRIEDADE RURAL PELO MOVIMENTO DE TRABALHADORES SEM-TERRA. POLÍTICA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ NO SENTIDO DE SÓ PROMOVER DESOCUPAÇÕES PACÍFICAS. PROMESSA, PELO INCRA, DE INDICAÇÃO DE ÁREA PARA ALOCAR OS TRABALHADORES. MEDIDA QUE VEM SENDO ADIADA HÁ MAIS DE CINCO ANOS. ARGUMENTAÇÃO DE QUE A TERRA CONTROVERTIDA É DA UNIÃO E DE QUE O FATO SERÁ DEMONSTRADO EM AÇÃO ANULATÓRIA DE TÍTULO DE PROPRIEDADE. IRRELEVÂNCIA, NO MOMENTO. DESCUMPRIMENTO CARACTERIZADO. INTERVENÇÃO DEFERIDA.

1. O deferimento de uma ordem liminar deve ser combatido em juízo, mediante a interposição dos recursos cabíveis. A partir do trânsito em julgado formal de uma determinação judicial, compete ao Estado disponibilizar meios para garantir seu cabal cumprimento.

2. Caracterizada nos autos a existência de uma política pública, no âmbito do Estado do Paraná, de apenas dar cumprimento a ordens de reintegração de posse em fazendas por via pacífica, gerando a existência de mais de 400 processos em que tais determinações não foram cumpridas, uma providência urgente deve ser tomada. A situação torna-se especialmente grave pelas informações contidas nos autos, de que muitas diárias vêm sendo aplicadas a agentes públicas a quem não incumbe, ao menos de maneira direta, a formulação dessa política pública, inclusive com penhora de bens para alienação judicial.

3. A reiterada promessa, por parte do INCRA, de indicar áreas para as quais os invasores deverão ser transferidos, não pode mais adiar a solução da controvérsia, que se arrasta por mais de cinco anos.

4. A conclusão do INCRA de que a terra comprometida pertence à União, e as ponderações no sentido da propositura de uma ação de anulação dos títulos dominiais, também não modificam a necessidade de providências urgentes. Se tal ação deverá ser proposta, compete aos órgãos responsáveis agir de pronto, requisitando, se for o caso, uma medida liminar que autorize a permanência dos trabalhadores sem-terra na área. O que não se pode fazer é negar, simplesmente, cumprimento a uma decisão judicial válida.

5. Pedido de intervenção deferido. (IF 109/PR Intervenção Federal 2011/0155297-0. Rel. Nancy Andrighi. Corte Especial. J.04/04/2013)

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre o assunto:

O dever de cumprir as ordens emanadas pelo Poder Judiciário, notadamente nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário o próprio poder público, muito mais do que simples incumbência de ordem processual, representa uma incontornável obrigação institucional a que não se pode subtrair o aparelho do Estado, sob pena de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República. A desobediência à ordem ou à decisão judicial pode gerar, em nosso sistema jurídico, gravíssimas consequências, quer no plano penal, quer no âmbito político-administrativo (possibilidade de impeachment) , quer, ainda,

na esfera institucional (decretabilidade de intervenção federal nos Estados -membros ou em Municípios situados em Território Federal, ou de intervenção estadual nos Municípios (IF nº 590-OQ. Rel. Celso de Mello. J. 09/10/1998)

Por fim, pode o prefeito incorrer em crime de responsabilidade se deixar de cumprir ordem judiciária, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente (artigo 1º, XIV, Decreto Lei nº 201/67).

Há ainda quem sustenta a possibilidade do descumprimento da ordem judicial configurar o delito de desobediência. Contudo, pondera Ada Pellegrini Grinover⁴¹⁴ que parte da doutrina defende que apenas ocorreria o referido delito quando praticado por particular contra a Administração Pública.

Entretanto, é possível sustentar que caso o agente público venha descumprir a decisão judicial poderá incorrer no delito de prevaricação, previsto no artigo 319 do Código Penal, consistente em retardar ou deixar de praticar ao de ofício, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Como se vê, na busca por uma tutela jurisdicional efetiva para os direitos sociais, coletivos e difusos são admitidos todos os tipos de ações judiciais, podendo ser utilizadas para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle nas políticas públicas. No âmbito constitucional, o controle é feito pelo mandado de injunção, pelo descumprimento de preceito fundamental e pela ação de inconstitucionalidade por omissão. Já na esfera ordinária, as ações individuais e coletivas são idôneas a provocar o controle nas políticas públicas. No que tange às ações individuais, é preciso observar que o acolhimento da pretensão pode diminuir a disponibilidade de verbas públicas destinadas à política pública geral, entretanto a reiteração de pedidos no mesmo sentido acaba influenciando na ampliação da própria política pública.⁴¹⁵

⁴¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 142.

⁴¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 148-149.

6.5.7 Instrumentos Extraprocessuais passíveis de utilização no controle das Políticas Públicas

6.5.7.1 Inquérito Civil

Nos termos do artigo 8º, §1º, da Lei 7.347/85 e, posteriormente, do artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, compete ao Ministério Público instaurar inquérito civil e ajuizar ação civil pública em defesa dos interesses difusos e coletivos.

Como se vê, a Carta Magna conferiu exclusivamente ao Ministério Público a prerrogativa de promover o inquérito civil, concedendo-lhe mais um instrumento (além da ação civil pública) para atuar no âmbito dos interesses transindividuais.

Assim como o inquérito penal, o inquérito civil é um procedimento administrativo, de natureza inquisitiva, não se exigindo o contraditório, sendo tão somente um instrumento investigativo, utilizado pelo Ministério Público para a coleta de subsídios e elementos necessários à correta avaliação de um suposto dano a interesse difuso ou coletivo que esteja apurando.⁴¹⁶

O inquérito civil possui as características de informalidade, inquisitorialidade e publicidade, sendo que a primeira delas refere-se ao fato da natureza do procedimento ser meramente administrativa, qual seja, investigativo. O inquérito civil possui a finalidade de coletar subsídios, cabendo ao Promotor de Justiça ditar a sequência de atos praticados e avaliar o momento adequado para a obtenção de cada elemento de prova, de sorte a propiciar seguimento lógico e objetivo ao inquérito.⁴¹⁷

No que tange à inquisitorialidade, consoante já acima mencionado, o inquérito civil não contém nenhuma acusação, não se admitindo o contraditório exatamente por se tratar tão somente de mera investigação.

E, por fim, há a característica da publicidade, podendo-se conhecer do conteúdo do inquérito. Entretanto, para proteger informações confidenciais nele contidas, assegurar a lisura da investigação, evitar interferências na colheita idônea

⁴¹⁶ SOUZA, Motauro Ciocchetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 101.

⁴¹⁷ SOUZA, Motauro Ciocchetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 102.

das provas, ou ainda, evitar riscos à segurança do Estado ou da sociedade, decretar-se-á o sigilo do inquérito civil, nos termos do artigo 220 do CPP, por analogia.

O inquérito civil possui ainda três fases: a instauração, a instrução e a conclusão. A primeira fase, que compreende a instauração, pode ser realizada de ofício, quando tomar conhecimento acerca de alguma irregularidade passível de investigação complementar, ou acolhendo representação formulada, por meio de portaria; por determinação do Procurador-Geral de Justiça ou do Conselho Superior do Ministério Público, conforme prevê o artigo 106, “caput”, da Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo.⁴¹⁸

Cumprido ressaltar que a prerrogativa concedida ao Ministério Público para instaurar o inquérito civil deve-se ao fato de que o legislador acredita na instituição, bem como em seu zeloso trabalho na defesa dos interesses coletivos. Possuindo tamanha responsabilidade, os membros do Ministério Público estão certos de que ao presidirem um inquérito, terão ao seu dispor inúmeros indícios, elementos e provas, que servirão de base sólida para instruírem eventual ação civil pública.

Ao receber a representação, pode o órgão do Ministério Público acolhê-la, instaurando o inquérito, ou indeferi-la. Contra essa decisão de indeferimento, o artigo 107, §1º, da Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo permite que o representante, após regularmente cientificado das razões do pedido, irrisignado, interponha recurso junto Conselho Superior do Ministério Público, no prazo de dez dias (artigo 118 do Ato Normativo nº 484 CPJ, de 5 de outubro de 2006).

Em contrapartida, caso o inquérito seja instaurado, a referida lei, em seu artigo 108, prevê que após regular notificação expedida comunicando acerca da instauração, está o investigado autorizado a apresentar recurso contra a decisão junto ao Conselho Superior do Ministério Público, no prazo de cinco dias (artigo 121, §3º, do Ato Normativo nº484 CPJ, de 5 de outubro de 2006).

Pode, por fim, a instauração do inquérito ocorrer mediante determinação do Procurador-Geral de Justiça ou do Conselho Superior do Ministério Público. O inquérito civil será instaurado por determinação do Procurador-Geral quando este vier a delegar a sua atribuição originária a outro órgão do Ministério Público. Nesta hipótese, o membro no Ministério Público agirá como *longa manus* do Procurador-

⁴¹⁸ SOUZA, Motaury Ciocchetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 105.

Geral de Justiça, apenas materializando a decisão por este exarada, não havendo violação ao princípio institucional, uma vez que o Promotor estará tão somente cumprindo uma ordem delegada e não analisando o cabimento ou não de instauração do inquérito.⁴¹⁹

Ainda é válido lembrar que comportará instauração do inquérito civil somente se houver ação judicial viável a combater o fato investigado ou quando, embora não viável ou necessária, admita-se alguma medida extrajudicial (termo de ajustamento de conduta) para combater a irregularidade constatada.

A segunda fase é composta pela instrução, tendo o Ministério Público a sua disposição, dentre inúmeras diligências, a notificação e a requisição. A notificação, prevista no artigo 129, VI, da Constituição Federal e artigo 26, I, a, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, consiste na determinação para que alguém compareça ao gabinete do membro do Ministério Público e preste depoimento ou apresente informações. Já a requisição, por seu turno, é ordem legal de apresentação de documentos, perícias, exames, diligências, vistorias e inspeções.

Tanto a notificação quanto a requisição, são instrumentos utilizados pelo “parquet” na busca da completa elucidação dos fatos e na formação da sua convicção.

A terceira e última fase corresponde à conclusão. Consoante didaticamente nos ensina Ciocchetti, há duas maneiras de se finalizar o inquérito civil: mediante propositura da ação judicial correspondente, ou a promoção de seu arquivamento.⁴²⁰

Encerrada a coleta das provas necessárias à instrução do inquisitivo o órgão do Ministério Público deverá avaliá-las e sopesá-las, firmando, assim, a sua convicção.

Por força do princípio da obrigatoriedade, entendendo o Promotor de Justiça que há dano ou ao menos ameaça a interesse passível de tutela pela Instituição, deverá agir, na busca da sua completa reparação, bem como a responsabilização de seus causadores. Entretanto, o Promotor não precisa necessariamente ingressar com a ação civil pública, pois, vinculado à cessação da lesão constatada, poderá resguardar os direitos violados através da adoção de medida extrajudicial como, por

⁴¹⁹ SOUZA, Motauro Ciocchetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 108.

⁴²⁰ SOUZA, Motauro Ciocchetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 116.

exemplo, o compromisso de ajustamento de conduta ou ainda em outras esferas jurídicas (penal e administrativa).

Entendendo, contudo, inexistir fato a ser objeto de ação judicial, deverá o membro do Ministério Público promover o arquivamento do inquérito, sem que haja intervenção judicial. Insta asseverar que o Promotor não requer o arquivamento como ocorre no inquérito penal, mas sim o determina, nos termos do artigo 9º da Lei 7.347/85. Entretanto, o arquivamento estará submetido a um reexame necessário, pois passará pelo crivo do Conselho Superior do Ministério Público.

Determinado o arquivamento do inquérito civil, o Promotor de Justiça, deverá proceder o seu encaminhamento ao Conselho Superior do Ministério Público, no prazo de três dias, sob pena de falta funcional grave, nos termos do artigo 9º, §1º da Lei nº 7347/85 e do artigo 125 do Ato normativo 484 CPJ, de 5 de outubro de 2006.

Ao tomar conhecimento do arquivamento, segundo Ciocchetti, poderá o Conselho Superior adotar três posturas: homologá-lo, rejeitá-lo, ou requisitar diligências complementares visando elucidar aspectos ainda obscuros.⁴²¹

Entendendo que não é o caso de homologação e, conseqüentemente, rejeitando o arquivamento, o Conselho Superior designará outro membro do Ministério Público para propor ação, nos termos do 9º, §4º da Lei 7347/85. Neste caso, mais uma vez, o Promotor designado atuará na qualidade de *longa manus* do Conselho Superior, sendo obrigado agir diante da delegação feita pelo Conselho e, respeitando-se, dessa forma, a livre convicção daquele que arquivou, como ocorre na esfera penal (vide artigo 28 do Código de Processo Penal).

Pode, ainda, o referido órgão colegiado, determinar outras diligências, devendo especificá-las (oitiva de testemunhas, juntada de documentos). Neste caso, o Conselho Superior remete o inquérito civil à Promotoria de origem e o próprio membro do Ministério Público, que havia promovido o arquivamento, tomará as providências necessárias.

Caso as provas acrescidas venham alterar a convicção do Promotor de Justiça, autor do arquivamento, nada obsta venha este a, desde logo, propor a ação civil pública. Neste caso, não precisa devolver os autos, devendo tão somente,

⁴²¹ SOUZA, Motaury Ciocchetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 117.

comunicar o fato ao Colegiado, para fins de controle meramente administrativo (posto que a devolução do inquisitivo com as diligências realizadas é aguardada).⁴²²

E, por fim, ao ter ciência do arquivamento e homologando-o, o Conselho Superior remeterá os autos a sua origem. O procedimento de arquivamento não impede que outros legitimados proponham diretamente a ação civil pública, uma vez que o inquérito civil não é requisito indispensável para a propositura da ação civil pública e havendo indícios de lesão ou ameaça ao direito, interesse e necessidade qualquer legitimado para ingressar com a referida ação coletiva.

6.5.7.2 Termo de Ajustamento de Conduta e o Banco de Dados

O termo ou compromisso de ajustamento de conduta, previsto no artigo 5º, §6º, da Lei nº 7347/1985, é um ato jurídico firmado pelos órgãos públicos legitimados à propositura da ação coletiva, por meio do qual a administração pública ou ente privado se compromete a cessar a conduta ilegal ou inconstitucional (comissiva ou omissiva) no prazo e condições negociados, podendo ser objeto qualquer tipo de prestação de pagar, fazer, não fazer, ou entregar coisa.⁴²³ Tem por objetivo, inclusive exclusivo, o de adequar o comportamento do ente às normas legais e constitucionais, seja por ação ou omissão.

O termo de ajustamento poderá ser realizado pelo Ministério Público (artigo 82, III, do CDC), inclusive no curso do inquérito civil, tendo a natureza título executivo extrajudicial.

Muito se discute na doutrina a respeito da natureza jurídica do ajustamento de conduta. No ajustamento de conduta, é inegável a existência de vontade do interessado em ajustar sua conduta às exigências legais, bem como do órgão público tomador do ajustamento de buscar restabelecer ou evitar dano a direito transindividual por meio do compromisso.

Geisa Rodrigues, ao enfrentar a natureza jurídica do ajustamento de conduta, apresenta duas vertentes, sendo que uma reputa que seria transação e outra de que

⁴²² SOUZA, Motauro Ciocchetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 106.

⁴²³ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 137.

seria ato jurídico diverso. Segunda a autora, para os autores que defendem a transação, o ajuste teria característica especial, pois versaria sobre direitos indisponíveis, de modo que as concessões mútuas, típicas de direito privado, apenas poderiam atingir aspectos acidentais do exercício do direito e jamais do objeto em si considerado. Já a corrente que adota a natureza de ato jurídico, fundamenta rechaçando ser possível transação, porque que a natureza dos direitos transindividuais é indisponível e ilimitada.⁴²⁴

Para a autora o ajustamento é como um acordo, um *negócio jurídico bilateral*, porque, ao contrário do contrato onde há concessões mútuas, o compromisso encerraria obrigações apenas para uma das partes (o interessado), mas ao mesmo tempo dependeria da concordância dos signatários para ser firmado (bilateralidade).⁴²⁵

Ana Luíza de Andrade Neves afirma que o compromisso de ajustamento de conduta tem natureza jurídica de negócio jurídico, porque cria relação jurídica, constituindo, modificando ou desconstituindo direitos, pretensões, ações ou exceções.⁴²⁶ Para a autora os direitos transindividuais não são por si só indisponíveis, pois se revestem da característica da negociabilidade, podendo ser, portanto, transacionados entre as partes interessadas. Sustenta a referida autora que o compromisso de ajustamento é um *negócio jurídico bilateral*, equiparado à transação, mas de forma *sui generis* do instituto jurídico de natureza privada. Evidencia-se a vontade do tomador do compromisso na celebração do negócio, na estipulação das obrigações e nas condições de seu cumprimento.⁴²⁷

De acordo com Patrícia Miranda Pizzol o compromisso de ajustamento de conduta teria natureza de transação, porquanto haveria concessões mútuas entre os celebrantes do ajuste, sendo, contudo, vedado ao órgão público legitimado a renúncia a direitos transindividuais, o que tornaria o compromisso uma figura peculiar de transação.⁴²⁸

⁴²⁴ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 122-139.

⁴²⁵ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 136.

⁴²⁶ NERY, Maria Luíza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta – Teoria e análise de casos práticos**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 138.

⁴²⁷ NERY, Maria Luíza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta – Teoria e análise de casos práticos**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 156-157.

⁴²⁸ PIZZOL, Patrícia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998, p. 149-153.

Nelson Nery afirma que é possível a transação em matéria de direitos difusos e coletivos, analisada a cada caso concreto, ou seja, desde que prevaleça a efetividade da tutela dos direitos transindividuais para que possa avaliar o grau de transigência cabível no determinado ajustamento.⁴²⁹

Ana Luiza Nery ressalta uma característica do compromisso de ajustamento de conduta, que se refere ao fato de unir manifestação de vontade do particular, fundamentado sobre princípios de direito privado e a manifestação de vontade do órgão público, baseado na principiologia do direito público, possuindo assim uma natureza jurídica de transação *híbrida*.

Geisa Rodrigues⁴³⁰ observa que o fato de o ajustamento ser firmado por órgão público e em razão de suas repercussões tanto no âmbito do direito privado, quanto no direito público, lhe confere algumas particularidades que devem ser observadas.

Contudo, apesar da discussão relativa à natureza, o que importa é a prática efetiva do instituto, a significar o alcance da efetiva proteção ou reparação aos direitos transindividuais ameaçados ou lesados pelo administrado em tomar o compromisso⁴³¹. Em determinadas situações, a negociação será mais eficaz para a tutela dos direitos transindividuais do que a propositura ou continuidade da demanda judicial.

Por meio do termo de ajustamento de conduta é possível é possível negociar os prazos e condições para que a administração ou ente privado, que tem a obrigação de cumprir a política pública em questão, possa adequar-se às exigências constitucionais e legais.⁴³²

O termo de ajustamento pode induzir comportamentos ativos por parte do que possui competência para formulação e implementação das políticas públicas, no sentido de superar omissões, dentro dos limites concretos postos a sua ação.⁴³³

⁴²⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Compromisso de Ajustamento de Conduta**: solução para o problema da queima da palha da cana-de-açúcar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 31.

⁴³⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 129.

⁴³¹ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 159.

⁴³² FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 136.

⁴³³ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) **Políticas Públicas**: reflexos sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 32.

Tanto isso é verdade que, no caso de deficiência em atendimento de hospitais ou fornecimento de medicamentos na área de saúde, ou no oferecimento de vagas em creches em um determinado município, é possível realizar um termo de ajustamento de conduta com a respectiva secretaria do município e o ente privado responsável pela prestação do serviço social, fixando-se prazos, condições para que se possa reparar a omissão ou melhorar alguma ineficiência, sem que haja intervenção judicial, diminuindo o número excessivo de demandas judiciais individuais, dando acesso de forma isonômica a todos e melhorando a qualidade de vida das pessoas.

É possível, ainda, fixar cominações legais a serem aplicados em caso de descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer. Isso acontece porque entendeu por bem o legislador exigir do tomador do compromisso a imposição, no próprio termo, de sanção específica prevendo a hipótese de inadimplemento das obrigações. É necessário, portanto, que no título exequível sejam pactuadas também sanções, que permitam execução imediata em caso de mora injustificada, sem que haja necessidade de processo de conhecimento por ser tratar de título extrajudicial.

A sanção corresponde à multa cominatória diária, sendo exigida a partir do momento em que houver o descumprimento do acordo, para tentar ainda resguardar o compromisso ajustado, uma vez que foi essa a finalidade de se celebrar o acordo. O valor da multa, que deverá ser arbitrada atendendo o princípio da razoabilidade, ou seja, fixada em um *quantum* significativo, não sendo de um valor inexpressivo para réu, mas observando seu patrimônio, será destinada a fundos criados por lei, conforme determina o artigo 13 da Lei nº 7.347/85.

É perfeitamente possível pactuar o compromisso no decorrer do inquérito civil. Isso ocorre quando o inquérito já foi instaurado, o Ministério Público está investigando e surge a possibilidade de celebrar o acordo, haja vista a livre intenção demonstrada pelo interessado em fazê-lo. Celebrado o acordo, se os termos firmados atenderem plenamente os interesses das partes poderá o Ministério Público promover o arquivamento do inquérito civil, submetendo-o à análise do respectivo órgão colegiado.

Discute-se quanto ao momento em que o compromisso passa a surtir efeitos. Conforme explica o autor Ciochetti, a eficácia está condicionada à homologação do arquivamento do inquérito civil feito pelo Conselho Superior do Ministério Público,

nos termos do artigo 112, parágrafo único da Lei Complementar Estadual nº 743/93.⁴³⁴

É possível também que o termo de ajustamento seja realizado no curso da ação civil pública e, neste caso, será homologado pelo juiz e, sendo descumprido, comporta execução.

Contudo, é preciso observar que tendo o Ministério Público fixado um termo de ajustamento, no caso, por exemplo, contra uma empresa que provocou um dano ambiental e que atinja mais de uma Comarca, pode outro Promotor de Justiça de comarca diversa desconhecer desse acordo e optar por propor uma ação civil pública.

Questiona Maria Paula Dallari Bucci⁴³⁵ a falta de um banco de dados, onde haja um cadastro sistematizado de livre acesso e possa realizar pesquisa dos termos de ajustamento de conduta já firmados. Semelhante ao que ocorre com pesquisa de jurisprudência, considerada como fonte de direito, que permite consulta regular e sistemática da posição dos tribunais sobre determinado assunto, o Ministério Público poderia ter um sistema parecido, que contribuiria muito para efetivação de direitos.

No site do Ministério Público, no link SIS Integrado, Promotores de Justiça, funcionários e servidores, possuem acesso ao banco de dados, onde é possível consultar Termos de Ajustamentos de Condutas pelas **partes** firmadas no acordo.

⁴³⁴ SOUZA, Motauro Ciocchetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 73.

⁴³⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) **Políticas Públicas**: reflexos sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 32.

Figura 3 - Site do Ministério Público – link SIS Integrado

The screenshot shows the 'Consulta por Partes' interface. On the left is a navigation menu with 'Por Partes' highlighted. The main form contains the following fields and options:

- Sistema: Todos ADMINISTRATIVO ATENDIMENTO CRIMINAL DIFUSOS INDIVIDUAL
- Nome da Parte: Busca Fonética
- Apellido / Nome Fantasia:
- Policial: Policial Militar Policial Civil Guarda Municipal
- Tipo de Participação:
- Promotoria:
- Cargo:
- Tipo de Documento:
- Número do Documento:
- Nascimento:
- Nome do Pai:
- Nome da Mãe:
- Email:
- Telefone:
- Data de Cadastro: a
- Área de Atuação:
- Comarca:
- Assunto Denúncia:
- Assunto Denúncia:

Buttons at the bottom:

Fonte: BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. **SIS Integrado**. Disponível em: <https://sispintegr.mpsp.mp.br/SISMPIntegrado/Home/?controllerName=Selecionar%20UA>. Acesso em: 26 ago. 2018.

Também é possível consultar pelo **tipo de procedimento**, que informa se foi instaurado inquérito civil, procedimento preparatório de inquérito civil (PPIC), ação civil e pelo status, onde é possível ver se o TAC está em fiscalização.

Figura 4 - Site do Ministério Público – link SIS Integrado

The screenshot shows the 'Consulta de Procedimentos' interface. On the left is a navigation menu with 'Procedimentos' highlighted. The main form contains the following fields and options:

- Sistema: Todos ADMINISTRATIVO ATENDIMENTO CRIMINAL DIFUSOS INDIVIDUAL OUVIDORIA
- Nº TJ: Leitura
- Nº MP:
- Tipo de Procedimento:
- Comarca:
- Promotoria:
- Tipo de Busca: Distribuídos para um cargo da Promotoria Recebidos e Não Distribuídos para um cargo da Promotoria
- Cargo:
- Município do Fato:
- Logradouro do Fato:
- Bairro do Fato:
- CEP do Fato:
- Área de Atuação:
- Tema:
- Assunto:
- Data de Cadastro: -
- Status:
- Informações Complementares:
- Observação Promotor:

Buttons at the bottom:

Fonte: BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. **SIS Integrado**. Disponível em: <https://sispintegr.mpsp.mp.br/SISMPIntegrado/Home/?controllerName=Selecionar%20UA>. Acesso em: 26 ago. 2018.

Com esse banco de dados interligado é possível ter acesso a todos procedimentos e ações judiciais propostas pelo Ministério Público dentro do Estado de São Paulo, de maneira rápida e eficaz, o que facilita, desburocratiza e agiliza a ação de controle do Ministério Público.

Além disso, existe dentro do Ministério Público um Núcleo de Assessoria Técnico Psicossocial (NAT), formado por equipe de assistentes sociais e psicólogos que dão suporte aos Promotores de Justiça. A equipe de técnicos do NAT tem por atribuição prestar suporte técnico quanto à análise da implementação de políticas públicas nas áreas de direitos humanos, educação, habitação e urbanismo, infância e juventude e meio ambiente. O NAT tem por objetivo contribuir para a análise da realidade social e subsidiar ações e decisões no âmbito do MPSP, relativas à defesa de interesses difusos e coletivos.

Recentemente, o atual Procurador Geral de Justiça, Dr. Gianpaolo Smanio, ao participar da abertura da 35ª Reunião de Trabalho do NAT, ressaltou a importância do acompanhamento por parte dos Promotores de Justiça na implementação de políticas públicas por gestores municipais e estaduais. Foi celebrado um acordo de parceria com a Fundação Getúlio Vargas (FGV) que tem por finalidade monitoramento e avaliação de Políticas Públicas. Um trabalho conjunto vai qualificar o diagnóstico e ajudar o Ministério Público a acompanhar a implantação de políticas públicas, levando em conta as restrições orçamentárias dos gestores públicos para que a prestação de serviços sociais seja mais eficaz.⁴³⁶

6.5.7.3 Recomendação

Trata-se de mais um instrumento eficaz de caráter preventivo, usado na tutela dos direitos difusos e coletivos, além de servir de orientação da atuação do Poder Público no que diz respeito à implementação e execução de políticas públicas dos direitos sociais, sem que haja necessidade de intervenção judicial.

⁴³⁶ BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Notícia**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?idnoticia=19146496&id_grupo=118. Acesso em: 26 ago. 2018.

Tendo o Ministério Público, dentre suas funções institucionais, o dever de zelar pelo respeito aos Poderes Públicos e aos serviços de relevância pública assegurados na constituição (artigo 129, II, da Constituição Federal), tendo a sua disposição para essa finalidade o instrumento da recomendação (artigo 6º, inciso XX, da Lei Complementar 75/93, do Ministério Público da União), assim como, visando a melhoria dos serviços públicos, bem como ao respeito aos interesses, direitos e bens, cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável (artigo 80 da Lei nº 8625/1993, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados), o Conselho Nacional do Ministério Público, no exercício de sua competência, fixada no artigo 130-A, §2º, inciso I, da Constituição Federal, com o objetivo de uniformizar a atuação do Ministério Público, publicou a Resolução nº164 de 28/03/2017, definindo a recomendação como um instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público, por meio do qual busca persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício de melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição e atuando, assim, como instrumento de prevenção de responsabilidade e correção de condutas.⁴³⁷

A recomendação tem por objetivo prevenir responsabilidades da Administração e informá-la sobre eventuais deliberações do Ministério Público (como a instauração de inquérito civil ou propositura de ação civil pública) comparado a notificação do Código de Processo Civil.⁴³⁸

Sendo desrespeitados direitos dos cidadãos, a recomendação pode ser expedida a órgãos da administração pública para que instaure procedimentos, sob pena de serem responsabilizados por omissão.

A recomendação permite à Administração Pública incorporar em seu ordenamento e planejamento de linhas de políticas públicas, linhas de atuação que auxiliem o efetivo exercício dos direitos previstos na CF, possibilitando, também, conciliação de políticas públicas diversas, cujos objetos também foram levados ao Ministério Público pela sociedade ou descoberto no exercício de fiscal da lei.

⁴³⁷ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resoluções**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2018.

⁴³⁸ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 138.

As recomendações possibilitam levar à Administração novas demandas, ideias e estratégias que visam aprimorar as ações governamentais e melhorar a qualidade de vida das pessoas.

Sendo o Ministério Público uma instituição legitimada constitucionalmente a construir mecanismos eficazes para o exercício dos direitos sociais constitucionais, atua como mediador entre as demandas coletivas e a administração.

Se houver conflito entre políticas públicas, os princípios da ponderação e proporcionalidade solucionarão a tensão entre direitos fundamentais e a recomendação, por ser uma medida não incisiva, permite agir com razoabilidade, buscando a melhor solução para o ente público, sempre atendendo as necessidades sociais (artigo 2º, X, da Resolução 164 do CNMP).

Sendo cabível a recomendação, esta deve ser manejada preferencialmente visando evitar a propositura de ação civil pública, estipulando prazo razoável para adoção de providencias cabíveis. Todavia, caso haja desatendimento à recomendação por parte da Administração ou entes privados, permanecendo ambos omissos na implantação de políticas públicas poderão ser acionados judicialmente.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como principal objetivo discutir como tutelar direitos essenciais à qualidade de vida das pessoas e, ao mesmo tempo, melhorar as relações e convívios sociais, proporcionando uma sociedade mais justa, igualitária e democrática.

O desafio residiu em estudar a conquista de direitos sociais ao longo da história que contribuíram para a formação do Estado de Direito e, posteriormente, um Estado Democrático e Social de Direito, preocupado em proteger pessoas e situações de vulnerabilidade e tentar reduzir desigualdades sociais.

Foi também objeto de análise, a preocupação em se tutelar direitos que transcendem a pessoa do indivíduo que dizem respeito a toda coletividade e que necessitam de uma prestação jurisdicional quando ameaçados ou, até mesmo, violados.

Foi possível observar as transformações na sociedade após a Revolução Industrial que, com a produção em larga escala, proporcionou um aumento no consumo, bem como dos danos ambientais, sem que houvesse tempo hábil para regular a comportamento ético.

O aumento do consumo leva à implementação de contratos em massa, prontamente ajustados, considerados abusivos, colocando consumidores em situação de vulnerabilidade, necessitando, assim, da intervenção do Estado. Pessoas passam a se identificar com as relações de consumo ou com prestações de serviços formando uma classe, categoria ou grupo. Consumidores apresentam-se em posição desfavorável num litígio, necessitando de interferência do Estado para suprir o desequilíbrio e tutelá-los em juízo.

Por outro lado, os danos ambientais, muitas vezes de grandes proporções, podem ameaçar presentes e futuras gerações e a sobrevivência no planeta. Muitas vezes irreparáveis, os danos ambientais despertam a necessidade de uma tutela preventiva, uma responsabilização pelo dano causado tão somente pelo nexo de causalidade entre o comportamento e o prejuízo ocorrido, diante da dificuldade em se imputar a culpa.

A produção industrial exacerbada provocou um desenvolvimento econômico sem precedentes e o meio ambiente não conseguia acompanhar os reflexos desse crescimento. O resultado é o aquecimento global, incêndios florestais, degelo de calotas polares.

Atualmente, o lucro já não é o único pilar incontornável. Uma empresa renomada passa a se estabelecer em um novo tripé: o lucro, as pessoas e o planeta. Trata-se de um novo norte do capitalismo moderno. Além de fazer dinheiro, é necessário ter responsabilidade social e respeito ao meio ambiente, de modo que o crescimento econômico seja viável ao longo do prazo.⁴³⁹

Defender sustentabilidade não significa impedir o desenvolvimento econômico, mas produzir de uma forma consciente que garanta a preservação das presentes e futuras gerações.

Empresa como a Tesla preocupa-se não apenas em produzir carros, mas em criar modelos menos poluentes movidos a baterias elétricas. Dispõe de mão de obra de qualificação e investe pesado em inteligência artificial. Hoje, nem tudo visa o lucro. No segundo trimestre de 2018, a Tesla teve um prejuízo de 717,5 milhões. Mesmo assim seu valor de mercado bateu os 50 milhões de dólares, superando a centenária Ford (aquela mencionada neste trabalho como símbolo da máquina quando esta se confundia com a técnica). A expectativa vale mais que a máquina.⁴⁴⁰

O capitalismo se mostrou disposto a mudar e se adequar às mudanças da sociedade. Aprendeu que não há espaço para o lucro a qualquer custo.

Por outro lado, o pensamento comunista também não obteve sucesso. Faliu, não conseguindo oferecer uma renda distribuída de maneira mais igualitária, mas defendia a necessidade de se tutelar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. É a preocupação com meio ambiente que faz as duas ideologias políticas se aproximarem.

Quanto à técnica antes empregada na máquina, passa agora a ser notada em qualquer trabalho, não só mais físico e matemático, mas também filosófico e jurídico, a sociedade que antes consumia bens duráveis para a família, passa a um hiperconsumo, individual e emocional. Não se consome mais por *status* social, mas

⁴³⁹ REVISTA VEJA. **Especial 50 anos – 1868 a 2018**. Veja nasceu na ditadura, floresceu na democracia e chega a cinco décadas de vida pronta para continuar a zelar pelo regime das liberdades. Editora Abril, edição 2601 – ano 51, nº 39, 26 de setembro de 2018, p. 107.

⁴⁴⁰ REVISTA VEJA – **Especial 50 anos – 1868 a 2018**. Veja nasceu na ditadura, floresceu na democracia e chega a cinco décadas de vida pronta para continuar a zelar pelo regime das liberdades. Editora Abril, edição 2601 – ano 51, nº 39, 26 de setembro de 2018, p. 107.

por hedonismo (consome-se por mero prazer individual, por um estilo de vida). Consome-se por uma busca à felicidade. O consumo passa a ser individual e não mais familiar, cada um tem o seu carro e o seu computador, uma busca por uma satisfação imediata e momentânea.

As pessoas passam a associar felicidade e sucesso como se tivesse a obrigação de ter o melhor celular, o último computador, como se fosse a busca por inúmeras coisas que nunca chegam ao fim, quando, na verdade, o conceito de felicidade é o contrário, é aquilo que aconchega e que satisfaz.⁴⁴¹

O padrão de felicidade tornou-se um *marketing*, como se fosse um bem de consumo, uma busca por um padrão rígido, quase inatingível e difícil de ser mantido o tempo todo. Cabe entender que o sucesso traz um prazer momentâneo, mas não eterno. A pessoa busca ter um padrão de consumo para se manter no sucesso, cuja perpetuidade não é real.

Essa busca incessante exige que se crie personagem a perder a identidade e a essência de quem realmente você é, além de causar doenças como depressão.

Cabe às pessoas desacoplarem sucesso e felicidade a coisas materiais e atrelar a felicidade ao conforto interno, reflexão, sossego e o usufruto de momentos prazerosos com pessoas e entes queridos.⁴⁴²

São essas mudanças de comportamento que desperta a necessidade de se tutelar juridicamente direitos coletivos e difundidos na sociedade.

Entretanto, o sistema processual tradicional enfrentava dificuldades de como colocar todos os envolvidos em juízo sem que causasse um tumulto processual, ou como solucionar inúmeras demandas repetitivas, cujas decisões poderiam ser contraditórias. Era preciso que houvesse um representante processual. “Alguém” apto, idôneo, com legitimidade, que a sociedade depositasse confiança.

A Constituição Federal, em seu artigo 127, confiou ao Ministério Público como função jurisdicional essencial ao Estado, uma vez que ele age como agente provocador, desencadeando a atividade jurisdicional na defesa dos interesses sociais.

⁴⁴¹ SILVA, Ana Beatriz Barbosa; ROCHA, Alex. **Mentes em pauta** - Felicidade e Sucesso. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2L4dIta50sk>. Acesso em: 15 set. 2018.

⁴⁴² SILVA, Ana Beatriz Barbosa; ROCHA, Alex. **Mentes em pauta** - Felicidade e Sucesso. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2L4dIta50sk>. Acesso em: 15 set. 2018.

Nas palavras de Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz:

O constituinte traçou claramente para o Ministério Público o perfil de órgão agente, promotor de medidas, empregando, nos quatro primeiros incisos do artigo 129, o verbo promover. Daí se deflui que o papel primordial na Instituição é o de ser verdadeira alavanca, a movimentar o Judiciário, pugnando pelos interesses maiores da sociedade amparados pelo ordenamento jurídico.⁴⁴³

Trata-se de um representante da sociedade com a responsabilidade exigir do Poder Público a observância de direitos fundamentais, de aplicação imediata, protegidos por clausula pétrea e impedidos de serem reduzidos ou abolidos e cuja ameaça ou violação não pode deixar de ser apreciada pelo Poder Judiciário (artigo 5º XXXV, da Constituição Federal)

Por isso, instituído um direito por norma constitucional, regulado por norma infraconstitucional, ou mesmo quando não regrado pelo legislador ordinário, apresenta um mínimo de densidade normativa a ser observada, não cabe ao Executivo decidir quanto ao seu cumprimento, ou não, pois do contrário haveria grave violação aos princípios do Estado de Direito, bem como completa subversão da tripartição de funções inerentes ao regime democrático.⁴⁴⁴

Segundo o sistema de *checks and balances*, os poderes deveriam ser repartidos e equilibrados entre os órgãos, para que cada um, além das funções para as quais estivesse especializado, conseguisse aprimoramento a noção de limitação do poder pelo próprio poder.⁴⁴⁵ É por meio desse sistema que se consegue preservar a noção de Estado de Direito, evitando que haja abusos e arbitrariedades.

Partindo desse pensamento, se o poder detém o poder, se ao Judiciário cabe a jurisdição, é da lógica da separação de poderes o controle dos atos da Administração, sem que se possa cogitar de ingerência indevida.

De acordo com a tripartição de funções, cabe ao Poder Executivo a obrigação de dar cumprimento às disposições constitucionais e legais que orientam a atividade administrativa, não havendo espaço no campo de suas competências para decidir

⁴⁴³ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. **Ministério Público – Instituição e Processo, Perfil Constitucional, Independência, Garantias, Atuação Processual Civil e Criminal, Legitimidade, Ação Civil Pública, Questões Agrárias**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 22.

⁴⁴⁴ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Ministério Público e defesa da cidadania. In: PINSKY, Jaime (Org.). **Práticas de Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2004, p. 200.

⁴⁴⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Ministério Público e defesa da cidadania. In: PINSKY, Jaime (Org.). **Práticas de Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2004, p. 198.

sobre a adequação e pertinência da aplicação das normas às quais deve estar submetido.⁴⁴⁶

Não parece que o juízo discricionário envolva a identificação dos fins a serem atingidos, mas tão somente a escolha dos meios que, a juízo do administrador, sejam os mais adequados para consecução dos direitos.

Isso porque, dentro do princípio da separação dos poderes e da problemática discricionariedade administrativa, surge um verdadeiro obstáculo na realização dos direitos sociais, o argumento de que cabe ao administrador a escolha de quando e como fazer.

A discricionariedade não se trata de uma liberdade para a administração decidir a seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderado normativo.⁴⁴⁷

É possível invocar o princípio da razoabilidade para daí inferir na valoração subjetiva do administrador e avaliar se a decisão foi dentro do razoável, em consonância com aquilo que é aceitável perante a lei.⁴⁴⁸

Sob esse raciocínio, é que caberá ao Poder Judiciário examinar a moralidade dos atos administrativos. O magistrado poderá e deverá invalidar atos que, pelos padrões de homem comum, atentam manifestamente contra a moralidade. Normalmente, trata-se de atos imorais que reclamam grande clamor público e que se espera que o Judiciário se mostre sensível a esses reclamos.

Observa-se uma tendência em ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário que não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação (apreciação que leva a uma solução, sem inferir na vontade do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.⁴⁴⁹

Por isso, a aplicação dos princípios, desenvolvidos por Dworkin, são verdadeiros balizas norteadores que evitam as decisões judiciais arbitrárias e auxiliam na interpretação jurídica na busca por soluções de interesses complexos, que envolvem toda a coletividade.

⁴⁴⁶ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Ministério Público e defesa da cidadania. In: PINSKY, Jaime (Org.). **Práticas de Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2004, p. 201.

⁴⁴⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. Rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 406.

⁴⁴⁸ DI PIETRO, Maria Zanella. **Direitos Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 208.

⁴⁴⁹ DI PIETRO, Maria Zanella. **Direitos Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 208.

Mudanças ocorreram na postura do Poder Judiciário que provocaram o fenômeno da judicialização consistente em tratar de algumas questões políticas e sociais, antes resolvidas pelos órgãos do Poder Legislativo e o Executivo, e agora passam a ser decididas pelo Poder Judiciário. Trata-se de uma transferência de poder para os tribunais e juízes com alterações significativas na linguagem, argumentação e modo de participação da sociedade.⁴⁵⁰

Diversas são as razões para essa mudança. Com a redemocratização, a Constituição de 1988, com o reconhecimento de garantias e direitos individuais, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de concretizar a Constituição e as leis. Além disso, a democracia proporcionou mais acesso à informação e conscientização de direitos à população, que passa a buscar seus interesses perante juízes.⁴⁵¹

Também, com a Constituição Federal de 1988, houve a valorização institucional do Ministério Público que previsto constitucionalmente no artigo 127 e seguintes, tornou-se o responsável por fiscalizar omissões do Poder Legislativo ou da Administração Pública.

A judicialização não decorre de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica. O Supremo Tribunal Federal limita-se a cumprir o seu papel institucional de fazer obedecer à Constituição.⁴⁵²

Já o ativismo consiste em atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Seu surgimento advém de uma retração do Poder Legislativo, de um certo distanciamento entre a classe política e a sociedade civil, o que dificulta que as necessidades sociais sejam efetivamente atendidas.

O ativismo retrata o momento histórico-político que o país atravessa e as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo. Sem regulamentação normativa, as

⁴⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 3. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 nov. 2017.

⁴⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 3. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 nov. 2017.

⁴⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 6. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 nov. 2017.

peças buscam o judiciário, que instado a decidir, acaba proferindo decisões e regulando direitos, aproximando-se do Poder Judiciário das necessidades da sociedade.

Litígios envolvendo direitos individuais pode-se invocar a tradicional ciência positivista de Kelsen, onde o direito é a lei, decisões proferidas em sentido contrário à lei, geram insegurança jurídica. Contudo, quando se fala em direitos sociais e direitos difusos e coletivos, não só a lei, mas a aplicação de princípios, auxiliam na interpretação jurídica e na busca por soluções de interesses complexos, que envolvem toda a coletividade.

Ponderar esses interesses não é uma tarefa fácil. Sentença procedência/improcedência não se apresenta como melhor solução. É necessário analisar o caso concreto, verificar se o interesse da maioria deve prevalecer, desde que não haja violação a direitos mínimos fundamentais e ponderar valores e princípios, para que se chegue a uma solução mais razoável possível. O grande desafio reside em cada situação comportar uma decisão, por isso a importância de se invocar os princípios, tanto quanto aplicar a lei, buscar ouvir especialistas e opinião pública, não porque o tema é polêmico, mas porque diz respeito a interesse coletivo.

É certo que os direitos sociais constitucionalmente positivados no nosso ordenamento jurídico, cuja ausência de implementação ou implementação ineficiente impede ou dificulte a sua satisfatória fruição pelo indivíduo, são passíveis de análise judicial, já que ao judiciário cabe precipuamente a apreciação da lesão ou ameaça de lesão a direito. Por isso mesmo, quando analisa tais demandas, o judiciário cinge-se a desempenhar a função que lhe é tipicamente atribuída pela Constituição Federal, tornando-se nestas ações, no máximo, arena de discussão, modificação e correção dos rumos da política pública ineficientemente implementada.⁴⁵³

E são as políticas públicas que se apresentam como instrumento adequado de se exigir do Estado a observância dos direitos sociais e coletivos, na tentativa de reduzir as desigualdades sociais.

⁴⁵³ MATTOS, Tatiane Cesarino. **Judicialização da Política:** O Ministério Público na Defesa do Regime Democrático (substantivo). [Trabalho de conclusão de curso]. Escola Superior do Ministério Público, no 9º Curso de Especialização em Interesses Difusos e Coletivos. São Paulo, 2013, p. 25.

Para atingir tal objetivo, o Estado precisa fixar metas, programas que implicam o estabelecimento de funções específicas aos Poderes Públicos, para a consecução dos objetivos predeterminados pelas Constituições e pelas leis.

Sob o aspecto jurídico, as políticas públicas evitam o excesso de demandas judiciais individuais repetitivas que sobrecarregam o Poder Judiciário, o que não necessitaria ser provocado se houvesse políticas públicas eficientes.

No decorrer deste trabalho percebeu-se que o tema políticas públicas é complexo e incide em diversas áreas de conhecimento e atuação humana. Envolvendo a Ciência Política, Jurídica e Social, devem compartilhar o instituto a fim de que o fenômeno seja bem compreendido, analisado e bem resolvido, reconhecendo autonomia entre as ciências, mas também visualizando a clara intersecção entre a Política e o Direito no que se refere às políticas públicas.⁴⁵⁴

A amplitude do conceito de políticas públicas envolve todas as funções do Estado, direcionado a cumprir metas de realização de bem-estar da população, previstas ou não na Constituição. Não há exclusão de nenhuma função do Estado no que tange ao compromisso em atender aos objetivos constitucionais.

Por isso, a escolha das políticas públicas e a forma de implementação são funções vinculadas à democracia representativa e legitimidade democrática, decorrente de escolhas políticas da população. Já a fiscalização dessas políticas cabe ao Ministério Público, para que conduza à efetivação dos objetivos estabelecidos constitucionalmente e aos valores ligados à proteção da vida, da dignidade da pessoa humana e da ordem democrática, com a intenção de buscar o equilíbrio entre os ideais de liberdade e igualdade. Quando se depara com a decisão de propor ou não uma ação civil pública, também exerce uma atividade política, não obstante a exigência da fundamentação de sua decisão e o dever de agir dentro dos limites de sua legitimação e da lei.

O desafio foi estabelecer parâmetros no controle das políticas públicas, no intuito de auxiliar na atuação do Poder Judiciário na busca por uma solução razoável no caso concreto, que visa proteger direitos mínimos, respeitando a limitação de recursos financeiros do Estado, bem como guiam o Ministério Público na fiscalização das políticas sociais.

⁴⁵⁴ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Possibilidade e Limites do Ministério Público: qual o seu impacto na gestão pública?**, p. 09. [Palestra ministrada pelo Procurador Geral de Justiça], realizada no Insper, no dia 06/08/2018.

Uma vez definida as políticas públicas, passou-se a estudar os elementos que as compõem, suas etapas de realização que se iniciam na elaboração e planejamento, passam pela implementação até chegarem à avaliação e fiscalização, passando por decisões sobre escolha de prioridades e alocação de recursos. Entendendo como funciona cada etapa do ciclo ajuda, no caso concreto, a fundamentar as decisões judiciais e a fiscalização do Ministério Público no que tange à efetivação das políticas públicas.⁴⁵⁵

O ministério Público tem instrumentos processuais, como ação civil pública, para exigir judicialmente do Poder Público a execução de políticas públicas.

Os processos coletivos se mostram muito eficazes. Uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público, representando interesses de toda coletividade, de relevância social, cuja decisão favorável possa beneficiar a todos os titulares do direito material objeto do litígio, apresenta-se como um instrumento viável ao Poder Judiciário como forma de proferir uma única decisão, com efeitos “*erga omnes*”, que não vincula demais juízes e tribunais e mais: não impede a propositura de ações individuais ou de novas ações coletivas se o julgamento for de improcedência para a coletividade, respeitando-se o acesso à justiça de todo aquele que sentir seu direito ameaçado ou violado.

A tutela específica garante efetividade ao processo, medida preventiva evita o dano, ou quando este já ocorrido, busca-se reestabelecer a situação anterior a ele. Medidas assecuratórias também instrumentalizam o juiz a fazer cumprir sua ordem judicial. No que tange às políticas públicas, há ainda, em caso de omissão do Poder Público, a possibilidade de aplicar multa, em caso de intenção dolosa a responsabilização por improbidade administrativa, ou ainda, em último caso, a decretação de intervenção judicial.

As políticas públicas possuem a finalidade de concretizar direitos fundamentais, aproxima a relação do Estado com a sociedade, permite a participação dos cidadãos tanto no momento da formação, quanto da execução do programa, que pode se dar por meio de audiências públicas, conselhos, consultas públicas, orçamento participativo, referendo, plebiscito e acesso a informação,

⁴⁵⁵ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 17.

conquistando legitimidade e a garantia de que efetivamente as necessidades da população estão em decisão e execução.

A atuação do Ministério Público não visa substituir ou se sobrepor ao Estado. O que se busca é parceria e integração, que revoluciona o papel do Ministério público na defesa dos interesses da sociedade.⁴⁵⁶

A fiscalização das políticas públicas, antes de ser uma função precípua do Ministério Público, é um exercício da cidadania.

O exercício de cidadania passa a ser não somente representativa, mas também participativa, no sentido de acompanhar as políticas públicas, a aprovação do orçamento público, audiências públicas e sistema de conselhos, que fortalece a qualidade das políticas públicas, a garantia dos direitos fundamentais e uma sociedade livre e igualitária.⁴⁵⁷

A ideia de Estado Democrático de Direito valoriza a tese da soberania popular (poder emana do povo) e participação popular, tanto de forma direta como indireta, mas a busca por legitimidade democrática somente ocorrerá com maior amplitude se houver participação dos cidadãos e da sociedade no Estado, rompendo com a representatividade meramente formal e demonstrando que a democracia não é apenas um regime político, mas é um direito da humanidade.⁴⁵⁸

José Álvaro Moises, especialista em democracia brasileira, cientista político que coordena o grupo de estudos no Núcleo de Pesquisa de Políticas Públicas da Universidade de São Paulo, afirma que “a democracia ainda é o único regime que propõe solução pacífica para conflitos políticos, econômicos ou sociais. É também o único a garantir a igualdade de direitos”.⁴⁵⁹

Por todo exposto, por todos os desafios que foram enfrentados ao longo deste trabalho, o maior deles, sem dúvida alguma, é a busca incessante de mecanismos que possam melhorar qualidade de vida para as pessoas.

⁴⁵⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Possibilidade e Limites do Ministério Público: qual o seu impacto na gestão pública?** [Palestra ministrada pelo Procurador Geral de Justiça], realizada no Insuper, no dia 06/08/2018.

⁴⁵⁷ GONÇALVES, Leonardo A. **Direitos Sociais – Cidadania, Política e Justiça – O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidade e limites.** Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 202.

⁴⁵⁸ GONÇALVES, Leonardo A. **Direitos Sociais – Cidadania, Política e Justiça – O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidade e limites.** Rio de Janeiro: Sinergia, 2013, p. 203.

⁴⁵⁹ REVISTA VEJA. **Entrevista concedida às páginas amarelas.** Editora Abril, edição 2600, ano 51. nº 36, 19 de setembro de 2018.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. A Legitimação da Ação Popular. In: **Revista de Processo**, v. 132, 2006.

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

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade Administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 3. Disponível em:
http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Rev. Direito Administrativo**, jul/set. Rio de Janeiro, 2001.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética Pós-Moderna**. Trad. João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra Modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8ª Triagem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Estado de São Paulo. **TJSP na mídia**: Justiça firma parcerias para instalação do NAT-Jus. Disponível em:

<http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=52147&pagina=8> Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Plano Geral de Atuação**. Ato Normativo nº 721-PGJ, de 16/12/2011, que estabelece plano geral de atuação do Ministério público para o ano de 2012. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/corregedoria_geral/Atos. Acesso em: 28 ago. 2018.

_____. Ministério Público do Estado de São Paulo. **SIS Integrado**. Disponível em: <https://sismpintegr.mpsp.mp.br/SISMPIntegrado/Home/?controllerName=Selecionar%20UA>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Notícia**. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?idnoticia=19146496&id_grupo=118. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resoluções**. Disponível em:

<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>. Acesso em:

07 ago. 2018.

_____. Informativo STF. **Políticas Públicas** - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível". Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF>.

Acesso em: 26 dez. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) **Políticas Públicas: reflexos sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUGO, Vitor. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CAMPILONGO, C.F. Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, J.E. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANELA JUNIOR, Oswaldo. O Orçamento e a “Reserva do Possível”: Dimensionamento no controle judicial de Políticas Pública. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CAPELLA, Ana Cláudia. Novas Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. In: HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M.T. da S.; MARQUES, E.C. (Orgs.). **Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie North Fleet, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

CARACIOLA, Andrea Boari; BARONE, Lourdes Regina Jorgeti. A legitimação do Ministério Público como forma de garantir o acesso à Justiça. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Direitos Humanos e diversidade cultural**. [Palestra proferida para a EDHUCA - Escola de Direitos Humanos e Cidadania], dentro do projeto Tribunos da Cidadania da Faculdade de Direito da UFPel em convênio com a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, do Ministério da Justiça, com o apoio institucional da UNESCO, Pelotas, 10/11/2001.

CEDENHO, Antônio Carlos. **História da Política de Assistência Social no Brasil**. São Paulo: Verbatim, 2012.

COMPARATO, Fabio Konder. Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático. In: JAGUARIBE, Helio et. al. **Brasil, Sociedade Democrática**. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1985.

_____. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**, p. 43

Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2017.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros Limites ao Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CRASON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Trad. Claudia Sant'Ana Martins. Introd. Linda Laer. São Paulo: Gaia, 2010.

CREPALDI, Thiago; MORAES, Claudia. **Com judicialização da saúde, juízes passam a ditar políticas públicas do setor**. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/judicializacao-saude-juizes-passam-ditar-politicas-publicas-setor>. Acesso em: 18 ago. 2018.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade Administrativa em Matéria de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DI PIETRO, Maria Zanella. **Direitos Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas. 2008.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). **Políticas Públicas: Reflexões Sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando Direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins fontes, 2010.

ELLUL, Jacques. **A Técnica e o Desafio do Século**. São Paulo: Paz e Terra, 1954.

FERRARESI, Eurico. A responsabilidade do Ministério Público no Controle das Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. **Ministério Público – Instituição e Processo, Perfil Constitucional, Independência, Garantias, Atuação Processual Civil e Criminal, Legitimidade, Ação Civil Pública, Questões Agrárias**. São Paulo: Atlas, 1997.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Ações coletivas em espécie: ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo. In: GOMES, Luiz Flavio; BIANCHINI Alice (Coords.) **Direitos difusos e coletivos II**. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 35.

GONÇALVES, Leonardo A. **Direitos Sociais – Cidadania, Política e Justiça – O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidade e limites**. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____; WATANABE, Kazuo. (Coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

INFORMATIVO COMENTADO 864. In: **Dizer o Direito**. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2017/06/informativo-comentado-864-stf.html>.

Acesso em: 13 jun. 2018.

JONAS, Hans. **O princípio da Responsabilidade** – Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Roberto Montez. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 1979.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. In: CEDENHO, Antônio Carlos. **História da Política de Assistência Social no Brasil**. São Paulo: Verbatim, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KENNEDY, Duncan. **Izquierda y Derecho** - Ensayos de teoria jurídica crítica. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010.

KRELL, Andreas. J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 2. ed. ver. atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. Ações Coletivas: Nota sobre Competência, Liquidação e Execução. In: **Revista de Processo**, v. 132, 2006.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal – Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

MAIOR, A. Souto. **História Geral para o curso colegial e vestibulares**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editoria Nacional, 1965.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular – proteção ao erário; do patrimônio público; da moralidade administrativa; e do meio ambiente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Coleção Controle jurisdicional dos atos do Estado**. Vol.1. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. Controle Judicial das chamadas Políticas Públicas. In: MILARÉ, Edis. (coord.) **Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Interesses Difusos – Conceito e Legitimação para agir**. 7. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAPELLI JUNIOR, Reynaldo. **Judicialização da Saúde – Regime jurídico do SUS e intervenção na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Curso de Processo Civil – Execução**. 3. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Trad. Meton Porto Gadela. Rio de Janeiro: Zahar Editores, s/a.

MASSA-AZABE, Maria Helena. Dimensão Jurídica das políticas públicas, In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MATTOS, Tatiane Cesarino. **Judicialização da Política: O Ministério Público na Defesa do Regime Democrático (substantivo)**. [Trabalho de conclusão de curso]. Escola Superior do Ministério Público, no 9º Curso de Especialização em Interesses Difusos e Coletivos. São Paulo, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Princípios Processuais da Proteção dos Interesses Difusos e Coletivos**. [Aula assistida] ministrada dia 19 de março de 1998, p. 8. 2º Curso de Especialização em interesses difusos e coletivos – Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

_____. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDAUAR, Odete. Alcance da Proteção do Meio Ambiente pela Via Jurisdicional: Controle das Políticas Públicas Ambientais? In: MEDAUAR, Odete; NERY JUNIOR, Nelson; MACEDO I'SEP, Clarissa Ferreira. (Coord.) **Políticas Públicas Ambientais – Estudos em Homenagem ao Professor Michel Prieur**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas sociais constitucionais sobre justiça social. In: **Revista de Direito Público**. São Paulo, 1983, p. 233-356.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed, 7ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. Rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, Gilson Delgado. **Teoria geral dos Direitos Difusos e Coletivos -** Incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas [Aula assistida] ministrada no dia 26 de junho de 2017, no curso de pós-graduação *stricto sensu* [Mestrado em Direitos Difusos e Coletivos], realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

MOLIN, Carina Gomes Dal; MELO, Maria Veronica Monteiro de; ESPER, Vivian Maria. Os provimentos judiciais para intervenção em políticas públicas: obrigações de fazer e não fazer – tutela antecipada e sentença condenatória. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MULLER, Pierre e SUREL, Ives. **L'analyse des politiques publiques**. Paris: Montchrestien, 1998.

NERY, Maria Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta –** Teoria e análise de casos práticos. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY, Nelson; NERY, Rosa. CPC comentado, nota ao artigo 5º., LACP. In: MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Compromisso de Ajustamento de Conduta**: solução para o problema da queima da palha da cana-de-açúcar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Ministério Público e defesa da cidadania. In: PINSKY, Jaime (Org.). **Práticas de Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2004.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998.

_____. **A coisa julgada nas ações coletivas**. Disponível em: http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf. Acesso em: 09 jun. 2016.

_____. **Direito Processual Civil**. [Aula assistida], ministrada no dia 09 de agosto de 2018, no curso de Graduação em Direito, realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2006.

REVISTA VEJA. **Especial 50 anos – 1868 a 2018**. Veja nasceu na ditadura, floresceu na democracia e chega a cinco décadas de vida pronta para continuar a zelar pelo regime das liberdades. Editora Abril, edição 2601 – ano 51, nº 39, 26 de setembro de 2018.

_____. **Entrevista concedida às páginas amarelas.** Editora Abril, edição 2600, ano 51. nº 36, 19 de setembro de 2018.

RIPLEY, Randall B. Stages of the policy process. In: MCCOOL, Daniel C. **Public Policy Theories, Models, and Concepts an Anthology.** Trad. Marcia Colaferro Liberatti. USA: Prentice-Hall, 1995.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta:** teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

SANDEL, Michael J. **Justiça - O que é fazer a coisa certa.** Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas:** Conceitos, esquemas de análise, caso práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

SHIMURA, Sérgio Seiji. **Tutela Coletiva e sua Efetividade.** São Paulo: Método, 2006.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa; ROCHA, Alex. **Mentes em pauta - Felicidade e Sucesso.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2L4dlta50sk>. Acesso em: 15 set. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros.1988.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Possibilidade e Limites do Ministério Público: qual o seu impacto na gestão pública?** [Palestra ministrada pelo Procurador Geral de Justiça], realizada no Insper, no dia 06/08/2018.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **Teoria Geral de Direitos Difusos e Coletivos**. [Aula assistida na disciplina], ministrada dia 02 de março de 2017, no curso de pós-graduação *stricto sensu* – Mestrado em Direitos Difusos e Coletivos, realizada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

_____. **Filosofia do direito I – Uma Visão dos Direitos Difusos Materiais**. [Aula assistida da disciplina], ministrada no curso de pós-graduação *stricto sensu* – Mestrado em Direitos Difusos e Coletivos, realizada no segundo semestre de 2017, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

SOUZA, Landolfo Andrade de. O Papel do Ministério Público no controle das Políticas Públicas Ambientais. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, 2013, v.3, p. 13.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 02 set. 2018.

_____. **Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia.**

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-08/lenio-streck-abandonar-as-proprias-vontades-para-julgar-e-o-custo>. Acesso em: 02 set. 2018.

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial” e demais Direitos Fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009.