

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

**AÇÃO POPULAR, AÇÃO CIVIL PÚBLICA e
POLÍTICAS PÚBLICAS**

RODRIGO SANCHES GARCIA

Piracicaba/SP

2007

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA

**AÇÃO POPULAR, AÇÃO CIVIL PÚBLICA e
POLÍTICAS PÚBLICAS**

RODRIGO SANCHES GARCIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Metodista de Piracicaba, Núcleo de estudo de Direitos Fundamentais e da Cidadania, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Sérgio Resende de Barros

PIRACICABA

Ano: 2007

AÇÃO POPULAR, AÇÃO CIVIL PÚBLICA e POLÍTICAS PÚBLICAS

RODRIGO SANCHES GARCIA

Trabalho defendido em 28 de fevereiro de 2007, à Banca Examinadora constituída por:

Orientador: Professor Doutor Sérgio Resende de Barros

Professor Doutor Antonio Isidoro Piacentini

Professor Doutor Rubens Beçak

UNIMEP
Piracicaba/SP
2007

A meus pais, que, na sabedoria de despertar o meu gosto pelo aprendizado, me fizeram uma pessoa melhor.

Ao meu orientador, que, na forma de ensinar, me mostrou um direito ainda não visto.

AÇÃO POPULAR, AÇÃO CIVIL PÚBLICA e POLÍTICAS PÚBLICAS

RODRIGO SANCHES GARCIA

A dissertação trabalha com a necessidade de implementação e fiscalização das políticas públicas declaradas na Constituição de 1988 ou em normas infra-constitucionais e com os instrumentos que podem obrigar o Poder Público a cumprir essas determinações legais.

As gerações de direitos foram estudadas e demonstrou-se que nem sempre o interesse da administração se confunde com o interesse coletivo, o que gera a necessidade de instrumentos para a garantia de efetivação desses direitos.

Foi estudado o instituto da ação popular e os motivos de sua pouca utilização, o que gerou a necessidade de desenvolvimento de um novo instrumento para a proteção desses novos direitos, ou seja, a ação civil pública.

Esse novo instrumento processual e a sua preponderância atual para a defesa desses direitos foram analisados e permitiu propostas para melhorar o acesso à proteção dos direitos coletivos.

Concluiu-se que a implementação e proteção desses direitos sociais e difusos devem ser realizadas por meio de políticas públicas, e que a omissão do Poder Público permite sua Judicialização. Atualmente, o principal instrumento de acesso para tanto é a ação civil pública. Para isso, deve o Poder Judiciário levar em consideração critérios como a “reserva do possível” e a exigência do “mínimo existencial”, com base em uma correta interpretação constitucional, progressiva e construtiva.

PALAVRAS-CHAVE: Ação civil pública, ação popular, políticas públicas, interesses difusos.

ABSTRACT

The dissertation aims at showing the necessity to accomplish and inspect public policies stated by the Brazilian Constitution of 1988 and by non-constitutional norms such as statutes enacted by ordinary legislative authority. It also intends to show instruments that oblige public power (State) to observe and accomplish such norms. For generations of rights were taken into account in order to demonstrate that public administration's interests cannot be confounded with collective ones. This very fact asks for instruments able to guarantee and accomplish such collective rights.

Then, the dissertation first focuses on the procedural instrument of "Ação Popular" discussing its non-use or even its misuse and second on a new procedural instrument called "Ação Civil Pública", which was thought in order to be more effective for protecting these 'new' (collective) rights. The essay also discusses the currently predominance of this new procedural tool for defending such rights and how it improved the access in order to protect them. Finally, it understands that the protection and accomplishment of these new rights such as social and "difusos" rights must be done by means of public policies and in case of omission of the State (Public Power), especially the executive branch, the judiciary power must intervene. This intervention has nowadays been done through this procedural instrument of "Ação Civil Pública" and in this case the judiciary power has to take into account two important criteria such as "reserva do possível" and the "mínimo existencial", according to a right, constructive and progressive constitutional interpretation.

KEY-WORDS: Ação civil pública, ação popular, public policies, interesses difusos.

SUMÁRIO

Resumo	5
Abstract	6
Introdução	9

Capítulo I – A proteção jurisdicional dos direitos - evolução

1. Gerações de direitos.	13
2. Novas gerações de direitos.	28
3. O interesse público.	30
4. Interesse público primário e secundário.	34
5. O acesso à justiça para proteção dos novos direitos.	37
6. <i>A class action</i> .	42
7. A proteção dos direitos difusos na Itália, Portugal, França e Alemanha.	46

Capítulo II – A proteção pela ação popular

8. Ação popular.	52
8.1 Conceito.	54
8.2 Objeto e natureza da decisão.	55
8.3 Insuficiência.	56

Capítulo III – A proteção pela ação civil pública

9. Necessidade histórica da ação civil pública.	66
10. Legitimados para a ação civil pública.	72
11. O inquérito civil como diferencial.	78
12. Propostas para melhor proteção dos direitos coletivos.	84

Capítulo IV – A implementação das políticas públicas

13. Estado social e Administração Pública.	89
14. Políticas públicas.	95
15. Judicialização das políticas públicas.	100
16. Reserva do possível e o mínimo existencial.	108
17. Políticas públicas e interpretação constitucional.	115
18. Instrumentos de acesso à justiça e políticas públicas.	124
19. A implementação de políticas públicas pela ação civil pública.	128

Considerações finais	135
-----------------------------	-----

Referência Bibliográfica	142
--------------------------	-----

Introdução

Na pretensão do mundo ocidental de universalizar os direitos humanos, a necessidade mais atual não é mais declará-los ou fundamentá-los, mas garantir-lhes efetivo respeito e implementação¹.

A partir dessa idéia, no presente trabalho afasta-se a averiguação do respeito e aplicação dos direitos individuais, ditos de primeira geração, e analisa-se a forma de implementação, principalmente, dos direitos sociais efetiváveis por meio de condutas comissivas ou omissivas da Administração Pública. Essas condutas, como se verificará, visam à consecução de programas ou metas previstos em norma constitucional ou legal e, dessa forma, condicionam a conduta dos agentes estatais. É o que chamamos políticas públicas.

Entretanto, embora fixadas em normas constitucionais e legais, essas políticas públicas muitas vezes não são efetivadas, ou o são de forma insuficiente ou contrária às determinações legais, de modo a surgir a necessidade de um controle judicial sobre elas.

Com vistas a essa perspectiva, o trabalho se inicia com a evolução das chamadas gerações de direitos, abordando a dinâmica histórica em que elas se desenvolveram, não como gerações estanques, mas como uma contínua evolução. Do surgimento dos direitos sociais e, posteriormente, dos direitos coletivos e difusos, foi abordado o conceito de interesse público, tido como aquele fixado ou identificado pela Administração Pública para atingir o bem comum ou o interesse coletivo.

¹ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos** – paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 420 e 445.

No momento em que a administração se transforma na causadora da lesão social, surge um problema, pois, se o interesse público é identificado com o interesse social e o preenchimento de seu conteúdo é feito pela própria administração, haveria sua responsabilização pelo Poder Judiciário, quando fosse a causadora da lesão ou deixasse de implementar políticas públicas decorrentes do Estado Social.

Diante dessa constatação, o trabalho procurou identificar a proteção desses novos direitos por intermédio do acesso ao Poder Judiciário, com base em um estudo sobre o acesso coletivo à justiça pela *class action* do direito norte-americano e a proteção desses direitos na Itália, França, Portugal e Alemanha.

No direito brasileiro, a primeira forma de proteção coletiva de direitos sociais ocorreu por meio da ação popular². Para definir o alcance dessa ação constitucional, fixou-se o seu conceito, seu objeto e a natureza das decisões proferidas, para uma avaliação dos motivos que levaram à sua pouca utilização.

Esses motivos geraram a necessidade da criação de um novo instrumento processual que permitisse com maior amplitude o acesso coletivo à justiça. A

² A chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*, em que pese a amplitude que lhe foi dada, principalmente pela interpretação fixada por Ruy Barbosa, que estendia o instituto não apenas para proteger a liberdade de locomoção, mas também para abranger todos os eventuais constrangimentos arbitrários aos direitos individuais, não alcançava direitos coletivos. Nesse sentido, prescrevia o § 22 do art. 72 da Carta de 1891 que “dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder”. A respeito, conferir julgamento histórico do *habeas corpus* impetrado em favor de Nilo Peçanha para que pudesse assumir o cargo de governador do Estado do Rio de Janeiro em 1914. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Liberdade individual, acesso a cargo público independentemente de coação à liberdade de locomoção – *Habeas Corpus* nº 3.697- RJ. Rel. Ministro Pedro Lessa, Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 1914. **Revista do STF**, p. 3-28, jul-set 1915. Disponível em <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos/monta_resumo.asp?IDE_PROCESSO=hc3697>. Acesso em: 13 fev. 2007 e TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 4v. p. 440. Exemplificando a utilização do *habeas corpus* nesse período, Othon Sidou cita um episódio que ficou conhecido como “*habeas corpus* pela fome” em que os presos do município de Macaé/RJ, passavam fome pelo atraso no pagamento do fornecedor de alimentação para a cadeia e impetraram o remédio para que fossem soltos e conseguissem garantir a sua própria subsistência. Houve o deferimento da medida judicial. Cf. OTHON SIDOU, J. M.. “**Habeas corpus**”, **mandado de segurança, ação popular** – as garantias ativas dos direitos coletivos, segundo a nova Constituição. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 127.

ação civil pública ou ação coletiva foi o instrumento idealizado e substituiu amplamente a utilização da ação popular.

Os fatores que geraram essa ampla utilização da ação civil pública foram discutidos, tendo ingressado o mínimo possível na análise processual das modificações trazidas pela lei 7.347/85, pois a abordagem não pretendia esmiuçar seus institutos, mas identificá-la como instrumento de acesso coletivo à justiça.

Após essa análise, inserida no Capítulo III, o trabalho identifica a forma de proteção e implementação das políticas públicas. Para tanto, foi realizado um comparativo entre o surgimento do Estado Social e o surgimento e crescimento da Administração Pública.

Com a crescente constitucionalização dos direitos sociais, coletivos e difusos, cujo maior incremento ocorreu com a Constituição Federal de 1988, e diante da conclusão de que a implementação, proteção e controle das políticas públicas definidas nas normas sociais são dever da Administração Pública, passou-se a analisar as situações em que ela descumpra essa determinação legal.

Definidas essas políticas públicas em grande parte no plano constitucional e infra-constitucional, procurou-se demonstrar que a Administração Pública não tem a falaciosa discricionariedade de implementar ou não essas políticas e, sim, atua apenas na margem de conveniência e oportunidade para tanto.

A complexidade da sociedade e a crescente conflituosidade gerada pela expectativa de exercício desses direitos levaram ao fenômeno de judicialização ou tribunalização das políticas públicas. As diversas variantes da intervenção do Judiciário, quando se trata da falta de uma formulação, implementação e manutenção de alguma política pública, decorrem da interconexão entre elas, e

sua composição de gastos nos orçamentos da União, dos Estados e dos municípios.

Diante dessa constatação, foram analisadas as teorias da “reserva do possível” e do “mínimo existencial”, que abalizam julgamentos referentes às políticas públicas. Procurou-se ainda demonstrar que a aplicação dessas teorias somente é possível com um Judiciário interpretativo e apto a realizar as exigências constitucionais, diversamente do Judiciário mais conservador que aplica o direito de maneira “lógico-dedutiva e não criativa” e, portanto, não afinado ao Estado Social que requer um Judiciário mais progressista.

Diante desse quadro, buscaram-se quais os melhores instrumentos processuais de acesso coletivo à justiça para o Judiciário intervir nas políticas públicas. Dentre eles, a conclusão é pela prevalência da ação civil pública, principalmente pelos predicativos que possui.

Com maior amplitude de legitimados e maior possibilidade de pedidos, possui o instrumento da ação civil pública as melhores condições para a efetivação dos ditames legais referentes às políticas públicas.

Capítulo I – A proteção jurisdicional dos direitos - evolução

1. Gerações de Direitos

Entender o contexto histórico em que surgiu a ação civil pública e a sua atuação em face das definições das políticas públicas pelo Poder Executivo passa pela necessidade de compreender a evolução das chamadas “Gerações de Direitos” ou ‘Dimensões’ de Direitos³.

Com o declínio do feudalismo e o incremento das relações comerciais, surgiu uma nova classe social, os burgueses, em condições de disputar com a nobreza o poder político. Essa alteração ou divisão de poder restou vantajosa para os reis e conduziu a uma forma de poder político centralizada denominada absolutismo.

Os reis fortaleceram-se demasiadamente durante esse período, pois eram os únicos que possuíam condições de suportar os altos gastos com armamentos e a manutenção de exércitos capazes de dar a segurança necessária também à nova classe de comerciantes que se formava ao redor das incipientes cidades que surgiam⁴. Além dessas condições, no plano político, a diminuição do poder do Papa facilitou a cobrança de impostos pelos reis. Assim, com condições econômicas e políticas favoráveis, a união dos feudos centralizou o poder na pessoa do rei, separando o agenciamento econômico do agenciamento político,

³ Paulo Bonavides entende que o termo “dimensão” substitui com vantagem lógica e qualitativa o termo “geração” que exprime a idéia de sucessão cronológica e, portanto, caducidade das gerações antecedentes, fato não verificado na realidade, estando elas em plena eficácia, cf. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.571.

A terminologia “gerações de direitos” também é criticada por Canotilho, para quem a idéia de *generatividade geracional* não é totalmente correta, pois os direitos são de todas as gerações, não havendo perda de relevância. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 386.

⁴ BURNS, Edward Mcnall. **História da civilização ocidental**. Tradução de Lourival Gomes Machado e Lourdes Santos Machado. 4. ed. Porto Alegre: Globo, 1957, Vol. II. p. 519.

determinando, como ressalva Sérgio Resende de Barros, “a distinção entre **sociedade civil** ou burguesa (base, sede das relações econômicas) e **sociedade política** ou Estado (superestrutura, âmbito das relações políticas)”⁵(grifos do autor).

O poder exercido plenamente pelo rei lhe permitia baixar leis, organizar a justiça, arrecadar os impostos e controlar os exércitos dentro de um determinado território, decorrente da “reconformação constitucional dos reinos feudais” em um reino unido e com uma monarquia absoluta, que “foram as formas primogênicas da constituição política do Estado na sociedade nacional pós-medieval”⁶.

Ainda na Idade Média, surgiram na Inglaterra as primeiras limitações ao poder dos reis, sendo a mais expressiva delas a elaboração da Magna Carta de 1215⁷, em que os barões ingleses conseguiram restrições ao poder absoluto da monarquia. Antes dela foram instituídas cartas de privilégios que “eram um instrumento seguro de composição de deveres com direitos e poderes entre a burguesia e a nobreza feudal”⁸. Seguidos documentos limitaram o poder dos reis, como a Petição de Direitos de 1628, imposta a Carlos I pelo Parlamento Inglês. Nessa petição se declarava que os impostos, prisões, julgamentos e convocações do exército não poderiam ser executados sem a autorização parlamentar⁹. Com a lei de *habeas corpus* de 1679 e a Declaração de Direitos (Bill of Rights) de fevereiro de 1689, limitou-se ainda mais o poder do rei, dando maiores poderes ao Parlamento, ressaltando que, na tradição constitucional inglesa, o rei é parte

⁵ **Contributo para o constitucionalismo**. São Paulo: [s.n.], USP, 2005. p. 15.

⁶ *Ibid.*, p. 16.

⁷ BARROS, Sérgio Resende de. **Três gerações de direitos**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/aulas>. Acesso em 08 de novembro de 2006.

⁸ **Id. Direitos humanos** – paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 262.

⁹ BURNS, Edward Mcnall. *Op. cit.*, p. 522.

integrante do Parlamento conhecido como: *The King and The Houses of Parliament*.¹⁰

Enquanto na Inglaterra se limitava o poder real desde o início do século XVII, na França esse recuo do poder absolutista demoraria mais a ocorrer. No campo intelectual, o movimento Iluminista, com a importância dada à razão, foi um dos fatores preponderantes. O movimento rejeitava as tradições e procurava uma explicação racional para os acontecimentos. Atacava a injustiça, a intolerância religiosa e os privilégios, demonstrando os erros e vícios do regime absolutista, pregando que a fé deveria ser racionalizada.

O primado da razão, procurando afastar o poder absoluto dos reis, teve no plano econômico o fortalecimento cada vez mais intenso da burguesia que, apesar de deter parcela significativa das riquezas, não possuía no plano político a mesma ascensão. Os pensamentos assim chamados liberais passaram a ter como primazia a idéia de liberdade, com a concepção de que o homem é livre “e essa é a verdade primeira a ser considerada por todo aquele que procure a razão de ser da sociedade, do Estado, das instituições”¹¹.

Nas palavras de Jean-Jacques Rousseau, “se indagarmos em que consiste precisamente o maior bem entre todos (...), descobriremos que ele se reduz a estes dois objetos principais: a liberdade e a igualdade”¹². Esses eram direitos naturais que todos deveriam respeitar. Dentro dessa construção teórica, a lei, como norma geral e abstrata¹³, surge como centro de referência dessa garantia

¹⁰ BARROS, Sérgio Resende de. Op. cit., pg. 359.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 01.

¹² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Edipro, 2000. p. 71.

¹³ Essa idéia de norma geral e abstrata é definida por Rousseau, quando afirma que “a lei poderá muito bem estatuir que haverá privilégios, porém não poderá conferi-los nominalmente a ninguém; a lei poderá estabelecer diversas classes de cidadãos, mesmo indicar as qualidades que darão direito a essas classes, mas não poderá nomear tais e tais indivíduos para admissão nessas classes.”: **Do contrato social**. São Paulo: Edipro, 2000. p. 57.

de liberdade, na medida em que os vários grupos políticos que disputavam o poder, inclusive o rei, deveriam respeitá-la.¹⁴

Diversos teóricos do pensamento liberal procuraram justificar e estabelecer a superioridade do Direito sobre o Poder absoluto dos monarcas. Locke, em sua obra “Tratado do governo civil”, separa o poder Legislativo do Poder Executivo; o primeiro poder, o Legislativo, é considerado principal em relação aos demais, na medida em que, ao organizar a vida social e estabelecer a segurança das relações humanas por meio da lei, obtém o consentimento da sociedade. Esta cede parte de sua liberdade ao mínimo indispensável, sujeitando o legislador ao direito natural, preexistente, o que afasta as normas que contradizem esse direito.¹⁵

Essa separação pregada por Locke se justifica na medida em que afasta ou ao menos diminui a possibilidade de abuso do poder, pela descentralização das atividades nas mãos dos reis. A lei não se confunde com a vontade do rei, pois são leis naturais que devem atender também aos preceitos do justo.

Dentro desse pensamento, entendiam os iluministas que assim como há leis que regulam os fenômenos da natureza, também as relações humanas são guiadas por leis naturais. Essa visão de que a lei deveria ser declarada e não criada pelo Legislador e que, portanto, preexistiria ao próprio Estado, surge detalhada na obra de Montesquieu. Principal responsável pela clássica divisão de poderes, no primeiro capítulo do Livro 1 de sua obra “O Espírito das Leis”, afirma que “as leis, na significação mais lata, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas”¹⁶.

¹⁴ Para Rousseau, sendo as leis atos da vontade geral, não é necessário perguntar “nem se o Príncipe está acima das leis, visto que ele é membro do Estado”. **Do contrato social**. São Paulo: Edipro, 2000. p.58.

¹⁵ Id.. **Do processo legislativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 42-43.

¹⁶ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. 2004. São Paulo: Edipro. p. 45.

Inserido na natureza, “o homem também se inscreve num quadro de relações necessárias, mas, como ser inteligente, pode estabelecer leis para si”¹⁷. Outras leis lhe são postas pela natureza, pois “antes que houvesse seres inteligentes, estes eram possíveis; possuíam, portanto, relações possíveis e, conseqüentemente, leis possíveis. Antes que houvesse leis produzidas, havia relações de justiça possíveis”¹⁸.

O primado da lei, como norma apreendida pelo legislador e respeitada por todos, respondeu ao anseio de liberdade da classe burguesa e permitiu no plano político-econômico seu maior desenvolvimento. Nesse sentido, “a liberdade é o direito de fazer tudo o que é permitido pelas leis”¹⁹.

No plano legal, o modelo apresentado por Montesquieu criava a separação dos poderes até então constituídos, permitindo que um controlasse o outro. Em suas palavras, “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”²⁰. Como salienta Sérgio Resende de Barros²¹, Montesquieu, para criá-lo, baseou-se na história política da humanidade para concluir que todo poder se expande até o momento em que encontra limites, sendo que a sua limitação pela hierarquia não mais dava limites a contento, pois, ao se chegar ao ápice dos poderes hierárquicos, no qual se encontra a soberania, não há acima do soberano poder maior, ressaltando-se, claro, o controle divino a que os monarcas diziam prestar contas.

O momento histórico vivido por Montesquieu era imbuído pelo cientificismo e mecanicismo próprio do Iluminismo, em que a razão era preponderante. Assim, a separação clássica de poderes era, na realidade, uma divisão funcional do

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 44.

¹⁸ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Op. cit., p. 46.

¹⁹ Ibid., p. 188.

²⁰ Ibid., p. 189.

²¹ Medidas, provisórias? **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, n. 53, junho de 2000. p. 1.

poder. “O modelo de separação de poderes que se tornou clássico correspondeu, na origem, a um sistema de equilíbrio inercial, decorrente da divisão do poder estatal em três partes, ditas poderes, separadas rigorosamente por três funções distintas: a legislativa, a executiva e a judicial. Era, pois, uma divisão funcional do poder”²², embora com objetivo político de garantir a liberdade do indivíduo. Do equilíbrio formado se impediria que um poder fosse contra o outro, mantendo-se a estabilidade desejada.

Esse modelo de controle do poder foi acatado pelos revolucionários liberais que procuravam acabar com o arbítrio dos reis, elevando o respeito à lei como forma de garantir a liberdade do indivíduo. Antes do advento da Constituição americana de 1776 e da Constituição francesa de 1791, proclamaram os movimentos revolucionários as Declarações de Direitos. Estas estabeleciam verdades que os revolucionários entendiam ser evidentes, pois apreendidas pela razão e que, portanto, deveriam ser respeitadas pelos governantes e, conseqüentemente, pelo Estado, não cabendo aos indivíduos renunciar a elas.

Esses direitos declarados se consubstanciaram em liberdades públicas oponíveis contra o Estado. Conquanto naturais, derivados da própria natureza humana e, portanto, universais, eram considerados imprescritíveis, inalienáveis e individuais e constituíram-se na chamada primeira geração de direitos²³.

Balizavam-se, assim, os limites que viriam a ser adotados nas primeiras Constituições. Inicia-se nesse período o constitucionalismo, que teve sua primeira forma escrita na Constituição dos Estados Unidos. O advento das constituições escritas, nas palavras de Sérgio Resende de Barros²⁴,

²² BARROS, Sérgio Resende de. Op. cit., p. 01.

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.22-23.

²⁴ Barros, Sérgio Resende de. **Liberdade e contrato: a crise da licitação**. 2. ed. Piracicaba: Unimep, 1999. p. 47.

Foi marcado por um movimento político-jurídico que demandava dos Estados a formulação de sua constituição por escrito, a fim de organizar racionalmente o poder político e assegurar diante dele os direitos do homem e do cidadão, na transição histórica em que a nação se libertava do rei.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “o segundo passo no processo pelo qual o Estado se sujeita ao Direito é a edição de uma Constituição. Esta é, na verdade, o pacto social propriamente dito, já que as Declarações de direitos que eventualmente a precedam não são mais do que a definição do Direito, e dos direitos, que esse pacto há de salvaguardar”²⁵. Por esse motivo, assinala o autor, as declarações de direitos antecederam as Constituições e, ao serem colocadas em seu interior, estabeleceram limites ao próprio constituinte, que deve respeitá-las. Nas palavras de Pontes de Miranda, “as constituições traçam as linhas mestras da vida do Estado – mas só as linhas político-jurídicas”²⁶. Portanto, estabelecem as instituições pelas quais o Estado se afirmará, como serão criadas as leis, como serão dirimidos os seus conflitos e quais os direitos que devem ser respeitados.²⁷

Esse contorno constitucional adotado nas primeiras constituições seguiu a clássica separação de poderes, dividindo-o em três órgãos especializados em determinadas funções e independentes entre si, garantindo o sistema inercial anteriormente proposto.

Ao teorizarem a apreensão de direitos fundamentais, os revolucionários do século XVIII, estabeleceram que estes deveriam servir de ponto de referência

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 17.

²⁶ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. p. 183.

²⁷ Nesse sentido, seriam ordinários os direitos que estivessem fora do texto constitucional, ao passo que seriam normas constitucionais, ainda que em seu aspecto meramente formal, as normas inseridas na Constituição. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 81.

para a formulação das constituições e, em última instância, aos governantes e ao parlamento. Com a delimitação de um padrão que deveria ser seguido, a lei criada dentro desse modelo passou a fixar os limites da liberdade do indivíduo, permitindo a coexistência de liberdades e, em consequência, a vida em sociedade. Na citação do art. 4º da Declaração Francesa de 1789, parte final²⁸, “o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”. É o chamado Estado de Direito.²⁹

A garantia desses direitos no plano político conduziu à expansão da burguesia, na medida em que a idéia de liberdade acabou sendo levada às últimas consequências. A aversão ao poder concentrado nas mãos dos monarcas fez com que os movimentos revolucionários liberais afastassem a ingerência do Estado na vida do cidadão, limitando os governantes a determinar os rumos do Estado sem interferir na vida dos indivíduos, que possuíam nas declarações de direitos as regras que deveriam seguir, pois estas balizavam a criação da lei.

A lei elaborada de forma geral, com limites iguais para todos aqueles que estivessem na mesma situação, garantia à igualdade e, conseqüentemente, à liberdade.

Sendo a lei, na visão do pensamento iluminista, a apreensão do legislador de situações que já eram existentes, mas não regulamentadas, tinha-se que ela deveria ser em pequeno número. Sendo poucas, aumentava-se a liberdade na medida em que tudo o que não estava regulamentado era permitido. Com essas garantias no plano político e jurídico, conseqüentemente, criou-se no plano

²⁸ Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html. Acesso em: 12 nov. 2006.

econômico as condições para o crescimento da classe burguesa. Com grande liberdade de contratar, na medida em que o Estado deveria ingerir o mínimo possível nas relações entre os cidadãos, houve também grande liberdade sobre o uso da propriedade com a ausência de limites para sua exploração.

Essas condições no plano histórico foram concomitantes à Revolução Industrial. Com as garantias da igualdade e da legalidade, iniciou-se a exploração desenfreada do homem pelo homem, na medida em que o Estado, então limitado a administrar a forma de execução da lei, não poderia interferir na exploração, sob pena de afetar a igualdade e a liberdade conquistadas. Saliente-se que, no plano ideológico, a figura do Estado era identificada com a do Monarca, motivo pelo qual este deveria interferir o menos possível nas relações garantidas pelo Direito.

Como a concentração de capital estava nas mãos da burguesia, houve a transformação nas relações de trabalho, separando-se o capital, meios de produção e trabalhadores, que passaram a ser simples assalariados dos capitalistas. Os problemas não tardaram a surgir. Com a crescente produção e o excesso de mão-de-obra, fatores como o desemprego passaram a ter importância pelo número de pessoas que atingiam, agravando-se pela exploração da mão-de-obra feminina e de crianças que recebiam salários mais baixos que os homens. Não demorou que surgissem pequenas associações de trabalhadores nos centros industriais mais importantes, mormente na Inglaterra, berço da Revolução Industrial.

Formada a grande massa de desafortunados, dentro da sociedade se iniciou a prática assistencialista para a proteção e atendimento a essa classe que se avolumava. No plano social surgiram novas reações contra essa nova forma de controle do poder, chamando a atenção para a necessidade das reformas

²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 23.

sociais, compreendendo-se as injustiças sociais e os meios de solucionar o problema. Dentro dessas reações, as teorias socialistas foram sua maior expressão, culminando com o Manifesto Comunista de Karl Marx e F.Engels.

Eles pregavam que, com a concentração dos meios de produção junto a uma pequena classe, formava-se uma natural divisão na sociedade, relegando àqueles que nada possuíam somente a sua força de trabalho. Tal divisão vinha desde a Idade Antiga e gerava uma luta de classes, cujo fim somente seria alcançado com a extinção da propriedade privada dos meios de produção, criando-se, então, uma sociedade coletiva desses meios. Para Marx e Engels³⁰, “cada vez mais a burguesia suprime a dispersão dos meios de produção, da propriedade e da população. Aglomerou a população, centralizou os meios de produção e concentrou a propriedade em poucas mãos. A consequência necessária disto foi a centralização política”.

Não tardou para que a Igreja Católica também reagisse, desenvolvendo uma teoria social cristã baseada na solidariedade e na justiça social, cuja expressão maior foi a encíclica ‘Rerum Novarum’, editada sob o pontifício do Papa Leão XIII.

A posição firmada pela teoria social cristã, mais moderada, pregava que o problema não estava na propriedade privada dos meios de produção, mas na falta de controle e regulamentação desses meios de produção. Dever-se-ia, portanto, estabelecer controles que equilibrassem ambas as forças sociais, dando tratamento desigual àqueles que se encontravam em situações desiguais.

25. No que diz respeito aos bens naturais e exteriores, primeiro que tudo é um dever da autoridade pública subtrair o pobre operário à desumanidade de ávidos especuladores, que abusam,

³⁰ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. São Paulo: Edipro, 1998. p.72.

sem nenhuma descrição, tanto das pessoas como das coisas. Não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso da fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo.³¹

Lembre-se de que o pensamento dominante à época, em razão das idéias liberais, era o máximo de liberdade e o afastamento completo da interferência do Estado.

Entretanto, com a difusão dessas duas linhas doutrinárias e as conseqüentes revoltas populares já no início do século XX, o Estado, outrora afastado, passou a interferir nas relações sociais. Para a doutrina socialista, coube a ele substituir o sistema capitalista pelo socialista, enquanto para os moderados, seu papel foi o de estabelecer critérios para a função social da propriedade e, portanto, moderar o capitalismo.

Nessa época, as constituições ainda se limitavam a declarar os direitos e estabelecer as bases pelas quais o poder deveria ser exercido, sendo que as necessidades históricas fizeram por alterar também as normas constitucionais, cuja movimentação ocorreu após a 1ª Guerra Mundial, iniciando-se pela Alemanha.

“Os alemães, arrasados pela guerra, reconstruíram tanto sua vida econômica, social e cultural, quanto sua constituição jurídica.(...) Na Constituição, após a ordem política, introduziu-se uma segunda parte, com títulos seqüenciais. Ao primeiro título, ‘A pessoa individual’, sobrevieram outros, de teor social, cultural, econômico: ‘A vida social’, ‘Religião e ordens religiosas’, ‘Educação e ensino’ e, finalmente, ‘A vida econômica’³². No plano constitucional, a

³¹ Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html. Acesso em: 12 nov. 2006.

³² BARROS, Sérgio Resende de. Medidas, provisórias? **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, n. 53, junho de 2000. p. 06.

constituição de Weimar, como ficou conhecida por ter sido essa a cidade que abrigou os trabalhos constituintes, foi a primeira a erigir com caráter de normas constitucionais os princípios de intervenção social e a pô-la em prática sistematicamente na ordem econômica e social. Como pontualmente observado por Sérgio Resende de Barros, embora na constituição francesa de 1848 tenha ocorrido a preocupação com a questão social, não pela intervenção direta do Estado, mas pelo incentivo à iniciativa privada e também pela constituição mexicana de 1917, que determinava a intervenção do Estado na ordem econômica, sobretudo em questões agrárias, fora efetivamente a constituição alemã de Weimar que a tratou de forma sistemática.

Esses novos direitos reconhecidos tiveram como objeto principal a busca da igualdade, sem que houvesse a exclusão das liberdades públicas³³. Foram direitos econômicos e sociais que constituíram uma segunda geração de direitos. Diferentemente da primeira geração, não eram direitos naturais, mas decorreram da “sociabilidade humana”³⁴ e exigem uma contraprestação do Estado.

Norberto Bobbio³⁵ identifica bem essa evolução. Para o autor, após a segunda guerra houve um aumento maior dos direitos do homem, mas esse aumento não gerou reconhecimento e proteção efetiva de modo a transformar o direito em proteção efetiva.

Essa multiplicação (ia dizendo ‘proliferação’) ocorreu de três modos: (a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; (b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; (c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.41.

³⁴ *Ibid.*, p. 51.

³⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 83.

concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais *status* do indivíduo.

Para o autor, essas três causas de multiplicação revelam a necessidade de fazer referência a um contexto social determinado.

Com relação ao primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade – das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. – para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado. Com relação ao segundo, ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) – em outras palavras, da “pessoa – para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto(...). Nos movimentos ecológicos, está emergindo quase que um direito da natureza a ser respeitada ou não explorada, onde as palavras “respeito” e “exploração” são exatamente as mesmas usadas tradicionalmente na definição e justificação dos direitos do homem.

Trata-se do que o autor chama de fenômeno de multiplicação por especificação.

A chamada evolução dos direitos não parou por aí. Como lembrado por Sérgio Resende de Barros³⁶, a classificação dessa evolução de direitos em primeira, segunda e terceira geração dada pioneiramente por Karel Vasak, em 1979, no Instituto Internacional dos Direitos Humanos, em Estrasburgo, surgiu do título da aula inaugural proferida por Vasak, intitulada “Pelos Direitos do homem da terceira geração: os direitos de solidariedade”. Nessa chamada terceira geração de direitos, continua o autor, a necessidade histórica de seu aparecimento foi a reação aos extermínios em massa da humanidade decorrentes

das duas grandes guerras que internacionalizaram os direitos humanos, levando à criação de organismos supranacionais, a fim de gerar condições de progresso material para regenerar padrões morais de respeito à dignidade humana.

Esses novos direitos, ditos de terceira geração, também foram chamados direitos de solidariedade.

Dessa forma:

Os valores humanos fundamentais, nos quais se expressam as condições fundantes da vida humana, imprescindíveis à subsistência da humanidade, tais como a paz mundial, o equilíbrio do meio ambiente, a autodeterminação dos povos, o desenvolvimento econômico, social e cultural dos povos, o patrimônio comum da humanidade e tantos outros, tornaram-se hoje muito mais necessitados de proteção do que em épocas anteriores, e por isso desencadearam uma geração atual de direitos, visando proteger a própria humanidade mediante a promoção da solidariedade e da dignidade humanas³⁷.

A contínua positivação desses direitos, entretanto, embora declarados à sociedade, não atingiram o seu escopo de proteção pela falta de efetividade na sua aplicação, ou ainda pela falta de instrumentos processuais adequados à garantia desses direitos.

Norberto Bobbio³⁸ aponta essa deficiência de aplicação.

“A maior parte dos direitos sociais, os chamados direitos de segunda geração, que são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais, e internacionais, permaneceu no papel. O que dizer dos direitos de terceira e de quarta geração? A única coisa que até agora se pode dizer é que são expressão de aspirações ideais, às quais o nome de ‘direitos’ serve unicamente

³⁶ VASAK, Karel, apud, BARROS, Sérgio Resende de. **Noções sobre gerações de direitos**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/aulas>. Acesso em 26 de junho de 2002.

³⁷ BARROS, Sérgio Resende de. **Noções sobre gerações de direitos**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/aulas>. Acesso em 26 de junho de 2002.

³⁸ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 29.

para atribuir um título de nobreza. Proclamar o direito dos indivíduos, não importa em que parte do mundo se encontrem (os direitos do homem são por si mesmos universais), de viver num mundo não poluído não significa mais do que expressar a aspiração a obter uma futura legislação que imponha limites ao uso de substâncias poluentes. Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais.”

2. Novas Gerações de Direitos

Divergem os autores sobre o surgimento de novas gerações de direitos. Essa terminologia, utilizada inicialmente por Karel Vasak, teve para alguns autores, como Sérgio Resende de Barros, intenção meramente didática, na medida em que não existem efetivamente “gerações” de direitos, mas direitos em constante evolução. Para ele, a intenção de Vasak foi utilizar o lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) como base da análise da evolução das declarações de direitos.

Outros³⁹ afirmam que estamos diante do nascimento dos chamados direitos de quarta geração, na medida em que a formulação ou declaração de novos direitos é um processo contínuo e sem fim, sendo que declarado um novo direito, sobre ele se desdobrarão outros.

Dissertando sobre o tema, Paulo Bonavides⁴⁰ afirma que os direitos de quarta geração correspondem à fase final da ‘institucionalização do Estado Social’, correspondendo ao direito à democracia, à informação e ao pluralismo, como concretização da sociedade cada vez mais universalizada. Nesse sentido, afirma o autor, os direitos de primeira a terceira geração constituem uma infraestrutura a esses novos direitos, motivo pelo qual entende que a terminologia ‘gerações’ leva a impressão de que ocorre uma sucessão e conseqüente “caducidade dos direitos das gerações antecedentes”, preferindo a terminologia “dimensão”.

³⁹ Posições defendidas por Paulo Bonavides e Norberto Bobbio.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.524.

Sobre o nascimento desses direitos de quarta geração nos diz Bobbio⁴¹

que:

“Já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo. Quais são os limites dessa possível (e cada vez mais certa no futuro) manipulação? Mais uma prova, se isso ainda fosse necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem (...)

Os direitos de terceira geração, como o de viver num ambiente não poluído, não poderiam ter sido sequer imaginados quando foram propostos os de segunda geração, do mesmo modo como estes últimos (por exemplo, o direito à instrução ou à assistência) não eram sequer concebíveis quando foram promulgadas as primeiras Declarações setecentistas. Essas exigências nascem somente quando nascem determinados carecimentos. Novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los”.

Independentemente da corrente admitida, se somente três ou mais gerações, fato é que, para que esses direitos não ficassem meramente no papel ou fossem meras aspirações ideais, movimentaram-se os teóricos para garantir a sua efetividade ou aplicação, incluindo nos textos constitucionais instrumentos de garantia.⁴²

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 26.

⁴² Frequentemente as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são utilizadas como sinônimos, muito embora a primeira pode ser conceituada como aqueles direitos universais, válidos para todos os povos em todos os tempos, também classificados como direitos humanos, naturais e inalienáveis. A

3. O Interesse Público

Ao que se demonstrou, a evolução dos direitos culminou com o surgimento da chamada terceira geração de direitos na metade do século passado, após a eclosão das duas grandes guerras. Esses novos direitos que começaram a ser declarados, por atingirem uma coletividade de indivíduos nem sempre determinados, passaram a ter como objetivo proteger um interesse público difusamente considerado.

Não se pretende aqui tratar da dicotomia público-privado para diferenciar o interesse de que seria titular o Estado, daquele meramente individual, mas verificar o alcance da expressão “interesse público” enquanto um interesse da coletividade⁴³, ou um interesse geral⁴⁴ difusamente considerado e a sua confluência com o interesse identificado pelo próprio administrador público.

Odete Medauar⁴⁵, citando Cretella Júnior e Ada Pellegrini Grinover, diferencia o interesse público do interesse coletivo, atribuindo ao interesse coletivo a possibilidade de ser a reunião de interesses meramente particulares, mas coletivamente considerados, inclusive pela possibilidade de existência de um vínculo jurídico entre eles, permitindo, assim, a identificação dos titulares.⁴⁶

O interesse público também aparece muitas vezes conceituado como interesse social, conceito mais amplo, na medida em que identifica um interesse da sociedade que não deve ser confundido com o interesse do Estado, como ocorre na fundamentação da desapropriação prevista no art. 184 da Constituição

segunda seriam os direitos vigentes em uma ordem jurídica e, portanto, seriam os direitos humanos positivados principalmente nas constituições. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 377 e 393.

⁴³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 45.

⁴⁴ Medauar, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: RT, 2003. p. 187.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 188.

⁴⁶ Conferir a respeito o art. 81, inciso II do Código de Defesa do consumidor (Lei 8.072/90).

de 1988⁴⁷ e que, na realidade, mostra-se como um interesse público na regular utilização da propriedade rural pelo seu legítimo proprietário.⁴⁸

A expressão interesse público encontra, ainda, outros termos semelhantes e que são vinculados à “idéia de benefício para todos, para a coletividade, por vezes em detrimento de interesse restrito, particularizado em indivíduos ou grupos”, como *bem comum, bem de todos, interesse nacional, necessidade coletiva, interesse comum, utilidade pública e necessidade pública*.⁴⁹

Héctor Jorge Escola, definindo o interesse público, diz que ele é tudo o que interessa ao Estado e à Comunidade em seu conjunto, prevalecendo sobre os interesses individuais, mas sem aniquilá-los, tendo um conteúdo concreto, reconhecível e determinável e, portanto, perceptível a todos os componentes da comunidade. Salienta ainda o autor que o que importa é que ele reflita um querer majoritário e verdadeiro e não o definido necessariamente pelo Governo, administração pública, Estado, partido governante ou mesmo pelo monarca ou chefe de governo.⁵⁰

Para Odete Medauar, há diversos modos de definir o interesse público, não sendo possível chegar a uma definição jurídica precisa, mas diz a autora, “parece possível, no entanto, associá-la ao que deveria ser o bem de toda coletividade, a uma percepção geral das exigências da comunidade”⁵¹.

O interesse público, na realidade, é o atingimento de um bem para toda a coletividade, em conformação com as aspirações da comunidade na qual está inserido. Nessa conceituação, tem-se que o interesse público evolui juntamente

⁴⁷ Brasil. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1988: “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social (...)”

⁴⁸ MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 187.

⁴⁹ Ibid., p. 187.

⁵⁰ ESCOLA, Héctor Jorge. Legalidad, eficacia y poder judicial. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997. p. 61-63.

com a comunidade, sendo, às vezes, manipulado na medida em que serve de justificativas para a prática de políticas públicas realizadas pela Administração. Como lembrado por Odete Medauar⁵², durante a Revolução Francesa, “os revolucionários tentavam explicar, de modo racional, a finalidade de sua ação; o interesse público era argumento suscetível de propiciar a adesão de todos e, por isso mesmo, de fundamentar o poder do Estado”. Portanto, o conceito de interesse público evolui da mesma forma que evoluem os substratos legais que deve integrar.

Sua natureza, portanto, dependerá das condições políticas, sociais, econômicas, morais e, também, culturais de um país, não sendo o seu conteúdo imutável, podendo variar no tempo, total ou parcialmente, de acordo com os costumes e condições que o originaram.⁵³

O interesse público é, assim, ao mesmo tempo, fundamento, limite e instrumento do poder, ou seja, a medida e a finalidade da função administrativa⁵⁴. Essa noção parte da idéia de que cabe precipuamente à Administração Pública, no desempenho de suas funções, atingir um interesse que não se limita à vontade do administrador. Este não tem a propriedade dos bens públicos, que pertencem à coletividade de cidadãos, fruto da despersonalização do Estado. O interesse público, assim, não se submete à vontade do agente público que o administra.⁵⁵

Mais ainda, o interesse público “materializa-se na forma de políticas públicas, que expressam escolhas realizadas pelos vários centros de decisão

⁵¹ MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 189.

⁵² MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 189.

⁵³ ESCOLA, Héctor Jorge. Op. cit., p. 63.

⁵⁴ MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 185.

⁵⁵ Ibid., p. 186.

estatal”⁵⁶, sejam ou não as melhores para a sociedade ou representação da vontade da maioria.

Diferencia-se o que chamamos de “interesse” do que comumente temos por “direito”. O primeiro é expressão da vontade individual ou coletiva que se traduz em um desejo ou vontade tendente ao atingimento de uma finalidade. Os “direitos”, entretanto, são aqueles interesses apreendidos pelo legislador, o qual por meio de um processo formal os transformam em normas gerais de atenção obrigatória. Por esse motivo, os primeiros podem ser infinitos, enquanto os segundos são aqueles que passam a integrar o ordenamento jurídico, sendo, portanto, limitados⁵⁷.

⁵⁶ SALLES, Carlos Alberto de. A definição do interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público**. São Paulo: RT, 2003. p.61.

4. O interesse Público Primário e Secundário

Com a crescente intervenção do Estado nas relações sociais como modo de apaziguar a espoliação gerada pela revolução industrial, o chamado Estado-administração, que geria a coisa pública, confundia-se com a própria vontade social e com ela era identificada, na medida em que os “direitos sociais somente poderiam ser validamente resguardados por intermédio do administrador público, que titularizava com exclusividade a tutela dos interesses da população⁵⁸”. Portanto, havendo intervenção da Administração Pública, haveria interesse público, ao passo que, não havendo essa intervenção, haveria somente interesse particular.

Tal postura, reducionista em seu próprio postulado, acaba por infundar-se a partir do momento em que a Administração, ao se agigantar, passa a se transformar, muitas vezes, na causadora da lesão social⁵⁹. Tem-se, portanto, um paradoxo. Se o interesse público é identificado como interesse social e o preenchimento de seu conteúdo é feito pela própria administração, como poderia haver responsabilização da Administração Pública quando ela própria fosse a causadora da lesão e deixasse de implementar políticas públicas decorrentes do Estado Social ou houvesse conflito entre a interpretação dada pela Administração e o interesse coletivo ou geral? Na solução tradicional, diante do conflito entre interesses que seriam identificados como privados e os interesses públicos,

⁵⁷ SOUZA, Motauri. Ciocchetti. **Ação civil pública e inquérito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 01.

⁵⁸ SOUZA, Motauri. Ciocchetti. **Ação civil pública e inquérito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 05.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 05.

caberia a solução do conflito à própria Administração por meio de seus órgãos de controle internos.⁶⁰

A constatação dessa situação levou à divisão do interesse público em primário e secundário.⁶¹

Essa divisão muitas vezes leva à falsa impressão de que são interesses antagônicos, na medida em que os primeiros seriam os interesses da sociedade como um todo, ou interesse geral, ao passo que os secundários seriam interesses da própria Administração, ou mais precisamente o modo pelo qual o administrador público interpreta a vontade social. Entretanto os interesses defendidos pela sociedade, no mais das vezes, identificam-se com os interesses da própria Administração (interesses secundários), principalmente considerando -se que o administrador público eleito pelo voto direto tem em sua base de campanha justamente as aspirações populares, convergindo, assim, ambos os interesses.

Essa divisão, entretanto, mostra-se importante na medida em que, havendo o choque de interesses (primário e secundário), pode haver a colocação da Administração Pública no pólo passivo de uma ação judicial pelas ações de garantia, seja por meio de ação popular, seja por meio de ação civil pública, ainda que a discussão tenha por objeto a análise do mérito do ato administrativo, afastando o aparente paradoxo de como resolver o conflito de interesses quando a própria Administração fosse a causadora da lesão a um interesse público.

Com a declaração dos direitos de terceira geração e a necessidade cada vez maior de implementação dos direitos sociais garantidos constitucionalmente, passa a Administração Pública a ser colocada no pólo passivo das ações que têm

⁶⁰ Basta lembrar que a Constituição Federal de 1967, em seu art. 153, §4º, permitia que o ingresso em juízo ocorresse após o esgotamento prévio das vias administrativas.

⁶¹ ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. Milano: Dott. Antonino Giuffrè -Editore, 1953. p. 183-184.

por objeto a preservação ou implementação desses direitos, criando o sistema processual, modalidades de ações até então inexistentes para essa proteção. Essa preocupação doutrinária e legislativa em identificar e proteger jurisdicionalmente esses interesses tem sua razão de ser, pois a defesa jurídica clássica sempre se operou na forma de defesa de interesses meramente privados⁶² ou com o Estado na defesa do interesse público. Esta última forma de defesa acaba por ser relativizada na medida em que os interesses defendidos pelo Estado nem sempre coincidem com os interesses públicos primários ou difusamente considerados, donde surge a necessidade de criar instrumentos de acesso à justiça sem legitimidade ativa exclusiva.

⁶² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. **Revista de Processo**, São Paulo, ano VII, n. 28, p. 07,

5. O acesso à justiça para proteção dos novos direitos

Muitas vertentes se abrem quando falamos do acesso à Justiça. Essas vertentes vão desde a identificação dos excluídos dos provimentos jurisdicionais, passando às causas que levam a essa exclusão e à proteção dos direitos que devem ser tutelados não mais individualmente, mas coletivamente. Ao que interessa em nosso trabalho, serão deixadas de lado as discussões do acesso à Justiça para a proteção aos direitos individuais, concentrando-se na proteção aos direitos declarados como sociais em sua expressão coletiva e os chamados direitos difusos.

Como se viu no início do presente trabalho, o surgimento dos direitos de segunda geração pertencentes a diversos grupos sociais que exigiam do Estado uma postura positiva e, posteriormente, o surgimento dos chamados direitos de terceira geração implicaram o questionamento sobre as possibilidades de sua efetivação e proteção quando não implementados voluntariamente ou ainda quando violados, como, por exemplo, nas degradações ambientais. A esses novos direitos carecia o ordenamento jurídico, de uma forma geral, de instrumentos processuais adequados.

Nos ordenamentos jurídicos do *civil law*, foram os juristas italianos que iniciaram as primeiras discussões referentes a esse acesso. Estudo realizado por Mauro Cappelletti, publicado originalmente em 1975, defendia que, em uma sociedade de massa, a produção, a troca e o consumo em massa geravam também uma conflituosidade não mais de caráter individualista, posto que a tutela

jurisdicional frequentemente passou a ser provocada contra “violações de caráter essencialmente coletivo”, ou “violações de massa”⁶³.

Não que os interesses difusos e coletivos, sociais ou não, não existissem anteriormente. Eles sempre existiram, embora não declarados como direitos, considerando que a sociedade moderna foi quem os colocou em evidência, lembrando Ferraz, Milaré e Nery Júnior, para essa conclusão, que o surgimento de grandes conglomerados urbanos, a explosão demográfica, o desenvolvimento das relações econômicas, meios de comunicação em massa, além da própria hipertrofia da intervenção do Estado na esfera social e econômica⁶⁴, foram os responsáveis por essa evidência.

A complexidade daí advinda passou, muitas vezes, a gerar violações aos direitos de um número grande de pessoas e cujas lesões nem sempre poderiam ser reparadas pelos métodos tradicionais do direito processual, advertindo Cappelletti que, quando esses danos ocorriam, quase sempre os lesados estavam numa situação imprópria para obter a tutela jurisdicional, seja pela ignorância do direito violado, ou ainda porque “suas pretensões individuais podem ser muito limitadas para induzi-la a agir em Juízo”, sem falar nas despesas processuais⁶⁵, como custas e honorários advocatícios. O dano sofrido individualmente é normalmente ínfimo perto da violação coletiva, sendo que o ajuizamento da reparação perante um juízo se traduz normalmente numa reparação privada e não coletiva.⁶⁶

⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano II, n. 05, p. 130, janeiro-março 1977. Texto original publicado na Rivista Di Diritto Processuale n° 30, p. 362-402, Pádua, 1975.

⁶⁴ FERRAZ, Antônio Augusto Melo de Camargo; Milaré, Edis; Nery Júnior, Nelson. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984. p.54-55.

⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 130.

⁶⁶ Ibid., p. 136.

Um dos pioneiros a tratar do tema no Brasil, Barbosa Moreira, seguindo a linha dos processualistas italianos, já chamava a atenção para o problema em que houvesse uma coletividade de pessoas cujos interesses não repousassem necessariamente sobre uma relação jurídica base ou um vínculo jurídico bem definido. Nessa situação, diz o autor, torna-se impensável a decomposição do interesse comum em interesses meramente individuais, apresentando o conjunto de interessados “contornos fluidos, móveis”, tornando praticamente impossível a individualização de todos os atingidos⁶⁷.

É preciso registrar que diversas normatizações em nosso país começaram a proteger, ainda na primeira metade do século passado, direitos difusos. O Decreto 23.777, de janeiro de 1934, em que Getúlio Vargas disciplinou o lançamento de resíduos das usinas açucareiras nos rios, obrigando-as à adoção de tanques de depuração para que somente resíduos depurados fossem lançados, é um dos primeiros exemplos. Em 1961, o Decreto 50.877, de 29 de julho, editado pelo então Presidente Jânio Quadros, disciplinou o lançamento de resíduos tóxicos e oleosos nas águas interiores e litorâneas, sendo normas pioneiras na proteção de direitos difusos a sadia qualidade da água e preservação da fauna aquática, inclusive no plano internacional.⁶⁸

Embora estivessem cada vez mais sendo declarados, esses direitos, uma vez violados ou em vias de violação, não possuíam instrumentos processuais adequados à sua proteção. Conforme prelecionado por Kazuo Watanabe, figurativamente, a tutela jurisdicional desses interesses difusos e coletivos deveria ser feita *molecularmente* em benefício de todos e não *atomizadamente*.⁶⁹

⁶⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., p. 09.

⁶⁸ SARNEY, José. Prefácio- Interesses difusos e direito coletivo. In: Milaré, Edis (org). **Ação civil pública-** Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: RT, 1995. p. 14-15.

⁶⁹ WATANABE, Kazuo. Demandas Coletivas e os Problemas emergentes da Práxis Forense. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coord). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 188 e 196.

Surge dessa identificação a necessidade de reformulação do processo civil tradicional, pois, como salientado por Lúcia Valle Figueiredo, “a mentalidade acanhada, a interpretação mesquinha do Direito Processual, trouxe, deveras, durante longos anos, sério problema de tutela aos interesses difusos”⁷⁰.

Constatado esse espaço na processualística, diversas reformas passaram a procurar solução para os problemas levantados pela sistemática tradicional. Um primeiro problema a ser resolvido era o da legitimação. Segundo a regra do art. 6 do CPC, a ninguém é dado pleitear em nome próprio direito alheio, portanto era necessário permitir que indivíduos ou grupos de indivíduos atuassem na defesa dos interesses difusos. Para a definição dessa legitimação, era necessário ainda resolver quem seria o “representante adequado” da coletividade para, por exemplo, receber citação ou mesmo poder comparecer em juízo, bem como resolver o problema da extensão dos efeitos da coisa julgada, considerando que a decisão proferida relativamente a um direito coletivo atingiria indivíduos que não participaram da lide.⁷¹

A discussão sobre a modificação do acesso à Justiça não ocorreu apenas no plano infra-constitucional. A garantia desse acesso na Constituição de 1967 expressava a doutrina predominante do sistema processual de cunho individualista. O art. 153, §4º, daquela carta, assim expressava: “A lei não poderá subtrair à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual”, subtraindo a proteção coletiva no plano constitucional.

Esse mesmo acesso no atual texto constitucional ganhou amplo espectro, assegurado pelo princípio da inafastabilidade da Jurisdição inserido no art. 5º, XXV, da Constituição Federal de 1988. Nele se garante o acesso irrestrito à

⁷⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 416.

atividade jurisdicional do Estado para qualquer “lesão ou ameaça a direito”. Portanto, garante-se não apenas o ressarcimento do direito já violado, mas amplamente se permite uma atividade inibitória a evitar a lesão ou perecimento do direito tutelado, ⁷²seja individual, seja coletivo.

⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p.50.

⁷² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Legitimidade Processual e Legitimidade política. In Salles, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público**. São Paulo: RT, 2003. p.102.

6. A *class action*

Enquanto nos idos de 1970 se discutiam nos países do *civil law* formas de acesso à Justiça para proteção dos direitos difusos e coletivos, nos países do *common law*, nestes, mais especificamente nos Estados Unidos, desde 1938 já havia um instrumento coletivo de acesso à Justiça, chamado de *class action*.⁷³ O objetivo desse instrumento processual era evitar que demandas com objetos similares se multiplicassem, em evidente prejuízo para a prestação jurisdicional.

A primeira sistematização no direito americano ocorreu com a *Federal Rules of Civil Procedure*, mais especificamente na Regra nº 23, datada de 1938, que especificava ser possível a admissão da *class action* sempre que impossível a reunião de todos os integrantes de uma determinada classe, cabendo ao juiz que analisasse o caso verificar se haveria representação adequada e comunhão de interesses entre os membros da classe.⁷⁴

A regra subsistiu até 1966, quando foi modificada por uma reforma processual que estabeleceu como pré-requisito a necessidade de que a classe a ser representada fosse de tal forma numerosa que seria impossível a reunião de seus membros. Deveria haver questões de direito ou de fato comuns à classe, além da verificação de que as partes representativas protegeriam adequadamente os interesses da classe.⁷⁵

A modificação ocorrida em 1966 acrescentou ainda como condição de admissão da *class action* o entendimento do juiz de que as questões de fato e de direito, comuns aos membros da classe, predominam sobre as questões

⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action* for damages à ação de classe brasileira. In: Milaré, Edis (org.) **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001. p. 21.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 21.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 22.

individuais e, ainda, de que a *class action* constitui o instrumento de tutela que se mostra mais adequado para a correta e eficiente solução do litígio.⁷⁶

Conforme observado por Robert H. Klonoff e Edward K. M. Bilich⁷⁷, desde 1966, quando a Regra 23 foi adaptada, as ações de classe cresceram e passaram a dominar um cenário de litígio até certo ponto inesperado, agregando não só ardentes partidários, como críticos veementes, mas inegavelmente se constituíram em poderosos instrumentos de mudança social.

Tal incremento na proteção dos direitos coletivos frequentemente, como assinalam os autores⁷⁸, suscita o questionamento se no endereçamento da ação está só uma classe ou verdadeiramente uma ‘ação popular’. Ou seja, essa classe é simplesmente um caminho prático ou refere-se a uma coleção de indivíduos, ou é uma classe em si mesmo ou ainda uma associação que tem *status* separado de seus membros individuais? Tribunais e doutrinadores freqüentemente têm analisado os pressupostos a respeito deste assunto, tais como o papel de representantes de classe, os membros de classe ausentes e a determinação de causação e prejuízos.

Essas preocupações devem ser solucionadas pela verificação do caráter coletivo e efetivo das ações de classe norte-americanas, cabendo ao juízo, conforme alínea ‘b’ (3) da Regra 23, verificar se as “questões de fato e de direito, comuns aos membros da classe, predominam sobre as questões individuais”⁷⁹, sendo ainda a tutela coletiva a mais adequada para a solução dos litígios.

⁷⁶ GAMBÔA, João Carlos Corsini. **As condições da ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos: Comparação com as *class actions* do direito norte americano**. 1999, 185p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP, São Paulo.

⁷⁷ KLONNOFF, Robert. H., BILICH, Edward K. M.. **Class actions and other multi-party litigation: cases and materials**. St. Paul, Minn: West Group. 2000, American casebook series. p. 01.

⁷⁸ Ibid., p. 05.

⁷⁹ Gambôa, João Carlos Corsini. Op. cit., p. 49.

Embora não se analisem no presente trabalho as características específicas das *class actions*, tais preocupações não destoam da doutrina nacional que deliberadamente se inspirou em seus institutos para a elaboração das regras concernentes ao acesso à Justiça para a proteção dos chamados interesses individuais homogêneos, conforme dicção do art. 81, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.⁸⁰

Nas *class actions*, deve-se verificar a prevalência das questões comuns sobre as individuais como condição de admissibilidade, ressaltando Ada Pellegrini Grinover⁸¹ que, “prevalecendo as questões individuais sobre as comuns, os direitos individuais serão heterogêneos e o pedido de tutela coletiva se tornará juridicamente impossível”.

A *class action*, apesar de sua importância, sofre críticas ao seu ajuizamento, lembrando Luís Roberto Barroso que elas possuem um grau de rejeição grande por parte da doutrina, principalmente pela multiplicidade de problemas processuais que dificultam a sua conclusão. Na prática, diz ele, “ela é mais um instrumento dos advogados que pressionam e intimidam as empresas a fazerem acordos do que um instrumento de tutela efetiva de direitos”⁸².

Nesse sentido, como advertem também Robert H. Klonnoff e Edward K. M Bilich, os advogados ou procuradores, que ajuízam as *class actions*, têm amealhado grandes fortunas e levado empresas quase à falência, fato que tem chamado a atenção pela ausência de procuradores com responsabilidade em prestar contas de suas ações.⁸³

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira. In: Milaré, Edis (org.) **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001. p. 38.

⁸¹ Ibid., p. 32.

⁸² BARROSO, Luís Roberto. Ação popular e ação civil pública. Aspectos comuns e distintivos. RT, **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 04. p. 237, 1993.

⁸³ KLONNOFF, Robert. H., BILICH, Edward K. M.. **Class actions and other multi-party litigation: cases and materials**. St. Paul, Minn: West Group. 2000, American casebook series. p. 01.

De qualquer forma, as *class actions* têm servido nos Estados Unidos como modelo de acesso coletivo à Justiça.

7. A proteção dos Direitos Difusos na Itália, Portugal, França e Alemanha

As soluções de proteção dos direitos coletivos e difusos no direito comparado surgiram com instrumentos distintos. Inicialmente, foi a ação popular o instrumento adequado à proteção de direitos difusos específicos, sem a feição que emprestamos a eles atualmente.

Na Itália, a ação popular não é prevista na Constituição, mas em leis ordinárias, cujos objetivos de proteção são as causas eleitorais e controle de instituições públicas de beneficência. Há ainda ação popular para responsabilizar tesoureiros e contadores de comunas e províncias em matéria de tributos locais,⁸⁴ além daquelas que podem ser ajuizadas contra atos violadores das normas urbanísticas.⁸⁵

A partir dos estudos de processualistas, como Mauro Cappelletti⁸⁶ e Massimo Villone⁸⁷, que influenciados principalmente pelo instituto da *class action* do direito norte-americano, desenvolveram-se na Itália teorias para o acesso à Justiça e à proteção dos direitos coletivos, sem, entretanto, haver uma implementação mais profunda nos meios processuais.

Analisando essa proteção na Itália, Andrea Giussani extrai a conclusão de que no país existem instrumentos diretos que favorecem de alguma maneira a ação coletiva, mas só em algumas categorias de acontecimentos, citando como

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional - doutrina e processo**. São Paulo: RT, 1968. p.42-45.

⁸⁵ RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: RT, 1991. p. 138.

⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. 165p. e CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano II, n. 05, p. 128-159, janeiro-março 1977.

⁸⁷ VILLONE, Massimo. La colocazione istituzionale dell'interesse diffuso. In: **La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato**. Milano: Giuffrè, 1976.

exemplo as condutas anti-sindicais e de proteção ao meio ambiente, enquanto para a generalidade das controvérsias se aplicam as normas processuais ordinárias, concebidas para situações subjetivas individuais, faltando, assim, uma disciplina geral para as causas coletivas.⁸⁸

Aponta ainda referido autor que, mesmo naqueles casos nos quais se prevêem regras especiais, elas são largamente ineficientes, pois não configuram de qualquer maneira um sistema de estímulos satisfatórios a reduzir aquela esperança que aflige os componentes dos grupos não "privilegiados", seja porque dispersos ou porque constituídos de grupos sociais minoritários, privilegiando os sindicalizados.⁸⁹

Em específico sobre a tutela do meio ambiente, embora tenha merecido grande contribuição doutrinária, os resultados sobre o plano da reforma dos instrumentos processuais são considerados extremamente modestos, visto que na evolução dos direitos se reconhece com maior ênfase um direito individual constitucionalmente garantido, como a saúde e perda da salubridade do ambiente, não havendo sistema de estímulos para favorecer a ação em juízo da tutela dos grupos interessados.⁹⁰

Salienta ainda o autor que, mesmo com a lei n. 349, de 1986, o legislador italiano se limitou a conferir ao Estado e às pessoas jurídicas territoriais uma legitimação para atuar em nome próprio, e às associações ambientais, reconhecidas como tais em assento administrativo, pressupostos de representatividade para danos ambientais e acusação de fatos lesivos aos

⁸⁸ GIUSSANI, Andrea. **Studi sulle "class actions"**. Padova: CEDAM, 1996, pubblicazioni della università di pavia studi nelle scienze giuridiche e sociali. Nuova Seria, v. 80. p. 358.

⁸⁹ Ibid., p. 358.

⁹⁰ Ibid., p. 354.

recursos ambientais, sem contemplar algum estímulo para as vítimas das condutas denunciadas.

No direito português, também a ação popular inicialmente foi utilizada para a proteção de direitos difusos relacionados à matéria eleitoral, prevendo ainda o Código Administrativo Português ações populares para a defesa do patrimônio público com base na impugnação de atos ilegais da administração autárquica, restrita ao âmbito local onde residente o autor da ação popular.⁹¹

Com a revisão constitucional de 1989, a Constituição Portuguesa ampliou o direito de ação popular em seu art. 52, nº 3, introduzindo no âmbito constitucional as ações coletivas:⁹²

É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:

- a) promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural;
- b) assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

Tal regramento foi regulamentado pela lei 83/95, de 23 de agosto de 1995, havendo no direito português um único instrumento para a defesa coletiva do patrimônio público, incluindo o patrimônio cultural, direito do consumidor,

⁹¹ RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política** São Paulo: RT, 1991. p. 132.

⁹² FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 4. ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 251.

preservação da qualidade de vida e do meio ambiente.⁹³ Nesse aspecto diverge o direito português do direito brasileiro, pois no Brasil temos dois institutos para a proteção desses direitos, a ação popular e a ação civil pública.

Como salienta Canotilho e Vital Moreira, “o objecto da acção popular é, antes de mais nada, a defesa de interesses difusos”, cujos legitimados podem ser os cidadãos e as associações, traduzindo na atual Constituição Portuguesa um alargamento da legitimidade processual, independentemente do interesse individual ou da “relação específica com os bens e interesses em causa”, constituindo a norma constitucional carácter meramente exemplificativo, sem ter carácter residual.⁹⁴

Na França, segundo Andrea Giussani⁹⁵, não há nada comparável às *class actions*, prevalecendo o princípio geral de que ninguém litiga por procurador, ou seja, no sentido de que qualquer direito é capaz de ser exigido ou defendido em juízo sem um mandato do seu titular, muito embora, acresce o autor, isso não tenha impedido o desenvolvimento na França de situações comparáveis ao acesso à Justiça, daquelas vistas nas *class actions*, havendo uma técnica difundida, seja na legislação, seja na jurisprudência, consistente em proteger os componentes de grupos muito numerosos, interesses difusos ou coletivos ajuizados em juízo por associações ou subgrupos organizados que tenham como fim estatutário a tutela mais ampla da "classe" que representam.⁹⁶

Tal legitimação não promana de disposições legislativas específicas, havendo discussões de que o juiz usurparia nessa admissão o papel do legislador

⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 18, p. 40, abr./jun. 1996.

⁹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 281-282.

⁹⁵ GIUSSANI, Andrea. **Studi sulle “class actions”**. Padova: CEDAM, 1996, pubblicazioni della università di pavia studi nelle scienze giuridiche e sociali. Nuova Seria, v. 80. p. 321.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 322.

na seleção e na indicação das situações subjetivas a serem tuteladas como interesses gerais.

A evolução da França no acesso coletivo à Justiça ocorreu em especial em matéria de direitos do consumidor. Primeiramente, com o reconhecimento da legitimação das associações para atuar com a lei. nº 1.193, de 1973, e, posteriormente, com a lei nº 14, de 1988, que ampliou a possibilidade das associações ingressarem com medidas civis. Entretanto, como lembra Andrea Giussani, as reformas elaboradas nesses últimos anos para favorecer a tutela dos consumidores tiveram uma ampliação com a lei nº 60, de 1992, quando algumas associações – previamente homologadas em assento administrativo – puderam, além de promover a ação inibitória para a tutela dos interesses coletivos, também ajuizar uma ação ressarcitória em favor de consumidores, só precisando estes que confirmem um mandato específico, fato que ainda resultou em sua baixa aplicação, demonstrando o peso político dos sindicatos e associações dos consumidores.⁹⁷

Também na Alemanha não há instituto semelhante à *class action*, ou mesmo inspirado nela. Há, entretanto, institutos comparáveis, como a disciplina da concorrência desleal (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) e das condições gerais de contrato (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen). Relativamente à concorrência desleal, admite-se que uma ação inibitória possa ser proposta por associações que não sejam vítimas necessariamente da conduta denunciada, em evidente defesa do direito coletivo à lealdade no comércio.⁹⁸ Não atua, assim, na defesa de um direito próprio, mas

⁹⁷ GIUSSANI, Andrea. Op. cit., p. 328.

⁹⁸ Ibid., p. 330.

age ao invés como substituto processual das vítimas, autorizado pela lei a fazer valer em nome próprio direitos alheios.

Em termos análogos se coloca a ação das associações dos consumidores para a inibição de cláusulas abusivas, vexatórias e condições gerais de contrato, suscitando, de maneira geral, tanto quanto na França, a discussão dos mecanismos de legitimação próprios das associações, além do problema da assimetria das partes em jogo, sejam elas habituais ou ocasionais.⁹⁹

Capítulo II – A proteção pela ação popular

8. A ação popular

O consenso sobre a necessidade de assegurar aos direitos difusos e coletivos uma forma de proteção jurisdicional, discussão acelerada na segunda metade da década de 70, encontrou, desde o início, no sistema processual brasileiro, um instrumento que se não plenamente adequado a essa proteção, ao menos tinha a função da defesa de um interesse difuso na proteção do patrimônio público e da legalidade¹⁰⁰.

Essa proteção foi consagrada inicialmente à ação popular, com a feição que lhe foi dada após a Constituição Federal de 1934, primeiro texto constitucional em que é fixada. Não era, entretanto, estranha ao nosso ordenamento jurídico. Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁰¹, ao citar a evolução da ação popular antes e depois da Constituição de 1934, menciona que Corrêa Telles, em sua obra *Doutrina das ações*, informava não haver impedimento a que qualquer do povo pudesse demandar outrem por ter, v.g., invadido prédio público ou embargar obra prejudicial a lugar público, ou mesmo o previsto no art. 157¹⁰² da Constituição Federal de 1824, que previa uma ação popular contra aquele que praticasse peculato ou suborno. Mancuso¹⁰³ menciona ainda João Mendes Júnior, que na obra *Curso de direito judiciário* afirmava que, “no cível, dizem-se ações

⁹⁹ GIUSSANI, Andrea. Op. cit., p. 334.

¹⁰⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. **Revista de Processo**, São Paulo, ano VII, n. 28, p. 09, outubro-dezembro de 1982.

¹⁰¹ **Ação popular**. 5. ed. São Paulo: RT. p. 58.

¹⁰² BRASIL. Constituição 1824. **Constituição Brasileira de 1824**. Rio de Janeiro, 12 de agosto de 1824. Art. 157 “Por suborno, peita, peculato e concussão, haverá contra eles ação popular, que poderá ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do povo, guardada a ordem do processo estabelecida na Lei”. O artigo inserido no capítulo ‘Do Poder Judicial’ se refere aos juízes e oficiais de Justiça.

populares as ações que podem ser intentadas por qualquer pessoa do povo, para conservação e defesa das coisas públicas”.

Com o advento da Constituição de 1934, a ação popular passou a ser declarada constitucionalmente, no capítulo dos direitos e garantias individuais, art. 113, item 38, que prescrevia que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”. Com o advento do Estado Novo e a outorga da Constituição de 1937, ela acabou por ser retirada do ordenamento pátrio.

Com o retorno do período democrático, ressurgiu a ação popular na Constituição de 1946. O texto afirmava que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”. O confronto entre os dois dispositivos constitucionais demonstra que houve na redação do texto de 1946 uma ampliação do objeto para incluir a proteção à administração indireta.

Essa ampliação do texto de 1946 não encontrou continuidade na Constituição de 1967, nem na Emenda 01/69. Em seu art. 153, § 31, deixou o legislador constituinte de 1967 de especificar quais são as entidades merecedoras dessa garantia, declarando que “qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”. Pelo dispositivo, excluía-se as sociedades de economia mista e empresas públicas, cuja natureza e estrutura são de entidades privadas.

A lei 4.717, de 29 de junho de 1965, em seu art. 1º, entretanto, deu redação mais abrangente que o legislador constituinte viria a dar em 1967,

¹⁰³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 59.

declarando que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, de sociedades autárquicas, de sociedade de economia mista (...)”.

Por sua vez, o legislador constituinte de 1988 optou por declaração mais abrangente ainda, ao afirmar que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

8.1 Conceito

Não divergem muito os autores sobre a conceituação da ação popular, mantendo a definição constitucional como parâmetro. Como observa Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁰⁴, não são populares as ações, tão só porque algum do povo pede proteção judicial, tal como o *habeas corpus* e o mandado de segurança individual ou coletivo e nem mesmo as ações que envolvam dissídio coletivo ou o procedimento assegurado no art. 356 da lei 4.737/65 (código eleitoral), afastando ainda as ações coletivas previstas no código de defesa do consumidor e previstas na lei 7.347/85 (ação civil pública). Para ele, somente podem ser consideradas populares aquelas intentadas por qualquer do povo e que objetivem à tutela de um dos interesses metaindividuais, como a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio público.

¹⁰⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 5. ed. São Paulo: RT, 2003. pg. 67-68.

José Afonso da Silva,¹⁰⁵ sob a égide da Constituição de 1967, define a ação popular como “um instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional, para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo da ilegalidade de atos lesivos ao patrimônio público”. Hely Lopes Meirelles¹⁰⁶, em obra sobre o tema, define-a como “meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiro público”. No mesmo sentido, Maria Sylvania Zanella di Pietro transcreve literalmente a definição dada pela própria Constituição Federal.¹⁰⁷

8.2 Objeto e natureza da decisão

A partir dessas definições, tem-se que a ação popular possui como objeto a invalidação de determinado ato lesivo ao patrimônio público¹⁰⁸, bem como a condenação dos responsáveis pelo ato invalidado ou dele beneficiado ao pagamento de perdas e danos.¹⁰⁹ Pode alcançar também a recomposição ou restauração do patrimônio público, compreendendo não somente o erário, mas os bens e valores históricos, artísticos, turísticos e paisagísticos, meio ambiente e moralidade administrativa. Portanto, não se resume, assim, à proteção meramente pecuniária, na medida em que os direitos difusos protegidos por essa

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional- doutrina e processo**. São Paulo: RT, 1968. p. 105.

¹⁰⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.113.

¹⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 679.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. Ação popular e ação civil pública. Aspectos comuns e distintivos. RT, **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 04, 1993, p. 239.

modalidade de ação “não raro se mostram insuscetíveis de redução a valores monetariamente expressos”¹¹⁰, mas serve também à invalidação de atos que lesem bens imateriais.

Essa recomposição ou restauração parte da anulação do ato lesivo aos interesses difusos, sendo, portanto, o pedido da ação constitutivo-negativo e, ainda, condenatório¹¹¹. A utilidade que se obterá será, então, o retorno aos cofres públicos do dinheiro malversado ou desviado; a recomposição do meio ambiente ou de prédio de relevante valor histórico ou arquitetônico.

8.3 Insuficiência

Conforme já afirmado, a ação popular somente foi codificada com a Constituição Federal de 1934, afirmando Clovis Bevilacqua¹¹² que a sua inserção no código civil havia sido entendida como desnecessária, surgindo como verdadeiro instrumento de proteção somente em 1934.

Transcrevendo o dispositivo Constitucional que determinava no art. 113, nº 38, da Constituição de 1934, ser qualquer cidadão parte legítima para ajuizar a ação popular, alertava o jurista que, “sem negar o carácter democrático dessa resurreição, receio que nos venham dahi inconvenientes, que a bôa organização do Ministério Público evita. Para funções dessa classe, a sociedade possui órgãos adequados, que melhor as desempenham do que qualquer do povo”.

Esse prenúncio que Clovis Bevilacqua veio a fazer ainda no ano de 1935 denotava a preocupação dos autores e que a prática forense acabou por

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p.109.

¹¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., p. 10.

¹¹¹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p.108.

confirmar, qual seja, a de que a ação popular se transformaria em instrumento não de defesa política da sociedade como corolário da cidadania, mas de instrumento de “politicagens” utilizado quase sempre em período eleitoral ou pós-eleitoral¹¹³, e cuja ineficácia acabou por atribuir competência ao Ministério Público para a defesa dos mesmos direitos.

José Emmanuel Burle Filho¹¹⁴ chama a atenção para o declínio da ação popular, especialmente após o surgimento da ação civil pública, citando como principais fatores o seu uso indevido e abusivo, que levou à desnaturaçãõ e a seu conseqüente descrédito. Para ele:

Em inúmeras ações populares percebe-se que o verdadeiro intuito do autor-popular não é a defesa do Povo ou do patrimônio público no seu amplo sentido, porém o mero espírito de perseguição política ou até mesmo pessoal, haja vista que o seu autor sabe que a imprensa normalmente dá, ou pelo menos dava, divulgação especial ao ajuizamento dessa ação, causando ao réu, pelo alarido, inegável lesão à sua imagem pessoal, familiar, funcional ou política.

Para o autor, as causas do declínio da ação popular devem servir de exemplo aos legitimados da ação civil pública, para que se evite o ajuizamento de ações sem fundamento legítimo, que a levaria, tal qual a ação popular, ao descrédito e antipatia com inevitáveis reações negativas e perigosas contra o instrumento constitucional.¹¹⁵

Outra não é a opinião de Luís Roberto Barroso, ao afirmar que a ação popular não deixa de ser, em muitos casos, manipulada como instrumento

¹¹² BEVILAQUA, Clovis. A constituição e o código civil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 97/18, setembro de 1935.

¹¹³ ALMEIDA, José Luiz Gavião de Almeida. A ação popular e a Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, ano 85, julho 1996, vol. 729. p. 75.

¹¹⁴ BURLE FILHO, José Emmanuel. Ação civil pública, instrumento de educação democrática. In: Milaré, Edis (org.) **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001. p. 366.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 371.

político, “desvirtuada para perseguir e espezinhar adversários políticos”, sendo que só há discussão de interesse público quando há interesse particular por trás.¹¹⁶

Para Seabra Fagundes¹¹⁷, ao tratar da falta de interesse na defesa da coisa pública, a atividade individual é movida sempre, em maior ou menor grau, pelo interesse próprio e direto do indivíduo, “de sorte que onde êste não apareça no grau mínimo necessário a estimular a capacidade de movimentação do homem, a inércia prevalecerá sobre a ação”.

Lucia Valle Figueiredo¹¹⁸, discorrendo sobre o assunto, afirma que falta um conceito mais arraigado de cidadania, o que explica o fato de a ação popular não ser tão facilmente utilizada. Para ela, o empobrecimento do uso dessa ação decorre justamente da legitimidade exclusiva à pessoa física, sendo que seria necessária a maior conscientização da própria cidadania para que se possibilitasse uma tutela real e efetiva dos direitos coletivos pelos próprios cidadãos.

E finaliza a autora, dizendo que “não podemos esperar e cobrar que União, Estados, Municípios, e mesmo o Ministério Público, associações de classe, façam por nós tudo aquilo que nos omitimos de fazer enquanto cidadãos”¹¹⁹.

As críticas são fundadas em dados da realidade, principalmente pela constatação da maior utilização dessa modalidade de ação em anos eleitorais e pós-eleitorais, mas outros pontos de ordem técnica levaram à pouca utilização do instrumento.

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Ação popular e ação civil pública. Aspectos comuns e distintivos. Revista dos Tribunais, **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 04, 1993. p. 237.

¹¹⁷ SEABRA FAGUNDES, Miguel. **Da ação popular**. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 112, p. 07, julho de 1947.

¹¹⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed.. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 431.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 397.

Rafael Bielsa¹²⁰, analisando o instituto da ação popular em escrito de 1947, chega à conclusão de que “o cidadão que promove a ação popular contra um ato arbitrário lesivo do *patrimônio do Estado, das liberdades públicas, da moralidade administrativa* deve ser rodeado” de garantias na condição de defensor da ordem constituída.

As garantias que devem rodear o autor popular atingem diretamente o efetivo acesso à justiça e se constituem em diversos obstáculos que devem ser transpostos. Podemos citar as custas judiciais, sejam elas periciais, sejam relativas a honorários advocatícios; recursos financeiros para suportar a demora do litígio; habitualidade com que o autor popular litiga em juízo e, conseqüentemente, a capacidade de reconhecer o direito violado ou em vias de violação e, ainda, propor as medidas adequadas a sua proteção¹²¹.

Barbosa Moreira aponta o problema do custeio do processo como empecilho a maior utilização desse instrumento. Para ele, o custo do ajuizamento da ação popular afasta o “cidadão zeloso, mas de poucos recursos (...) arrefecendo-lhe o ânimo de ir a Juízo em prol do interesse coletivo”¹²².

Nesse aspecto, procurou a lei 4.717/65 reduzir a possível abstenção de ingresso do autor popular, ao eliminar o pagamento antecipado de custas, determinando em seu art. 10 que as “partes só pagarão custas e preparo a final” e ainda no art. 12, “o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado”.

¹²⁰ A ação popular e o poder discricionário da administração. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 38. p. 57, outubro-dezembro 1954.

¹²¹ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p.15-29.

¹²² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., p. 13.

A isenção de custas foi elevada à garantia constitucional, prescrevendo o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988, que fica o autor popular, “salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Embora isento de custas, a necessidade do autor popular de constituir advogado para representá-lo em juízo, quando ele não tiver capacidade postulatória, também se mostra um obstáculo à maior utilização desse instrumento de acesso à justiça, ainda que possa, *a posteriori*, receber a condenação dos honorários advocatícios da parte adversa.

A constituição de advogado, devidamente especializado em direito público, representa certamente custo elevado, principalmente considerando a demora na solução do litígio, bem como a ausência de habitualidade do autor popular em litigar em juízo, o que contribuiu para a crítica de Clovis Bevilacqua de que um órgão público, tal como o Ministério Público, teria maior sucesso na defesa desses direitos.

A insuficiência na utilização dessa ação constitucional e o conseqüente declínio talvez pudessem ter sido mitigados se fosse resolvido o problema da legitimação. Na ação popular, somente o cidadão, entendido como aquele que se encontra no gozo de seus direitos políticos, é que pode ser autor, não havendo outros co-legitimados, como ocorre com a ação civil pública, como veremos. Exclui-se a possibilidade de ajuizamento por pessoa jurídica¹²³ e pelo Ministério Público.

O problema da legitimação não é isolado na doutrina, apontando ainda Mancuso¹²⁴, “para a defasagem ou a insuficiência da fórmula restritiva de legitimação ativa para a ação popular, sem embargo de que o art. 1º, caput, da

¹²³ Súmula nº 365 do STF: “Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”

¹²⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 5. ed. São Paulo: RT, 2003. pg.87.

Lei 7.347/85, sobre a ação civil pública para tutela de interesses metaindividuais, invoque, subsidiariamente, a ação popular (...).”.

Essa legitimação, restrita ao cidadão, não é unânime na doutrina. José Afonso da Silva, analisando a posição do Ministério Público nos processos de ação popular, sob a égide da Constituição de 1946, sustenta que, embora seja possível ao *Parquet* assumir a titularidade da ação popular quando houver desistência pelo autor, ou seja, por intermédio de sucessão processual, examina a possibilidade de o próprio membro do Ministério Público ser o autor dessa modalidade de ação. Conclui, assim, que é possível que membros do Ministério Público, na condição de cidadãos, intentem a ação popular.¹²⁵

Embora a premissa seja verdadeira, na medida em que não intenta a ação como representante do Ministério Público, mas como cidadão, a conclusão, a meu ver, é equivocada, pois o autor da ação popular não age como órgão de execução do Ministério Público, mas na condição de qualquer cidadão, não havendo, portanto, ampliação da legitimação da ação popular. Saliente-se ainda que a posição externada pelo autor foi realizada antes da sistematização da ação civil pública, sendo que hoje não haveria interesse ao Ministério Público no ajuizamento de ação popular, quando é co-legitimado para a ação civil pública com idêntico objeto.

Nesse sentido, José Luiz Gavião de Almeida¹²⁶, analisando o art. 25 da lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), em comparação com o art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988, aponta a coincidência de objeto, chegando a questionar se não seria sustentável

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. Ministério Público nos processos oriundos do exercício da ação popular. **Revista Justitia**. São Paulo: 60 anos- número especial. p. 297, 1999.

¹²⁶ ALMEIDA, José Luiz Gavião de Almeida. Op. cit., p. 77.

ao Ministério Público o ajuizamento da ação popular, posto que idênticos os objetos.

Dispõe o art. 25, inciso IV, alínea 'b', da lei nº 8.625/93, incumbir ao Ministério Público a promoção da ação civil pública “para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem”.

Quase idêntica a redação do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988, que prevê a ação popular para “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa...”.

Ada Pellegrini Grinover, analisando ambos os dispositivos, chega a afirmar que a única diferença entre ambos passou a ser a legitimação ativa, sendo um conferido ao MP e o outro, ao cidadão. Para a autora:

Pode-se assim afirmar, sem temor de erro, que a Lei Nacional do MP ampliou a legitimação à ação popular, atribuída pela Constituição ao cidadão, para estendê-la ao MP. Mas, na verdade, esta ação civil pública, criada pela LNMP, nada mais é do que uma espécie que pertence ao gênero ação popular.¹²⁷

Na modalidade de ação civil pública examinada, conclui a autora, a natureza jurídica é de ação popular, diferenciando-se pela legitimação ativa conferida ao Ministério Público.

Ainda que se admita a ampliação da legitimação para ajuizamento da ação popular, o que não me parece correto, pois, a meu ver, há somente coincidência de objetos a serem protegidos em juízo, mas por modalidades processuais diversas, embora possa, como afirmado por Ada Pellegrini Grinover, haver

conexão, continência ou mesmo litispendência entre ambas as ações, pois os autores, cidadão ou Ministério Público, são substitutos processuais da coletividade¹²⁸, tal não foi suficiente para a ampliação do uso da ação popular.

Nesse aspecto, outro ponto importante ressalta a insuficiência do instrumento da ação popular como meio de defesa aos direitos difusos e coletivos e diz respeito ao seu objeto.

Ainda sob a égide da Constituição de 1967, cogitava-se da utilização da ação popular para a defesa de outros direitos difusos, incluindo no conceito de patrimônio público também o meio ambiente. Entretanto, tal como posta a sua conceituação legal, difícil se tornou a utilização adequada desse instrumento processual para essa finalidade, o que somente foi equacionado com a Constituição de 1988.

Álvaro Luiz Valery Mirra aponta outros problemas, como a “limitação da abrangência da ação como instrumento destinado essencialmente à impugnação de atos praticados pelo Poder Público e à reparação de danos resultantes desses atos” e ainda à inadmissibilidade do exercício da ação para a prevenção ou correção de lesões decorrentes de atividade de particulares.¹²⁹

Motauri Ciocchetti de Souza aponta que a ação popular sempre visa à anulação de ato lesivo¹³⁰, sendo que Elival da Silva Ramos demonstra que o interesse do autor popular é que “a legalidade seja restabelecida e o patrimônio público restaurado”¹³¹.

¹²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 19. p. 53, 1997.

¹²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 54-55.

¹²⁹ MIRRA, Álvaro. L. Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 128-129.

¹³⁰ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Interesses difusos em espécie**. 2000. São Paulo: Saraiva. p. 126.

¹³¹ RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: RT, 1991. p. 156.

Portanto, o objeto restrito no campo de atuação da ação popular também corresponde a sua pouca utilização.

Os problemas que geraram a insuficiência da ação popular como instrumento de proteção ou garantia dos novos direitos conceituados como de terceira geração ou difusos e coletivos, ou ainda como forma de implementação dos direitos sociais, com base em políticas públicas, demonstraram a necessidade de evolução legislativa, seja no plano constitucional, seja no plano infra-constitucional, evolução que culminou na elaboração do instrumento processual da ação civil pública que se falará adiante.

Embora subsistam maiores críticas do que elogios à utilização da ação popular, há também ardorosos defensores do uso desse meio processual de defesa dos interesses difusos. Para eles, a ação popular é verdadeiro instrumento de exercício da cidadania como corolário da atuação político-jurídica na salvaguarda dos interesses da coletividade.

Instrumento de educação política, o alargamento da ação popular, na visão de Seabra Fagundes, “poderia exercer relevante papel no aperfeiçoamento da mentalidade política, chamando os cidadãos a cooperar, ativamente, na prática de um regime de legalidade efetiva”, e mais, criando aos agentes públicos o “hábito de submissão à ordem legal”¹³².

Nesse sentido, Nelson Oscar de Souza afirma caracterizar-se a ação popular como a ação efetivamente voltada para o objetivo do exercício de cidadania e de utilização pedagógica destinada à socialização do povo eleitor. Mesmo que tenha a ação civil pública abrangido todo o objeto da popular, isso

¹³² SEABRA FAGUNDES, Miguel. Da ação popular. **Revista forense**, Rio de Janeiro, vol. 112. p. 07, julho de 1947.

corroborar o argumento de se manter o cidadão no pólo ativo dela, com exclusividade.

E termina por concluir:

Do exame dos repertórios jurisprudenciais ressalta o número inexpressivo de ações que têm sido ajuizadas no País, e neste Estado, durante o curso do tempo: de 1934 a esta parte. O verbete comparece apoucadas vezes em cada volume das decisões dos Tribunais.¹³³

Esse número, segundo o autor, vem crescendo nos últimos anos, dado o incremento da consciência de cidadania e da possibilidade efetiva de poder controlar o poder público nos atos ilegais.

Esse aumento no número de ações populares ajuizadas vem sendo incrementado principalmente após a constituição de 1988, seja pela ampliação de seu objeto, com a inclusão da moralidade administrativa e da proteção ao meio ambiente, seja pela constitucionalização da garantia de isenção de custas. Dados colacionados por José Luiz Gavião de Almeida informam que até 1988, na cidade de São Paulo, o número de ações populares não passava de 10 ao ano. Segundo o autor, em 1990 foram 28; em 1991, 29 ações; em 1992, o número foi de 35 ações e, em 1993, mais de 40 foram ajuizadas.¹³⁴

Elival da Silva Ramos chega a afirmar que os riscos decorrentes do uso inadequado da ação popular não são tão grandes, se for adotado um sistema adequado de freios e contrapesos com adequada análise das condições da ação, sendo grandes os benefícios na “medida em que, por ser voluntário, só atrai, *em regra*, os cidadãos dotados de alto nível de politização e espírito público”.

¹³³ SOUZA, Nelson Oscar de. Ação popular. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: RT, 2000, janeiro-março, ano 08, n° 30. p. 144.

Capítulo III – A proteção pela ação civil pública

9. Necessidade histórica da ação civil pública

A insuficiência da ação popular como instrumento efetivo de proteção dos chamados direitos sociais e difusos demonstrou a necessidade de elaboração de um novo sistema instrumental de defesa desses direitos, não apenas para o patrimônio público, mas também que pudesse ser utilizado para a proteção da moralidade administrativa, do meio ambiente e, mais ainda, de qualquer outro direito difuso ou considerado em seu aspecto coletivo.

Diversos doutrinadores brasileiros¹³⁵ já se dedicavam ao estudo dessa nova matéria processual, baseados principalmente nos estudos de Mauro Cappelletti e nas chamadas *class actions* do direito norte-americano.

No direito pátrio, poucas eram as ações que protegiam de alguma forma esses direitos recentemente declarados. Além da já citada ação popular, havia outras para defesa de direitos específicos, como a representação ao Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade de lei (arts. 102, I, 'a', 103, VI e 129, IV, da Constituição Federal); a notificação ao loteador para regularizar seu loteamento (art. 38, §2º da lei nº 6.766/79); ação de responsabilidade por danos ao meio ambiente (art. 14, §1º da lei nº 6.938/81) e a ação de responsabilidade de administradores em casos de liquidação extrajudicial de instituições financeiras (art. 46 da lei nº 6.024/74).

Desenvolvendo o tema, Hugo Nigro Mazzilli elenca dezenas de outras ações que podem ser chamadas de civis públicas na medida em que o principal

¹³⁴ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Op. cit., p. 75.

autor é o Órgão do Ministério Público, mas que não serão aqui elencadas por não serem, em sua essência, ações de proteção aos direitos difusos e coletivos, tais como ação de anulação de atos simulados ou de nulidade de casamento, inscrição de hipoteca legal em favor do interdito, abertura de inventário, etc.¹³⁶

Desde 1981 já existia uma previsão específica de proteção do meio ambiente enquanto bem difusamente considerado. Nesse sentido, dispunha o art. 14, §1º, da lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Política Nacional do Meio Ambiente): “O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente”. Visava o dispositivo constranger o poluidor a indenizar ou a reparar os danos causados ao meio ambiente, bem como a terceiros, independentemente de culpa.

Tais regramentos eram evidentemente insuficientes para a finalidade que se pretendia alcançar, qual seja, a de criar um instrumento processual que desse guarida à proteção dos novos direitos que vinham sendo proclamados e reconhecidos desde a segunda metade do século passado. Isso porque, como já dito acima, embora se conferissem atribuições para a proteção dos direitos difusos, trabalhava-se com a sistemática processual individualista, baseada na proteção dos chamados direitos de primeira geração.

Barbosa Moreira, sintetizando esse pensamento, afirma que “tem sabor de lugar-comum a observação de que a estrutura clássica do processo civil, tal como subsiste na generalidade dos ordenamentos de nossos dias, corresponde a um

¹³⁵ José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe, Waldemar Mariz de Oliveira Jr., Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Edis Milaré e Nelson Nery Jr. dentre outros.

¹³⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 19. ed.. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 68-74.

modelo concebido e realizado para acudir fundamentalmente a situações de conflito entre interesses *individuais*.¹³⁷

Os trabalhos de elaboração da nova sistemática de proteção iniciaram-se com um anteprojeto do qual participaram Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, o qual, submetido em 1983 ao Congresso Nacional de Direito Processual, realizado na cidade de Porto Alegre, sofreu contribuições de Barbosa Moreira, sendo apresentado à Câmara dos Deputados por Flávio Bierrenbach (projeto 3.034/84).¹³⁸

Entretanto, um outro anteprojeto também fora apresentado ao Ministério da Justiça pelo Ministério Público Paulista, fruto da discussão de tese apresentada no XI Seminário Jurídico de Grupos de Estudos realizado em dezembro de 1983, cujos autores, Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Edis Milaré e Nelson Nery Júnior, discutiam sobre o tema “a ação civil pública”, baseados no anteprojeto apresentado à Câmara dos Deputados. O Executivo Federal acabou por apresentar o anteprojeto do Ministério Público Paulista que, por tramitação mais célere, acabou por ser sancionado.

A sanção parcial ao projeto de lei nº 4.984/85 (numeração da Câmara dos Deputados) e 20/85 (numeração do Senado) demonstrava, entretanto, expressa preocupação com o alcance da proteção que seria dada pela nova lei, fato que ficou patente com o veto político realizado pelo então presidente José Sarney.¹³⁹

Referido veto incidia parcialmente sobre a ementa, o art. 1º, inciso IV; o art. 4º e art. 5º, inciso II, todos referentes à expressão: “qualquer outro interesse

¹³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. **Revista de Processo**, São Paulo, ano VII, n. 28, p. 07, outubro-dezembro de 1982.

¹³⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 109.

¹³⁹ MILARÉ, Edis.(org.). **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001. p. 834 (anexos).

difuso”. Prescrevia o autógrafo encaminhado para sanção que se regeriam pelas disposições da referida lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como a qualquer outro interesse difuso.

As razões do veto político elucidam a falta de amadurecimento político que existia à época e a preocupação com tão poderoso instrumento processual¹⁴⁰, inclusive pelo risco de o instrumento voltar-se contra o próprio governo¹⁴¹. Diz a mensagem nº 359 encaminhada ao Congresso em 24 de julho de 1985:

As razões de interesse público dizem respeito precipuamente à insegurança jurídica, em detrimento do bem comum, que decorre da amplíssima e imprecisa abrangência da expressão “qualquer outro interesse difuso”.

A amplitude de que se revestem as expressões ora vetadas do projeto mostra-se, no presente momento de nossa experiência jurídica, inconveniente.

É preciso que a questão dos interesses difusos, de inegável relevância social, mereça, ainda, maior reflexão e análise. Trata-se de instituto cujos pressupostos conceituais derivam de um processo de elaboração doutrinária, a recomendar, com a publicação desta Lei, discussão abrangente em todas as esferas de nossa vida social.

É importante, neste momento, que, em relação à defesa e preservação dos direitos dos consumidores, assim como do patrimônio ecológico, natural e cultural do país, a tutela jurisdicional dos interesses difusos deixe de ser uma questão meramente acadêmica para converter-se em realidade jurídico-positiva, de verdadeiro alcance e conteúdo sociais.

¹⁴⁰ SARNEY, José. Prefácio- Interesses difusos e direito coletivo. In: Milaré, Edis (org). **Ação civil pública- Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.** São Paulo: RT, 1995. p. 19.

¹⁴¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 120.

Eventuais hipóteses rebeldes à previsão do legislador, mas ditadas pela complexidade da vida social, merecerão a oportuna disciplinação legislativa. (...)

Não tardou a recuperação do prestígio do novo instrumento de garantia dos direitos fundamentais. Com os trabalhos realizados na Constituinte em 1987, logrou-se inserir, dentre as atribuições do Ministério Público, a promoção da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme disposto no art. 129, inciso III da Constituição Federal. Retomava-se, assim, a ampla proteção a esses novos direitos, muito embora sua atribuição genérica pela Constituição fosse apenas ao Ministério Público, mantendo-se a exclusão dos demais co-legitimados da lei 7.437/85, em razão do veto presidencial.

Tal situação somente restou plenamente resolvida quando da elaboração, em 1990, do Código de Defesa do Consumidor que, em seus arts. 83, 110 e 117, expressamente autorizou a defesa, por meio da ação civil pública, de qualquer outro interesse difuso ou coletivo, devolvendo à lei 7.347/85 a norma de extensão anteriormente vetada, prevista no art. 1º, inciso IV. As hipóteses legais, portanto, não ficaram mais como *numerus clausulus*.

E foi exatamente a implementação da nova ordem constitucional com o incremento de direitos fundamentais e difusos declarados que deu intensidade e abrangência à utilização cada vez maior desse importante instrumento de garantia desses mesmos direitos.

Segundo Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, normas quase sempre originadas do texto constitucional e “que disciplinavam relevantes

interesses sociais encontraram, na ação civil pública, canal eficiente para que seu efetivo cumprimento pudesse ser reclamado perante o Poder Judiciário”¹⁴².

Não foi por outro motivo o alargamento do uso desse instrumento de proteção, citando referido autor, à utilização em áreas bem distintas: *“do meio ambiente ao consumidor; do urbanismo e do patrimônio histórico à prevenção de acidentes do trabalho; da infância e da juventude aos idosos; da moralidade administrativa e do patrimônio público à saúde, educação, moradia e transporte”*.

¹⁴² FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Ação Civil Pública, inquérito civil e Ministério Público. In Milaré, Edis.(org.). **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001. p. 85.

10. Legitimados para o ajuizamento da ação civil pública

Um dos problemas que foram apontados para a insuficiência da ação popular como instrumento de proteção dos direitos difusos é justamente a legitimidade única conferida ao cidadão.

Se por um lado o espectro é amplo, já que qualquer um que esteja no gozo de seus direitos políticos detém legitimidade para o ajuizamento da ação popular, a motivação quase sempre política ou mesmo a prevalência da cultura 'do que é público não é de ninguém' concorreram para a pouca utilização desse instrumento de proteção, carecendo o ordenamento jurídico de meios que aumentassem a participação social na defesa desses interesses.¹⁴³

Embora defendessem alguns a opção de legitimar o Ministério Público também para o ajuizamento da ação popular, considerando que na sistemática da lei 4.717/65, em seu art. 9º, esse Órgão detém legitimidade para o prosseguimento da ação quando o autor popular desistir ou der motivo à absolvição, não foi essa a opção legislativa.

A lei 7.347/85 fixou diversos co-legitimados para o ajuizamento da ação civil pública, figurando dentre eles o Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações civis,¹⁴⁴ surgindo a discussão se essa legitimação seria ordinária, extraordinária ou uma legitimação autônoma.

Na legitimação ordinária pela sistemática processual tradicional, deve ocorrer identidade entre o titular da ação e o direito material lesado ou sob ameaça de lesão, o que significa dizer em outras palavras que a ninguém é

¹⁴³ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Op.cit., p. 100.

¹⁴⁴ Art. 5º da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei 11.448/07

conferido o direito de defender como próprio um direito alheio. Não é o que ocorre na defesa de direitos difusos e coletivos.

Nesses novos direitos, face à não coincidência entre os titulares do direito de ação e o titular do direito material que é defendido em juízo, a legitimação seria extraordinária¹⁴⁵. E assim deve ser, pois, sendo o direito defendido difuso quanto aos seus titulares, inviável a identificação do titular do direito material lesado, que pertence a todos os indivíduos, sem comportar, portanto, nenhuma divisão. Mesmo na situação em que os direitos sejam individuais homogêneos, tidos pela dicção do art. 81, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor como aqueles “decorrentes de origem comum” e cuja proteção judicial de forma coletiva foi claramente inspirada na *class action* do direito norte-americano, há a legitimação extraordinária, considerando que quem ajuizará a ação não é o titular do direito defendido em juízo, apesar de serem plenamente identificáveis esses titulares.

Outros autores ainda entendem ser a legitimação da ação civil pública uma legitimação autônoma para a condução do processo¹⁴⁶ e não uma legitimação extraordinária prevista no Código de Processo Civil de cunho evidentemente individualista. Para esses autores, não há entre legitimados e tutelados “a sobreposição de legitimações processual e material”¹⁴⁷ e, portanto, não há a mesma relação “no que se refere ao interesse material e processual”¹⁴⁸. Nessa linha de raciocínio, se os legitimados não são detentores do interesse material em juízo, não poderiam os substituídos, titulares dos interesses, ingressarem em juízo, subsistindo, assim, a classificação como legitimação autônoma.

¹⁴⁵ Posição de Hugo Nigro Mazzilli, Marcelo Menezes Vigliar, Ada Pellegrini Grinover.

¹⁴⁶ Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery, Motauri Ciochetti de Souza, Arruda Alvim, Ricardo Negrão.

¹⁴⁷ NEGRÃO, Ricardo. **Ações coletivas - enfoque sobre a legitimidade ativa**. São Paulo: Leud, 2004. p. 288.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 288.

Impende desde já observar que a legitimidade conferida ao Ministério Público para promover a ação civil pública consubstancia-se em função institucional alicerçada pela Constituição Federal. Tal legitimidade não é ao que faz crer em um primeiro momento irrestrita, pois, conforme art. 127, *caput* da Constituição, a atribuição desse Órgão é para a defesa daqueles direitos difusos considerados indisponíveis, excluindo-se, portanto, aqueles que, embora possam ser coletivamente considerados, o são individuais e disponíveis quando considerados isoladamente.

Para José Roberto dos Santos Bedaque¹⁴⁹, a legitimação do Ministério Público para o ajuizamento dessas ações não é nem autônoma para a condução do processo e nem é extraordinária. É simplesmente ordinária, pois o *Parquet* não está defendendo interesse meramente individual, substituindo processualmente o titular do direito, mas, pelo deferimento da legitimação constitucional (art. 127 e 129 da CF), está atuando na defesa do interesse coletivo, sendo assim o legitimado primário na defesa desses interesses.

Não obstante as pessoas acima indicadas tenham a mesma legitimidade para o ajuizamento da ação civil pública, fato é que o Ministério Público foi o legitimado que mais tem utilizado desse instrumento de proteção. Isso porque se trata de um Órgão Público que tem como princípio de atuação a obrigatoriedade consistente no dever de, constatada a situação prevista em lei, adotar todas as medidas necessárias para a reparação ou mesmo a prevenção do dano que possa ter um direito fundamental e, em nosso enfoque, coletivo ou difuso.¹⁵⁰

¹⁴⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Legitimidade Processual e Legitimidade política. In Salles, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público**. São Paulo: RT, 2003. p.106.

¹⁵⁰ SOUZA, Motaury Ciocchetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 49.

Essa obrigatoriedade já era consubstanciada no código de processo penal, no qual deve o Ministério Público ajuizar a ação penal, salvo nas situações de delitos de menor potencial ofensivo, previstos na lei nº 9.099/95. Na lei da ação civil pública recebe tratamento diverso, pois, diagnosticada a situação legal, pode ocorrer a composição administrativa por meio do chamado termo de ajustamento de conduta.¹⁵¹

Alguns autores¹⁵² entendem que essa obrigatoriedade não atinge os demais Órgãos legitimados para a propositura da ação. Estes, pela sistemática legal, não têm o dever de propor a ação civil pública, mas possuem a faculdade de fazê-lo, o que significa dizer que podem realizar um juízo de conveniência e oportunidade quanto ao ajuizamento ou não da ação.

Discordamos dessa opinião na medida em que, excetuadas as associações, os demais legitimados para o ajuizamento ou não da ação civil pública para a proteção de direitos difusos (União, Estados, Distrito Federal e Município) têm por finalidade constitucional a proteção desses direitos.

Nesse sentido, disciplina o art. 23 da Constituição Federal ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I – zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

¹⁵¹ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. 2.ed.. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 49.

¹⁵² Ibid, Op. cit., p. 50.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, **Ação civil pública**. 4. ed. São Paulo: RT, 1996. p. 40.

IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural;

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

Se há competência administrativa comum entre os entes federativos para a proteção desses direitos, todos têm o dever de tomar as providências legais pertinentes, diagnosticada a situação de descumprimento legal, tal qual o Ministério Público, sob pena de, em se constatando a omissão, serem sujeitos passivos de eventual ação civil pública, tanto quanto os infratores do objeto material protegido, dado que a sua omissão é legalmente relevante.

Imbuídos da competência de reger os interesses do povo como representantes legalmente constituídos, têm, portanto, o dever legal de agir.

Ainda quanto à legitimidade, cabe aqui observar que, muito embora as associações que tenham sido constituídas há pelo menos um ano e tenham entre suas finalidades institucionais a proteção dos direitos elencados no art. 5º, inciso II, da lei nº 7.374/85¹⁵³, possam também ajuizar ações em proteção a direitos difusos, há ainda pouca utilização desse instrumento.

Nesse sentido, pertinente a observação de Kazuo Watanabe, quando relembra audiência pública organizada pelo Centro de Apoio das Curadorias do Meio Ambiente do Ministério Público do Estado de São Paulo. Naquela, segundo relata o autor, inúmeras ONGs e Associações Civis reclamavam a demora no processamento da representação formulada por elas perante o Ministério Público,

¹⁵³ Proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

quando elas próprias tinham legitimação para pleitear a defesa dos direitos que reclamavam proteção ao Ministério Público. O que faltava? *“Faltava um pouco de iniciativa por parte dessas ONGs e também, por parte do Ministério Público, faltava um trabalho de orientação e de auxílio às associações civis para que passassem elas próprias a agir, em nome próprio, na tutela jurisdicional dos interesses da Coletividade”*¹⁵⁴.

¹⁵⁴ WATANABE, Kazuo. Processo Civil de Interesse Público: Introdução. In: Salles, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público**. São Paulo: RT, 2003. p. 16.

11. O inquérito civil como diferencial

Embora já se tenha dito que não se pretende a abordagem dos aspectos processuais da ação civil pública, observações pontuais sobre alguns desses aspectos certamente devem ser feitas, pois influenciarão na utilização desse instrumento na implementação das políticas públicas, objeto fim deste trabalho.

Já foi anotado acima que um dos fatores da insuficiência da ação popular para a proteção dos direitos difusos foi a legitimação conferida apenas ao cidadão e não a outros co-legitimados. Entretanto não foi esse o único diferencial que fez da ação civil pública o principal instrumento de defesa dos direitos difusos, e mais, que fez do Ministério Público o principal propositor dessas ações.

Segundo previsão do art. 8º da Lei 7.347/85, qualquer interessado poderá *“requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15(quinze) dias”* para instruir a inicial. Decorre essa previsão legal diretamente do direito de certidão assegurado no art. 5, incisos XXXIII¹⁵⁵ e XXXIV¹⁵⁶.

Entretanto o §1º do art. 8º da referida lei permite que o Ministério Público instaure, *“sob sua presidência, inquérito civil”*, ou requirite *“de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10(dez) dias úteis”*.

¹⁵⁵ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1988: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”

¹⁵⁶ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1988: São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: (b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

A criação do inquérito civil surgiu de discussões no âmbito do Ministério Público Paulista¹⁵⁷ a partir da necessidade de criar um instrumento semelhante ao inquérito policial e capaz de melhor subsidiar a propositura da ação civil pública com a prévia colheita de provas, à semelhança do que ocorria com o inquérito policial no processo penal.

A proposta original foi melhorada e acabou por ser encampada no projeto de lei encaminhado ao Ministério da Justiça, convertido na Lei 7.347/85. Posteriormente, a previsão legal do referido instrumento foi devidamente constitucionalizada em 1988 como função institucional do Ministério Público (art.129, inciso III).

Trata-se de procedimento administrativo de natureza inquisitiva, portanto, sem contraditório, cuja titularidade cabe ao Ministério Público e que tem por finalidade a coleta de subsídios para a eventual propositura de ação civil pública¹⁵⁸.

Não é unânime na doutrina a natureza inquisitiva e, portanto, sem contraditório desse procedimento. Ada Pellegrini Grinover entende que o contraditório e a ampla defesa são garantias constitucionais em qualquer processo administrativo, sendo que no inquérito civil há efetivamente um conflito de interesses na medida em que, uma vez instaurado pelo Ministério Público, poderá ocorrer o seu arquivamento, ser proposto um termo de ajustamento de conduta ou ainda subsidiar a proposição da ação civil pública. Para a processualista, nessas duas últimas hipóteses, sem que a parte contrária tenha

¹⁵⁷ Hugo Nigro Mazzilli cita que as primeiras sugestões datam de 1980 em reunião de grupo de estudos ocorrida na cidade de Ourinhos/SP. Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 19. ed.. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 399.

¹⁵⁸ SOUZA Motauri Ciochetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 101.

conhecimento do teor do inquérito civil, não será possível a realização do acordo ou mesmo a utilização do inquérito na ação civil pública.¹⁵⁹

A natureza inquisitiva e não contraditória, entretanto, é a posição predominante em relação ao inquérito civil.

Tratando-se de procedimento administrativo, à semelhança do inquérito policial em que claramente foi inspirado, é desnecessária a sua instauração para a propositura da ação civil pública, fato que explica por que não houve a extensão de sua utilização para os demais co-legitimados que, independentemente das conclusões do inquérito civil, poderão ajuizar a ação civil pública.

Sob esse enfoque, quando analisa as críticas a essa exclusão, Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁶⁰ explica que “esse inquérito é um instrumento destinado a possibilitar uma ‘triagem’ das várias denúncias que chegam ao conhecimento do Ministério Público: somente as que resultarem fundadas e relevantes acarretarão, por certo, a propositura da ação; de todo modo, a conclusão a que chegue o Ministério Público não é vinculante para a entidade denunciante”.

As críticas realizadas à época da promulgação da Lei da Ação Civil Pública, de que o instrumento do inquérito civil, conferido somente ao Ministério Público, geraria restrição ao acesso dos demais co-legitimados, mostraram-se em parte verdadeiras.

Dotado desse importante instrumento, não conferido aos demais co-legitimados, o Ministério Público passou a ter ativa preponderância no

¹⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação Civil Pública e a Ação Popular: Aproximações e diferenças. In: Salles, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público**. São Paulo: RT, 2003. p 140.

¹⁶⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 4. ed.. São Paulo: RT, 1996. p. 93.

ajuizamento das ações civis públicas, devido em parte ao próprio perfil da Instituição. Como assinalado por Ronaldo Porto Macedo Júnior¹⁶¹:

A lei da Ação Civil Pública de 1985, constituindo um episódio incomum e talvez involuntário na vida legislativa do Brasil, veio acompanhada de uma bem-estruturada organização capaz de fazer uso da mesma. O Ministério Público conferiu à lei uma estrutura de *enforcement* eficaz e poderosa na medida em que está organizado em todo o território nacional(...).

Se a estrutura organizacional e formação de seus membros permitiram à Instituição do Ministério Público abraçar a causa da proteção dos direitos difusos, certamente a competência constitucional e legal para a instauração e condução do inquérito civil contribui para isso, a ponto de, muitas vezes, os co-legitimados provocarem a atuação do Ministério Público em vez de averiguarem os fatos e promoverem o ajuizamento das ações, conforme citação de Kazuo Watanabe, no tópico anterior.

A exclusividade na instauração do inquérito civil certamente é um desses motivos. Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz¹⁶² destaca essa preponderância ao afirmar que:

O inquérito civil representa poderoso fator de concentração de iniciativas por parte do Ministério Público: muitos casos – de regra os mais relevantes – demandam profundas e demoradas investigações, custosas perícias, requisição de informações, convocação de testemunhas e de técnicos, instrumentos esses que, por não estarem disponíveis para as associações, por exemplo, em muito limitam o exercício concreto da legitimidade ativa.

¹⁶¹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ministério Público brasileiro: um novo ator político. In: Vigliar, José Marcelo Menezes; Macedo Júnior, Ronaldo Porto (coord). **Ministério Público II, democracia**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 107.

¹⁶² FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Ação Civil Pública, inquérito civil e Ministério Público. In: MILARÉ, Edis.(org.). **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001. p. 91.

Mas não foi o único, considerando-se que, em relação às associações civis, também a ausência de uma maior orientação e auxílio para que pudessem passar a agir sozinhas na proteção desses novos direitos foi fator decisivo.¹⁶³

Nesse aspecto, ressalta Pedro Lenza que muitos foram os incentivos para estimular e incentivar a atuação das associações civis, destacando a isenção do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e a condenação em honorários advocatícios, custas e despesas processuais, ressalvada a comprovação de má-fé, havendo, assim, todo um arsenal para a organização adequada da sociedade civil, sem falar dos direitos e garantias ao associativismo conferidos por nossa Constituição Federal em seu art. 5º, incisos XVII a XXI e art. 174, §2º.¹⁶⁴

A opinião é comungada também por Ada Pellegrini Grinover, ao afirmar que, embora haja diversos incentivos, raras são as demandas de associações, respondendo o Ministério Público por mais de 90 % das demandas de ações civis públicas existentes no país.¹⁶⁵

Dados levantados junto à Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo, referentes às ações civis públicas em andamento, ajuizadas pelo Ministério Público Paulista e por terceiros nos últimos anos, demonstram claramente essa prevalência, conforme quadro abaixo.

¹⁶³ WATANABE, Kazuo. Op. cit., p. 16.

¹⁶⁴ LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: RT, 2003. p. 188.

¹⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 18, p. 47, abr./jun. 1996.

Ano	Ações propostas pelo Ministério Público	Ações propostas por terceiros	Ações em andamento propostas pelo Ministério Público	Ações em andamento propostas por terceiros
2002	2404	0,0	8287,50	755,17
2003	2395	3	9571,75	1056,67
2004	3305	934	10679,17	1438
2005	2452	591	12533,17	1794,92

Analisando o número de feitos em andamento na Câmara Especial do Meio Ambiente, do Tribunal de Justiça de São Paulo, no período compreendido entre 29/11/05 e 26/09/06, o desembargador Renato Nalini, em palestra proferida no 10º Congresso de Meio Ambiente e 4º congresso de Habitação e Urbanismo promovido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, chamava a atenção para a existência, na referida Câmara, de 251 ações civis públicas, todas movidas pelo Ministério Público, e somente 24 ações populares, dados que confirmam as observações acima.¹⁶⁶

A maior organização do Ministério Público, a obrigatoriedade da defesa dos direitos difusos e coletivos aliada aos instrumentos de que dispõe para a colheita de provas ficam evidentes quando analisamos os números acima.

Assim, se para as pessoas jurídicas legitimadas para o ajuizamento da ação civil pública resta a dificuldade de colher provas para o ajuizamento da ação, certamente essa também é uma limitação para a utilização com maior frequência da ação popular, qual seja, a dificuldade de o cidadão comum investigar e colher elementos que lhe permitam, com segurança, ir a juízo.

¹⁶⁶ Nalini, Renato. **Câmara de Direito Ambiental e Questões Processuais**. Palestra proferida no 10º Congresso de Meio Ambiente e 4º congresso de Habitação e Urbanismo promovido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, 19-22 out. 2006, Campos do Jordão/SP.

12. Propostas para melhor proteção dos direitos coletivos

Inúmeras são as propostas e foram as mudanças para o avanço no acesso à justiça, que vão desde a reforma do sistema processual à criação de defensorias públicas para aqueles que não podem custodiar uma causa judicial. As propostas que se farão não são nesse sentido, mas dentro do enfoque deste trabalho, em que foram colocadas as causas que geraram a insuficiência da ação popular e as que transformaram a ação civil pública no principal instrumento de defesa e implementação dos direitos coletivos.

Um primeiro enfoque nos remete à legitimação exclusiva do cidadão para o ajuizamento da ação popular, apontada acima como uma das causas da insuficiência desse instrumento de proteção.

Distinguindo a nacionalidade do *status* de cidadão, Manoel Gonçalves Ferreira Filho utiliza o termo cidadão para “designar quem conta com direito a intervir no processo governamental”¹⁶⁷ e cuja aquisição é possível com a inscrição como eleitor. Essa intervenção, entretanto, não é feita de forma exclusiva pelo cidadão-eleitor, pois, por nosso sistema constitucional, é necessária a existência de partidos políticos devidamente constituídos, com estatutos registrados que prevejam limitações aos programas, a forma de ação, organização e financiamento¹⁶⁸, garantindo o seu adequado funcionamento.

José Afonso da Silva afirma que “os partidos têm por função fundamental organizar a vontade popular e exprimi-la na busca do poder, visando à aplicação de seu programa de governo. Por isso, todo partido político deveria estruturar-se

¹⁶⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.114.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 122.

à vista de uma ideologia definida e com um programa de ação destinado à satisfação dos interesses do povo”¹⁶⁹.

Se o exercício do mandato político, outorgado pelo povo, é uma das funções representativas dos partidos políticos e se, “em tese, ao menos (...) o povo participa do poder por meio dos partidos políticos”¹⁷⁰, poderia a ação popular exercer relevante papel no aperfeiçoamento da mentalidade política, chamando não só os cidadãos¹⁷¹ a cooperar, ativamente, na prática de um regime de legalidade efetiva, mas também os próprios partidos políticos.

Isso já ocorre, por exemplo, com a legitimação universal dos partidos políticos para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, ambas previstas no art. 103 da Constituição Federal de 1988.

A discussão não é nova. Em julgado colacionado por Elival da Silva Ramos, a 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por voto vencido do então desembargador Cunha Cintra e publicado na Revista dos Tribunais, vol. 181, pp. 826-845, sustentava-se a legitimidade dos partidos políticos para o ajuizamento da ação popular, baseando-se no art. 141, § 38, da Constituição de 1946. A tese era a de que “à natureza política da ação popular e à proeminência dos partidos em nosso sistema político, haveria que se interpretar o mencionado parágrafo 38 de modo a nele compreender não apenas os cidadãos, mas, implicitamente, as pessoas jurídicas constituídas por cidadãos”¹⁷².

¹⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 400.

¹⁷⁰ Ibid., p. 407.

¹⁷¹ SEABRA FAGUNDES, Miguel. Da ação popular. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 112, p. 07, julho de 1947.

¹⁷² RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: RT, 1991. p. 211.

Falta, entretanto, a previsão legal que, embora pudesse ser feita no plano infra-constitucional¹⁷³, melhor seria a ampliação da legitimação na própria Constituição Federal, modificando o disposto no art. 5, inciso LXXIII.

A modificação no plano constitucional e infra-constitucional levaria a diversas vantagens. Primeiro porque os partidos políticos, como pessoas jurídicas, teriam maiores condições de suportar os custos iniciais do ajuizamento da ação popular, como, v.g., a realização prévia de perícia contábil para constatar a lesividade ao patrimônio público, ou mesmo danos ou risco de danos ao meio ambiente. Têm ainda, no corpo de sua estrutura, uma estrutura jurídica composta por advogados que assessoram a sua atuação, além de terem condições de suportar financeiramente a demora no julgamento da causa. Sem contar que já possuem também habitualidade nas causas judiciais, sem descuidar de que, em um sistema democrático participativo, têm ainda os partidos políticos uma função também fiscalizatória dos atos do poder público.

Essa solução, ao que me parece, mantendo-se a idéia de que o cidadão, ou um “corpo” de cidadãos, sejam os legitimados para o ajuizamento da ação popular, não só fortaleceria esse importante instrumento de exercício da cidadania, como tornaria desnecessária a ampliação ou modificação dos legitimados para o ajuizamento da ação civil pública.

Outro ponto a ser apresentado diz respeito à ampliação dos legitimados à instauração do inquérito civil ou implementação de instrumento semelhante.

Embora o art. 8º da Lei 7.347/85 preveja que qualquer interessado poderá *“requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15(quinze) dias”*, prerrogativa que

¹⁷³ RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 212.

decorre do direito de certidão assegurado no art. 5, incisos XXXIII¹⁷⁴ e XXXIV¹⁷⁵, fato é que somente a colheita de informações e certidões nem sempre é suficiente para a correta formação de convencimento sobre a necessidade de ajuizamento ou não da ação civil pública.

Nesse aspecto, os co-legitimados da Administração Pública direta e indireta podem instaurar, dentro de sua competência, um procedimento administrativo semelhante ao inquérito civil, no qual reuniria as informações sobre o fato investigado com perícias e requisição de informações baseadas no art. 8º, caput, da Lei 7.347/85, custodiadas pela própria Administração Pública.

Semelhante 'procedimento' poderia ser também realizado no âmbito das associações.

Entretanto a instauração e o sucesso desse procedimento administrativo esbarrariam hoje na ausência de previsão legal para esses co-legitimados intimarem pessoas para prestarem esclarecimentos, muitas vezes determinantes para o ajuizamento ou não da ação civil pública, dada a falta de coercibilidade para que compareçam, além da publicidade da instauração desse procedimento. Esta seria necessária para que fosse efetuado o controle pelos demais co-legitimados, evitando-se o risco de ajuizamento de ações idênticas, além, é claro, do benefício da soma de forças no ajuizamento da ação, inclusive pela formação de litisconsórcio ativo.

¹⁷⁴ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1988: "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado"

¹⁷⁵ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1988: São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: (b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

No âmbito do Ministério Público¹⁷⁶, há normas que disciplinam a publicidade do inquérito civil, cuja semelhança poderia servir de base para a publicidade do procedimento administrativo a ser instaurado perante os demais co-legitimados, podendo também ser criado um controle sobre o arquivamento dessas peças informativas, tal qual ocorre com o inquérito civil e cujo arquivamento é submetido ao controle do Conselho Superior do Ministério Público.

Adviriam dessa sistemática grandes vantagens, pois se organizaria melhor não só a participação maior da sociedade civil, mas também a troca de informações e a complementação de provas pelo Ministério Público.

Outro ponto a ser abordado diz respeito à ampliação do objeto da ação popular para incluir a proteção dos consumidores, à semelhança do que fez Portugal com a revisão constitucional de 1989, em que ampliou o direito de ação popular em seu art. 52, nº 3, regulamentado pela lei 83/95, de 23 de agosto de 1995, daquele país, permitindo, assim, o ajuizamento também para a proteção de interesses individuais homogêneos, entendidos como aqueles de origem comum, conforme sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor em seu art. 81, parágrafo único, inciso III.

¹⁷⁶ Ato 484, de 5 de outubro de 2006, do Colégio de Procuradores do Ministério Público Paulista - art. 8º - A publicidade consistirá na divulgação oficial com o exclusivo fim de conhecimento público mediante

Capítulo IV – A implementação das políticas públicas

13. Estado Social e Administração Pública

A declaração de direitos e a transição do absolutismo para o liberalismo vieram marcadas por um movimento que demandava dos Estados a formulação de um instrumento capaz de organizar racionalmente o poder político e, diante desse poder, assegurar os direitos declarados como sendo do homem e do cidadão. A esse movimento chamou-se constitucionalismo¹⁷⁷, marcado pelo advento das constituições escritas enquanto lei suprema de um Estado.

Antes desse movimento, a concepção de lei havia sofrido profunda modificação. A serviço do absolutismo, na concepção de Hobbes, “ninguém pode submeter-se a si mesmo”, não estando o rei sujeito às leis que estabeleceu¹⁷⁸. Essa concepção sofreu modificações no pensamento de Locke, para quem, pregando a separação entre Legislativo e Executivo, deveria a lei ter um sentimento de Justiça, estando o legislador submetido ao Direito natural. A concepção liberal da lei, aperfeiçoada por Montesquieu, para quem “a lei, em geral, é a razão humana, na medida em que governa todos os povos da terra”¹⁷⁹, adquire sua concepção atual com Jean-Jacques Rousseau, para quem o “objeto das leis é sempre geral” e abstrato.¹⁸⁰

A evolução dessas concepções vieram impressas na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, em seu art. 6º, no

publicação de extratos na imprensa oficial e, facultativamente, em meios cibernéticos ou eletrônicos (...).

¹⁷⁷ BARROS, Sérgio Resende de. **Liberdade e contrato: a crise da licitação**. 2. ed. Piracicaba: Unimep, 1999. p. 47.

¹⁷⁸ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2002. p. 76.

¹⁷⁹ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Edipro, 2004. p. 49.

¹⁸⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Edipro, 2000. p. 57.

qual a lei é a expressão da vontade geral, tendo todos os cidadãos o direito de concorrer, pessoalmente ou por intermédio de mandatários, para a sua formação. Para os revolucionários, ela “deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”.

A formação de Estados Constitucionais baseados na concepção das três funções do Estado: Legislativa, Executiva e Judicial, seguindo o desenvolvimento da teoria de Montesquieu¹⁸¹, e à idéia de supremacia da lei, deu ensejo à formação do chamado Estado de Direito e, com ele, à construção teórica da figura da Administração Pública.

Na concepção clássica, cabendo ao Poder Legislativo a criação da norma geral e abstrata, restaria ao Poder Executivo o cumprimento da lei, o que somente poderia ser alcançado com a Administração Pública. Embora inicialmente fosse essa Administração reduzida em tamanho e importância, as necessidades do Estado Social intervencionista fizeram com que ela crescesse, tomando para si atividades variadas para a consecução dos direitos positivos, ditos de segunda geração, incluindo aqui as atividades legislativas, uma vez que os parlamentos contemporâneos não conseguiram elaborar as leis com a rapidez reclamada pela Administração ou mais propriamente pelo Governo.¹⁸²

Para Hely Lopes Meirelles, o que chamamos de Governo “ora se identifica com os Poderes e órgãos supremos do Estado, ora se apresenta nas funções originárias desses Poderes e órgãos como manifestação da Soberania. A

¹⁸¹ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Op. cit., p. 189.

¹⁸² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 14.

constante, porém, do Governo é a sua expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente¹⁸³(grifo meu).

Assim, cabe ao governo, de forma precípua e constante, a iniciativa e a fixação de objetivos do Estado, independentemente e de forma política, sendo a Administração Pública encarregada dos atos de execução, com maior ou menor grau de autonomia, pautando-se pelos limites legais de sua competência.

A preeminência do Governo sobre o próprio Legislativo que, no modelo clássico, era o Poder Supremo inicia-se na necessidade de realização de finalidades coletivas por meio de programas de ação governamental ou políticas públicas.¹⁸⁴

O exercício dessa atividade administrativa ocorre por intermédio do ato administrativo, sendo com base nesses atos que a Administração Pública, ao manifestar sua vontade, adquire e impõe obrigações aos administrados. A doutrina identifica neles diversos elementos necessários à sua formação. Desses, três requisitos são vinculados à obediência legal e sobre os quais não cabe à Administração Pública sua alteração, sendo eles a competência, a forma e a finalidade do ato administrativo. Utilizando-se da lição de Hely Lopes Meirelles, a *competência* é o poder atribuído ao administrador público, poder esse definido sempre em lei e que confere validade aos atos praticados por ele. A *forma*, também requisito vinculado pela lei, são os procedimentos especiais que o ato administrativo deve seguir para atingir sua plena validade. A *finalidade*

¹⁸³ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 64.

¹⁸⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, n. 737, ano 86, p. 17, março 1997.

consubstancia-se no objetivo do interesse público que deve ser atingido, ou resultado a ser alcançado.¹⁸⁵

Outros dois requisitos também integram a formação do ato administrativo, mas a sua fixação nem sempre vem definida em lei, sendo, por vezes, deixada ao critério do administrador público. São eles o motivo e o objeto do ato administrativo. Por *motivo*, entende-se a identificação no plano concreto da situação de fato e de direito que determina ou então que autoriza que determinado ato seja realizado. Não sendo expresso na lei, o que lhe daria a característica de ato vinculado, o *motivo* pode ser integrado no ato administrativo pela valoração da Administração Pública, integrando-se com o último elemento do ato administrativo, que seria o *objeto*, identificado com o próprio conteúdo do ato, e tem como fim a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas que ficam ao critério de escolha do administrador público.¹⁸⁶

Ideologicamente, cabe ao Estado, representado pela Administração Pública, atingir o bem comum¹⁸⁷. Para o bom desempenho dessa atividade, o administrador nem sempre se depara com situações previamente definidas em lei, dada a impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses que a prática da Administração enfrenta. Por essa razão, nem todos os atos administrativos são vinculados, existindo aqueles que se revestem de discricionariedade, permitindo ao administrador liberdade de escolha da conveniência, oportunidade e conteúdo do ato administrativo. Ressalte-se que a competência, forma e finalidade do ato administrativo são sempre requisitos vinculados aos ditames legais e sobre os

¹⁸⁵ MEIRELES, Hely Lopes. Op. cit., p. 149-153.

¹⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 199-200.

¹⁸⁷ Entendido aqui como o conjunto de condições indispensáveis para a cooperação da sociedade. Lopes, José Reinaldo de Lima. A definição do Interesse Público. In: Salles, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público**. São Paulo: RT, 2003. p.96.

quais não cabe a discricionariedade. Esta vai incidir justamente no motivo e objeto do ato administrativo.

Diretamente ligado aos requisitos do ato administrativo, embora não seja requisito direto de sua formação, o mérito do ato administrativo consubstancia-se na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, quando o administrador, autorizado a expressar a conveniência e oportunidade de sua realização, estabelece a prioridade de atuação da Administração.¹⁸⁸

Não se perca de vista que o bem comum a ser atingido confunde-se com o interesse coletivo ou social e que, de alguma forma, determina a atuação da Administração Pública, ainda que os atos administrativos endereçados a esse objetivo sejam discricionários.

Desde a implantação do Estado Liberal, a Administração Pública se tornou responsável pela interpretação do interesse público e, mais ainda, tornou-se executora da vontade geral. Passou a deter, assim, na concepção clássica, a função de identificar o interesse público, tornando-o o objetivo de sua função ao concretizá-lo em atos e medidas, justificando decisões no exercício de seus poderes e funções.¹⁸⁹

Essa função da Administração Pública é extremamente sensível, dadas as necessidades de implementação dos direitos sociais e a proteção dos chamados direitos difusos.

Embora em termos didáticos se procure falar em gerações de direitos, “os direitos sociais não constituem uma categoria diversa dos direitos difusos e

¹⁸⁸ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 152.

¹⁸⁹ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 190.

coletivos”¹⁹⁰. Como salienta Carmem Lúcia Antunes Rocha, ¹⁹¹os direitos não se substituem, mas antes:

ampliam-se, estendem-se, adicionam-se, adensam-se nos que se seguem e que se põem como *plus* em relação ao que se tinha anteriormente. Não há antinomia entre eles, mas uma relação de complementariedade.

Há, portanto, uma soma dos direitos conquistados, o que não permite que cada “geração de direitos” seja tratada isoladamente, na medida em que a eficácia de uma depende da eficácia das demais¹⁹². Há, portanto, uma interdependência entre os direitos declarados. Apenas a título de exemplificação, o direito à vida como direito individual encontra-se intimamente ligado ao direito social à proteção à maternidade e ao direito à saúde, declarado como um direito de todos, portanto difuso, e dever do Estado.

A inserção desses direitos na Constituição mostra não só a instrumentalização para a elaboração de normas infra-constitucionais, como também a operacionalização que deve seguir a Administração Pública para que sejam postos em prática por meio de políticas públicas.

¹⁹⁰ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha** – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 105.

¹⁹¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos Direitos Fundamentais. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, nº 16. p. 45, 1996.

14. Políticas Públicas

No evoluir das chamadas *gerações de direitos*, o Estado agigantou-se para a proteção da parte social mais fraca, em detrimento da categoria social mais forte, proteção que se consubstanciou em prestações do Estado a “fim de promover a igualdade social”. Como salienta Sérgio Resende de Barros, com o intuito de – indo além do formalismo jurídico – igualar os desiguais à medida que no plano fático eles se desigalam. Direitos assim não somente oponíveis ao Estado, mas que necessitam dele para obter uma prestação concreta, seja no plano legislativo, administrativo ou judiciário.¹⁹³

Embora forte o argumento da necessidade histórica do surgimento dos direitos sociais, o grande problema destacado nunca foi o seu fundamento, mas a sua inexecuibilidade, chamando à atenção Norberto Bobbio que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”, o que significa dar-lhes efetividade¹⁹⁴, através de políticas.

Ou como salienta Sérgio Resende de Barros, “não basta garantir a eficácia jurídica sem buscar a eficácia social.” É preciso, acrescenta: “cuidar dos recursos materiais para usufruí-los: completar a efetividade”¹⁹⁵.

Analisando a dinâmica do poder em uma sociedade de massas, Karl Loewenstein¹⁹⁶ classifica a decisão política fundamental como uma nova divisão

¹⁹² Ibid., p. 57.

¹⁹³ BARROS, Sérgio Resende. **Noções sobre gerações de direitos**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/aulas>. Acesso em: 03 setembro 2006.

¹⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p 43.

¹⁹⁵ **Contributo para o constitucionalismo**. São Paulo: [s.n.], USP, 2005. p. 254.

¹⁹⁶ Para o autor, o dogma da separação de poderes deve ser substituído por uma nova divisão, consistente na decisão política fundamental (policy determination); na execução da decisão (policy execution) e no controle político (policy control). LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1982. p. 62-63.

do poder (tripartida). Para o autor, a decisão política consiste na eleição de uma dentre as várias possibilidades existentes em uma comunidade estatal, considerando decisão política como aquelas resoluções da sociedade que são decisivas e determinantes para o presente e o futuro. Cita como exemplo dessas decisões a escolha, dentro da Constituição (decisão política fundamental), do câmbio livre ou do protecionismo, a escolha do método de ensino (humanista ou técnico), livre iniciativa ou controle estatal da economia, política fiscal e monetária, etc.

A execução dessa decisão política é realizada principalmente pelo Executivo na realização de finalidades coletivas a serem concretizadas programadamente por meio de políticas públicas ou programas de ação governamental.¹⁹⁷

Trabalhando com o conceito de política, Fábio Konder Comparato a classifica “como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”¹⁹⁸ e unificado pela finalidade.

Assim, o que justifica o aparecimento das políticas públicas (fundamento mediato) é a própria existência dos direitos sociais e a necessidade de sua implementação.¹⁹⁹

As políticas pelas quais o Estado Social se realiza não se reduzem somente ao campo das políticas econômicas, mas, como ressalta Eros Grau, “englobam, de modo mais amplo, todo o conjunto de atuações estatais no campo social (políticas sociais). A expressão políticas públicas designa todas as

¹⁹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, n. 737, ano 86, p. 17, março 1997.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 18.

¹⁹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. Brasília: **Revista de informação legislativa**, 1997, ano 34, n. 133, jan./mar. p.90.

atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.”²⁰⁰

A política pública, na definição de Rodolfo de Camargo Mancuso, “pode ser considerada 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 ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados”²⁰¹.

Para Sérgio Resende de Barros, “políticas públicas são diretrizes de interesse público que enformam programas de ação governamental segundo objetivos a serem alcançados e que, para esse fim, condicionam a conduta dos agentes estatais”. São, continua o autor, antes diretrizes de programas e de condutas do que os programas e as condutas propriamente ditos por elas dirigidos.²⁰²

Sentido semelhante é trazido por Maria Paula Dallari Bucci, quando afirma que políticas públicas são a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”²⁰³. É, assim, um conceito mais amplo que o de serviço público, abrangendo ainda as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados.

²⁰⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 26.

²⁰¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: Milaré, Édís (Coord.) **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001. p. 730.

²⁰² BARROS, Sérgio Resende de. **O poder judiciário e as políticas públicas**: alguns parâmetros de atuação. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/artigos>. Acesso em: 03 setembro 2006.

²⁰³ BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit., p. 90.

A atuação estatal na ordem social ocorre pelo desenvolvimento de políticas públicas²⁰⁴, portanto, pela fixação de princípios e diretrizes, ou seja, “metas coletivas conscientes que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público”²⁰⁵.

Como conclui Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, as políticas públicas “são aquelas voltadas para a concretização da ordem social, que visam à realização dos objetivos da república, a partir da existência de leis decorrentes dos ditames constitucionais”²⁰⁶. No caso brasileiro, não somente os direitos sociais estão estabelecidos na Constituição de 1988, mas, em linhas gerais, há políticas públicas ali explicitadas, como a política de educação e saúde.²⁰⁷

Aceitando a divisão elaborada por José Reinaldo de Lima Lopes²⁰⁸, as políticas públicas agrupam-se em diversos gêneros. Assim, há (1) as *políticas sociais* que configuram a prestação de serviços públicos essenciais, como saúde, educação, segurança, justiça, etc.; (2) *políticas sociais compensatórias*, como a previdência social, seguro desemprego e a assistência social; (3) as *políticas públicas de fomento*, como fixação de créditos e incentivos, seja para preços mínimos ou para desenvolvimento industrial e agrícola; (4) políticas de *reformas de base*, como a reforma agrária e a urbana; (5) *políticas de estabilidade monetária*, como a fixação do câmbio e emissão ou não de títulos públicos.²⁰⁹

²⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 25.

²⁰⁵ GARCIA, Maria. Políticas públicas e atividade administrativa do Estado. São Paulo: RT, **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, ano 4, n. 15, p. 65-66, abril/junho 1996.

²⁰⁶ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p 80.

²⁰⁷ Ibid., p 58.

²⁰⁸ LIMA LOPES, José Reinaldo de. 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, 2002. p. 133.

²⁰⁹ Ingo Wolfgang Sarlet utiliza a sistematização proposta pelo publicista germânico Dieter Murswiek para quem as prestações estatais, as quais denominamos políticas públicas, podem ser divididas em quatro grupos: (a) prestações sociais em sentido estrito (assistência social, saúde, ensino, etc.); (b) subvenções materiais em geral; (c) prestações de cunho existencial (fornecimento de água, gás, luz, uso de bens públicos); (d) participação em bens comunitários que não se enquadrem no item anterior (participação em cota parte de

São, assim, sempre atividades estatais fixadas por princípios e diretrizes de atuação para a realização de objetivos socialmente relevantes ou, mais propriamente, para a implementação de direitos sociais. Esses direitos, ao contrário das chamadas liberdades públicas negativas, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade em seu sentido formal, mas “encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem”²¹⁰

recursos naturais de domínio público). Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 297.

²¹⁰ Ibid., p. 298.

15. Judicialização das Políticas Públicas

É consenso na doutrina que a separação de poderes, tal qual prevista por Montesquieu, não passou de um modelo ideal de Estado, à medida que, na dinâmica da administração do Estado, sempre houve uma interpenetração de funções, praticando determinado órgão funções que são típicas de outros, embora se mantenham as aparências de separação.²¹¹

Karl Loewenstein²¹² chama a atenção para o pensar mecanicista, típico da época do surgimento da teoria da separação de poderes e que contribuiu para a consolidação dessa teoria como verdadeiro dogma padrão do Estado Constitucional, muito embora tenha ocorrido a sua superação na realidade do século XX. Como exemplo, o constitucionalista utiliza o governo parlamentarista no qual o legislativo e o executivo não estão separados, uma vez que os membros do governo são membros do legislativo.

O desenvolvimento do direito constitucional, diante da complexa realidade da segunda metade do século XIX em diante, fez por surgir instituições que, embora expressões de Poder, não mais se enquadram na clássica separação de Montesquieu, tal como o Ministério Público, os Tribunais Constitucionais e o Tribunal de Contas.²¹³

Embora remanesça em nosso texto constitucional a declaração de que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, conforme art. 2º do texto de 1988, essa declaração formal deve ser preservada na medida em que, no contexto atual, representa uma

²¹¹ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: RT, 2003. p. 121.

²¹² LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2ª edição. Barcelona: Editorial Ariel, 1982. p. 55.

²¹³ MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 122.

“garantia da democracia”²¹⁴, além da dificuldade de modificar um dogma arraigado no contexto constitucional e também a dificuldade de formular uma nova conformação do poder no texto constitucional,²¹⁵ muito embora se sugestione a busca de um novo modelo, “mais adequado ao momento presente, mais coerente com o Estado e a sociedade contemporâneos.”²¹⁶

Mais consentâneo com a evolução do direito constitucional, Karl Loewenstein afirma que o que se chama separação de poderes é, em realidade, uma distribuição de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do estado, sendo que a idealização da teoria da separação de poderes foi necessária em determinado tempo e circunstância para o confronto do liberalismo político com o absolutismo monárquico.²¹⁷

A necessidade de revisão desse princípio de Separação de Poderes, de grande força simbólica, como salientado por Andreas J. Krell, está produzindo um “efeito paralisante”, em especial as reivindicações de cunho social e a implementação dos chamados direitos de terceira geração, “e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal”.²¹⁸

Nesse contexto, necessário afastar a objeção sempre defendida de que não cabe ao Judiciário, pelo princípio da separação dos poderes, julgar ‘questões políticas’. Tal proibição já teve assento constitucional, conforme prelecionava o

²¹⁴ MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 122.

²¹⁵ LOEWENSTEIN, Karl. Op. cit., p. 55.

²¹⁶ MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 123.

²¹⁷ LOEWENSTEIN, Karl. Op. cit., p. 55.

²¹⁸ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 88.

art. 68 da Constituição Federal de 1934, segundo o qual “é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”.²¹⁹

Tratando o assunto, Paulo Bonavides entende que as “questões políticas” são todas aquelas discricionárias e reservadas aos poderes políticos para ditar, como exemplifica, “as medidas de política econômica, declarar a guerra, negociar a paz, estabelecer o regime tributário, decretar a intervenção nos preços e na moeda, regular as relações internacionais, promover o desenvolvimento”, concluindo serem todas aquelas que podem compor uma política ou uma legislação²²⁰.

Termina por concluir que as questões políticas, “expressas em atos legislativos e de governo, fogem à alçada judicial, não sendo objeto de exame de constitucionalidade, salvo se interferirem com a existência constitucional de direitos individuais”²²¹.

A postura me parece extremamente reducionista, pois são passíveis de controle judicial, não somente se interferirem na existência dos direitos individuais, mas também sociais e difusos, na medida em que, mesmo medidas econômicas, por exemplo, ao serem implementadas, devem resguardar adequação e coerência com os fundamentos e objetivos traçados pelo Constituinte e, portanto, passíveis de verificação, não quanto a sua forma de implementação, mas quanto à adequação de seu conteúdo às normas constitucionais.

Como adverte Baracho, a constituição, além da enunciação de princípios, procura promovê-los por meio de garantias que pressupõem o compromisso dos

²¹⁹ BRASIL. Constituição 1934. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1934.

²²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 323.

²²¹ *Ibid.*, p. 324.

poderes públicos e não somente iniciativas judiciais individuais. Para ele, “os conflitos políticos e jurídicos são resolvidos pela correta interpretação dos direitos fundamentais, tornando possível concretizar os enunciados contidos na Constituição, compatibilizando todos eles”.²²²

Nesse aspecto, a Constituição Federal de 1988 traça certos objetivos ao corpo político como um todo. Exemplo disso são os objetivos fundamentais fixados em seu art. 3º que devem orientar todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade e que se repetem por toda a extensão da Constituição, como, v.g., no art. 170, VIII; 208, II, e 214. Tais “objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social, fora do Estado.”²²³

Se as tarefas do Estado foram alargadas pela Constituição Federal de 1988, “a política deixa de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado”²²⁴. Seus domínios passam a sofrer limites e imposições por meio de vinculação normativa passíveis de concretização pelos Órgãos constitucionalmente previstos.

Assim, o confronto das atividades de Governo, aqui propriamente chamadas de políticas públicas, ainda que envolta com a nomenclatura de “questões políticas”, com os objetivos constitucionalmente vinculantes a essas atividades, permitem a judiciabilidade das políticas governamentais.

O fenômeno da judicialização da política é hoje uma realidade. Aponta Kazuo Watanabe que, “hoje, o Judiciário julga não somente os conflitos sócio-jurídicos, como também os de natureza política”, apontando como exemplo os

²²² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Cidadania** – a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 61.

²²³ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, n. 737, ano 86, p. 19, março 1997.

²²⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 219.

planos de governo em que predominantemente de natureza política vêm traduzidos em termos jurídicos²²⁵, como o plano real elaborado em 1994 pelo governo de Itamar Franco.

Se na tradição liberal cabia ao legislativo produzir a lei e ao Judiciário, a aplicação do direito infringido, esquema que funcionava enquanto fosse a lei clara pelo processo interpretativo, o uso abusivo de princípios pelo legislador rompe essa estrutura lógica, na medida em que, no momento em que vai ser aplicado, a interpretação do princípio funciona como “um fechamento de natureza lógica, um fechamento normativo”, acabando por quebrar a clássica divisão. Nesse sentido, aponta José Eduardo Faria, transforma-se o Judiciário em co-legislador, deslocando-se as funções do Legislativo para o Judiciário,²²⁶ o que gera a acusação de que o Judiciário estaria invadindo a esfera de atuação do Legislativo e do Executivo.

Esse fenômeno de judicialização ou tribunalização da política decorre da complexidade da sociedade em que a utilização excessiva de princípios funciona como um mecanismo de sobrevivência da legislação, ainda que disso resulte a perda da unidade lógico-conceitual do direito.²²⁷

Nesse aspecto, boa parte dos direitos sociais, ditos de segunda geração, e os direitos de terceira geração dependem de implementação de políticas públicas, cuja negativa leva à necessidade de sua cobrança judicial (*judiciabilidade das políticas públicas*)²²⁸.

²²⁵ WATANABE, Kazuo. Processo Civil de Interesse Público: Introdução. In: Salles, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público**. São Paulo: RT, 2003. p. 20.

²²⁶ FARIA, José Eduardo. A definição do Interesse Público. In: Salles, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público**. São Paulo: RT, 2003. p.81.

²²⁷ Ibid., p.82.

²²⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.) **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001. p. 711.

O uso abusivo dos princípios e a necessidade de um processo interpretativo levam à discussão sempre presente nos tribunais da distinção entre os atos administrativos vinculados e discricionários.

Na distinção entre esses atos administrativos, a visão clássica é de que somente aqueles vinculados expressamente pela lei é que poderiam ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, ao qual é vedado entrar na discussão do mérito administrativo. Assim, autores como Hely Lopes Meirelles têm como um erro:

considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração²²⁹.

E ainda na lição de Seabra Fagundes, citado por Lídia Helena Ferreira da Costa Passos:

o mérito do ato administrativo constitui um aspecto do procedimento da Administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento. Se o fizesse, exorbitaria, ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal, para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade), próprio dos órgãos do Poder Executivo...²³⁰

Ocorre que, quando se fala em políticas públicas, não se deve esquecer que estas são estabelecidas em programas ou metas fixadas constitucionalmente

²²⁹ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**: 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 118.

²³⁰ PASSOS, Lídia Helena Ferreira da Costa. Discricionariedade Administrativa e Justiça Ambiental. In: MILARÉ, Édis(org.) **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001. p.455.

ou por lei, o que afasta a discricionariedade do administrador público em implementá-las ou não, surgindo daí a possibilidade do controle judicial, seja ele restrito ou amplo, considerando aqui a possibilidade de o Judiciário determinar a eficiência dos meios empregados e a forma de avaliação dos resultados.²³¹

O papel do Judiciário é, sem dúvida, extremamente relevante na implementação das políticas públicas dentro de um Estado Social. Se na visão positivista exigiam-se juízes racionais e imparciais que aplicassem o direito de forma lógico-dedutiva e não criativa, a exigência atual para o Estado Social é de uma magistratura apta a realizar as exigências materiais desse Estado,²³² ou, como salienta José Eduardo Faria, apta a desvendar as relações sociais subjacentes às normas e às relações jurídicas com base em informações novas, de natureza econômica, política e sociológica.²³³

Não pode o Judiciário perder de vista a imperatividade jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais, pois, como salienta Flávia Piovesan, com base na doutrina da indivisibilidade dos direitos humanos apregoadas pela Declaração Universal de 1948 e pela declaração de Viena em 1993, esses direitos são “autênticos e verdadeiros direitos fundamentais e, por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade ou generosidade.”^{234 235}

Há, prossegue a autora, uma equivocada noção de que a classe dos direitos civis e políticos merece inteiro reconhecimento, enquanto a dos direitos

²³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.) **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001. p. 731.

²³² KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 73.

²³³ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 26.

²³⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 88.

²³⁵ A respeito, conferir o Pacto Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 174 e 346.

econômicos, sociais e culturais não merece nenhum reconhecimento. “A idéia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica”²³⁶.

Por isso é que a implementação dos direitos sociais exige uma nova lógica do Poder Judiciário, na qual deve ser afastado o tradicional argumento da separação de poderes que impediria o controle judicial da atividade governamental, sob pena do “perigo de inviabilizar políticas públicas, resguardando o manto da discricionariedade administrativa, quando há o dever jurídico de ação”²³⁷.

A constatação de que os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais e, portanto, imediatamente aplicáveis por força do disposto no art. 5º, §1º, da Constituição Federal, é defendida entre nós, também, por Ingo Wolfgang Sarlet. Para ele, “a exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos”.²³⁸

O quanto de eficácia cada direito social poderá desencadear deve ser apreciado em cada caso pelo Poder Judiciário.

²³⁶ PIOVESAN, Flávia. Op.cit., p. 80.

²³⁷ Ibid, p. 91.

²³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 294.

16. Reserva do possível e o mínimo existencial

Quando se analisa no sistema jurídico os direitos sociais, ditos de segunda geração, e os direitos difusos, chega-se à conclusão de que a sua baixa eficácia não se deve à falta de legislação, mas antes, à ausência, total ou parcial, de prestação dos serviços básicos pelo Poder Público, ou seja, à falta de uma formulação, implementação e manutenção de políticas públicas e sua composição de gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios.²³⁹

Sendo as políticas públicas o conjunto de ações que o Poder Público realiza visando ao efetivo alcance do conteúdo do princípio da igualdade²⁴⁰, isso implica a “atuação do Estado a prestações diretamente vinculadas à destinação dos bens públicos e à disponibilidade orçamentária”²⁴¹, salientando Sérgio Resende de Barros que as políticas públicas e, mais particularmente, os direitos sociais que elas enformam têm uma dimensão ou um peso economicamente relevante para o Estado²⁴², principalmente pela exigência de ações positivas por parte deste.²⁴³

De uma forma ou de outra, a implementação de políticas públicas que dê plena eficácia aos direitos sociais dependerá dos recursos públicos disponíveis²⁴⁴, sempre finitos, acarretando o problema da verificação da real existência dos

²³⁹ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha** – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 31.

²⁴⁰ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p 58.

²⁴¹ BARROS, Sérgio Resende. **O Poder Judiciário e as políticas públicas: alguns parâmetros de atuação**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/artigos>. Acesso em: 03 setembro 2006.

²⁴² Ibid..

²⁴³ José Eduardo Faria coloca que os direitos sociais não configuram um direito de igualdade mediante tratamento uniforme, mas são “*direito das preferências e das desigualdades*”, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios. Cf. FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da Justiça Brasileira. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 105.

²⁴⁴ KRELL, Andreas Joachim. Op. cit., p. 22.

meios para cumpri-las, ressaltando novamente o autor que “a efetividade das políticas públicas resulta dependente da atual disponibilidade de recursos por parte do destinatário da pretensão: o Estado. Esse é um limite fático que precisa ser ponderado”²⁴⁵.

Essa dimensão econômica não é restrita à implementação dos direitos sociais, econômicos e culturais, porquanto mesmo os direitos ditos de primeira geração, em geral, exigem um conjunto de medidas positivas pelo poder público. Exigem, assim, um “custo” que “nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional”.²⁴⁶

A importância dada aos recursos financeiros tem impossibilitado a realização de muitos direitos sociais mediante a acomodação do Poder Público. O argumento da escassez de recursos financeiros tem postergado a realização prática desses direitos,²⁴⁷ argumentando-se muitas vezes que é necessária uma progressividade de sua implementação, o que não deve significar uma indefinição quanto a ela.

A existência ou não de recursos públicos gerou o desenvolvimento da teoria da “reserva do possível”, segundo a qual a realização e implementação dos direitos sociais estariam condicionadas à dependência dos recursos econômicos existentes, configurando a carência desses recursos “verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais”²⁴⁸.

Analisando a “reserva do possível”, Andreas J. Krell situa a teoria como uma adaptação de um “tópos” da jurisprudência constitucional alemã, na qual os “direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado estão

²⁴⁵ BARROS, Sérgio Resende de. Op. cit.

²⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 299.

²⁴⁷ LIMA JR., Jayme Benvenuto. **Los derechos humanos económicos, sociales y culturales**. La Paz: Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, 2001. p. 105-106.

sujeitos à condição da disponibilidade dos respectivos recursos”, sendo que essa disponibilidade fica condicionada à discricionariedade dos parlamentos e de decisões de governo mediante a composição do orçamento público.²⁴⁹

Nesse aspecto, José Reinaldo de Lima Lopes chama à atenção que “para a compreensão das políticas públicas, é essencial compreender-se o regime das finanças públicas.”²⁵⁰ Para o autor, estas devem ser planejadas não somente para o desenvolvimento nacional, mas devem ser vistas também como garantia das condições de exercício dos direitos sociais, refletindo despesas e receitas públicas.

Analisando a possibilidade e o poder de disposição do Estado quanto à alocação e aplicação de recursos, Ingo Wolfgang Sarlet²⁵¹ sustenta uma “dimensão tríplice” para a designada reserva do possível, no sentido de que a prestação reclamada pelo indivíduo frente ao Estado deve corresponder ao que razoavelmente pode ser exigido, mesmo que o Estado tenha disposição orçamentária. Para ele, essa dimensão deve abranger:

- a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para e efetivação dos direitos fundamentais;
- b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento(...) no contexto do nosso sistema constitucional federativo;

²⁴⁸ KRELL, Andreas Joachim. Op. cit., p. 51.

²⁴⁹ KRELL, Andreas Joachim. Op. cit., p. 52.

²⁵⁰ LIMA LOPES, José Reinaldo de. 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, 2002. p. 133.

²⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301.

c) proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade.

O vínculo financeiro, subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado e à implementação gradual dos direitos sociais, é uma realidade. Assim, como salienta o Ministro Celso de Mello, “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”²⁵².

Tal relação de interdependência, entretanto, não pode se tornar uma desculpa permanente para a não implementação das políticas públicas, na medida em que a sua efetivação não se reduz a um simples “apelo” ao legislador, mas a uma imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais²⁵³.

Desse modo, como adverte Celso de Mello, a “reserva do possível” não deve ser invocada pelo Estado para se eximir do cumprimento das obrigações constitucionalmente impostas, “notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais” dotados de fundamentalidade.²⁵⁴

Assim é que a reserva do possível constitui, no dizer de Ingo Wolfgang Sarlet, uma “espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível". Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, informativo 345 - **Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Brasília, 29 de abril de 2004**. DJU de 4.5.2004. Disponível em <http://www.stf.gov.br/informativo>. Acesso em: 07 set. 2006.

²⁵³ PEREZ, Marcos Augusto. O papel do Poder Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: RT, ano 03, n. 11, p. 242, abril-junho de 1995.

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível". Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, informativo 345 - **Rel. Ministro Celso de**

direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos”²⁵⁵ em que é invocada a indisponibilidade de recursos para salvaguardar outro direito fundamental.

De alguma forma, as políticas públicas definidas constitucionalmente e legalmente devem importar em fornecimento de prestações positivas. Logicamente, a teoria surgida no direito constitucional alemão deve ser vista com adaptações à realidade de países em desenvolvimento como o Brasil, onde a implementação de políticas públicas notadamente sociais são ainda uma necessidade preeminente.

A dignidade da pessoa humana como fundamento, bem como a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem comum como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil só podem ser alcançadas pela fixação do que se convencionou chamar de “*mínimo existencial*”²⁵⁶. Ou seja, além da proteção dos direitos individuais, é necessário assegurar ao indivíduo, por meio de prestações positivas do Estado, condições mínimas para a existência digna.

A implementação dessas condições decorre necessariamente de políticas públicas que envolvam gastos públicos, incluindo “um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e à garantia de uma moradia”²⁵⁷. Nesse ponto, dita teoria acaba por atribuir ao indivíduo um direito subjetivo e, como tal, passível de cobrança perante o Poder Público.

Mello, Brasília, 29 de abril de 2004. DJU de 4.5.2004. Disponível em <http://www.stf.gov.br/informativo>. Acesso em: 07 set. 2006.

²⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 302.

²⁵⁶ Ricardo Lobo Torres, citado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen também utiliza a denominação “mínimos sociais”. Op. cit., p. 68.

²⁵⁷ KRELL, Andreas Joachim. Op. cit., p. 63.

Luís Roberto Barroso, analisando o princípio da dignidade humana, salienta ser o “mínimo existencial” o seu núcleo material elementar. Para o autor, “aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.”²⁵⁸

O importante na teorização do “mínimo existencial” ou “mínimo social” é que, sem tornar o direito inexecutável, permite que, ao ser exigida a sua implementação, se ultrapassem as questões que se refiram ao limites financeiros do Estado, pois o que se exige não é o impossível, mas somente o factível. Como exemplifica Andreas J. Krell, o direito ao trabalho como direito fundamental é impossível de ser exigido frente ao Estado, considerando que, em uma economia de mercado, o Estado não cria e distribui emprego, mas é factível exigir do Estado medidas necessárias ou políticas públicas que residam “preponderantemente em políticas de formação profissional e medidas de fomento tributário para a iniciativa privada.”²⁵⁹

É possível, pela conjugação desses dois princípios (reserva do possível e mínimo existencial), o estabelecimento de prioridades orçamentárias como condicionamento para a concretização dos direitos sociais, sejam eles de segunda ou de terceira geração.

Certamente a dificuldade reside no número elevado de situações, as quais, nem sempre, o Judiciário está apto a analisar, por envolver questões políticas e de gestão pública. Assim, diante de uma lei orçamentária ou mesmo do plano plurianual, em que se prevêem programas de duração continuada, é necessário analisar qual o impacto que a política pública vai causar, qual o seu alcance, quais os beneficiários a curto, médio e longo prazos, quais as chances de

²⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 335.

²⁵⁹ KRELL, Andreas Joachim .Op. cit., p. 55.

sucessos e a interligação entre políticas públicas já desenvolvidas ou em desenvolvimento pelo Poder Público.²⁶⁰

Embora muitas dessas questões sejam de difícil apreensão para o julgador, é possível investigar a falta ou escassez de recursos e os motivos que levaram a ela, podendo ser verificado, por exemplo, se no orçamento anual previsto, há verbas para custear gastos não prioritários, como propagandas institucionais, pois “antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder”²⁶¹.

A ausência de previsão orçamentária ou mesmo a responsabilidade fiscal do gestor público não podem impedir que ao menos se inicie a política pública, quando as limitações orçamentárias impedirem o seu cumprimento integral.²⁶²

²⁶⁰ LIMA LOPES, José Reinaldo de. Judiciário, democracia, políticas públicas. **Revista de informação legislativa**, 1994, ano 31, n. 122, abril/jun. p. 259.

²⁶¹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005. p. 74.

²⁶² *Ibid.*, p. 74.

17. Políticas públicas e interpretação constitucional

Quando se discute a possibilidade de o Judiciário determinar ao Executivo a implementação de determinada política pública, esbarra-se na objetividade e na neutralidade que se espera das decisões judiciais. Embora esperado, esses atributos são incapazes de apresentar-se à totalidade dos casos submetidos ao Judiciário. Essa pretensão, conforme preleciona Luís Roberto Barroso, “fraqueja exatamente nas situações em que, pelo teor político ou pela multiplicidade de alternativas, não há um único resultado possível”²⁶³.²⁶⁴

Essa dificuldade é mais presente quando da análise de normas constitucionais que versem sobre direitos fundamentais cujo conteúdo, no mais das vezes, é formado por conceitos vagos, abstratos ou de textura aberta e que não podem ser adequadamente interpretados pelos métodos de hermenêutica tradicionais em que prevalece uma operação meramente lógica ou formalista²⁶⁵.

Analisando as regras de interpretação propostas por Savigny no século XIX²⁶⁶, José Carlos Vieira de Andrade observa que esse método interpretativo ignora as referências valorativas, considerando muitas vezes a norma fora do seu contexto fático e axiológico.²⁶⁷

²⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 278.

²⁶⁴ Para Canotilho, “os juízes não se podem transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar jurisdicionalmente os órgãos políticos a cumprir um determinado programa de acção”. Para ele, a política deliberativa sobre as políticas da República pertence à política e não à justiça. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 946.

²⁶⁵ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 71.

²⁶⁶ Por essas regras a interpretação deve ter em conta o elemento gramatical (textual ou liberal), sistemático (inserção no contexto de outras normas), elemento lógico/teleológico (expresso pelo conteúdo) e o elemento histórico (expresso pelos trabalhos preparatórios da norma).

²⁶⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 116-118.

As normas constitucionais relativas a direitos fundamentais não contêm muitas vezes uma regulamentação completa ou perfeita, pois são constituídas, principalmente, por afirmações de princípios mais ou menos abstratos, por diretivas que “fixam fins, mas pouco dizem acerca dos meios, processos ou intensidade da sua realização”, fazendo constantemente apelos “a conceitos indeterminados e de valor, a fórmulas gerais e elásticas.”²⁶⁸

A falta de uma interpretação adequada dos princípios constitucionais pelos tribunais subverte, segundo Andreas Krell, a lógica jurídica na medida em que deixa prevalecer as normas infralegais que foram editadas sem a devida conformação com as normas constitucionais ou, muitas vezes, com ela conflitantes. Disso resulta que a interpretação meramente formalista pelo Judiciário aplica o direito de maneira “lógico-dedutiva e não criativa”, exigência contrária ao Estado Social, que requer um Judiciário interpretativo e apto a realizar as exigências constitucionais.²⁶⁹

No caso das políticas públicas, se a sua implementação decorresse somente de um método simples de interpretação, silogisticamente falando, com base na premissa maior (norma), premissa menor (fatos), chegando-se a uma conclusão, não haveria problema. Ocorre que essa subsunção do fato à norma tem limites decorrentes principalmente do aumento dos princípios inseridos constitucionalmente.²⁷⁰

Isso se mostra mais concludente em relação ao cumprimento dos direitos inseridos na ordem social. Para a implementação desses direitos, o administrador está vinculado ao seu cumprimento, “o que resulta na obrigação à implementação das políticas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais”, não

²⁶⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 119.

²⁶⁹ KRELL, Andreas Joachim. Op. cit., p. 73.

havendo discricionariedade para a sua realização ou não, mas, quando muito, a escolha da melhor forma de implementação.²⁷¹

Essa aparente conflituosidade entre normas constitucionais, levando à possibilidade de soluções diversas e contraditórias, não será resolvida pela subsunção simples, mas por um raciocínio complexo e multidirecional, para produzir a solução mais adequada àquela situação. Luis Roberto Barroso chama a atenção para a utilização do que se convencionou chamar de *técnica de ponderação*. Com base nesse sistema interpretativo, detectam-se as normas relevantes para a aplicação em determinada situação, passando ao exame dos fatos e circunstâncias concretas e à sua interação com os fatos normativos. Em uma terceira fase é que “os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta”²⁷².

Entretanto, adverte ainda Barroso, a técnica de ponderação permite ampla discricionariedade judicial, mas que não deve configurar-se num exercício indiscriminado. Deve, antes, ser motivada, sendo “absolutamente indispensável que o julgador exponha analítica e expressamente o raciocínio e a argumentação que o conduziram a uma determinada conclusão”, o que permite às partes envolvidas o controle dos atos judiciais.²⁷³

Esse juízo de ponderação deve procurar, em face de situações, formas ou modos de exercício dos direitos, encontrar e justificar a solução em melhor conformidade com o conjunto de valores constitucionais.²⁷⁴

O caminho dessa análise deve passar pelo contexto da atual Constituição. Nela verificaremos que a “discricionariedade” da Administração Pública e a

²⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 356.

²⁷¹ KRELL, Andreas Joachim. Op. cit., p. 106.

²⁷² BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 359-360.

²⁷³ Ibid., p. 364.

²⁷⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 224.

possibilidade de jurisdicionalização quanto ao tema das políticas públicas encontram assento constitucional.

Se, por um lado, o constituinte de 1988 fixou como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados²⁷⁵; por outro, estabeleceu, no Título VIII – “Da Ordem Social”, a forma de implementação e o detalhamento de tais direitos, a serem concretizados mediante políticas públicas.²⁷⁶

Assim, embora existam conceitos vagos, abstratos ou de textura aberta relacionados às políticas públicas²⁷⁷, a legislação infra-constitucional, seguindo os ditames da Constituição, já fixou a maior parte dessas políticas a serem seguidas pela Administração Pública, a saber:²⁷⁸

- a) à seguridade social: artigos 194/204 da Constituição Federal:
 - saúde: Leis n. 8.080/90 e n. 8.142/90 (Sistema Único de Saúde),
 - previdência social: Leis n. 8.212/90 e 8.213/90 (custeio e benefícios Previdenciários),
 - assistência social: que contém disposições às pessoas portadoras de deficiência e idosos que não podem se manter por si e por suas famílias lei nº. 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social) e lei nº. 8.909/94 (Lei das Filantrópicas);

²⁷⁵ BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1988. Art. 6º.

²⁷⁶ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.p. 81

²⁷⁷ Incluem-se aqui expressões como erário, idoso, deficiente físico, ordem econômica, meio ambiente, estética urbana, interesse social, função social.

²⁷⁸ Normas elencadas por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen. **Políticas públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 81, e por Rodolfo de Camargo Mancuso. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: Milaré, Edis (Coord.) **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001. p. 716.

b) à educação: artigos 205/214 da Constituição Federal, artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, Leis n. 9.394/96 (Diretrizes e Base) e Medida Provisória 339/06 (regulamentou o artigo 60 do ADCT - FUNDEB);

c) à cultura: artigos 215/216 - lei nº. 8.313/91 - dispõem sobre incentivos fiscais;

d) ao desporto: artigo 217 - lei nº. 9.615/98;

e) à ciência e tecnologia - artigos 218/219;

f) à comunicação social - artigos 220/224 – lei nº. 9.472/97 e lei nº. 9.612/98;

g) ao meio-ambiente - artigos 225 – lei nº. 9.605/98;

h) à família, criança, adolescente e idoso - artigo 226/230 - lei nº. 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente), lei nº. 8.842/94 (Política Nacional do Idoso) e lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

i) aos índios - artigos 231 e 232 CF e Lei Complementar 75/93, art. 6º;

j) improbidade administrativa – lei 8.429/92;

k) minorias étnicas – Lei Complementar 75/93;

l) estética urbana – Lei 9.605/98 - arts. 62 a 64 e Lei 10.257/01 – Estatuto das Cidades;

m) patrimônio genético – lei 11.105/05, art. 8º;

n) ordem econômica – lei 8.884/94, art. 88;

o) deficientes físicos – lei 7.853/89, arts. 1º a 3º, e

p) defesa do consumidor – lei 8.078/90.

Há, portanto, mecanismos legais para a aplicabilidade dessas políticas públicas, concluindo Luiza Cristina Fonseca Frischeisen que “a função de implementação, hoje, cabe muito mais aos administradores do que aos

legisladores”²⁷⁹e, na ausência de sua implementação, caberá ao Judiciário impor a sua aplicabilidade.

Analisando a passagem das constituições liberais para as constituições do Estado Social, Paulo Bonavides ressalta que a “programaticidade” das atuais constituições insere o problema da conversão dos princípios sociais enunciados em direitos subjetivos e, portanto, aptos a serem exigidos. O drama jurídico das constituições contemporâneas, como adverte o autor, “se vê, na dificuldade, se não, impossibilidade de passar da enunciação de princípios à disciplina, tanto quanto possível rigorosa ou rígida, de direitos acionáveis, ou seja, passar da esfera abstrata dos princípios à ordem concreta das normas”²⁸⁰.

O problema envolve a classificação tradicional das normas da ordem social como programáticas, o que implica a fixação do parâmetro se teriam elas força vinculante ou seriam meramente indicativas ao legislador e ao administrador público²⁸¹. Nesse ponto, cabe observar que o ingresso dessas normas na constituição não se fez acompanhar da positividade que era reclamada, ou seja, não foram inicialmente dotadas de aplicabilidade direta e imediata, tais quais os direitos individuais.²⁸² Tal exigência histórica pode ser compreendida pela necessidade de esses direitos, ditos de segunda geração, sempre necessitarem de uma atuação positiva do Estado.

Luís Roberto Barroso define normas programáticas como aquelas que “veiculam princípios, desde logo observáveis, ou traçam fins sociais a serem

²⁷⁹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Op. cit., p. 83.

²⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.233.

²⁸¹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Op. cit., p. 38.

²⁸² José Carlos Vieira de Andrade entende que os preceitos relativos aos direitos sociais a prestações não são meramente proclamatórios, mas são normas jurídico-positivas que concendem aos indivíduos posições jurídicas subjetivas ou ao menos estabelecem garantias institucionais que impõem ao legislador a obrigação de lhes dar cumprimento. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 300.

alcançados pela atuação futura dos poderes públicos”²⁸³. Para o autor, dada essa natureza, elas não geram a possibilidade de exigir do Estado comportamentos comissivos, mas permitem aos jurisdicionados demandar aos órgãos estatais que “se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas”, elencando como exemplos as normas constitucionais que estabelecem a função social da propriedade (art. 170, VII), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), o apoio à cultura (art. 215), o fomento às práticas desportivas (art. 217) e o incentivo à pesquisa (art. 218)²⁸⁴.

Para Vezio Crisafulli, o conceito de normas programáticas serve para definir aquelas “mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade”. Esse programa político, para o autor, é provido de eficácia prevalente sobre as normas ordinárias²⁸⁵.

Esse conteúdo de princípios e fins a serem alcançados por atuação futura tem legitimado ao Poder Público a inobservância de algumas determinações constitucionais, advertindo Paulo Bonavides que isso ocorre com as normas constitucionais formuladas em “termos genéricos e abstratos, às quais comodamente se atribui a escusa evasiva da programaticidade como expediente fácil para justificar o descumprimento da vontade constitucional”²⁸⁶.

A eficácia vinculante das normas programáticas prevalece, lembrando Fábio Konder Comparato que esses objetivos são juridicamente vinculantes para

²⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 255.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 256.

²⁸⁵ CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão, 1952. pg. 104. apud Bonavides, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.248.

²⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.245.

todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores do poder econômico ou social fora do Estado.²⁸⁷

A correta interpretação dessas normas é importante na medida em que, sendo juridicamente vinculantes, a “grande maioria das leis insere-se, hoje, no quadro de políticas governamentais”, não mais com a finalidade de declaração de direitos e deveres já amplamente declarados, mas para a implementação de políticas públicas, seja pela resolução de conjunturas, seja por meio de incentivos às atividades privadas ou ainda regulação de procedimentos administrativos.²⁸⁸

De qualquer forma, a implementação das políticas públicas como determinação constitucional é uma realidade. Nesse ponto, não se deve perder de vista, como adverte Hesse, a existência do condicionamento recíproco entre a constituição jurídica e a realidade político-social, pois a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade.²⁸⁹ A pretender retirar eficácia jurídica das normas ditas programáticas, estar-se-ia deixando de reconhecer que a força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas, mas “elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”.²⁹⁰

Raciocínio contrário permitiria ao Executivo, e mais propriamente à Administração Pública, a identificação pura e simples do “interesse público” a ditar a implementação de políticas públicas, desconsiderando a força normativa das regras constitucionais, ainda que programáticas, e transformaria a

²⁸⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, n. 737, ano 86, p. 19, março 1997.

²⁸⁸ COMPARATO, Fábio Konder; Op. cit., p. 19.

²⁸⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1991, p. 13-14.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 15.

constituição em mera “folha de papel”, prevalecendo a crítica de Lassalle²⁹¹, de submissão dela aos fatores reais de poder.

²⁹¹ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução de Walter Stonner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 17.

18. Instrumentos de acesso à Justiça e políticas públicas

As declarações de direitos deixam de possuir significação prática a partir do momento em que não têm possibilidade de efetiva aplicação. Nesse sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais têm mais dificuldade de implementação em razão dos mecanismos de proteção que precisam ser fortalecidos.²⁹²

Necessitando o Judiciário de provocação para que aplique a lei ao caso concreto, diversos são os instrumentos de acesso coletivo à Justiça que permitiriam o controle e a implementação das políticas públicas.

Dentre eles, situam-se a ação direta de inconstitucionalidade, inclusive a por omissão; ação declaratória de constitucionalidade; arguição de descumprimento de preceito fundamental; ação civil pública; ação popular e outras, como o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção.²⁹³

Relativamente às ações de controle de constitucionalidade, a judiciabilidade das políticas públicas pode ocorrer quando, estabelecidas determinadas políticas, haja confronto direto com objetivos constitucionalmente vinculantes. Suponhamos que Lei Federal de incentivo agrícola dispusesse sobre um incentivo que favorecesse a manutenção de latifúndios improdutivos. Nessa hipótese, aduz Fábio Konder Comparato²⁹⁴, haveria flagrante afronta à política fundiária estabelecida nos arts. 184 e 186 da Constituição Federal, na medida em que a função social da propriedade rural é atendida dentre outros parâmetros pelo “aproveitamento racional e adequado” da propriedade rural.

²⁹² LIMA JR., Jayme Benvenuto. **Los derechos humanos económicos, sociales y culturales**. La Paz: Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, 2001. p. 94-95.

²⁹³ BARROS, Sérgio Resende. **O Poder Judiciário e as políticas públicas**: alguns parâmetros de atuação. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/artigos>. Acesso em: 03 setembro 2006.

²⁹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 20.

A inconstitucionalidade pode ocorrer também por condutas omissivas da Administração, quando deixa de realizar concretamente, ou realiza insatisfatoriamente os preceitos fixados constitucionalmente. Na ausência de implementação de um direito social por meio de políticas públicas, o instrumento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão também seria eficaz para o acesso coletivo à justiça, tal qual o mandado de injunção.

Não se trata da hipótese de substituir a vontade do legislador pela vontade do Judiciário, como falaciosamente argumentam alguns, mas de, com base em parâmetros objetivamente aferíveis e inscritos no texto constitucional, determinar o caminho a ser perseguido. Entretanto, ambos os instrumentos, como já assinalado pelo Supremo Tribunal Federal, não permitem expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade pela omissão legislativa.²⁹⁵

A ação declaratória de constitucionalidade, cujo objeto é a análise da constitucionalidade das leis e atos normativos federais, tem um alcance restrito no controle de políticas públicas, pois, “se eventualmente proposta para esse fim, a ação visa apenas ratificar a constitucionalidade de medidas já adotadas”²⁹⁶.

Outra modalidade de ação constitucional que permite viabilizar a concretização de políticas públicas é a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Criada pela emenda constitucional 03/93 e regulamentada pela Lei 9.882/99, a ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Desrespeito à Constituição – Modalidades de comportamentos inconstitucionais do Poder Público – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.439-DF **Rel. Ministro Celso de Mello, Brasília, 22 de maio de 1996.** Revista Trimestral de Jurisprudência STF, vol. 185, nº 03, p. 794-814, jul-set 2004.

²⁹⁶ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: RT, 2005. p. 117.

Poder Público. A determinação do que seja preceito fundamental não foi feita quer pela Constituição, quer pela norma que regulamentou essa modalidade de ação.

Há autores²⁹⁷ que sustentam que o alcance da expressão “preceito fundamental” se refere àqueles preceitos classificados como materialmente constitucionais, ou seja, àqueles tidos por imprescindíveis à Constituição e fundamentais à sua estruturação²⁹⁸. Outros²⁹⁹ entendem que devem ser considerados os fundamentos e objetivos da República (arts. 1º e 3º), os direitos fundamentais, os princípios constitucionais sensíveis e os fixados como limitações materiais à revisão constitucional (art. 60, §4º). A posição do STF, externada pelo ministro Néri da Silveira³⁰⁰, considera como preceitos fundamentais os fundamentos e objetivos da República (arts. 1º e 3º), os fixados como limitações materiais à revisão constitucional (art. 60, §4º), os direitos sociais, políticos, as normas relativas à organização político-administrativa, distribuição de competências entre os entes federativos, discriminação de rendas e garantias da ordem econômica e financeira, portanto todos os preceitos que asseguram a estabilidade e continuidade da ordem jurídica democrática.

Como exemplo teríamos a hipótese da não inserção de valores mínimos para recursos para erradicação da pobreza como política pública determinada constitucionalmente. Assim, como já reconhecido pelo STF, se o Estado “deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se,

²⁹⁷ ARAÚJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 56.

²⁹⁸ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 247; ARAÚJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 5.

²⁹⁹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Op. cit., p. 117.

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Preceito Fundamental – Competência do STF para definição de seu conteúdo. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1-7 RJ - **Rel. Ministro Néri da**

em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição impôs” ao Estado, incidirá em violação negativa do texto constitucional³⁰¹, o que permitirá o ajuizamento da ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Também a ação popular pode ser utilizada para o controle das políticas públicas. Como ela possui como objeto a invalidação de um determinado ato lesivo ao patrimônio público e também dos bens e valores históricos, artísticos, turísticos e paisagísticos, meio ambiente e moralidade administrativa, é possível que determinado ato administrativo seja contrário a uma política pública fixada, por exemplo, para a proteção do patrimônio histórico, cabendo o pedido de anulação do ato, obtendo-se como utilidade o retorno à situação de proteção fixada anteriormente como política pública.

Silveira, Brasília, 3 de fevereiro de 2000. DJU de 7.11.2003. Disponível em <http://www.stf.gov.br/jurisprudência>. Acesso em: 19 fev. 2007.

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível". Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, informativo 345 - **Rel. Ministro Celso de**

19. A implementação de políticas públicas pela ação civil pública

Dos diversos instrumentos processuais de acesso coletivo à Justiça, para o fim de controle e implementação de políticas públicas, não são as ações constitucionais de controle de constitucionalidade as que podem ser mais utilizadas, na medida em que demandam sempre a análise da lei em tese, ou a ausência dessa lei, por violação negativa do texto constitucional.

A meu ver, a maior utilização pode se dar pela via da ação popular ou da ação civil pública, sendo inúmeras as suas possibilidades. No caso específico da ação popular, como ela tem como objeto a tutela do patrimônio público, histórico, cultural, moralidade administrativa e meio ambiente e tem seu pedido restrito à anulação do ato lesivo³⁰², a sua utilização acaba sendo menor. Por outro lado, a ação civil pública, por expressa determinação da lei que a regulamentou, cabe para a proteção de qualquer interesse difuso e coletivo³⁰³, podendo contemplar qualquer tipo de pedido, de cunho declaratório, constitutivo ou condenatório, cautelar ou de execução, conforme artigos 21 da Lei 7.347/85, c.c. art. 83 do Código de Defesa do Consumidor.³⁰⁴

A fórmula meramente exemplificativa utilizada pela Lei 7.347/85 e art. 129, inciso III, da Constituição Federal, tem permitido uma “contínua tendência

Mello, Brasília, 29 de abril de 2004. DJU de 4.5.2004. Disponível em <http://www.stf.gov.br/informativo>. Acesso em: 07 set. 2006.

³⁰² Art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988.

³⁰³ Além daqueles elencados no art. 1º da Lei 7.347/85, podemos citar, sem esgotar as hipóteses, a proteção à infância e juventude (Lei 8.069/90), aos idosos (Lei 10.741/03) a pessoa portadora de deficiência (Lei 7.853/89) e a proteção contra a violência doméstica (Lei 11.340/06).

³⁰⁴ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Interesses difusos em espécie**. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 126.

ampliativa, agregando outros relevantes valores e interesses sociais àqueles previstos originalmente”³⁰⁵.

Vetada no texto original da Lei 7.347/85, a chamada *cláusula de extensão*³⁰⁶ foi reinserta no texto legal em seu art. 1º pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.072/90), embora anteriormente, como já foi dito, tenha sido inserida dentre as atribuições do Ministério Público pela Constituição Federal de 1988.

Importante ressaltar que, ao permitir o ajuizamento da ação civil pública para a defesa de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, a referida cláusula de extensão, como ressalta Rodolfo de Camargo Mancuso, vem evidenciar que a condição legitimante independe da titularidade ou mesmo do valor em causa, “mas prende-se ao binômio *relevância social + representação adequada*, e assim (...)possibilita o acesso à Justiça de certas massas de interesses ainda não tipificadas normativamente”³⁰⁷, citando o autor como exemplo os cidadãos HIV soropositivos, os moradores de rua e os sem-terra.

Face a essa amplitude e permissão legal para que a ação civil pública contenha qualquer tipo de pedido é que a norma Constitucional ou infra-constitucional estabelece uma obrigação de fazer ou não fazer à Administração Pública, “fica assegurada a possibilidade de *cobrança* dessas condutas comissiva ou omissiva, em face da autoridade e/ou órgão competente”³⁰⁸.

Nesse aspecto é que, sendo a política pública uma conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública e que se volta à consecução de programas ou metas previstos em norma constitucional ou legal, o controle quanto a sua

³⁰⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: Milaré, Edis (Coord.) **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001. p. 712.

³⁰⁶ Contida na expressão: “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

³⁰⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 713.

implementação, eficiência e resultados pode ser cobrado mediante ação civil pública por qualquer tipo de pedido de cunho declaratório, constitutivo, condenatório, cautelar ou de execução, o que dá a esse instrumento larga vantagem sobre as demais ações que possam servir ao controle e implementação das políticas públicas.

Nem se diga que a estreita correlação entre o erário público e a implementação de políticas públicas não configuraria interesses passíveis de defesa pela ação civil pública. Isso porque “é inegável o caráter preponderantemente difuso do interesse que envolve a higidez do erário público”, na medida em que é indeterminado o número de pessoas que possam habitar um dos entes Federativos e, conseqüentemente, sofrer, ainda que transitoriamente, os efeitos da boa ou má aplicação do dinheiro público na implementação de políticas públicas³⁰⁹.

Logicamente, quando falamos do controle e da implementação dessas políticas públicas via ação civil pública, não devemos esquecer que os co-legitimados para o ajuizamento dessa mesma ação são justamente os entes federativos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) que deveriam implementá-las, mas que, por diversos motivos, deixam de fazê-lo. Nesse ponto, já se afirmou acima que não têm esses entes federativos quase exercido o ajuizamento de ações civis públicas, uma vez que, como chama a atenção Rodolfo de Camargo Mancuso, os agentes públicos e administradores se revelam de algum modo relacionados, “por ação ou omissão, aos históricos dos prejuízos infligidos a valores e interesses metaindividuais (...), e, portanto, igualmente

³⁰⁸ Ibid., p. 726.

³⁰⁹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ação civil pública: defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa. RT 735, p. 179 e 181, jan. 1997. apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: Milaré, Edis (Coord.) **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001. p. 711.

sujeitam-se a questionamentos em face do deficiente manejo de políticas públicas”³¹⁰.

Nesse aspecto, como salientado por Maria Paula Dallari Bucci, “a escolha das diretrizes da política, os objetivos de determinado programa não são simples princípios de ação, mas são os vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do poder público que levarão a certos resultados”³¹¹. Essa escolha, entretanto, já foi, no mais das vezes, realizada pelo Constituinte ou pelo legislador infra-constitucional, cabendo pequena margem de discricionariedade ao administrador.³¹²

Portanto é a ação civil pública o instrumento processual mais amplo para “juridicizar a demanda coletiva pela implementação de direitos assegurados pela ordem social constitucional”³¹³, relacionando-se, na maioria das vezes, a obrigações de fazer.

Mesmo considerando a extensão de pedidos que possam ser feitos em uma ação civil pública, embora constituam predicativos que lhe garantam a maior utilização frente aos demais meios de acesso coletivo à Justiça no que tange ao ponto específico das políticas públicas, é na atuação extrajudicial, principalmente do Ministério Público, que reside a melhor busca no equacionamento da sua implantação e controle.

Essa atuação extrajudicial pode ocorrer por meio dos inquéritos civis, cuja solução de continuidade pode ocasionar, antes da propositura da ação civil pública, a celebração de termos de ajustamento de conduta ou ainda o arquivamento do inquérito mediante a expedição de recomendação.

³¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 739.

³¹¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. Brasília: **Revista de informação legislativa**, 1997, ano 34, n. 133, jan./mar. p. 96.

³¹² FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p 95.

O termo de ajustamento de conduta assenta-se na possibilidade de realização de uma transação sobre interesses indisponíveis. Embora proíba o código civil essa possibilidade, conforme se depreende do seu art. 841, ao admitir a transação somente quanto a direitos patrimoniais de caráter privado, a lei 7.347/85 expressamente o admitiu para a hipótese de interesses indisponíveis, sob a forma de compromisso de ajustamento de conduta, garantindo, assim, a essa forma de composição de litígios plena eficácia jurídica.³¹⁴

Essa composição deve ter por finalidade o ajustamento do ente federativo às normas legais que prescrevem a implementação ou adequado manejo das políticas públicas, devendo ser contempladas no compromisso as mesmas exigências que seriam objeto do pedido na hipótese de ajuizamento da ação civil pública, sem que haja, portanto, restrição na solução a ser buscada, de forma a resguardar a indisponibilidade do interesse tutelado. Como adverte Fernando Grella Vieira, “a esfera passível de ajuste fica circunscrita à forma de cumprimento da obrigação pelo responsável, isto é, ao modo, tempo, lugar e outros aspectos pertinentes”³¹⁵.

Quanto à expedição de recomendação, esta é prevista na lei Complementar 75/93, em seu art. 6^a, inciso XX (Lei Orgânica do Ministério Público Federal), extensível aos Ministérios Públicos Estaduais pelo art. 80 da lei 8.625/93. Dispõe referido dispositivo legal competir ao Ministério Público da União:

XX - expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos

³¹³ Ibid., p 126-127.

³¹⁴ VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: Milaré, Édís (Coord.) **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001. p. 229.

³¹⁵ Ibid., p. 238.

interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

Como salientado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, “a recomendação é instrumento de atuação do Ministério Público, que tem o objetivo de prevenir responsabilidades da Administração e informá-las sobre eventuais deliberações do Ministério Público”.³¹⁶ Com esse instrumento, permite-se que a Administração incorpore o ordenamento e o planejamento de políticas públicas, diferindo da atuação quando ocorre o termo de ajustamento de conduta ou mesmo o acordo ou sentença judicial em ação civil pública, na medida em que não houve ainda a violação ou inércia na implementação da política pública reclamada, tendo a Administração a possibilidade de criar demandas, estratégias e idéias para o seu controle e implementação.³¹⁷

A possibilidade de larga utilização desses dois instrumentos, precedentes à ação civil pública, reside em dois pontos sensíveis. O primeiro é que, sendo o inquérito civil um instrumento não judicial, tanto a celebração do termo de ajustamento de conduta como a expedição de recomendação não necessitam do crivo do Judiciário. Ou seja, resolve-se a solução dos conflitos com a vantagem da agilidade quase nunca proporcionada pelas decisões judiciais, constituindo o termo de ajustamento de conduta um título executivo extrajudicial conforme dispõe o art. 5º, §6º da lei 7.347/85.

O segundo ponto é que essa vantagem acaba por gerar uma preferência nessa forma de solução de litígios, principalmente pelo “fato de a impossibilidade de uma sentença judicial contemplar as inúmeras vertentes relativas à

³¹⁶ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Op. cit., p. 138.

³¹⁷ Ibid., p. 139.

implantação de políticas públicas”³¹⁸, e permite uma ampla negociação, seja com a Administração, seja com os entes privados, podendo, nesses espaços de negociação, “ser contempladas as grandes questões atinentes à implementação de políticas públicas, como as temporais, orçamentárias e de conciliação entre as várias demandas existentes na sociedade”, permitindo de modo razoável a “fixação de prazos necessários à implementação das exigências legais e eventuais adequações orçamentárias”.³¹⁹

³¹⁸ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **A atuação do Ministério Público na implantação de políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal**. Jornal da AJUFESP (Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul). Set. 1998, p. 11. apud: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: Milaré, Édis (Coord.) **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001. p. 718.

³¹⁹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p 133-134.

Considerações finais

Iniciada no fim do século XIX³²⁰, a evolução do Estado Liberal para o Estado Social acelerou-se demasiadamente após a segunda grande guerra, motivada em grande parte pelas lutas sociais que, segundo Boaventura de Souza Santos, foram protagonizadas “por grupos sociais até então sem tradição histórica de ação coletiva de confrontação”, como, por exemplo, “os negros, os estudantes, amplos setores da pequena burguesia em luta por novos direitos sociais no domínio da segurança social, habitacional, educação, transportes, meio ambiente e qualidade de vida”³²¹. Nesse contexto, a igualdade meramente formal passou a ser questionada, exigindo no plano administrativo a intervenção cada vez mais constante para o atendimento de demandas sociais, cuja realização somente é possível pela fixação de políticas públicas.

Essa expansão de demandas sociais no plano jurídico gerou uma conflituosidade relacionada ao direito do trabalho, segurança social, habitação e consumo, dentre outros³²², para os quais o sistema jurídico tinha pouca ou nenhuma capacidade de responder mediante a utilização dos instrumentos processuais tradicionais de acesso à Justiça de natureza eminentemente individual.

Não constituindo esses direitos sociais categoria diversa dos direitos difusos e coletivos, foi estudado o conceito de interesse público e a divisão entre

³²⁰ Países como Alemanha, Áustria, França, Itália e Inglaterra iniciaram já no final do século XIX programas sociais que visavam afastar o excesso de individualismo trazido pelas reformas liberais. Leis de seguro-operário contra doenças e acidentes, inspeção fabril com a limitação de emprego de mulheres e crianças e o estabelecimento máximo de horas que poderiam ser trabalhadas, além de serviço médico gratuito e indenização por danos físicos aos trabalhadores, foram algumas dessas modificações. Cf. BURNS, Edward Mcnall. **História da civilização ocidental**. Tradução de Lourival Gomes Machado e Lourdes Santos Machado. 4. ed. Porto Alegre: Globo, 1957, Vol. II. p. 711-713.

³²¹ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: Faria, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça** – a função social do Judiciário. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997. p. 43.

o interesse público primário e o interesse público secundário, pois, na realização dos direitos sociais e proteção dos direitos difusos e coletivos, não há um único interesse público envolvido, mas vários interesses que podem estar ou não em contradição.³²³Essa contradição, que no mais das vezes é somente aparente, é apontada por Perez Luño³²⁴, o qual afirma que, quando os direitos sociais aumentam, muitas vezes os direitos individuais diminuem ou se relativizam. Isso ocorre, por exemplo, quando o direito de propriedade, antes absoluto, é afastado para a distribuição de terras, ou ainda, a liberdade contratual é restrita pela função social do contrato.

O conflito gerado pela expansão dessas demandas sociais abriu a discussão para a necessidade de novos instrumentos de acesso coletivo à Justiça. O surgimento desses novos instrumentos processuais ocorreu por diversos modos, legitimando, principalmente, o cidadão ou categorias de classes sociais irem a juízo e defenderem como verdadeiros substitutos processuais a implementação ou proteção desses novos direitos.

No que tange à experiência brasileira, o instituto da ação popular, na forma como surgiu e evoluiu, não foi suficiente para a proteção e implementação desses novos direitos, exigindo que um novo instrumento de acesso coletivo fosse desenvolvido, o que culminou com a elaboração do instituto da ação civil pública. Embora esta já existisse como instrumento para o ajuizamento de diversas ações pelo Órgão do Ministério Público, a lei 7.347/85 e posteriormente a Constituição de 1988 deram um alcance superior ao da ação popular e aos demais instrumentos processuais para decisões de natureza coletiva, como as ações

³²² Ibid., p. 43.

³²³ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha** – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 105.

diretas de inconstitucionalidade (direta ou por omissão), ações declaratórias de constitucionalidade, ou ainda a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Esse maior alcance teve como principais fatores a legitimação concorrente e disjuntiva para o ajuizamento dessa ação, além do objeto amplo dado à ação civil pública que comporta a proteção a qualquer interesse difuso ou coletivo, sendo que foram realizadas no curso do trabalho diversas sugestões para o aperfeiçoamento do acesso coletivo à Justiça, como a ampliação da legitimação para o ajuizamento da ação popular para os partidos políticos, formados por cidadãos e com uma estrutura que permitiria suportar as dificuldades decorrentes da complexidade dessas ações, além da ampliação do uso do inquérito civil para os demais co-legitimados para o ajuizamento da ação civil pública, aperfeiçoando a forma de sua instauração e publicidade, além de definir a necessidade do prévio conhecimento do investigado de sua instauração e possibilidade de complementação de documentação.

Superada essa fase de identificação dos instrumentos de acesso à Justiça, o trabalho procurou identificar a relação entre o surgimento do Estado Social e o papel da Administração Pública. A partir da fixação dos objetivos do Estado pelo Governo, é a Administração Pública a encarregada dos atos de execução, com maior ou menor grau de autonomia, pautando-se pelos limites legais de sua competência na necessidade de realização de finalidades coletivas por meio de programas de ação governamental ou políticas públicas.

Assim, o surgimento das políticas públicas é a própria existência dos direitos sociais e a necessidade de sua implementação. Entretanto, quando a

³²⁴ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1998. 204p.

própria Administração deixa de formular as políticas públicas ou deixa de implementá-las ou controlá-las, surge a necessidade de buscar no Poder Judiciário essa resposta.

Isso ocorre pela politização do Poder Judiciário e pela judicialização das políticas públicas.

Dos diversos instrumentos de controle, a ação civil pública, considerando a amplitude de seu objeto, bem como as inúmeras possibilidades de pedido, fixou-se como instrumento preponderante na atuação do Poder Judiciário.

Nesse aspecto, a efetividade na implementação de políticas públicas pela via judicial, principalmente por meio da ação civil pública, tende a evitar a trajetória paradoxal pela qual enfrenta os direitos sociais e difusos atualmente. Como alerta José Eduardo Faria, quanto mais são afirmados, incorporando-se no texto das constituições e no discurso de pessoas influentes, como líderes políticos, empresariais, religiosos e sindicais, “mais eles tendem a se abrir interrogativamente em direção a um futuro sempre concebido como um problema – e jamais visto como certeza”³²⁵.

Embora nossa atual Constituição seja ampla na declaração dos direitos, sejam eles individuais, sociais ou difusos, é principalmente pela ausência ou implementação insatisfatória de políticas públicas já estabelecidas no plano constitucional e infra-constitucional que a Administração Pública enfraquece o “mínimo existencial”.

Dessa constatação, surge a necessidade cada vez mais ampla de uma correta interpretação constitucional.

³²⁵ FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica** – implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998. p 130.

Conhecida é a obra de Ferdinand Lassalle³²⁶, em que ele discute a essência da constituição escrita. Utilizando de um raciocínio indutivo, o autor distingue a Constituição, que ele chama de lei fundamental, de outra qualquer, por ser a constituição básica e fundamental na medida em que orienta e origina todas as demais leis, ou seja, irradia efeitos para que as demais normas possam ter validade. Isso decorre da necessidade de conformação para que a orientação das leis e das instituições vigentes no país ocorra em determinado sentido e não aleatoriamente.

Se número significativo de políticas públicas já foi expressamente fixado pela constituição ou regulamentado por normas infra-constitucionais, não cabe ao administrador público decidir ou não pela sua implementação, mas verificar dentre as hipóteses possíveis a melhor forma de fazê-lo.

Não há, portanto, substituição de vontades do legislador pela vontade do Judiciário, mas com base em parâmetros objetivamente aferíveis e inscritos no texto constitucional, é possível determinar o caminho a ser perseguido.

Como salienta Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, o não cumprimento das políticas públicas da ordem social fixadas na constituição atenta contra a finalidade da administração, que é atender o interesse público.³²⁷

Por outro lado, o acesso universal à educação, à saúde, à moradia e ao emprego são objetivos a serem perseguidos, tanto que considerados pelo constituinte como fundamentos da república e como fatores de realização da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF). Esses direitos sociais e

³²⁶ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução de Walter Stonner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.40.

³²⁷ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p 147.

difusos somente podem ser protegidos e alcançados pelo uso probo e adequado ou eficiente do dinheiro público, ainda que se realize o mínimo possível.

Sob esse enfoque, evidente que a ação civil pública hoje responda socialmente aos anseios de sua criação, sendo tal situação facilmente percebida pela judicialização dos conflitos metaindividuais cada vez mais complexos, abrangendo não só os direitos e interesses derivados da dignidade da pessoa humana e dos objetivos do Estado Democrático Brasileiro, mas também para os princípios da Administração Pública, ordem econômica e tributária e também da ordem social³²⁸.

A amplitude e a permissão legal para que a ação civil pública contenha qualquer tipo de pedido (declaratório, constitutivo, condenatório, cautelar ou de execução) facilitam a judicialização das políticas públicas mediante o controle quanto a sua implementação, eficiência e resultados, independentemente de a consecução de programas pela Administração ser provida por condutas comissivas ou omissivas ou metas previstas em norma constitucional ou legal. Essa a larga vantagem sobre as demais ações que possam servir ao controle e implementação das políticas públicas.

Por outro lado, o desenvolvimento do trabalho, ao estabelecer que a escolha das políticas públicas já foi no mais das vezes realizada pelo constituinte ou pelo legislador infra-constitucional e que, portanto, cabe pequena margem de discricionariedade ao administrador, também concluiu que, melhor do que a judicialização dos conflitos envolvendo a implementação e o controle de políticas públicas, é na atuação extrajudicial dos entes legitimados que se encontra uma solução mais pragmática pela celebração de termos de ajustamento de conduta

ou ainda o arquivamento do inquérito civil pelo Ministério Público mediante a expedição de recomendação.

Essas possibilidades, como se assentou, decorrem expressamente da lei nº 7.347/85 e lei complementar 75/93 que garantiram, assim, a essa forma de composição de litígios plena eficácia jurídica.³²⁹

Essa composição deve ter por finalidade o ajustamento do ente federativo às normas legais que prescrevem a implementação ou adequado manejo das políticas públicas, devendo ser contempladas no compromisso as mesmas exigências que seriam objeto do pedido na hipótese de ajuizamento da ação civil pública, sem que haja, portanto, restrição na solução a ser buscada, de forma a resguardar a indisponibilidade do interesse tutelado.

A “judicialização” das políticas públicas pode assim ocorrer de forma extrajudicial, não dependendo somente do aperfeiçoamento do Poder Judiciário frente às necessidades de implementação dos direitos sociais e garantia dos direitos difusos assegurados pela Carta Constitucional de 1988.

³²⁸ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade. In: MILARÉ, Edis.(org.). **A ação civil pública** – após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: RT, 2005. p. 116.

³²⁹ VIEIRA, Fernando Grella. Op. cit., p. 229.

Referência Bibliográfica

Obras individuais e coletivas:

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Ação popular** – legitimação. Maceió: Catavento, 2001.

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. Milano: Dott. Antonino Giuffre-Editore, 1953.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

ARAÚJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Cidadania** – a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos** – paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Liberdade e contrato: a crise da licitação**. 2. ed. Piracicaba: Unimep, 1999.

_____. **Contributo para o constitucionalismo**. São Paulo: [s.n.], USP, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Legitimidade Processual e Legitimidade política. In Salles, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público**. São Paulo: RT, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BURLE FILHO, José Emmanuel. Ação civil pública, instrumento de educação democrática. In Milaré, Edis (org.) **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001.

BURNS, Edward Mcnall. **História da civilização ocidental**. Tradução de Lourival Gomes Machado e Lourdes Santos Machado. 4. ed. Porto Alegre: Globo, 1957, Vol. I.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CHEVALLIER, Jean-Jaques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ESCOLA, Héctor Jorge. Legalidad, eficacia y poder judicial. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997.

FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito e justiça** – a função social do Judiciário. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997.

_____. **Direito e globalização econômica** – implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. A definição do Interesse Público. In: Salles, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público**. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Direito e globalização econômica** – implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERRAZ, Antônio Augusto Melo de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY JÚNIOR, Nelson. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Ação Civil Pública, inquérito civil e Ministério Público. In Milaré, Edis.(org.). **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Do processo legislativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O poder constituinte**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas – a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GAMBÔA, João Carlos Corsini. **As condições da ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos: Comparação com as *class actions* do direito norte americano**. 1999, 185p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP, São Paulo.

GIUSSANI, Andrea. **Studi sulle “class actions”**. Padova: CEDAM, 1996, pubblicazioni della università di pavia studi nelle scienze giuridiche e sociali. Nuova Seria, v. 80.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira. In: Milaré, Edis (org.) **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001.

_____. Ação Civil Pública e a Ação Popular: Aproximações e diferenças. In: Salles, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público**. São Paulo: RT, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KLONNOFF, Robert. H.; BILICH, Edward K. M.. **Class actions and other multi-party litigation: cases and materials**. St. Paul, Minn: West Group. 2000, American casebook series.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução de Walter Stonner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. 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, 2002.

LIMA JR., Jayme Benvenuto. **Los derechos humanos económicos, sociales y culturales**. La Paz: Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, 2001.

LINARES, Juan Francisco. **Poder discrecional administrativo – arbitrio administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: RT, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1982.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ministério Público brasileiro: um novo ator político. In: Vigliar, José Marcelo Menezes; Macedo Júnior, Ronaldo Porto (coord). **Ministério Público II, democracia**. São Paulo: Atlas, 1999.

MANCUSO. Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 5. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Ação civil pública**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1996.

_____. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: Milaré, Édis (Coord.) **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. São Paulo: Edipro, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MILARÉ, Édis (org). **Ação civil pública- Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: RT, 1995.

_____. **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001.

_____. **A ação civil pública – após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: RT, 2005.

MIRRA, Alvaro. L. Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Edipro, 2004.

NEGRÃO, Ricardo. **Ações coletivas - enfoque sobre a legitimidade ativa**. São Paulo: Leud, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 8.ed. São Paulo: RT, 2004.

OTHON SIDOU, J. M.. **“Habeas corpus”, mandado de segurança, ação popular** – as garantias ativas dos direitos coletivos, segundo a nova Constituição. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PASSOS, Lídia Helena Ferreira da Costa. Discricionariedade Administrativa e Justiça Ambiental. In: MILARÉ, Édís(org.) **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: RT, 1991.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público**. São Paulo: RT, 2003.

_____. A definição do interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público**. São Paulo: RT, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: Faria, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça** – a função social do Judiciário. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARNEY, José. Prefácio - Interesses difusos e direito coletivo. In: Milaré, Edis (org). **Ação civil pública- Lei 7.347/85** – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: RT, 1995.

SEABRA FAGUNDES, M.. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional** - doutrina e processo. São Paulo: RT, 1968.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Motauri Ciochetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Interesses difusos em espécie**. São Paulo: Saraiva, 2000.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 4v.

VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: Milaré, Edis (Coord.) **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001.

WATANABE, Kazuo. Demandas Coletivas e os Problemas emergentes da Práxis Forense. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coord). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Processo Civil de Interesse Público: Introdução. In: Salles, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público**. São Paulo: RT, 2003.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade. In: MILARÉ, Edis.(org.). **A ação civil pública – após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: RT, 2005.

Revistas e artigos da Internet:

ACKEL Filho. D. Discricionariedade administrativa e ação civil pública. **Revista dos Tribunais**, ano 79, julho de 1990, vol. 657. p. 50.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de Almeida. A ação popular e a Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, ano 85, julho 1996, vol. 729. p. 75-79.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. **Revista de Processo**, São Paulo, ano VII, nº 28, p. 07-19, outubro-dezembro de 1982.

BARROS, Sérgio Resende de. Medidas, provisórias?. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, n. 53, junho de 2000.

_____. **Três gerações de direitos**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/aulas>. Acesso em 08 de novembro de 2006.

_____. **Noções sobre Gerações de Direitos**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br> . Acesso em 26 de junho de 2002.

_____. **O Poder Judiciário e as políticas públicas**: alguns parâmetros de atuação. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/artigos>. Acesso em: 03 setembro 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Ação popular e ação civil pública. Aspectos comuns e distintivos. Revista dos Tribunais, **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 04, p. 233-241, 1993.

BEVILAQUA, Clovis. A constituição e o código civil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 97/18, setembro de 1935.

BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da administração. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 38, p. 40-65, outubro-dezembro 1954.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. Brasília: **Revista de informação legislativa**, 1997, ano 34, n. 133, jan./mar. p. 89-98.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano II, n. 05, p. 128-159, janeiro-março 1977.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, n. 737, ano 86, p. 11-22, março 1997.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. O que fazer diante do não fazer do Estado face aos comandos constitucionais. São Paulo: RT, **Revista da Procuradoria-Geral da República**, n. 08, jan-jun 1996, p. 172-179.

GARCIA, Maria. Políticas públicas e atividade administrativa do Estado. São Paulo: RT, **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, ano 4, n. 15, p. 64-67, abril/junho 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 18, p. 39-52, abr./jun. 1996.

_____. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 19, p. 53-56, 1997.

_____. A ação civil pública refém do autoritarismo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 349, ano 96, p. 03-10, janeiro-março 2000.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. Judiciário, democracia, políticas públicas. **Revista de informação legislativa**, 1994, ano 31, n. 122, abril/jun. p. 255-265.

PEREZ, Marcos Augusto. O papel do Poder Judiciário na efetividade dos Direitos Fundamentais. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: RT, ano 03, nº 11, p. 237-246, abril-junho de 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, ano 11, n. 45, p. 216-236, outubro-dezembro de 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos Direitos Fundamentais. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, Malheiros, n. 16, p. 39-58, 1996.

SEABRA FAGUNDES, M. A posição do autor nas ações populares. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 164, p. 02-19, março-abril de 1956.

SILVA, José Afonso da. Da ação popular. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 112, p. 05-13, julho de 1947.

_____. Ministério Público nos processos oriundos do exercício da ação popular. **Revista Justitia**, São Paulo, 60 anos- número especial, p. 289-300, 1999.

SOUZA, Nelson Oscar de. Ação popular. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, ano 08, n. 30, p. 127-144, janeiro-março de 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. In: 1º Seminário Nacional de Direito Administrativo, 1994, Recife/PE. Ação civil pública e ação popular. **Boletim de Direito Administrativo**, julho de 1996, p. 452.

Legislação e Jurisprudência:

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Brasileira de 1824**. Rio de Janeiro, RJ: 1824.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Congresso Nacional Constituinte, 1891.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Assembléia Nacional Constituinte, 1934.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: 1937.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Assembléia Constituinte, 1946.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1967.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Assembléia Nacional Constituinte, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Desrespeito à Constituição – Modalidades de comportamentos inconstitucionais do Poder Público – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.439-DF **Rel. Ministro Celso de Mello, Brasília, 22 de maio de 1996**. Revista Trimestral de Jurisprudência STF, vol. 185, nº 03, p. 794-814, jul-set 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível". Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, informativo 345 - **Rel. Ministro Celso de Mello, Brasília, 29 de abril de 2004.** DJU de 4.5.2004. Disponível em <http://www.stf.gov.br/informativo>. Acesso em: 07 set. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Liberdade individual, acesso a cargo público independentemente de coação à liberdade de locomoção – *Habeas Corpus* nº 3.697- RJ Rel. Ministro Pedro Lessa, Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 1914. **Revista do STF**, p. 3-28, jul-set 1915. Disponível em http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos/monta_resumo.asp?IDE_PROCESSO=hc3697>. Acesso em: 13 fev. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Preceito Fundamental – Competência do STF para definição de seu conteúdo. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1-7 RJ - **Rel. Ministro Néri da Silveira, Brasília, 3 de fevereiro de 2000.** DJU de 7.11.2003. Disponível em <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 19 fev. 2007.