

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

FABIANA ZILLES

O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SANEAMENTO
BÁSICO E SEUS LIMITES EM CASOS DE OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

SÃO LEOPOLDO

2015

FABIANA ZILLES

O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SANEAMENTO
BÁSICO E SEUS LIMITES EM CASOS DE OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito
pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos –
UNISINOS

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª Têmis Limberger

São Leopoldo

2015

Z69c Zilles, Fabiana

O controle jurisdicional de políticas públicas de saneamento básico e seus limites em casos de omissões administrativas/ Fabiana Zilles-- 2015.

179 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2015.

Orientadora: Prof^a. Dr^a Têmis Limberger

1. Direitos fundamentais. 2. Política pública - Saneamento básico. 3. Controle jurisdicional - limites. I. Título. II. Limberger, Têmis.

CDU 342.7

Catálogo na Publicação:
Bibliotecário Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SANEAMENTO BÁSICO E SEUS LIMITES EM CASOS DE OMISSÕES ADMINISTRATIVAS”, elaborada pela mestranda Fabiana Zilles, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 15 de janeiro de 2015.

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Têmis Limberger

Membro: Dr. Luiz Felipe Silveira Difini

Membro: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

The human right to water is indispensable for leading a life in human dignity. It is a prerequisite for the realization of other human rights. (United Nations; Committee on Economic, Social and Cultural Rights; General Comment n° 15)

The children who have no clean water to drink, the women who fear for their safety, the young people who have no chance to receive a decent education have a right to better, and we have a responsibility to do better. All people have the right to safe drinking water, sanitation, shelter and basic services. (Ban Ki-moon, United Nations Secretary General)

RESUMO

A presente dissertação investiga a possibilidade do controle jurisdicional de políticas públicas de saneamento básico em casos de condutas omissivas da Administração Pública no Sistema Constitucional Brasileiro e seus limites. O fundamento jurídico deste controle deriva da constitucionalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pela Constituição Federal Brasileira e de que a mesma outorgou aos juízes brasileiros o dever de controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, bem como consagrou como direito fundamental o fato de que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Primeiramente, a pesquisa estuda o conceito interdisciplinar de política pública e as objeções ao controle jurisdicional em casos de omissões administrativas, especialmente em virtude do princípio da separação de poderes e do conceito de discricionariedade administrativa. Após, analisa as implicações do reconhecimento pela Constituição Federal Brasileira do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e da sadia condição de vida e o respectivo princípio da intervenção estatal obrigatória, e a indissociável interrelação deste direito fundamental com o direito ao saneamento básico, reconhecido expressamente pela Organização das Nações Unidas igualmente como direito humano. Mais adiante, o estudo verifica a questão do princípio da reserva do possível e do mínimo existencial em matéria de saneamento básico e busca caminhos jurisdicionais para estabelecer o controle de tais políticas públicas e seus limites, à luz dos princípios constitucionais condicionantes da interpretação, e analisa critérios de aferição de descumprimentos do direito ao saneamento básico de acordo com os postulados da lei das diretrizes nacionais para o saneamento básico.

Palavras-chave: Meio ambiente equilibrado. Saneamento básico. Políticas públicas. Controle jurisdicional. Limites.

ABSTRACT

This dissertation investigates the possibility of judicial review of public policies sanitation in cases of omissivas conduct of public administration in the Brazilian Constitutional System and its limits. The legal basis of this control derives from the constitutionalization of the right to an ecologically balanced environment in the Brazilian Constitution and that it granted the Brazilian judges the duty of controlling the constitutionality of laws and administrative acts, as well as a fundamental right enshrined the fact that can not be excluded from review by the Judiciary injury or threat to a right. First, the research studies the interdisciplinary concept of public policy and the objections to judicial review in cases of administrative omissions, especially in view of the principle of separation of powers and the concept of administrative discretion. After analyzes the implications of the recognition by the Brazilian Federal Constitution of the fundamental right to a balanced environment and the healthy state of life and its principle of compulsory state intervention, and the inextricable interrelationship of this fundamental right with the right to sanitation, expressly recognized by United Nations also as a fundamental right. Further, the study verifies the question of the principle of reserve for contingencies and existential minimum in terms of sanitation and seeks ways to establish jurisdictional control of such public policies and their limits, in the light of constitutional principles affecting the interpretation and analyzes benchmarks of breaches of the right to basic sanitation in accordance with the principles of the law of national guidelines for basic sanitation.

Keywords: Balanced environment. Sanitation. Public policy. Judicial review. Limits.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
2.1 Revisitando o Conceito Interdisciplinar de Políticas Públicas e sua Integração no Direito	11
2.2 A Constitucionalidade do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas ante o Princípio da Separação de Poderes.....	29
2.3 Uma Nova Forma de Controle Jurisdicional Frente à Escolha Administrativa	48
2.4 O Controle Jurisdicional em Casos de Omissões Administrativas	64
3 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SANEAMENTO BÁSICO E SEUS LIMITES	76
3.1 Os Fundamentos da Tutela Jurídica ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e do Direito Fundamental ao Saneamento Básico	77
3.2 Os Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial em Matéria de Saneamento Básico	101
3.3 Caminhos Jurisdicionais para o Controle das Políticas Públicas à Luz dos Princípios Constitucionais Condicionantes da Interpretação	120
3.4 Critérios de Aferição de Descumprimentos do Direito ao Saneamento Básico de Acordo com a Lei 11.445/2007 e os Limites do Respectivo Controle Jurisdicional.....	141
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	161
REFERÊNCIAS	172

1 INTRODUÇÃO

A positivação dos direitos fundamentais pela via constitucional nos sistemas jurídicos ocidentais, e também no Brasil, passou por diversos estágios, vinculados a valores histórico-culturais predominantes em épocas diversas.

Os direitos individuais, em sua concepção clássica, ditos direitos de primeira geração, que objetivam proteger a liberdade das pessoas frente ao Poder Estatal, radicam nos valores consagrados pelo liberalismo e envolvem, basicamente, prestações negativas, consistentes em abster-se o Poder Público de lesar a liberdade individual.

Os direitos sociais, denominados de segunda geração, inspirados nos valores da convivência comunitária e da solidariedade, fundados nos princípios das democracias sociais, passam a impor ao Estado, ao lado das obrigações negativas, prestações positivas, geralmente de natureza coletiva, a serem atendidas, de modo predominante, por políticas públicas.

Contemporaneamente, são reconhecidos, como de terceira geração, direitos de titularidade universal, inspirados na fraternidade humana, dotados de elevado conteúdo humanístico, tendo por objeto a paz, a comunicação, o patrimônio comum da humanidade e, sobretudo, o meio ambiente.

A partir do fato de que a Constituição Federal, no seu art. 5º, § 1º, dispõe expressamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, bem como do princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional sempre que detectada lesão ou ameaça a direito, conforme o inc. XXXV do referido artigo 5º, o Poder Judiciário tem, por consequência, responsabilidade pelo controle da efetivação das prestações estatais decorrentes da outorga constitucional.

Ademais, tornou-se notório, em nosso país, o crescente descrédito nas instituições políticas e jurídicas, a denotar um marcante descompasso entre o exercício das funções públicas e os anseios da população.

Constitui dado, também inquestionável, a ampliação considerável das expectativas dos governados diante dos novos direitos positivados pela Constituição de 1988, dependentes, ainda, em grande parte, de uma implementação mais adequada e eficaz.

A transição constitucional do Estado Liberal para o Social e, posteriormente, para o Estado Democrático de Direito, mostra-se, assim, acentuadamente programática porque incidente sobre uma realidade econômica e social moldada por concepções liberais centralizadas no individualismo humano.

Mostra-se relevante, assim, pesquisar os fundamentos jurídicos constitucionais da legitimação jurisdicional para exercer controle sobre as políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais, bem como averiguar os limites desta intervenção, especialmente ante o argumento de que, na hipótese, o Poder Judiciário estaria a infringir o princípio da separação dos poderes, insculpido no art. 2º da Carta Republicana, o qual, juntamente com os direitos fundamentais, também configura cláusula pétrea da Constituição, nos termos do seu art. 60, § 4º.

Se superado tal óbice, impõe-se a análise do entendimento doutrinário e jurisprudencial de que as escolhas e os modos de realização das políticas públicas constituem atos discricionários da esfera administrativa imunes ao controle jurisdicional, mormente quando se questiona a possibilidade de a jurisdição impor obrigações de fazer, frente a omissões governamentais.

A questão da legitimidade do Poder Judiciário impor obrigações de fazer à administração pública assume particular importância em relação à preservação do meio ambiente.

Ante os alarmantes índices de degradação ambiental e a gradativa conscientização, em dimensão global, da urgência em garantir a preservação do meio ambiente, considerado como direito fundamental de terceira geração, cumpre analisar o conteúdo, natureza e alcance da tutela ambiental no ordenamento jurídico nacional, à luz, particularmente, do art. 225 da Constituição Federal, que qualificou o meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, e impôs, ao Poder Público e à coletividade, o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações.

E, a falta de saneamento básico é um dos principais fatores de degradação ambiental e um obstáculo indissociável à sadia qualidade de vida.

Outrossim, conforme informações da Organização das Nações Unidas, aproximadamente, 40 % da população mundial ainda carece de acesso ao mesmo, e sua ausência causa o falecimento anual de 1,5 milhão de crianças menores de cinco anos por enfermidades relativa à água e ao saneamento.

É mister, portanto, analisar se a declaração realizada pela Assembleia Geral da ONU, em 20 de julho de 2010, segundo a qual “o acesso à água potável e ao saneamento básico é um direito essencial para o gozo da vida e de todos os direitos humanos” se encontra igualmente recepcionada pelo ordenamento constitucional pátrio como direito fundamental.

A presente dissertação objetiva investigar a possibilidade do controle jurisdicional de políticas públicas de saneamento básico em casos de condutas omissivas da Administração Pública no Sistema Constitucional Brasileiro e seus limites.

Se afirmativo, importa determinar, nos termos dos princípios constitucionais aplicáveis e da legislação pertinente, os serviços integrantes deste direito fundamental, as diretrizes para a realização das políticas públicas para o seu cumprimento e os limites do controle judicial sobre a atuação administrativa neste setor, especialmente, em relação a omissões do Poder Público, sob uma perspectiva compatível com as atuais exigências globais de proteção ambiental e de saúde pública.

O trabalho se insere na Linha de Pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos e aborda postulados de Direito Público em matérias de Direito Constitucional, Administrativo e Ambiental, bem como objetiva indagar se é possível um controle jurisdicional de políticas públicas de saneamento básico, em casos de condutas omissivas da Administração Pública, no Sistema Constitucional Brasileiro.

Nesta perspectiva a dissertação foi dividida em duas partes. A primeira, estuda o conceito interdisciplinar de políticas pública e as objeções realizadas ao controle jurisdicional em casos de omissões administrativas, em virtude do princípio da separação de poderes e o conceito de discricionariedade administrativa. A segunda parte da pesquisa analisa a extensão do princípio constitucional, insculpido no art. 225 da Constituição Federal, de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida, objetivando identificar no ordenamento jurídico pátrio elementos de recepção ao direito fundamental ao saneamento básico. Após, o estudo, busca critérios para aferição dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial em matéria de saneamento básico, bem como busca caminhos jurisdicionais para estabelecer os limites do controle de tais políticas públicas, à luz de princípios constitucionais de interpretação, e critérios de aferição de descumprimentos do direito ao saneamento básico de acordo com os postulados da lei nacional de diretrizes para o saneamento básico, a fim de assentar o controle jurisdicional da implantação de políticas ambientais relativas ao saneamento básico, em posições racionalmente fundamentadas.

2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução do Estado Liberal, para o Estado Social, e, posteriormente, para o Estado Democrático de Direito implicou na constitucionalização de inúmeros direitos fundamentais, que passaram a impor ao Estado, ao lado das obrigações negativas, consistentes em abster-se o Poder Público de lesar a liberdade individual, prestações positivas que objetivam a implementação de condições de vida compatíveis com a dignidade humana.

Tais prestações, na maioria das vezes, transcendem o alcance individual, tornando necessárias medidas de eficácia coletiva instrumentalizadas através de políticas públicas.

É mister analisar, portanto, o conceito interdisciplinar de políticas públicas e sua integração no Direito, eis que grande parte dos comandos que objetivam a efetivação de direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais de caráter coletivo, não se encontram propriamente na esfera das políticas públicas.

Embora o conceito de política pública, enquanto um conjunto de ações coordenadas para a realização de fins socialmente relevantes, tenha natureza e conteúdo prevalentemente político e administrativo, sua vinculação à efetivação de direitos fundamentais inscritos na Constituição, insere na esfera da juridicidade os respectivos atos de constituição e de execução que, assim, se tornam igualmente sujeitos ao controle jurisdicional, cujos fundamentos e limites serão analisados no curso do trabalho.

O controle jurisdicional das políticas públicas para assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, mormente os de eficácia coletiva, não se ajusta à forma tradicional de controle dos atos administrativos, restrito a legalidade meramente formal, mas precisa ser amplo e substantivo frente a lesões ou ameaças aos bens jurídicos em questão, decorrentes tanto de condutas comissivas, como omissivas, o que implica na reinterpretação do significado e do alcance do princípio constitucional da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa.

A necessidade de tal reinterpretação decorre da própria Constituição Federal de 1998 que outorgou expressamente aos juízes brasileiros o dever de controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, bem como consagrou como direito fundamental o fato de que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

2.1 Revisitando o Conceito Interdisciplinar de Políticas Públicas e sua Integração no Direito

Uma das questões fundamentais do Direito é a de normatizar as relações entre o Estado e o cidadão, o primeiro detentor do poder de coerção, fortemente aparelhado para garantir-lhe efetividade, e o segundo a ele sujeito, indefeso, e dependente de garantias jurídicas para não ser esmagado e tolhido em suas aspirações como ser humano.

Durante longo período de monarquias absolutistas, o respeito à dignidade humana da população ficou, praticamente, à mercê dos Soberanos, subordinados somente a influência de fatores de legitimação indeterminados e vagos, como os consuetudinários ou os religiosos.

Jorge Miranda observa que a expressão ‘*Estado Absoluto*’ é imprecisa pela razão de que, em qualquer regime de governo, o poder estatal somente pode subsistir sob o pressuposto da existência de algum tipo de regra de legitimação.

O jurista e professor lusitano sustenta, por isso, que, em sentido próprio e preciso, o termo significa “a máxima concentração do poder no rei”, cujo exercício se legitima por regras “exíguas, vagas, parcelares e quase todas não reduzidas a escrito”.¹

No mundo ocidental, com o fortalecimento econômico e político dos senhores feudais, o Poder Monárquico se viu forçado a concessões em favor das liberdades individuais, concessões que foram precursoras dos modernos regimes democráticos.

Na Europa, particularmente na Espanha e na Inglaterra, os monarcas firmaram a outorga de algumas liberdades individuais, as quais, embora destinadas exclusivamente em favor da nobreza, são consideradas como antecedentes formais mais diretos das declarações de direitos que, na modernidade, alicerçaram o Estado Liberal.

Na América do Norte, em 1776, deu-se a ‘Declaração de Virgínia’, que reconheceu todos os homens como independentes e livres, assegurando as liberdades individuais, a proteção processual e os direitos políticos.

Segundo Luís Roberto Barroso, foi, contudo, a Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que representou o grande divisor histórico entre o absolutismo e o liberalismo, “marco do advento do Estado Liberal”.²

É de registrar que a questão dos direitos fundamentais do homem revela o desenvolvimento jurídico-filosófico da humanidade, tendo como marco histórico-social a

¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 28-29.

² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 99.

Virginia Bill of Rights (12-6-1776) e a *Declaration des Droits de l'Homme e du Citoyen* (26-8-1789). Tal foi a importância destes movimentos que J.J. Gomes Canotilho ensina terem os mesmos realizado “um corte histórico no processo de desenvolvimento dos direitos fundamentais”. Aduz o constitucionalista lusitano que, antes destes manifestos, existia “uma relativa cegueira em relação à ideia dos direitos do homem”, sendo que, posteriormente aos mesmos, surgiu uma época “fundamentalmente marcada pela chamada constitucionalização ou positivação dos direitos do homem nos documentos constitucionais”.³

Cabe, aqui, observar que a doutrina utiliza diversas terminologias a respeito do tema (direitos do homem, direitos humanos, direitos fundamentais, direitos humanos fundamentais, etc). O conteúdo axiológico destas divergências semânticas não será objeto da presente pesquisa, até porque a própria Constituição Federal também utiliza de expressões diversas para se referir aos direitos fundamentais (direitos humanos, direitos e garantias fundamentais, direitos e liberdades constitucionais e direitos e garantias individuais).

Para fins didáticos e metodológicos, todavia, cumpre distinguir os direitos humanos dos direitos fundamentais, através das lições de Ingo Sarlet, segundo o qual os direitos fundamentais “constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado”, enquanto os direitos humanos são aqueles que, por não estarem ainda constitucionalizados, integram “apenas uma espécie de moral jurídica universal”.

A distinção proposta é de natureza estritamente conceitual, não implicando em qualquer referência a realidades empíricas, concernentes ao grau de positivação dos direitos humanos em constituições determinadas.

A operacionalidade da dicotomia teórica decorre da mera possibilidade de existirem direitos humanos não garantidos juridicamente, considerando-se, ainda, que a positivação constitucional dos direitos humanos requer, além da mera previsão em termos genéricos, mecanismos de efetivação concreta, sem os quais os direitos, em tese, assegurados tem o seu cumprimento subordinado à vontade dos governantes, não superando a esfera da moral jurídica.

J.J. Gomes Canotilho, sobre a importância e consequências da inclusão destes direitos humanos na positivação nos textos das constituições modernas, ensina: “Sem esta positivação jurídica, os 'direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou até, por vezes,

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 380.

mera retórica política', mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional".⁴

E aduz o constitucionalista lusitano:

A constitucionalização tem como consequência mais notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes 'declarações de direitos'. (grifo do autor).⁵

Destarte, ante os limites impostos pela presente pesquisa, utilizar-se-á, em princípio, o termo direito fundamental para aqueles direitos humanos que estão positivados na Ordem Constitucional, ressaltando, que o presente trabalho não pretende se ater a divergências terminológicas, mas buscar os fundamentos político-sociais que tornaram os direitos fundamentais do homem o mais importante tema jurídico-político e social da atualidade.

Assim, para o estudo do desenvolvimento do tema, é mister registrar as lições de Paulo Gustavo Gonet Branco, ao asseverar que, além das concepções filosóficas justificadoras dos direitos fundamentais, é necessário analisar o momento histórico social em que os mesmos se desenvolveram. Neste sentido expõe o referido autor:

Assim, para os jusnaturalistas, os direitos do homem são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado. Já para os positivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela. Para os idealistas, os direitos humanos são idéias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo, ao passo que, para os realistas, seriam o resultado direto de lutas sociais e políticas. [...] Não basta, assim, que um direito encontre bons motivos filosóficos, aceitos no momento, para ser positivado; é indispensável, ainda, o concurso de condições sociais e históricas favoráveis para que se incorpore aos estatutos vinculantes.⁶

Paulo Bonavides ensina que os direitos fundamentais objetivam, numa concepção mais ampla, “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”, e continua mais adiante afirmando que, numa concepção mais restrita, os “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”.⁷

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377.

⁵ Ibid., p. 378.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 269.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 578.

Norberto Bobbio, ao dissertar sobre os fundamentos dos direitos do homem, também foi enfático em observar a historicidade dos referidos direitos ao dizer: “[...] que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.”⁸

Ressalta, no entanto, que os “Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização”.⁹

Oswaldo Canela Junior também é enfático ao asseverar que “os direitos humanos são produto do reconhecimento expresso da existência de bens soberanos de toda a humanidade, cuja proteção é condição para a sua sobrevivência e para o seu aperfeiçoamento ético”.¹⁰

Assim, a partir do pensamento liberal-burguês do séc. XVIII, surgiram os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade civil e política (direito à liberdade de expressão, à liberdade religiosa, à propriedade privada, ao sufrágio universal, à inviolabilidade do domicílio, etc) e, posteriormente, os de segunda geração, provenientes da crise econômica e social do século XIX, ligados à noção de direitos sociais, culturais e econômicos (direito ao trabalho, à saúde, à educação, à assistência social, etc) .

Os primeiros, consoante os ensinamentos de Paulo Gustavo Gonet Branco, frutos diretos das Revoluções Americana e Francesa, “traduziram-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo”, dotados portanto de um caráter negativo onde foi “o homem individualmente considerado” como “paradigma de titular desses direitos”. Os referidos direitos ainda não se ocupavam propriamente com as desigualdades sociais. Já os direitos de segunda geração, associados às pressões e reivindicações decorrentes do processo de industrialização, do impacto do crescimento demográfico e do agravamento das disparidades sociais, impuseram ao Estado prestações positivas, pelas quais “se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos”. Aduz o referido constitucionalista que “o princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais”, chamados “de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a

⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 19.

⁹ *Ibid.*, p. 17.

¹⁰ CANELA JUNIOR, Oswaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33.

reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados”.¹¹

É oportuno ressaltar que o termo geração de direitos representa um processo “cumulativo e qualitativo”¹², não significando que os direitos existentes num determinado momento sejam suprimidos ou substituídos por aqueles que surgiram em momento posterior, mas sim que os mesmos representam uma evolução da humanidade na busca do pleno desenvolvimento das aptidões do ser humano tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana.

No mesmo diapasão, Orci Paulino Bretanha Teixeira, afastando igualmente a ideia de exclusão, ensina que “as gerações mais recentes têm como pressuposto os ensinamentos das gerações anteriores”. Acrescenta que os direitos das gerações anteriores “nascem e sofrem mutações. Assumem outra dimensão: os direitos da geração mais recente tornam-se um pressuposto para entender de forma mais adequada a geração anterior – e, conseqüentemente também para melhor realizá-los”.¹³

Vasco Pereira da Silva igualmente preleciona a respeito da questão:

[...] As gerações representariam, assim, a dimensão da historicidade dos direitos humanos, mostrando como a matriz comum dessas posições subjectivas se vai concretizando ao longo do tempo, conduzindo ao progressivo aprofundamento e desenvolvimento das **formas de realização da dignidade da pessoa humana**.

Entendidas desta forma, as gerações de direitos que se vão sucedendo **não põem em causa o legado histórico das anteriores, nem pretendem substituir-se uma às outras, tal como não perdem a sua dimensão individual, antes constituem estádios sucessivos de aprofundamento e de desenvolvimento dos direitos do Homem**. Usando uma metáfora de há pouco, o que está aqui em causa não é um fenómeno de ‘luta’, ou de ‘confronto’, mas sim de ‘convívio de gerações’ de direitos do Homem. (grifo nosso).¹⁴

Acrescenta o professor lusitano que a base de todos os direitos fundamentais radica, por primeiro, no princípio da dignidade humana, o qual deve, portanto, ser o fundamento axiológico basilar do desenvolvimento da humanidade. Registra ainda a necessidade da procura de novos caminhos e novas respostas do direito para se atingir a meta ideal. Nesse sentido expõe o mestre lusitano:

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 267-268.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 581.

¹³ TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Advogado, 2006. p. 77.

¹⁴ SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 22.

Da minha perspectiva, os direitos fundamentais radicam num princípio axiológico permanente e absoluto – que é a **dignidade da pessoa humana** – mas eles possuem também uma história – que é a da sua concretização em distintos momentos e sociedades humanas. E se o seu fundamento axiológico impõe **uma busca incessante dos melhores caminhos para a realização de um objetivo ideal**, a sua dimensão histórica mostra como a realização da dignidade da pessoa humana, em cada momento histórico e em cada sociedade, **coloca novos desafios e exige novas respostas ao Direito, obrigando à transformação e ao alargamento dos direitos fundamentais.** (grifo nosso).¹⁵

Dallari Bucci ressalta que: “ O conteúdo jurídico da dignidade humana vai, desse forma, se ampliando à medida que novos direitos vão sendo reconhecidos e agregados aos direitos fundamentais.”¹⁶

Quanto à efetividade dos direitos de segunda geração, Paulo Bonavides observa que os mesmos dominaram as Constituições do segundo pós-guerra do século XX, sendo que, todavia, por serem direitos que exigem prestações materiais, especialmente por parte da administração, os mesmos passaram, primeiramente, por um ciclo de “ baixa normatividade” ou de “eficácia duvidosa”, sendo que a superação de tal crise ocorreu a partir do momento em que os direitos humanos foram positivados nas constituições como preceitos de aplicação imediata. ¹⁷

Além desta preocupação em encontrar mecanismos jurídicos para tornar efetivos os direitos de segunda geração, evitando que os mesmos se limitassem a meros preceitos vazios em textos constitucionais ou declarações políticas, Paulo Bonavides ensina que “ a consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas [...] deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais [...] que se assenta sobre a fraternidade”.¹⁸

Aduz o referido constitucionalista que tais direitos chamados de terceira geração, “[...] dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade [...] têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. Cita o mencionado autor como exemplos desta geração de direitos, temas referentes ao desenvolvimento, à paz, à comunicação, ao patrimônio comum da humanidade e, sobretudo, o direito ao meio ambiente. ¹⁹

¹⁵ SILVA, Vasco Pereira da. Verde direito: o direito fundamental ao ambiente. In: DAIBERT, Arlindo (Org.). *Direito ambiental comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 26.

¹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 03.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 583.

¹⁸ Ibid., p. 587.

¹⁹ Ibid., p. 587-588.

Destarte, as democracias ocidentais, em sua configuração primeira, se caracterizaram pela intangibilidade das liberdades individuais, fundando-se, por isso, no dogma da não intervenção nas relações privadas.

Na concepção do liberalismo, a função do Estado se reduzia, basicamente, a assegurar aos indivíduos o exercício pleno da liberdade, deixando à sua livre iniciativa a moldagem das relações interindividuais.

Era o Estado Democrático clássico, conformado aos moldes do regime francês, decorrente da Revolução de 1789, caracterizado basicamente pelo princípio do ‘laissez faire’.

Conforme Jorge Miranda, o Estado Constitucional surgiu como “Estado liberal, assente na idéia de liberdade”, caracterizando-se pela limitação do poder político, reduzindo ao mínimo a atuação perante a sociedade.²⁰

Com o decorrer do tempo, o progresso tecnológico e a maior complexidade das relações econômicas incrementaram a divisão de classes sociais, passando a reclamar do Estado uma função interventiva, comprometida com a realização de políticas positivas de promoção humana e de justiça social.

Contemporaneamente, as democracias constitucionais asseguram, nas respectivas Leis Fundamentais, vasta gama de direitos concernentes à implementação de condições de vida, compatíveis com a dignidade do ser humano, cuja efetivação demanda ações positivas de parte dos órgãos estatais.

A maioria desses direitos fundamentais exige respostas do Poder Público que transcendem o campo das ações individuais, exigindo soluções de alcance coletivo a serem realizadas através de políticas públicas.

É de ressaltar, porém, que nem todos os direitos fundamentais têm sua efetivação condicionada à implementação de políticas públicas na medida em que a noção de política pública transcende a solução de questões individualizadas visando à efetivação de um conjunto de ações coordenadas para o equacionamento de problemas gerais, social e juridicamente relevantes.

Assim, é mister, delimitarmos, por primeiro, o conceito de política pública, eis que grande parte dos comandos jurisdicionais que objetivam a efetivação de direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais de caráter coletivo, não se constituem necessariamente em interferência no campo das políticas públicas.

²⁰ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 28-29.

A análise dos elementos estruturais do conceito de política pública, não obstante sua composição complexa, integrada também por componentes extrajurídicos, serve para destacar a sua natureza jurídica, decorrente da respectiva instrumentalidade à satisfação dos direitos fundamentais.

As políticas públicas não se confundem com mero programa de ações genéricas, senão que envolvem um conjunto coordenado de procedimentos administrativos mediante planejamento de medidas concretas para prevenção ou superação de problemas de interesse coletivo, pressupondo objetivos definidos e determinação dos meios necessários a sua implementação.

Constitui, assim, imprecisão técnica enquadrar no conceito de políticas públicas as decisões e atos administrativos pontuais, embora relacionados a direito e dever fundamental previsto na Constituição.

Não obstante, o uso indiscriminado e impreciso da expressão se tornou costumeiro no Brasil, como observado pela administrativista Odete Medauar:

Apesar da pouca precisão técnica dos termos ‘políticas públicas’ para decisões ou omissões pontuais, difundiu-se no Brasil o uso desta expressão, em especial no atinente a decisões judiciais determinativas da adoção desta ou daquela medida ante a inércia do Poder Executivo. Boa parte dessas decisões judiciais diz respeito a direitos consagrados na Constituição Federal ou a deveres do Poder Público.²¹

É de fundamental importância, pois, para a compreensão da extensão do conceito de política pública, ressaltar que atos isolados ou ações específicas que objetivam a implementação de direitos não têm o condão, por si sós, de se constituírem políticas públicas, eis que tal conceito, conforme reiteradamente asseverado na doutrina, implica necessariamente numa ação mais ampla, isto é, num programa governamental de caráter interdisciplinar com características próprias.

Neste sentido, Maria Paula Dallari Bucci caracteriza a política pública como “um programa de ação governamental ou um conjunto de processos juridicamente regulados”.²²

²¹ MEDAUAR, Odete. Alcance da proteção do meio ambiente pela via jurisdicional: controle das políticas públicas ambientais? In: D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo NERY JUNIOR, Nelson; MEDAUER, Odete (Coord.). *Políticas públicas ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 223.

²² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

Por essa razão, também Têmis Limberger anota que as políticas públicas importam em atuação do Estado contendo início, meio e fim, abrangendo as fases de estatuição, escolha e execução.²³

A incidência do ordenamento jurídico em todas as fases integrante das políticas públicas exige do jurista o conhecimento das características de cada uma das etapas e do seu entrelaçamento entre si.

Maria Paula Dallari Bucci ressalta, sob esta ótica, que as políticas públicas envolvem um ciclo de retroalimentação, com as fases de formação, execução, controle e avaliação, que interagem, subordinando-se à adequação a seu objetivo, pelo que “é necessário ao jurista o conhecimento do ciclo da política pública para tornar possível o controle jurídico de seu processo e de seus resultados.”²⁴

A normação jurídica da atividade administrativa concernente às políticas públicas não se direciona apenas ao realizado, mas opera prospectivamente ao que necessita ser realizado para a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Patrícia Helena Massa- Arzabe aduz que, em relação às políticas públicas, compete ao Direito, mais do que ordenar o já estabelecido, voltar-se “para ordenar o presente em direção a determinado futuro socialmente almejado”, o que “exige, além das normas de conduta e de organização, normas definidoras de diretrizes e de metas a serem alcançadas”.²⁵

A inclusão do elemento teleológico na própria estruturação do conceito de política pública evidencia sua natureza jurídica, subordinando os procedimentos de sua execução à plena conformidade das leis, como se impõe a todos os atos jurídicos.

As políticas públicas se realizam, mediante ações legislativas e administrativas, competindo aos respectivos poderes sua instauração e desenvolvimento, subordinados, contudo, à observância da Constituição e das leis em seu sentido amplo.

Nesta concepção de um processo de maior amplitude, destinado a cumprir comandos jurídicos, Têmis Limberger afirma que a definição de política pública envolve a estatuição de um programa de ação governamental a cargo, primeiramente, dos poderes legislativo e executivo. Ensina a professora:

²³ LIMBERGER, Têmis. O solipsismo jurídico e o (des)controle das políticas públicas. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo da. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n. 7, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 266.

²⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 70.

²⁵ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 53.

Política pública envolve definição e estatuição de programas governamentais que servem para implementar os comandos constitucionais, principalmente, no que diz respeito aos direitos fundamentais. As políticas públicas se constituem a partir de programas de Estado e são desenvolvidas por ações governamentais que envolvem os poderes legislativo e executivo, principalmente.²⁶

Maria Paula Dallari Bucci também é expressa ao asseverar que “a formulação das políticas públicas cabe, em regra, ao Poder Executivo, dentro de marcos definidos pelo Poder Legislativo”.²⁷

O deferimento de competência para a realização das políticas públicas aos Poderes Legislativo e Executivo não desobriga, obviamente, estes órgãos do Estado de subordinarem a execução desta atribuição aos preceitos constitucionais.

A identificação dos elementos constitutivos das políticas públicas, referidos nas citações aduzidas, caracteriza esta modalidade político-administrativa como um conjunto de medidas, inseridas num plano geral de ação, objetivando a satisfação de direitos de uma pluralidade de destinatários, evidenciando sua inserção no ordenamento jurídico e a conseqüente necessidade do controle de sua conformidade com os preceitos da Constituição, mormente quando são postos em xeque direitos da população.

A subordinação das políticas públicas à realização dos direitos subjetivos impõe que sua escolha seja ditada por objetivos que transcendam as motivações políticas ocasionais, inserindo-se num projeto de ações continuadas e independentes das particularidades ideológicas de quem, transitoriamente, exerce o poder.

Sob esta perspectiva ressalta ainda Têmis Limberger que o conteúdo das políticas públicas deve se basear em ações de Estado e não de Governo. Neste sentido assevera:

As políticas públicas devem explicitar os comandos constitucionais e embora tenham coloridos e formas de implementação próprios de cada gestão governamental devem seguir as políticas de Estado, até como forma de dar prosseguimento e assegurar a realização dos direitos estatuídos pela Constituição. Não se trata de qualquer escolha, mas daquela oriunda do texto constitucional.²⁸

²⁶ LIMBERGER, Têmis. O solipsismo jurídico e o (des)controle das políticas públicas. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo da. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n. 7, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 263- 264.

²⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 22.

²⁸ LIMBERGER, op. cit., p. 265.

O Direito e, muito especialmente a Constituição, incide, assim, para reger, não só, a juridicidade formal de todas as etapas de execução das políticas públicas, mas impõe, também, a respectiva adequação das condutas, tanto as comissivas como as omissivas, à satisfação dos direitos fundamentais das pessoas.

Esta vinculação das políticas públicas, tanto na escolha, como na execução, às imposições decorrentes do ordenamento jurídico deriva do conceito e dos elementos integrantes do processo de sua efetivação.

Resulta claro, pois, que as políticas públicas, pelo seu caráter coercitivo e pela vinculação à finalidade de atender necessidades públicas, em especial a satisfação dos direitos fundamentais, têm sua instauração e desenvolvimento juridicamente regulado.

A natureza plurifacetária das políticas públicas, integradas por componentes subordinados a diferentes ramos do conhecimento, exige dos juristas uma ultrapassagem dos conceitos e formulações doutrinárias tradicionais.

Maria Paula Dallari Bucci aduz que “a política, como conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões ou normas que a compõem, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio.” Acrescenta: “Tratar-se-ia, em consequência, de um novo instituto a ser descrito e analisado pela teoria geral do direito. Disso decorreria a existência de um regime jurídico próprio das políticas públicas”.²⁹

Ressalta, ainda, a autora a necessidade de se compreender o conceito de política pública como uma categoria jurídica nova e interdisciplinar, constituída de “arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico”.³⁰

Dallari Bucci registra a impossibilidade de se realizar um conceito exclusivamente jurídico de política pública, sendo necessária, todavia, a formulação de uma metodologia jurídica capaz de compreender tais processos, consoante a afirmação seguinte:

Embora estejamos raciocinando há algum tempo sobre a hipótese de um conceito de políticas públicas em direito, é plausível considerar que não haja um conceito *jurídico* de políticas públicas. Há apenas um conceito que se servem os juristas (e os não juristas) como guia para o entendimento das políticas públicas e o trabalho nesse campo. Não há propriamente um conceito

²⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 24.

³⁰ *Ibid.*, p. 31.

jurídico, uma vez que as categorias que estruturam o conceito são próprias ou da política ou da administração pública.

Entretanto, se não há um conceito jurídico, deve haver, com certeza, uma metodologia jurídica. As tarefas dessa são descrever, compreender e analisar as políticas públicas, de modo a conceber as formas e processos jurídicos correspondentes. (grifo do autor).³¹

O conceito de política pública, portanto, se constitui de elementos de natureza variada aportados pela política, pela economia, pelas ciências sociais, ambientais e outras que variam em conformidade com o seu objeto específico, inviabilizando uma definição estritamente jurídica. Mas a inviabilidade teórica de um conceito jurídico autônomo não importa, de modo algum, em distanciar do Direito a implantação e a execução das políticas públicas.

Maria Paula Dallari Bucci afirma que a realização das políticas públicas “deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade”, o que torna integrantes do âmbito jurídico tanto os atos como as omissões referentes a sua implementação.³²

Como instrumento de realização dos direitos fundamentais, as políticas públicas vinculam-se à juridicidade, constituindo a adequação a esta finalidade condição de sua legitimação frente ao Direito.

Esta carga de juridicidade, inerente a seu conceito, implica em controle efetivo de sua integral conformidade com o ordenamento jurídico.

A escolha das políticas públicas, enraizada no texto constitucional, não constitui, portanto, ato inteiramente discricionário dos administradores públicos, nem dos órgãos legislativos, pois a vinculação das opções políticas à Constituição, não apenas quanto a suas formalidades, mas também quanto ao próprio conteúdo material, configura matéria estritamente jurídica, sujeitando-se, por isso, aos controles legais e jurisdicionais.

Tradicionalmente, contudo, a realização das políticas públicas vem sendo considerada como privativa do poder discricionário da Administração Pública, imune, por isso, à ingerência judicial.

Hodiernamente, todavia, com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, consolidado pelo Estado Democrático de Direito pela outorga constitucional dos direitos fundamentais, a concepção do juiz neutro, mero aplicador da legislação posta, evoluiu para uma visão participativa da sua atuação na tarefa estatal de efetivação das pretensões subjetivas decorrentes da nova gama de direitos fundamentais outorgados pela Constituição.

Esta releitura da função judicante, processada mediante a transição do Estado Liberal,

³¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 47.

³² *Ibid.*, p. 37.

de feição individualista, para o Estado Social, concretizou-se, na esfera normativa, pela outorga, ao Poder Judiciário, do controle de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes do Estado, atribuição jurisdicional que abrange o exame da conformidade das políticas públicas com a efetivação dos direitos fundamentais.

No caso brasileiro, Maria Paula Dallari Bucci lembra que além da redemocratização, a Constituição de 1988 objetivou ser instrumento de diminuição da desigualdade social. Assevera a autora que: “O desafio da democratização brasileira é inseparável da equalização de oportunidades sociais e da eliminação da situação de subumanidade em que se encontra quase um terço da sua população.”³³

Embora o conceito de política pública, enquanto conjunto de ações coordenadas para realização de fim socialmente relevante, tenha natureza e conteúdo prevalentemente administrativo e político, sua vinculação à finalidade de efetivação de direitos fundamentais, inscritos na Constituição, insere na esfera da juridicidade os respectivos atos de instituição e de realização que, assim, se tornam sujeitos ao controle jurisdicional, cujos fundamentos e os limites serão abordados na presente dissertação.

Cumpra, assim, deixar claro, desde logo, que o redesenho da função jurisdicional em face dos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, inerentes ao Estado Democrático de Direito, tal como configurado no Brasil pela Constituição de 1988, não pode, por um lado, dar abrigo a qualquer pretensão de sobrepor a jurisdição às competências constitucionais dos demais Poderes de Estado, mas, por outro, não pode condescender com a omissão jurisdicional ante efetivas lesões a direitos, constitucionalmente positivados.

A implementação das políticas públicas, necessárias à efetiva satisfação dos direitos fundamentais, deve ser enfocada sob novo paradigma, instaurado pela concepção contemporânea do Estado Democrático de Direito³⁴, que evoluiu da democracia formal, em

³³ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 10.

³⁴ O Estado Democrático de Direito não pode ser entendido como oposto ou inteiramente diferenciado do Estado Liberal e do Estado Social, constituindo uma evolução destes modelos políticos anteriores, mediante a consolidação e fortalecimento, tanto das liberdades individuais (direitos fundamentais de primeira geração, gerando obrigações estatais negativa), como das conquistas sociais da população, inerentes ao Welfare State (direitos fundamentais de segunda geração, envolvendo prestações estatais positivas, de promoção da igualdade social e do mínimo existencial). As inovações incorporadas pelo Estado Democrático de Direito, que o distinguem dos paradigmas políticos anteriores consistem, principalmente: a) na constitucionalização dos direitos fundamentais como de aplicabilidade imediata; b) no fortalecimento do controle das ações políticas e administrativas, mediante o exame jurisdicional de sua constitucionalidade; c) na expansão dos direitos fundamentais para englobar a proteção de bens jurídicos de titularidade universal, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a proteção da saúde pública e outros direitos de terceira geração deferidos à integralidade da população; d) no reconhecimento do direito fundamental de participação efetiva dos cidadãos nas deliberações políticas e administrativas; e) na inserção do princípio da eficiência no rol das normas constitucionais reguladoras da administração pública; f) no aprimoramento dos instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais, incluindo o direito de todos à prestação jurisdicional. Em

que os cidadãos somente têm voz através de seus representantes eleitos, para a democracia participativa na qual os governados recebem a oportunidade de ações concretas de participação na escolha e realização das medidas que interessam ao cumprimento de seus direitos.

Este emergente paradigma de democracia exsurgiu da insuficiência da democracia tradicional em dar solução aos múltiplos e complexos problemas enfrentados pelas sociedades atuais e, muito especialmente, o da realização da vasta gama de direitos, constitucionalmente outorgados.

Nesta nova configuração do Estado Democrático, o exercício do poder estatal e os respectivos atos de gestão administrativa, muito particularmente as políticas públicas, devem admitir, fomentar e direcionar a participação dos seus destinatários.

Maria Paula Dallari Bucci ressalta o papel das políticas públicas como fator dessa transformação do Estado:

Por fim, é preciso ainda atentar para o fato de que a consolidação das políticas públicas como modo prospectivo de ordenação da vida em sociedade transformou não só as feições tradicionais do direito, como trouxe consigo a transformação do próprio Estado, no tocante a seu modo de relacionar-se com a sociedade, uma vez que esta é a porta pela qual entrou a antes absolutamente utópica democracia participativa.³⁵

A participação da sociedade civil na escolha e realização das políticas públicas, necessária à consolidação de uma democracia real, atua como fator de legitimação da atuação governamental, transformando a concepção do poder estatal, que deixa de ser um poder totalmente imperativo e discricionário.

Patrícia Helena Massa – Arzabe ressalta sobre a importância da vontade da sociedade civil no processo de desenvolvimento das políticas públicas, frisando que as políticas públicas não representam somente uma “ação do Estado sobre a sociedade”, mas exigem a participação também dos agentes econômicos, das organizações da sociedade civil e dos particulares, “como indica uma rápida lançada de olhos sobre políticas econômicas ou políticas sociais de saúde, de educação, de trabalho”.³⁶

suma, a característica preponderante do Estado Democrático de Direito é a prevalência dos direitos fundamentais e a disponibilidade de instrumentos jurídicos eficazes para a efetivação das prerrogativas jurídicas em prol da integralidade da população.

³⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 72.

³⁶ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 58.

Acrescenta a autora, ao abordar o conceito de ‘governança’ como processo de governo que ocorreu uma mudança de paradigma na forma de relacionamento entre o Estado e seus cidadãos, sendo de fundamental importância para o desenvolvimento do processo de decisão a efetiva implantação da democracia participativa, com decisões conscientes. Afirma a autora:

Por conta de seu caráter finalístico de estabelecimento e realização de objetivos socialmente relevantes e mesmo necessários, as políticas públicas pertencem ao âmbito do que vem se denominando na doutrina anglo-americana de *governance* ou governança. O termo designa não o ato ou a estrutura, mas o processo de governar.³⁷

[...]

A idéia de governança atinge, portanto, a estrutura de organização e gestão do poder, posto que, nos dizeres de Muller e Surel, ‘a governança surge como um modo de governar, em sentido largo, no qual a ação pública (construção de problemas públicos, das soluções e de suas formas de implementação) não mais passa pela ação de uma elite político-administrativa relativamente homogênea e centralizada (que tende a perder, por este fato, seu relativo monopólio na construção de matrizes cognitivas e normativa de políticas públicas), mas pela coordenação de múltiplos níveis e múltiplos atores, onde o resultado, nunca certo e seguro, depende da capacidade dos atores públicos e privados, de definir um espaço comum de sentidos, mobilizando conhecimentos de origens diversas e pondo em prática formas de responsabilização e de legitimação das decisões tanto no universo da política eleitoral, quanto da política dos problemas”. A inovação deste processo consiste, então, em dois pontos básicos, a saber, a modificação no eixo da ação estatal, que deixa de ser apenas vertical, de cima para baixo, e a transformação da relação entre Estado e sociedade civil, não mais se podendo falar na dicotomia público-privado. (grifo do autor).³⁸

O incentivo à participação da sociedade civil no desenvolvimento das políticas governamentais deixa de ser mera faculdade ou recomendação doutrinária para ser concebida como princípio jurídico estruturante do vigente Estado Democrático de Direito.

Marcos Augusto Perez pontua a necessidade da participação popular “para romper com o distanciamento entre a sociedade e a Administração”, acrescentando que “a participação é um princípio jurídico de organização da Administração Pública. Princípio implícito em nosso ordenamento jurídico constitucional. Chamamos de princípios de organização aqueles que importam na estruturação de processos formais de divisão de tarefas ou competências e de tomada de decisão”, objetivando o que o referido autor denomina de uma ‘dupla funcionalidade’: dotar a atuação administrativa de maior legitimidade e de maior eficiência.³⁹

³⁷ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 58.

³⁸ Ibid., p. 59.

³⁹ PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 169-170.

Por fim, o administrativista cita como instrumentos de participação as audiências públicas, as consultas públicas, o plebiscito administrativo, referendo, comissões de caráter deliberativo, atuação de organizações sociais ou de entidades de utilidade pública.⁴⁰

Por igual, Têmis Limberger, ao prelecionar sobre a importância da democracia participativa no desenvolvimento do Estado, assevera:

O cidadão não esgota a sua participação em relação à deliberação da representação, mas a oportuniza diretamente nos assuntos que se referem ao dia a dia dos serviços públicos.

[...]

Esta dimensão participativa subverte a lógica com a qual foi concebido o direito administrativo, qual seja, de súdito e a administração pública, onde a hierarquia e a subordinação eram elementos importantes.

O cidadão é ator participante e construtor do processo democrático, não se limitando a ser um consumidor passivo dos serviços públicos concedidos.⁴¹

Assim, é mister para a compreensão atual do conceito de política pública incorporarmos nele a vinculação à participação popular, ultrapassando os limites da mera democracia representativa e colocando-nos em consonância com a efetiva democracia participativa.

É de lembrar que a democracia representativa se configura, formalmente, quando o poder político, regulado por normas fundamentais pré-constituídas, é exercido em nome do povo por seus representantes livremente eleitos.

Norberto Bobbio em sua clássica obra ‘O Futuro da Democracia’ identifica este regime político “por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais *procedimentos*”.⁴²

Aduz o jusfilósofo italiano que a Democracia nasceu de uma “concepção individualista da sociedade”, isto é da ideia de que “a sociedade política é um produto artificial da vontade dos indivíduos”.⁴³

Esta concepção formal da democracia se mostrou razoavelmente compatível com o Estado Liberal, mero guardião das liberdades individuais, caracterizado pela intervenção mínima do poder público nas relações entre os particulares.

⁴⁰ PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 171.

⁴¹ LIMBERGER, Têmis. O solipsismo jurídico e o (des)controle das políticas públicas. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo da. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, n. 7, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 277.

⁴² BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 30.

⁴³ *Ibid.*, p. 34.

A instauração do Estado Democrático de Direito, com a constitucionalização ampla de direitos fundamentais, tornou necessária uma intervenção estatal mais acentuada nas atividades privadas, cujos atos de realização e cujas condutas de omissão geram expectativas insatisfeitas, trazendo à tona a divisão da sociedade em segmentos conflitantes.

Desmoronou, assim, gradativamente, a ilusória presunção de que o poder é exercido em nome do povo, gerando crescente inconformidade com a democracia meramente formal e incentivando a construção de uma democracia participativa.

Neste sentido, Norberto Bobbio é enfático ao afirmar que na atual sociedade democrática não existe mais o povo como unidade ideal (ou mística), mas apenas o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes.⁴⁴

Do mesmo modo, Darci Guimarães Ribeiro sustenta que “a verdadeira democracia participativa é a verdadeira democracia do Terceiro Milênio”, na qual o povo deve tornar-se ator proativo na construção da sociedade desejada, “não mais como mero coadjuvante, como aquele que está apto de fato a reivindicar sua posição proeminente em uma sociedade livre, solidária e justa.”⁴⁵

A vasta e complexa problemática de concreção dos direitos fundamentais, mediante onerosas prestações positivas do Poder Público, realizáveis geralmente através de políticas públicas, constitui tarefa ingente, dependente de condições estruturais e financeiras.

A satisfação destas promessas constitucionais somente se torna factível progressivamente no modelo participativo de democracia, requerendo responsabilidade ética dos governantes e consciência de cidadania dos governados.

A participação efetiva dos cidadãos nas decisões governamentais, por um lado, enfrenta natural resistência da parte dos governantes, apegados, ainda, aos tradicionais procedimentos políticos-administrativos próprios da democracia representativa, e, por outro, depende do incremento de uma consciência política proativa de parte dos governados, ainda pouco desenvolvida.

Norberto Bobbio, na sua obra ‘O Futuro da Democracia’, assevera que, entre ‘as promessas não cumpridas’ pela democracia, encontra-se a questão da apatia política que acabou se desenvolvendo inclusive nas democracias mais consolidadas.⁴⁶

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 30., p. 35.

⁴⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 100.

⁴⁶ BOBBIO, op. cit., p. 45.

A positivação de direitos fundamentais não se mostrou suficiente para superar o distanciamento entre o governo e a sociedade civil e estabelecer, assim, uma forma de representação efetiva dos cidadãos.

Darci Guimarães Ribeiro é enfático ao afirmar que:

Mesmo com o aumento dos direitos políticos, com o crescimento do povoativo, ainda assim, poucos são os indivíduos que, ao observar as ações do Estado, se sentem ali representados. Decisionismos, processos legislativos incoerentes e obscuros, aumento exacerbado do uso de Medidas Provisórias, enfim, **nos encontramos diante da falência institucional dos poderes executivo e legislativo**, justamente os quais mais deveriam estar próximos ao cidadão, tendo em vista o seu imenso respaldo eleitoral, mas, em realidade, eles se encontram os mais distantes. (grifo nosso).⁴⁷

E acrescenta: “Nessa perspectiva, surge o juiz como ator determinante na efetiva criação do direito e na solução das legítimas pretensões sociais, de sorte que a própria democracia se realiza quando resolvido o caso apresentado ao Poder Judiciário.”⁴⁸

As crescentes exigências sociais, na medida em que reclamam uma democracia de efetiva participação popular, capaz de assegurar os direitos inscritos na Constituição, legitimam a contribuição jurisdicional para a construção desta nova realidade social e política.

Esta legitimação da intervenção judicial se alicerça na instrumentalidade das políticas públicas à efetivação dos direitos fundamentais, a qual confere juridicidade ao conteúdo das ações administrativas, vinculando-as ao controle jurisdicional.

Em síntese do exposto, temos que a formulação do conceito de política pública, embora envolva a consideração de componentes interdisciplinares, variáveis de acordo com as ciências em cujo campo se inserem os objetos específicos das diferentes ações governamentais, não pode prescindir, contudo, como elemento conceitual indispensável, da vinculação à sua finalidade, ou seja, em seu alcance principal, à implementação efetiva dos direitos subjetivos fundamentais da população.

Este incontornável componente teleológico das políticas públicas decorre do estágio contemporâneo em que se normatiza a relação entre o Estado e o cidadão, o qual, na configuração contemporânea do Estado Democrático de Direito, tornou-se credor constitucional da efetiva outorga estatal de condições de vida compatíveis com a dignidade do ser humano.

⁴⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 102.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 98.

O adimplemento deste novo encargo por parte do Poder Público implica na realização de políticas públicas, adequadas à consecução de sua finalidade democrática.

Nesta perspectiva finalística, a escolha e execução das políticas públicas somente alcançam legitimação jurídica quando determinadas por objetivos de interesse coletivo, que transcendam as motivações meramente político-partidárias ou eleitoreiras.

Ora, se a vigente Constituição de 1988 assegura, expressamente, em seu art. 5º, inc. XXXV, que toda a lesão ou ameaça a direito comporta a intervenção jurisdicional, cabe concluir que a legitimação do controle judicial das condutas administrativas, comissivas ou omissivas, decorre de um elemento conceitual da política pública, o de cumprir mandamentos constitucionais referentes à satisfação dos direitos fundamentais.

Além disso, a concepção contemporânea do Estado Democrático de Direito envolve a legitimidade da participação popular nas decisões governamentais, principalmente na destinação das verbas públicas, legitimando os órgãos jurisdicionais a decidirem sobre a procedência, ou não, de inconformidades da população com ações ou omissões dos administradores públicos.

Esta feição contemporânea do Estado Democrático de Direito, em particular a ampla positivação de direitos fundamentais, não se ajusta ao modelo tradicional de controle jurisdicional dos demais Poderes do Estado, limitado à verificação da legalidade meramente formal, mas reclama o controle substantivo e amplo das condutas comissivas ou omissivas que se constituam em descumprimento de direitos fundamentais, configurando, assim, novas dimensões ao exercício da judicatura.

2.2 A Constitucionalidade do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas ante o Princípio da Separação de Poderes

O princípio da separação dos poderes do Estado passa por uma revisão paradigmática frente aos postulados do Estado Democrático de Direito, tal como o configura o constitucionalismo contemporâneo, em cuja moldura situa-se a Constituição Federal de 1988.

Principalmente, dois fatores convergem para esta mudança de paradigma em direção ao abrandamento da radicalidade da tricotomia tradicional das funções do Estado: a constitucionalização de amplo conjunto de direitos fundamentais e a mudança de concepção dos juízes acerca de seu compromisso com a efetivação dos direitos positivados.

A mudança de perspectiva dos juízes acerca de sua função, assumindo a obrigação de, nos limites da prestação jurisdicional, concorrer para a efetivação dos direitos fundamentais assegurados pela Carta Constitucional de 1988, vem atestada por juristas e pesquisadores.

Neste sentido a cientista política Maria Tereza Sadek assevera: “Como protagonistas centrais, juízes, desembargadores e ministros de tribunais têm ocupado espaços na arena pública, marcando posição e desempenhando papéis que extrapolam a clássica descrição ou extrema impessoalidade”.⁴⁹

Sobre a mudança ocorrida na magistratura brasileira durante os seus mais de trinta anos de função judicante, Sidnei Agostinho Beneti foi enfático ao afirmar: “Mudou a visão judicial, superada a *Weltanschauung* clássica, marcada pela doutrina da neutralidade absoluta, reclusa na leitura passiva dos textos legais”.⁵⁰

Do mesmo modo, Rodrigo Collaço, ao comentar pesquisa realizada no ano de 2005 pela Associação dos Magistrados Brasileiros sobre o perfil e as opiniões dos nossos magistrados, observa que: “a magistratura tem consciência de que a Constituição Federal de 1988 a tornou uma das principais administradoras da crise social brasileira e colocou, rotineiramente, diante da população carente de direitos e de proteção social”.⁵¹

E acrescenta o referido magistrado: “[...] os juízes brasileiros, revela a pesquisa, ao julgar, baseiam-se preponderantemente na lei, sem ignorar as consequências econômicas e sociais de suas sentenças”.⁵²

Maria Tereza Sadek constata o seguinte a respeito dos magistrados que participaram do referido questionamento:

[...] que a extensa maioria (86,5%) considera que as decisões judiciais devem orientar-se preponderantemente por parâmetros legais. Essa opção não exclui o compromisso com as consequências sociais, alternativa afirmada por mais de três quartos (78,5%) dos entrevistados. O compromisso com as consequências econômicas, por sua vez, obteve resposta positiva de 36,5% dos magistrados – ainda que não se trate da maioria, é uma proporção bastante expressiva.⁵³

⁴⁹ SADEK, Maria Tereza (Org.). *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 11.

⁵⁰ BENETI, Sidnei Agostinho. Falam os juízes na pesquisa da AMB. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 99.

⁵¹ COLLAÇO, Rodrigo. Auto-retrato dos magistrados brasileiros. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 8.

⁵² *Ibid.*, p. 8-9.

⁵³ SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 20.

Sadek, ao analisar posterior questionamento realizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros no ano de 2010, junto a 75 Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores de Justiça, do Trabalho e Eleitoral, quando indagados se ‘ao julgar, o juiz deve levar em conta o impacto de sua decisão em termos sociais, econômicos e de governabilidade’, constatou que: “61% (46 em um total de 75) concordaram com a afirmação segundo a qual, ‘ao julgar, o juiz deve levar em conta o impacto de sua decisão em termos sociais, econômicos e de governabilidade’. Esta proporção é mais alta no STJ (60,6%), no TST (62%) e no TSE do que no STF (54,5%).”⁵⁴

Sobre esta nova visão do magistrado como ator na solução de conflitos sociais e políticos, Maria Tereza Sadek argumenta que a tarefa de aplicar a lei para assegurar a satisfação dos direitos dos cidadãos erige o Poder Judiciário na mais importante instância de garantia dos direitos de cidadania, com o compromisso institucional de estar a serviço dos destinatários do ordenamento jurídico, garantindo-lhes os direitos tanto frente aos particulares com em face dos órgãos do Poder Estatal, com “a palavra final, quer sobre conflitos de natureza eminentemente política, quer sobre disputas eminentemente privadas”.⁵⁵

Ressalta a pesquisadora política que esta dúplici dimensão da atuação jurisdicional foi respaldada pela Constituição de 1988 que, além de positivizar vasta gama de direitos sociais “como o direito ao trabalho, à moradia, à saúde, à Previdência Social” (entre os quais caberia incluir os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida), caracterizou-se pelo fortalecimento dos mecanismos de efetivação desses direitos, representando “um ponto de inflexão na história nacional, uma vez que tanto os novos direitos como os mecanismos para a sua tutela evocam a exigência de atuação estatal.”⁵⁶

Nesta nova dimensão constitucional, a jurisdição passa a se defrontar, além do controle tradicional da legalidade formal dos atos estatais, com a atribuição de decidir sobre a adequação material da atuação do Estado em relação ao cumprimento dos direitos fundamentais da população, o que passa a justificar, nos limites do possível e do razoável, o controle das escolhas políticas quando ações e omissões do Poder Público materializam lesão a direitos.

A obrigatoriedade da prestação jurisdicional em todos os casos de efetiva ou iminente lesão a direitos quebra a radicalidade da separação entre política e jurisdição quando a satisfação

⁵⁴ SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 22.

⁵⁵ SADEK, Maria Tereza. Introdução: experiências de acesso à Justiça. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 2001. p. 7-8. (Pesquisas, 23).

⁵⁶ SADEK, op. cit., p. 15.

do direito importa em condutas políticas e administrativas, repercutindo, por consequência, sobre o alcance tradicionalmente reconhecido à separação dos poderes.

Ovídio Batista da Silva assevera, a esse respeito, que o atual conceito de jurisdição deve abranger igualmente as questões políticas, cuja a análise era anteriormente vedada aos operadores do direito. Neste sentido afirma:

Se devemos transformar o conceito de jurisdição, para torná-lo compatível com nossas exigências sociais e políticas, a primeira imposição que nos assalta é a de estarmos dispostos a envolver-nos com as questões políticas, cujo acesso aos juristas esteve sempre vedado.⁵⁷

A efetivação dos direitos fundamentais não é compatível com a situação de pobreza extrema de grandes parcelas da população, o que torna a diminuição das desigualdades sociais uma questão não meramente política mas, também, jurídica.

Ovídio Batista aduz que o trabalho do jurista contemporâneo não pode prescindir do seu efetivo comprometimento com a diminuição das desigualdades sociais, as quais, com o desenvolvimento e os progressos técnicos contemporâneos, já não podem mais ser consideradas como realidade natural e inevitável, na medida em que o aquinhoamento dos bens e vantagens da sociedade a uma minoria de privilegiados, deixando a grande maioria na miséria, deve ser encarado, mormente diante dos avanços técnicos do mundo ocidental, como ‘uma intolerável injustiça’. O autor faz candente advertência aos juristas e, em especial, ao processualistas, de que não mais é possível “que continuemos a esconder-nos em nosso tranquilo mundo conceitual, transferindo a outrem a responsabilidade pelo fracasso na administração de uma justiça condizente com os padrões contemporâneos.”⁵⁸

Maria Tereza Sadek também salienta o surgimento de nova metalidade na interpretação da lei no sentido de torná-la instrumento de minoração das desigualdades sociais, afirmando que:

À Lei igual para todos incorpora-se o princípio de que desiguais devem ser tratados de forma desigual. Cresce a força de movimentos segundo os quais a lei, para cumprir suas funções, deve ser desigual para os indivíduos que são desiguais na vida real. Assim, passam a ser defendidas a elaboração e a adoção de políticas que tenham por finalidade diminuir a desigualdade. Políticas

⁵⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 305.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 316.

afirmativas traduzem a ideia de que cabe à lei e também ao poder público interferir na desigualdade concreta.⁵⁹

A exigência de participação judicial na construção da democracia efetiva se acentua na medida em que a forma de condução política tradicional se deteriora e cai em descrédito.

Antoine Garapon adverte que “não é que o juiz tenha se transformado num novo ator político, mas foram os políticos que perderam sua imunidade em relação à justiça”⁶⁰, aduzindo, ainda, que, na medida em que a democracia não é realizada efetivamente pelo Estado, o direito passa a ser a nova sede das reivindicações políticas, fazendo da Justiça o lugar de exigibilidade dos direitos democráticos, tornando possível “a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei”⁶¹

A implantação da democracia social na vida das pessoas requer que os cidadãos disponham de mecanismos de garantia do cumprimento das promessas constitucionais, assegurando-se-lhes o acesso à via jurisdicional quando, concretamente, se configurar lesão a direito.

Kazuo Watanabe, ao prefaciar a obra de Osvaldo Canela Junior, destaca o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais, a partir dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da Constituição Federal)⁶² e do princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).⁶³ Assevera o autor:

Partindo da premissa de que o Estado, ao assumir 'compromissos de realização social', vinculou à consecução dos fins sociais, destacadamente a efetividade dos direitos fundamentais, todas formas de expressão de poder, inclusive do Poder Judiciário.

O Estado brasileiro inscreveu no art. 3º da Constituição Federal os seus **objetivos fundamentais**, aos quais estão vinculados todos os poderes, inclusive o Poder Judiciário, que passou a ocupar o patamar de **poder político** ao assumir o controle da constitucionalidade. Sustenta o Autor que a

⁵⁹ SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 09.

⁶⁰ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 35.

⁶¹ Ibid., p. 49.

⁶² Art. 3º : Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II- garantir o desenvolvimento nacional;

III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas

de discriminação. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

⁶³ XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Ibid.

interpretação do art. 2º à luz dos arts. 3º e 5º, XXXV, todos da Constituição Federal, conduz à conclusão de que incumbe ao Poder Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, proceder ao exame da 'compatibilidade dos atos praticados pelas demais formas de expressão do poder estatal a partir de sua conformidade com os objetivos do Estado. (grifo do autor).⁶⁴

O livre acesso à prestação jurisdicional, garantia contida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, é outro fator que propicia a participação do Judiciário na construção compartilhada da democracia, viabilizando a participação popular na efetivação das promessas constitucionais.

Neste sentido Darci Guimarães Ribeiro assevera:

Não é sem rumo que temos presente em nosso ordenamento o acesso irrestrito ao Poder Judiciário, segundo se depreende do inc. XXXV do art. 5º da CF. Através deste direito fundamental, as incompatibilidades existentes no meio social se tornam resolúveis e todo indivíduo tem a potencialidade de ser ouvido e ter sua causa satisfatoriamente atendida.⁶⁵

Acrescenta Darci Guimarães Ribeiro:

Destarte, a democracia participativa avulta para destacar o papel não só de maior inserção do indivíduo nas escolhas administrativas e legislativas, mas também e principalmente a partir do âmbito judicial, pois o acesso ao Poder Judiciário é irrestrito, bastando lesão ou simples ameaça a direito para que esta abra suas portas ao indivíduo, ao povo- assumindo este a conotação ampla anteriormente exposta. Esta abertura, por assim dizer, cria para os indivíduos em sociedade a possibilidade de exigir do Estado a concretização das promessas ainda não realizadas e que dificilmente o serão através do Executivo e do Legislativo. Nesta perspectiva, o processo passa a ser um valioso instrumento público posto a serviço do povo para viabilizar a essência da democracia que está configurada nos direitos e garantias fundamentais.⁶⁶

O direito fundamental de acesso à Justiça não se satisfaz pela acessibilidade formal à via judicial, mas importa no direito de ver efetivamente apreciadas as pretensões deduzidas à luz do ordenamento jurídico vigente e na conformidade com os princípios do devido processo legal.

Ademais, é de se ressaltar que a tendência evolutiva dos direitos humanos, sobretudo após as duas Grandes Guerras Mundiais, bem como em virtude da pluralidade de demandas

⁶⁴ WATANABE, Kazuo. Prefácio. CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 9-10.

⁶⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 98.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 103.

surgidas a partir do final do século passado, aponta, como asseverado por Jânia Maria Lopes Saldanha, na “compreensão ampla do direito à jurisdição como um direito humano”.⁶⁷

A autora, ao se referir sobre o princípio do art.5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, afirma que “esse dispositivo garante o acesso à Justiça como um direito humano que implica o direito de ser ouvido, então, o direito de participar de um processo em contraditório e com base na ampla defesa”.⁶⁸

De modo semelhante Mauro Cappelletti e Bryant Garth são expressos ao afirmar que: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – **o mais básico dos direitos humanos** – de um sistema moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. (grifo nosso). Acrescentam os autores que “os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem as funções sociais”.⁶⁹

A função social do processo encontra base constitucional nos Estados Democráticos de Direito pela positivação dos direitos fundamentais cuja efetivação o arcabouço processual deve instrumentalizar.

A instauração do regime constitucional, pelo qual as nações estabelecem um pacto compromissório fundamental de respeito e de efetivação dos direitos básicos à dignidade do ser humano, parece ser o fenômeno político e jurídico mais relevante da era contemporânea.

Mauro Cappelletti pontua expressamente que, no momento em que o processo judicial pode ser deflagrado por qualquer uma das partes interessadas, o mesmo passa a ser “o mais participatório de todos os processos da atividade pública”.⁷⁰

O referido autor, ao lembrar que o século passado foi marcado por duas grandes guerras e por vários governos tirânicos, registra a importância que os preceitos constitucionais passaram a ter nas democracias modernas:

O constitucionalismo moderno é a resposta da sociedade contemporânea a esta trágica experiência. A constituição, distante de ainda de ser vista como uma

⁶⁷ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantia processuais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural ‘hipermoderno’ de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo da. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n. 7, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 124.

⁶⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ISAIA, Cristiano Becker. A paradoxal face ‘hipermoderna do processo constitucional’. *Revista NEJ – Eletrônica*, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 10, jan/abr. 2010. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 30 jun. 2014.

⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002. p. 12.

⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999. p. 100.

mera proclamação de intentos políticos- filosóficos, se afirma hoje como norma jurídica, vinculante e superior a lei ordinária.⁷¹

A intensificação da força normativa da Constituição decorre do fato de que, nos regimes constitucionais contemporâneos, em particular, no brasileiro, no concernente aos direitos fundamentais, as normas basilares deixaram de ser meramente programáticas, adquirindo eficácia direta e concreta enquanto dotadas de aplicabilidade imediata, não condicionadas a edição de leis ordinárias.

Paulo Bonavides afirma que “[...] o princípio da legalidade chegou ao termo de sua hegemonia. Cedeu passo, numa dimensão menos formal e mais material, a outro, agora de grau superlativo e categórico: o da constitucionalidade.” E acrescenta mais adiante o prestigiado constitucionalista: “[...] constituição, sede maior da nova legitimidade, e que desempenha o sumo papel de inspiradora, ordenadora e diretora de todo o ordenamento jurídico.”⁷²

A hegemonia da Constituição como critério supralegal da juridicidade reforçou e ampliou a função jurisdicional na implementação dos direitos e garantias constitucionais.

Jânia Maria Lopes Saldanha assevera que uma das consequências do neoconstitucionalismo:

[...] está consubstanciada na forte relação entre os direitos fundamentais e as atividades da jurisdição, significativamente no que se constitui a marca do neoconstitucionalismo, que é a atuação de um órgão - ou órgãos destinados a dar respostas constitucionalmente possíveis – ou corretamente possíveis com fim de efetivar o ‘componente material axiológico’ das Constituições, cujo coração é formado pelos direitos fundamentais.⁷³

A dimensão constitucional da jurisdição, consistente em dar respostas constitucionalmente possíveis e corretas ante alegados descumprimentos de direitos fundamentais, legitima a intervenção judicial em questões político-administrativas tradicionalmente reservadas à competência dos outros Poderes de Estado.

Voltaire de Lima Moraes ensina:

⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporâneas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 111, out./dez. 1990.

⁷² BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 315-316.

⁷³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantia processuais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural ‘hipermoderno’ de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo da. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n. 7, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 127.

É cada vez menor o espaço em que a atividade, exercida por outro poder, especialmente a administrativa, se mostra insuscetível de apreciação jurisdicional. Isso decorre, basicamente, do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que foi acolhido de forma mais abrangente pelo legislador de 1988 (art. 5º, XXXV, da CF), ao contrário do que fizera o de 1967; na Constituição anterior, ele alcançava tão-somente os *direitos individuais* (art.153,§4º), enquanto na atual seu objeto foi ampliado para contemplar qualquer *lesão ou ameaça a direito*. Afora isso, houve a constitucionalização da ação civil pública, com objeto de tutela amplo, na medida em que alcança os interesses coletivos *latu sensu*, os individuais indisponíveis, a ordem jurídica e o regime democrático. (grifo do autor).⁷⁴

Destarte, a releitura da função judicante passa, necessariamente, por uma análise acurada do conteúdo do princípio da separação de poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal, que declara os Poderes da União independentes e harmônicos entre si.⁷⁵

A interpretação da separação dos poderes necessita ser compatibilizada com a outorga constitucional, ao Poder Judiciário, da função de exercer o controle sobre a constitucionalidade das leis e dos atos administrativos e com a indeclinabilidade da prestação jurisdicional, insculpida no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

Questiona-se, então, se o Poder Judiciário, ao realizar o controle de políticas públicas, cuja implementação constitui tarefa primordial dos Poderes Executivo e Legislativo, não estaria a infringir o princípio da separação dos poderes, insculpido no art. 2º da Carta Republicana, o qual, juntamente com os direitos fundamentais, também configura cláusula pétrea da Constituição, nos termos do seu art. 60,§ 4º.⁷⁶

A Teoria da Separação dos Poderes do Estado em Legislativo, Executivo e Judiciário, derivada, principalmente, da doutrina política de Montesquieu, já em sua origem e muito mais à frente das supervenientes realidades políticas, sociais e jurídicas, não justifica uma divisão radical e absoluta das atribuições estatais, isoladas em compartimentos estanques, senão que pressupõe diretrizes de harmonia entre os Poderes que possam garantir a unidade do Estado.

Quanto ao princípio Montesquiano, José Joaquim Gomes Canotilho assevera que a teoria de três poderes rigorosamente separados “engendrou um mito” que nunca existiu na obra

⁷⁴ MORAES, Voltaire de Lima. *Ação civil pública: alcance e limites da atividade jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 158.

⁷⁵ São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁷⁶ Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I – a forma federativa de Estado;
- II- o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III- a separação dos Poderes;
- IV- os direitos e garantias individuais.

de Montesquieu, sustentando que “mais do que separação do que verdadeiramente se tratava era de combinação de poderes”.⁷⁷

Karl Loewestein esclarece que a expressão separação de poderes, em realidade, deve significar a separação de funções, decorrente, tão somente, de uma técnica de divisão do trabalho, fazendo com que as funções do Estado sejam distribuídas a órgãos diferentes, o que vem em benefício das liberdades individuais, superando o regime absolutista em que todo o exercício do poder se concentrava numa única instância. Historicamente, a separação dos poderes nasceu da ideologia do liberalismo político em reação ao absolutismo monárquico do século XVII e XVIII, ditada pela necessidade de estabelecer e proteger a liberdade dos cidadãos. O princípio deve ser entendido neste contexto histórico, não representando uma verdade absoluta, de validade imutável em todos os tempos.⁷⁸

Para entender e dimensionar o princípio da separação das funções estatais é preciso levar em conta, portanto, as circunstâncias históricas e os objetivos que originaram a sua concepção, afastando-se a conclusão de uma separação entre os Poderes do Estado, absoluta, radical e imutável.

⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 114-115.

⁷⁸ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel Esplugues de Llobregat, 1976. p. 55-56; sustenta que: “Lo que em realidad significa la así llamada ‘separación de poderes’, no es, ni más ni menos, que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones – el problema técnico de la división del trabajo – y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el *telos* ideológico de la teoría de la separación de poderes. La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que correntemente, aunque erroneamente, se suele designar como separación de los *poderes* estatales, es em realidade la distribución de terminadas *funciones* estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de ‘poderes’, pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido em este contexto a una manera meramente figurativa. En la siguiente exposición se preferirá la expresión ‘separación de funciones’ a la ‘separation de poderes’.

Es necesario tener bien claro que el principio de la necesaria separación de las funciones estatales según sus diversos elementos substanciales y su distribución entre diferentes detentores, ni es esencial para el ejercicio del poder político, ni presenta una verdad evidente y válida para todo tiempo. El descubrimiento o invención de la teoría de la separación de funciones estuvo determinado por el tiempo y las circunstancias como una protesta ideológica del liberalismo político contra el absolutismo monolítico de la monarquía em el siglo XVII y XVIII. Al desmontar el Leviatán em sus diferentes elementos, el racionalismo liberal quería destruir el misticismo estatal del absolutismo divino de la monarquía. Este proceso recibió su cuño específico ante la necesidad ideológica de establecer y proteger la libertad individual con la separación de ‘poderes’. Esto queda aclarado por una breve digresión histórica.

Es curioso observar que el constitucionalismo de la Antigüedad funcionó sin la separación de funciones y frecuentemente em conflicto con dicho principio. Es cierto que tanto em las *polis* como em la República romana se asignaban determinadas tareas a funcionarios elegidos; sin embargo, funciones materialmente diferentes-ejecución, legislación, judicial – estaban frecuentemente unidas em la persona de una misma magistratura. [...]

Probablemente, la razón íntima de esta indiferencia fue el poco interés que el constitucionalismo clásico tuvo por la libertad, centrándolo todo em la igualdad ante la ley y el Estado de derecho. Ni la *polis* griega ni la República romana reconocieron derechos del individuo inviolables para el poder estatal. Frente a la ideología del constitucionalismo liberal de la época moderna, la separación de funciones y su asignación a diferentes órganos estatales no fue, para la ética política de los antiguos, un principio esencial em su concepción del Estado de derecho.”

Têmis Limberger, ao abordar o conteúdo do princípio da separação de poderes, também ressalta que a noção de três poderes rigorosamente separados não existiu na obra de Montesquieu, a qual teve como elementos caracterizadores a distinção tripartite do Estado e a ideia de controle recíproco entre tais funções. Ensina a autora:

É importante salientar que a doutrina a que se convencionou a denominação ‘Separação dos Poderes’ não foi assim conceituada por seu autor, Montesquieu. Da leitura de sua obra, extraem-se duas idéias principais, quais sejam: a distinção tripartite das funções do Estado e a idéia de controle recíproco entre estas atividades. Em momento algum escreveu o autor a palavra ‘separação de poderes’, isto decorreu da interpretação principal de sua obra, mormente a apropriação da doutrina que se constituiu em um dos paradigmas apregoados pela Revolução Francesa.⁷⁹

O que tradicionalmente denominamos de Princípio da Separação dos Poderes do Estado, sugerindo uma divisão essencial, ontologicamente fundada, do Poder, é, na verdade, repartição funcional de atribuições para aprimoramento da prestação dos serviços públicos e defesa dos direitos dos cidadãos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho aborda o princípio da ‘separação’ de poderes como ‘divisão funcional do Poder’, com o fim de coibir a concentração do Poder Estatal, em detrimento das liberdades individuais, cuja proteção constitui o núcleo fundamental do Estado Liberal, consoante se verifica da seguinte assertiva:

Na verdade, Montesquieu via na separação dos poderes uma doutrina política, um meio de deter o poder, como apontara mais atrás. (Recorde-se o capítulo IV do mesmo livro **O espírito das leis**: ‘Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder’ (*‘le pouvoir arrête le pouvoir’*) Não via mal algum na inação. Isto se compreende, se se lembrar que, a seu tempo e certamente para o seu pensamento, o papel do Estado não era de promover o bem –estar do povo, mas sim o de criar condições – mormente de segurança – para que cada um cuidasse dos próprios interesses. É a visão liberal do papel do Estado – o *État gendarme*. (grifo do autor).⁸⁰

Luís Roberto Barroso, ao prelecionar sobre o ‘conteúdo nuclear do princípio da separação de Poderes’, também sustenta que se trata de divisão de funções, sendo expresso ao

⁷⁹ LIMBERGER, Têmis. Políticas Públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS : mestrado e doutorado, anuário 2008. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 58.

⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. O estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 253.

afirmar que: “as **funções** estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto”.⁸¹ (grifo nosso).

Mas, independentemente do sentido originário da doutrina política de Montesquieu, é certo que as transformações econômicas, sociais e políticas que determinaram a transição do Estado Liberal para o Estado Social e a instauração, no seio deste, das democracias constitucionais tornam necessária uma reinterpretação do alcance, tradicionalmente atribuído à teoria da separação de poderes.

A concepção rígida da separação dos poderes ajustava-se ao objetivo básico do Estado Liberal, o de garantir a plena liberdade nas relações interindividuais, mas com a imposição constitucional, ao Poder Público, de prestações positivas para a satisfação de amplo conjunto de direitos da população, cuja efetivação demanda proteção jurisdicional, reduz-se a autonomia dos órgãos legislativos e executivos em questões atinentes ao cumprimento dos direitos fundamentais.

Paulo Bonavides registra que os princípios políticos que originaram e sustentaram a rígida separação dos poderes ou desapareceram ou estão em vias de desaparecimento. Neste sentido ensina o constitucionalista:

O princípio perdeu pois autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vêmo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda.⁸²

A constitucionalização dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos importa na reinterpretação do alcance do princípio da separação dos poderes para garantir a efetivação das outorgas constitucionais em compasso com a realidade de cada país.

Inocência Mártires Coelho pontua a necessidade de flexibilização do princípio da separação dos poderes para adequá-lo à realidade constitucional de cada país, conforme se verifica da seguinte assertiva:

Inicialmente formulado em sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 196.

⁸² BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 146.

temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam.⁸³

O novo enfoque dado ao princípio da separação dos poderes do Estado deriva, fundamentalmente, da constitucionalização dos ordenamentos jurídicos contemporâneos com a consequente implantação da Jurisdição Constitucional.

Hans Kelsen, ao defender a Jurisdição Constitucional, afirma sobre o princípio da separação de poderes “que a expressão ‘divisão dos poderes’ traduz melhor que a separação, isto é, a ideia da repartição do poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros”. E continua mais adiante o referido jurista “a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação de poderes; ao contrário, é uma afirmação dele”.⁸⁴

Se a interpretação rígida do princípio da separação dos poderes desempenhou, durante a vigência do liberalismo político, a função de coibir o abuso do poder em respeito absoluto à liberdade individual, nos Estados Democráticos de Direito, incumbidos de múltiplas prestações positivas em favor da população, especialmente, dos segmentos mais carentes, o risco maior de abusos ou desvios de parte dos detentores do Poder Estatal deslocou-se para o descumprimento das prestações sociais, determinadas pelas respectivas constituições.

Mauro Cappelletti pontua que o constitucionalismo moderno, consolidado, sobretudo, após as duas guerras mundiais, foi resposta a uma “trágica experiência”, isto é, ao “fato que um poder político incontrolado está destinado a corromper-se, a tornar-se tirânico e abusivo”⁸⁵, o que levou ao reconhecimento de que o princípio da separação de poderes não se firma mais em “uma rígida ‘divisão’ dos poderes”, mas uma *sharing of powers*, um poder político limitado e controlado”.⁸⁶

A crescente conscientização da necessidade de controlar o poder político obstando a arbitrariedade no seu exercício legitimou a intervenção jurisdicional quando ações ou omissões dos Poderes Legislativo ou Executivo violam direitos da população.

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 178.

⁸⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 152.

⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do poder Judiciário na sociedade contemporânea. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 111, out./dez. 1990.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 112.

Cappelletti aduz que: “Na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, [...], num sistema democrático de ‘*checks and balances*’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno”⁸⁷, acrescentando que a função de controle da constitucionalidade dos atos dos diversos poderes estatais foi confiado ao que chamou de ‘ramo menos perigoso’, consoante a expressa afirmação seguinte:

É esta, portanto, a grande lição da história recente e da comparação: uma lição que indica como sendo imprescindível para todos os Estados e sociedades democráticas e modernas, a introdução de um sistema de controles recíprocos, *checks and balances*, que chamamos constitucionalismo moderno, no qual a *branche*, ramo mais perigoso, ou seja, o ramo *stricto sensu*, ‘político’, são controlados por aquele que já Alexander Hamilton, dois séculos atrás, definiu como a *least dangerous branch*, a ‘garra’ menos perigosa, ou seja, o judiciário. (grifo do autor).⁸⁸

A afirmação de Hamilton não pode, evidentemente, ser entendida no sentido de que o Poder Judiciário tenha uma prevalência sobre os demais ou, muito menos, que seja mais qualificado em sua composição, significando, tão somente, que o exercício da função jurisdicional, por sua natureza, se distancia das controvérsias políticas e dos compromissos partidários possibilitando decisões isentas e imparciais.

Por outro lado, é preciso entender que a reinterpretação do princípio da separação dos poderes em sustento da legitimidade da intervenção judicial em casos de lesão a direitos não configura nenhuma subtração de atribuições dos demais Poderes, mas apenas viabiliza o controle jurisdicional sobre o cumprimento da Constituição, particularmente, no que concerne à efetivação dos direitos fundamentais.

Sob esta perspectiva, não se trata de ruptura da separação de poderes, mas, tão somente, de adaptar o tradicional princípio a novas realidades constitucionais, superando-lhe a rigidez originária, moldada pelas necessidades do Estado Liberal.

Na própria França, onde o modelo clássico da separação dos poderes foi instaurado e de onde se difundiu aos demais países da Europa Continental e da América Latina, não se pretendeu a utilização do princípio para excluir do controle jurisdicional os atos da administração pública, embora o sistema de controle dos atos administrativos fosse cometido, não à jurisdição ordinária, mas a uma jurisdição administrativa especializada.

⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999. p. 19.

⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do poder Judiciário na sociedade contemporânea. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 112, out./dez. 1990.

Eduardo García de Enterría ressalta a diferença da evolução do conteúdo do princípio da separação de poderes no modelo francês e no modelo do *common law*, pontuando, ainda, que originariamente mesmo na França não se pretendeu a utilização do referido princípio para a exclusão pura e simples da apreciação dos atos da administração pelo Poder Judiciário. Assevera o eminente administrativista espanhol:

[...], destaco, fazendo referência tanto a fontes francesas como anglo-americanas, que nesta regra da ‘separação’ de poderes está a base daquilo que Hauriou denominou como ‘regime administrativo’ de modelo francês e é o ponto cardinal que separa esse regime do sistema anglo-saxão, no qual o conflito entre os tribunais do *common law* e o Executivo resultou na autonomia dos primeiros. Deve-se perceber, contudo, que, como restou demonstrada na excelente pesquisa de G. Bigot (*L’autorité judiciaire et le contentieux de l’Administration. Vicissitudes d’une ambition. 1800-1872*. Paris, 1999, p.21, et seq.), esta Lei de 1790, a qual a doutrina francesa, por mais de dois séculos, tem pretendido estabelecer como a pedra fundamental da concepção de uma jurisdição administrativa especializada, não pretendeu, de forma alguma, em sua origem, tal propósito. Seu intuito era o de, simplesmente, consagrar o princípio abstrato de divisão de poderes, do qual certamente, não se derivava diretamente a exclusão judicial das questões em que a Administração fosse parte. [...] (grifo do autor).⁸⁹

No Sistema Constitucional Brasileiro, a magistratura participa do processo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais mediante o exercício da atividade jurisdicional típica de prevenir ou sanar descumprimentos dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, assegurados pela Carta Maior.

A base constitucional de tal afirmação se encontra no princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional, sempre que detectada lesão ou ameaça a direito, conforme o insculpido no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, o que, aliás, também é considerado cláusula pétrea, porquanto inserido igualmente entre os direitos e garantias individuais.

Mas é preciso por em ênfase que o exercício da atividade judicial, enquanto participativa da implementação dos direitos sociais, requer do magistrado rigorosa contenção nos limites da jurisdição frente às atribuições constitucionais dos outros Poderes, com plena consciência de que a realização destes direitos depende de um conjunto de fatores conjunturais e econômicos e somente é factível em termos progressivos, insuscetível, por isso, de emergir, como num passe de mágica, de uma decisão judicial.

⁸⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional: uma mudança de paradigma?* Tradução: Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 21.

A função política da magistratura consiste, em síntese, no exercício pleno e responsável da jurisdição, em estrita conformidade com a função constitucional de participação no processo da efetivação gradativa dos direitos fundamentais, através da intervenção jurisdicional em casos de manifestos descumprimentos.

Na tradição jurídica brasileira o controle de legalidade dos atos administrativos incumbe ao Poder Judiciário, podendo variar, em conformidade com os diversos modelos constitucionais, a amplitude maior ou menor da intervenção jurisdicional, restrita ao controle de legalidade apenas formal ou estendida, também, ao controle do conteúdo material da atividade administrativa.

O vigente modelo constitucional, consubstanciado pela Constituição de 1988, reconhecida como Carta de Cidadania, assegura proteção ampla aos direitos fundamentais, legitimando a intervenção jurisdicional quando condutas comissivas ou omissivas do Poder Público configurem violação manifesta aos parâmetros constitucionais.

Sérgio Cruz Arenhart é enfático ao afirmar que nosso sistema constitucional respalda a prerrogativa do Poder Judiciário de controlar as atividades legislativas e executivas, seja desconstituindo atividades desconformes ao Direito, seja determinando ações necessárias ao efetivo cumprimento das obrigações jurídicas. Esclarece o autor:

[...]o sistema adotado no Brasil não é o de ‘separação de poderes’, mas sim o do ‘balanceamento dos poderes’. Ou seja, o direito nacional não concebe a vedação do Judiciário controlar atividades de outros ‘poderes’ – seja negando força a estas atividades (controle negativo), seja impondo condutas (controle positivo). Ao contrário, no Brasil, o Judiciário tem sim a prerrogativa de interferir na atividade do Executivo e do Legislativo, para controlar a atuação destes na sua conformidade com o Direito- aí incluídos os princípios e diretrizes constitucionais.⁹⁰

Os princípios e as diretrizes constitucionais, contidos na vigente Carta Magna de 1988, constituem um paradigma normativo diferente daqueles emergentes do Estado Liberal, em que a função básica do Poder Público era de garantir o pleno exercício da liberdade individual, enquanto que, no atual modelo constitucional, o exercício do poder estatal restou fortemente comprometido com a satisfação dos direitos fundamentais da pessoa com vista à consecução de uma vida humana digna.

⁹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 777, p. 4, 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7177>>. Acesso em: 21 abr. 2011.

A problemática da realização dos direitos humanos, constitucionalmente positivados, impõe ao Estado obrigações de fazer positivas que, quando não realizadas devidamente, configuram condutas omissivas de lesão jurídica, causa necessária e suficiente da intervenção jurisdicional.

O controle judicial da atividade legislativa e executiva não pode, neste modelo normativo se restringir à garantia da mera constitucionalidade ou legalidade formal, senão que lhe cabe no estrito exercício da jurisdição, adentrar no exame da juridicidade do conteúdo das condutas, tanto comissivas como omissivas, dos demais Poderes do Estado.

A par da reinterpretação do princípio da separação de poderes em nível teórico-conceitual, a superação do modelo sócio-político liberal, caracterizado pelo *laissez-faire*, inseriu a velha questão em outro paradigma hermenêutico, emoldurado, agora, pelo reconhecimento dos direitos sociais, com os decorrentes compromissos estatais e a consequente legitimidade da intervenção jurisdicional para torná-los efetivos.

Nesta perspectiva Osvaldo Canela Júnior registra que a transição entre o Estado Liberal (estado negativo) e o Estado Social (estado proativo) promoveu uma “alteração substancial quanto à concepção de Estado e de sua finalidade” e por consequência na teoria da separação de poderes.⁹¹

As razões sociológicas e histórico políticas, determinantes da flexibilização da concepção rígida da teoria da divisão de poderes, passaram a repercutir nos sistemas normativos na medida em que as Constituições dos Estados Democráticos de Direito passaram a explicitar a jurisdição constitucional, atribuindo ao Poder Judiciário a função de controle da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Executivo.

Ada Pellegrini Grinover, ao apresentar a obra de Osvaldo Canela Junior sobre o controle judicial de políticas públicas, enfatiza:

Passa-se à análise do controle da constitucionalidade pelo Poder Judiciário, a partir da histórica decisão do juiz Marshall, com a alteração do papel desse Poder ao longo dos tempos, criando uma hipótese política de grande magnitude, até chegar à chamada ‘judicialização da política’. E esta nada mais representa do que o papel do Judiciário no controle da constitucionalidade de políticas públicas, para aferir sua aderência ao art. 3º da Constituição, determinante dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Surge daí a impossibilidade de invocação do princípio da separação dos poderes para a não efetivação dos direitos fundamentais sociais, seguida da análise da independência do Judiciário

⁹¹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

e da legitimidade democrática dos juízes para o controle de intervenção em políticas públicas. (grifo nosso).⁹²

A legitimação do Judiciário para controle da realização dos direitos fundamentais e da implementação das respectivas políticas públicas pelos Poderes Legislativo e Executivo restringe-se a atuação estritamente jurisdicional ante configurada lesão a direito individual ou coletivo.

Restam intocáveis, assim, as esferas de competência legislativa e administrativa para o pleno exercício de suas funções constitucionais, cujo exercício somente está sujeito ao controle jurisdicional no que concerne a sua conformidade com a Constituição e a Lei.

Neste sentido ensina Canela Junior que “para o perfeito equilíbrio do princípio da separação de poderes, o Poder Judiciário, em princípio não interfere nos núcleos constitucionais de irradiação e tampouco em suas ramificações”. Esclarece que tais comandos são dirigidos exclusivamente ao Poder Executivo e Legislativo, cabendo ao Judiciário, em virtude do princípio da especialização contido na teoria da separação de poderes, exclusivamente o controle da constitucionalidade. Assevera que o Poder Judiciário “não dispõe de competência constitucional para criar programas ou estabelecer a forma de execução dos atos legislativos e administrativos para a efetivação dos direitos fundamentais”, cuja competência “é constitucionalmente reservada ao Poder Legislativo e Executivo”.⁹³

As opções pelas políticas públicas, necessárias e possíveis, para a efetivação dos direitos fundamentais cabe aos Poderes Legislativo e Executivo, restringindo-se a intervenção jurisdicional a coibir contrariedades à Constituição ou à Lei.

Andreas Krell observa que as políticas públicas “consistem em condutas da Administração Pública voltadas à consecução de programas ou metas previstos em normas constitucionais ou legais”, afirmando mais adiante que “o juiz não cria a política pública, mas apenas impõe aquela já estabelecida na Constituição e na lei”.⁹⁴

As contrariedades à Constituição podem decorrer tanto de ações positivas como de omissões dos órgãos do poder público, competindo ao Poder Judiciário não só vedar procedimentos indevidos, como impor ações juridicamente devidas.

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. Apresentação. CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 13.

⁹³ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 92-93.

⁹⁴ KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 85.

Analúcia de Andrade Hartmann assevera que: “O Judiciário não pode elaborar políticas públicas, mas pode compelir o Poder Público a implementá-las, caso estejam previstas na Constituição”.⁹⁵

A implementação progressiva do Estado Democrático de Direito, em sua concepção contemporânea, caracterizada pela ampla constitucionalização de direitos fundamentais do cidadão e pela legitimidade da participação popular na gestão governamental, pressupõe a possibilidade de os governados contarem com a via jurisdicional para a proteção de seus direitos.

Eduardo Appio é enfático ao afirmar que:

O controle judicial da formulação das políticas públicas se constitui em importante instrumento para a consolidação da democracia do Brasil, pois, através do Poder Judiciário, as demandas de natureza social e econômica poderão ser problematizadas, a partir de discursos ancorados na Constituição.⁹⁶

Ensina ainda Eduardo Appio:

A intervenção do Poder Judiciário não pode ser conceituada como uma invasão da atividade legislativa ou administrativa, nos casos em que não exista a reserva absoluta da lei ou ainda quando a Constituição não houver reservado ao administrador (Executivo) a margem de discricionariedade necessária ao exercício de sua função. Não havendo a reserva absoluta da lei, a intervenção judicial na própria formulação das políticas públicas se mostra compatível com a democracia, desde que observados mecanismos de comunicação entre a instância judicial e a sociedade através das instâncias de democracia participativa.⁹⁷

Ora, está acima de qualquer discussão que, para implementar, na medida do possível, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição, impõe-se a utilização adequada e parcimoniosa dos recursos financeiros disponíveis, o que reclama a atuação jurisdicional ante manifestos abusos e malversação do dinheiro público.

Neste sentido Andreas Krell adverte sobre a necessidade de no Brasil se revisar os postulados do princípio da separação de poderes, sobretudo “em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação de serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo

⁹⁵ HARTMANN, Analúcia de Andrade. Políticas públicas ambientais: a atuação do Ministério Público. In: D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo NERY JUNIOR, Nelson; MEDAUER, Odete (Coord.). *Políticas públicas ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 55.

⁹⁶ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 247.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 150.

e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir o cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.”⁹⁸

Não se trata, em modo algum, de subtrair dos poderes legislativo e executivo a competência para a realização de políticas públicas, mas, apenas, de assegurar tutela jurisdicional para o cumprimento das diretrizes fixadas pela Lei Maior.

Canela Junior é enfático ao advertir que “as políticas públicas representadas pelos atos legislativos e administrativos, não poderão ser arbitrariamente substituídas pela Jurisdição”.⁹⁹ Aduz que, entre os novos desafios do Poder Judiciário, está o de desenvolver uma “técnica de decisão” que realize os direitos fundamentais, de forma proativa, sem implicar em invasão da esfera de competência constitucional das demais formas de expressão estatal, mantendo-se a unidade do sistema constitucional.¹⁰⁰

Em suma, a legitimação jurisdicional para participar da efetivação legislativa e administrativa dos direitos fundamentais está condicionada à necessidade, concretamente caracterizada, de prevenir ou reparar lesão à Constituição ou à lei, quando, então se revela independente e ampla.

A tipificação desta hipótese de competência e da observância dos respectivos limites não se compadece com formulação genérica e apriorística, necessitando de ser construída frente a cada caso concreto com base em dados objetivos.

Mostra-se, assim, insustentável a negativa, *a priori* e genérica, da possibilidade de intervenção judicial nos processos de efetivação dos direitos fundamentais em razão do princípio constitucional da separação dos poderes.

2.3 Uma Nova Forma de Controle Jurisdicional Frente à Escolha Administrativa

A mudança que o Estado Social e a correspondente problemática dos direitos fundamentais impôs ao conceito e à interpretação do princípio da separação de poderes condicionou igualmente novo entendimento do postulado da discricionariedade administrativa, subtraindo-lhe a intangibilidade radical e absoluta em face do controle jurisdicional.

É que o compromisso do Estado, como um todo, com a proteção efetiva dos direitos fundamentais legitimou a jurisdição a ultrapassar os limites da monitoração meramente formal

⁹⁸ KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 22.

⁹⁹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 119-120.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 120-121.

sobre os atos administrativos para adentrar no exame de seu conteúdo quando necessário conformá-lo às normas constitucionais ou legais, inclusive em relação às políticas públicas.

A reinterpretação do poder discricionário ¹⁰¹ da Administração Pública se fundamenta e se limita por razões análogas às que foram enunciadas em relação ao princípio da separação dos poderes para legitimar a intervenção do Poder Judiciário quando, no estrito cumprimento da função jurisdicional, atua pela efetivação dos direitos fundamentais.

À semelhança do que ocorre com a determinação das competências à luz do princípio geral da separação de poderes, o fator novo a interferir na delimitação da discricionariedade administrativa é, também, a constitucionalização dos direitos fundamentais, acompanhada do deferimento, ao Poder Judiciário, do encargo de participar do processo de efetivação das outorgas constitucionais mediante prestação jurisdicional cogente em face de lesões a esses direitos, dotados de aplicabilidade imediata.

A formulação e a implementação das políticas públicas continuam a ter sua sede originária nos Poderes Legislativo e Executivo através dos quais se exercem as escolhas e os procedimentos de execução desta modalidade de atividade estatal no exercício legítimo do poder discricionário, decorrente de suas competências constitucionais.

Maria Paula Dallari Bucci, como a grande maioria da doutrina brasileira, registra que a formulação de políticas públicas “cabe, em regra, ao Poder Executivo, dentro de marcos definidos pelo Poder Legislativo”. ¹⁰² Assevera, todavia, que “a possibilidade de submeter uma

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 963 sustenta que: “Discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça (sic) ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.”

LIMBERGER, Têmis. O dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os poderes Judiciário e Executivo devido às políticas públicas de saúde no Brasil. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, v. 11, n. 57, p. 81-82, set./out. 2009, pontua que, no Brasil: “Durante muitos anos havia a errônea concepção de discricionariedade administrativa que servia para agasalhar os desmandos ou ineficácia do Executivo. Sob o manto do ato discricionário não poderia o Judiciário se imiscuir na atividade da administração. As ações judiciais interpostas e algumas decisões judiciais indicam que houve uma mudança de posição, é claro que isto não significa suprimir ou substituir a atividade administrativa, mas buscar a efetividade dos direitos sociais.” A autora aduz mais adiante que a impossibilidade da revisão judicial da atividade administrativa se mostra superada pelos seguintes motivos: “a impossibilidade de revisão dos atos administrativos por parte do Judiciário, que é doutrina transposta do direito francês, onde existe uma especificidade que é o contencioso administrativo, que no direito brasileiro não existe similar. O segundo motivo, reside na teoria transposta do direito alemão, onde os direitos sociais são comandos endereçados ao legislativo e administrativo, não cabendo este controle. Ocorre que naquele país estes poderes levam a sério a implementação destas políticas públicas, sem que seja necessária a interferência do Judiciário. Por fim, o terceiro aspecto a ser considerado é que no Estado Democrático de Direito somente existe a escolha do administrador vinculada aos preceitos constitucionais, em especial pela pauta dos direitos fundamentais.”

¹⁰² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 22.

política pública a controle jurisdicional é inquestionável, diante da garantia ampla constante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal”.^{103 104}

O controle judicial das políticas públicas não elimina nem restringe as esferas de competência dos outros Poderes, porque não envolve diretamente a prática de quaisquer atos inerentes ao Legislativo ou ao Executivo, limitado que está ao exame de conformidade dos atos ou omissões destes com o Direito, legitimando-se, sempre e tão somente, quando ações ou omissões dos demais Poderes de Estado caracterizem infração à Constituição ou às leis, violando direitos subjetivos.

Dallari Bucci afirma que:

A proposição constitucional centra-se na proteção a *direito*, sendo esse o elemento de conexão a considerar. O judiciário tutela as políticas públicas na medida em que elas expressem direitos. Excluem-se, portanto, os juízos acerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciados na política pública. (grifo do autor).¹⁰⁵

Como fenômeno inegavelmente jurídico, as políticas públicas não podem ficar imunes, inteiramente, ao controle jurisdicional, sediando-se a discutibilidade da questão na determinação dos limites da sindicabilidade, ou seja, se os atos políticos e administrativos, tradicionalmente entendidos como discricionários, comportam apenas controle formal ou se a competência jurisdicional, à luz da Constituição vigente, abrange o poder de reexame do conteúdo material das ações legislativas e executivas.

É no referente à sindicabilidade material que o controle jurisdicional das políticas públicas se confronta com a teoria da discricionariedade administrativa.

Dallari Bucci aduz que “o entendimento da política pública como atividade administrativa redundante, no que diz respeito à sua sindicabilidade judicial, no conhecido tema do controle da discricionariedade administrativa, com seus também conhecidos problemas e limites”.¹⁰⁶

A doutrina administrativa brasileira não logrou, ainda, elaborar com clareza os contornos da discricionariedade administrativa, nem estabelecer critérios teóricos precisos sobre quais os atos que se enquadram no âmbito discricionário, sujeitos, como tais, apenas ao

¹⁰³ A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹⁰⁴ Ibid., p. 31.

¹⁰⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31.

¹⁰⁶ Ibid., p. 25.

reexame formal pelo Judiciário, e quais que os comportam a sindicabilidade não só formal, mas também material.

A importação de doutrinas alienígenas para aplicá-las, sem mais, à nossa realidade corre sério risco de inadequação, pois o conteúdo e os limites do poder discricionário somente podem ser balizados levando em conta as características do ordenamento jurídico, mormente do arcabouço constitucional, de cada nação.

A respeito de tal questão, Andreas Krell assevera que ainda não existe no Brasil uma teoria consolidada a respeito da discricionariedade administrativa e de seu controle, constituindo-se a questão num “interminável debate”. Adverte que se deve tomar cuidado para que o aporte de elementos da doutrina estrangeira não sejam interpretados equivocadamente, ressaltando que “uma doutrina sobre os atos discricionários da Administração e seu controle guarda conexão íntima com o desenvolvimento do Estado de Direito e do constitucionalismo de cada país e, por isso, deve seguir necessariamente, caminhos próprios”.¹⁰⁷

Além disso, mostra-se questionável a possibilidade de identificação teórica prévia das ações contidas no círculo da discricionariedade e das que dele exorbitam, porque os atos administrativos são, ou deixam de ser, discricionários não, propriamente, em razão de seus elementos constitutivos, mas em razão do contexto circunstancial concreto em que são praticados.

Krell aduz ser ultrapassada a rígida divisão de atos administrativos vinculados e discricionários. Afirma que “a decisão administrativa oscila entre os polos da plena vinculação e da plena discricionariedade. Esses extremos, no entanto, quase inexistem na prática”. Esclarece que “a intensidade vinculatória depende da densidade mandamental dos diferentes tipos de termos linguísticos utilizados pela respectiva lei”. Acrescenta que a moderna doutrina administrativista brasileira se inclina para a defesa veemente do controle jurisdicional do mérito administrativo, enquanto a jurisprudência em sua maioria apresenta “uma atitude mais contida”.¹⁰⁸

Atento à questão Juarez de Freitas também ensina que os conceitos de discricionariedade e vinculação “são noções que demandam uma decifração renovada, já que [...] desborda de qualquer quadro conceitual estático ou definitivo, tantas as mudanças funcionais do Estado-Administração”.¹⁰⁹

¹⁰⁷ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 11-12.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 27.

¹⁰⁹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 364.

A vinculação dos contornos da discricionariedade às circunstâncias do caso concreto e às variáveis normativas incidentes torna problemática, até perigosa, a utilização de doutrina estrangeira na medida em que soluções subordinadas a contextos fáticos e jurídicos diferentes podem ser, e muitas vezes serão, inadequadas à realidade nacional.

Andreas Krell diagnostica a dificuldade de se transportar, por si só, conceitos alienígenos e de tentar implantá-los em realidades sociais diversas. A respeito do aporte de conceitos jurídicos da doutrina alemã, o autor admoesta:

O mundo ‘em desenvolvimento’ ou *periférico*, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas trasladadas dos países ricos. Assim, a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado. (grifo do autor).¹¹⁰

Acrescenta mais adiante Andreas Krell:

Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta de condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que este é obrigado de agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social).

[...]

Por fim, resta constatar que o Judiciário brasileiro, sozinho, certamente não será o ‘salvador da pátria’, mas pode e deve mediante decisões firmes exercer seu importante papel no processo político da realização dos Direitos Fundamentais Sociais através da melhoria gradual e permanente dos serviços públicos básicos.¹¹¹

A defesa do controle jurisdicional dos atos administrativos, tradicionalmente considerados da absoluta discricionariedade dos Poderes Legislativo e Executivo, corre o risco de incidir na pretensão equivocada de erigir o Poder Judiciário em ator principal da efetivação dos direitos fundamentais, tarefa de contornos políticos e administrativos de competência dos outros Poderes.

¹¹⁰ KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 54.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 109.

A intervenção dos juízes em questões atinentes a políticas públicas legitima-se somente em casos de lesão a direitos, quando, se regularmente provocados, cumprem sua obrigação constitucional de prestar jurisdição.

Juarez de Freitas afirma que “se é certo que o Poder Judiciário não pode dizer, substitutiva e positivamente, como o administrador deve agir, está obrigado a emitir juízo sobre como não deve ser sua conduta, não mais admitida a posição passiva e escapista de outros tempos”.¹¹²

E continua mais adiante o administrativista:

O mérito (atinte ao campo dos juízos de conveniência ou oportunidade) pode não ser diretamente controlável, mas o demérito e a antijuridicidade o serão, inescapavelmente. Nessa linha, mais que nunca, a discricionariedade legítima supõe real aprofundamento da sindicabilidade, voltada à afirmação dos direitos fundamentais, notadamente do direito fundamental à boa administração pública.[...]¹¹³

Ora, o controle do demérito e da antijuridicidade dos atos administrativos não pode ser entendido como interferência indevida na atividade discricionária dos agentes governamentais, nem pode configurar exercício exorbitante da jurisdição, pois se trata, antes de tudo, de assegurar o acesso à via jurisdicional aos cidadãos lesados pela administração pública.

Contemporaneamente, no Brasil, a conceituação da antijuridicidade dos atos administrativos passou a ser integrada pela violação ao princípio da eficiência, incluído entre os princípios da administração pública pela Emenda Constitucional de nº 19, datada de 4 de junho de 1998, que, neste sentido, aditou o art. 37 da Constituição Federal.

A observância do princípio da eficiência impõe a todas as instâncias administrativas a obrigação jurídica de condicionar os gastos públicos aos bons resultados em favor da população, a cujos integrantes deve ser assegurado, conseqüentemente, o amplo acesso à Justiça quando se sentirem lesados em face de descumprimentos do princípio constitucional.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao abordar a questão de “como o Direito deverá tratar a irresponsabilidade na direção político-administrativa da formulação e da execução das políticas públicas”, propõe um novo referencial para o Direito Administrativo consistente na judicialização do controle dos resultados da administração pública.¹¹⁴

¹¹² FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 380.

¹¹³ *Ibid.*, p. 399.

¹¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 175.

Pontua o referido jurista, em síntese, que se deve ampliar o tradicional enfoque de controle de legalidade, baseado na vontade, para um amplo controle jurídico de legitimidade, centrado nos bons resultados, na medida em que o Direito Administrativo não pode ignorar a realização dos direitos fundamentais.¹¹⁵

A perspectiva de dar nova dimensão ao controle da administração pública com base no princípio da eficiência configura novo ciclo histórico de subordinação do poder estatal aos interesses dos cidadãos, em inovação paradigmática que integra a evolução do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, caracterizado pela efetividade imprimida aos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Neste sentido o autor preleciona:

Especula-se, portanto, como os novos referenciais do Direito Público, hoje aplicados ao campo do Direito Administrativo, estão abrigando *a oportunidade de se encerrar mais um ciclo histórico de controle da Administração Pública e de se iniciar um novo*, superando a longa fase em que seu objeto era apenas a *juridicidade do resultado da ação administrativa*. Tal superação é, seguramente, o grande salto de qualidade da Política e do Direito contemporâneos no que concerne à *concreta satisfação dos interesses da sociedade cometidos ao Estado*, entendida, esta contingência do *princípio da eficiência*, como uma necessária e inafastável implicação da transformação em curso do Estado moderno – *O Estado de Direito* – para o Estado pós-moderno – *O Estado Democrático de Direito*. (grifo do autor).¹¹⁶

O novo ciclo de controle da Administração Pública, necessário à consolidação do Estado Democrático de Direito, representa apenas uma nova frente da sempre renovada luta do Direito Administrativo contra o arbítrio do Poder Público, ampliando e fortalecendo os instrumentos jurídicos aptos a coibir os desmandos políticos e administrativos dos agentes públicos, que lesam os direitos da população, mas teimam em sobreviver nos regimes políticos contemporâneos.

A respeito, esclarece Moreira Neto que:

É neste quadro que se declina a premissa central deste ensaio: o ser missão própria do Direito Administrativo sempre avançar na *proscrição do arbítrio do poder*, pelo aperfeiçoamento constante dos instrumentos que conduzam à *efetiva sujeição do agir da Administração Pública a valores jurídicos claramente definidos*.

Não tem sido, porém, tarefa fácil essa luta ancestral contra os desmandos do poder, pois jamais agradou a seus detentores o serem controlados [...] e, muito menos, quando o exercem abusivamente, pois, como alertou Lord Acton em

¹¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 p. 178.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 179.

seu sempre citado pensamento, pois, terrível que o seja, o poder corrompe, e, desde logo, quem dele abusa o faz, infundindo a seu detentor uma perversa arrogância, como se fora *legibus solutus* e superior às instituições. (grifo do autor).¹¹⁷

O preconizado novo ciclo do Direito administrativo encontra seu fundamento na efetivação dos direitos fundamentais e na conseqüente necessidade de controle jurídico das políticas públicas que a instrumentalizam.

O controle integrado das políticas públicas constitui atual desafio ao direito pelo fato de ainda persistir, no meio jurídico, o entendimento de que se trata de matéria imune à intervenção jurisdicional, sendo necessário reconsiderar este posicionamento com base na evolução do direito administrativo em direção à proteção plena dos direitos dos administrados.

A via da sindicabilidade judicial da atividade administrativa, concernente às políticas públicas, vem se entreabrindo, entretanto, em face dos novos conceitos do Direito Constitucional pós-moderno, como a efetividade normativa dos direitos fundamentais e a ampliação dos instrumentos de controle de constitucionalidade, legitimando novos posicionamentos jurídicos de controle da racionalidade, moralidade e eficiência da atuação dos órgãos político-administrativos.

Neste sentido, afirma Moreira Neto:

Para tanto, é preciso, desde logo, *reconsiderar a missão do Direito Administrativo a partir de suas próprias conquistas*, repensando essa nova extensão, bem como o instrumental necessário para a disciplina dar mais uma salto qualitativo para abranger o *controle integrado deste ciclo de políticas públicas*: um conceito, por certo, em plena formação, mas solidamente plantado na Sociologia e na Ciência Política, que hoje oferece um aberto desafio ao Direito, uma vez que ainda persiste o entendimento de que o histórico núcleo duro de escolhas políticas é impérvio ao *judicial review*, mas que, não obstante, aos poucos se está abrindo à *sindicabilidade*, graças às poderosas contribuições incorporadas no quadro do neoconstitucionalismo, que prestigiam os valores antes que as formas. Com efeito, são todos esses novos conceitos incorporados ao Direito Constitucional pós-moderno, tais como os da *efetividade normativa dos direitos fundamentais* e, sobretudo, o do indispensável aperfeiçoamento substantivo e adjetivo dos instrumentos de *controle de constitucionalidade*, que estão rasgando esta possibilidade de se estabelecer *novos parâmetros jurídicos* para mais um avanço da racionalidade, da moralidade e da eficiência o campo, outrora juridicamente insindicável, da ação político-administrativa. (grifo do autor).¹¹⁸

¹¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado*: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 99-100.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 102.

Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, o autor observa que a inclusão expressa do princípio da eficiência através da Emenda Constitucional nº 19/98 fornece “mais do que suficiente *fundamento constitucional* para afirmar-se o *dever do bom resultado* na atividade administrativa pública”¹¹⁹, acrescentando, ainda, em outra passagem que “a referência ao *resultado determinante*, atuando no controle da Administração Pública, leva à emergência do conceito pós-moderno de *políticas públicas* já como um fenômeno político administrativo *juridicamente vinculado*”.¹²⁰

A vinculação da legitimidade jurídica das políticas públicas ao *bom resultado* constitui mais uma etapa da velha guerra do Direito Administrativo contra o arbítrio do poder.

Se, no Estado Liberal, a luta contra a arbitrariedade política visava a impedir as intervenções estatais nas relações de natureza privada, em proteção às liberdades individuais, nos regimes constitucionais contemporâneos, o combate aos resquícios do renitente absolutismo dos governantes volta-se ao enfrentamento das ineficiências dos setores políticos e administrativos em dar efetividade aos comandos da Constituição, concernentes aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Moreira Neto identifica a nova frente de combate ao arbítrio do poder estatal como sendo a luta contra as ineficiências dos órgãos públicos em detrimento da efetivação dos direitos fundamentais, ressaltando que:

Esta exposição pretende focar, assim, o novo campo de enfrentamento da velha guerra, que passa a ser uma *luta contra as ineficiências do poder*, uma vez que, nas democracias contemporâneas, a tolerada *ineficiência*, tanto na *destinação* como no *emprego do poder*, se apresenta como uma renitente reminiscência absolutista, uma anacrônica *forma de arbítrio*, que não mais pode nem deve ser tolerada nos sistemas de administração pública de interesses sob os signos da responsabilidade ante o legal e da responsabilidade ante o legítimo, recuperando uma precisão de linguagem que foi buscada em obra anterior. (grifo do autor).¹²¹

As ineficiências da Administração Pública, que comprometem a efetivação dos compromissos constitucionais com os direitos fundamentais, podem concretizar-se por condutas comissivas, como inadequação, desperdício e corrupção, ou omissivas pela inoperância, como destacado por Moreira Neto:

¹¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 192.

¹²⁰ MOREIRA NETO, op. cit., p. 105.

¹²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 100-101.

Desperdício, corrupção e inépcia: eis, entre outras, três reconhecidas causas da *ineficiência* do setor público; mazelas da Administração para as quais os controles políticos tradicionais da democracia representativa parlamentar se mostram cada vez mais insuficientes, propondo, nesta linha, o grande desafio de início de século ao Direito Administrativo, para o desenvolvimento de novas soluções de *controle juspolítico* que superem o embaraçoso impasse. *Mas não menos grave é, também, a inoperância, ligada aos três vícios apontados – o do desperdício, da corrupção e da inépcia – como desenvolvido por Juarez Freitas em seus estudos sobre o dever de administrador público, pois desde logo se impõem, no entendimento exposto pelo ilustre jurista gaúcho, as atuações administrativas constitucionalmente mandatárias, para as quais inexistem qualquer sorte de discricionariedade, quer para o legislador, quer para o administrador público, como é o caso das políticas públicas nacionais e não apenas governamentais, como as de educação, saúde e segurança pública.* (grifo do autor).¹²²

Após mencionar o excesso nos gastos públicos em países da comunidade europeia, com base em estudo empreendido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), segundo o qual 15 dos Estados-Membros da União Europeia poderiam cortar 27% de seus gastos públicos, mantendo os mesmos serviços,¹²³ o autor traz à colação dados referentes ao Brasil, com base em estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário no seguinte teor:

Com efeito, os dados recolhidos em 2006 sobre desperdício no Brasil são ainda mais estarrecedores, pois dão conta de que ‘corrupção e ineficiência administrativa consomem um terço da arrecadação’, ou seja: perde-se a astronômica importância de 234 bilhões de reais por ano, o equivalente, naquele ano, a 100 bilhões de dólares norte-americanos; um desvio, em números relativos, correspondente a 32% da arrecadação de tributos no País naquele ano.

Para se ter uma ideia do que representa esta fantástica cifra de desperdício, ela seria suficiente, à época, para cobrir o déficit, sempre crescente, da previdência social, por quase seis anos seguidos; construir 13 milhões de moradias populares ao custo unitário de R\$17.000,00; construir 19,5 milhões de novas salas de aula, ao custo médio de R\$12.000,00 cada uma; ampliar para todas as cidades do País o sistema de água canalizada e esgoto tratado, obra estimada em 220 bilhões de reais pela Associação das Empresas de Saneamento Básico Estaduais, ou restaurar toda a malha rodoviária estadual e federal, de 156 mil quilômetros e mantê-la por sessenta anos consecutivos, segundo os cálculos da Associação Brasileira de Infraestrutura e Indústrias de Base.¹²⁴

Dentre as obras, elencadas como alternativamente possíveis com o uso adequado do dinheiro público desperdiçado em um só ano, cabe pôr em especial destaque, por sua

¹²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 103.

¹²³ *Ibid.*, p. 103.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 104.

extraordinária importância, a ampliação da canalização de água e do tratamento de esgoto para todas as cidades do país.

Diante desta clamorosa realidade, decorrente de condutas comissivas e omissivas dos administradores públicos, resta escancarada a flagrante ofensa a direitos fundamentais da população, assegurados pela Constituição Federal, mas cujo efetivo cumprimento os instrumentos tradicionais de controle dos atos administrativos não conseguem garantir.

A respeito, assevera Moreira Neto:

É este o quadro que põe em evidência a terrível e acabrunhante constatação da inanidade dos instrumentos jurídicos tradicionais para lograr reduzir a níveis admissíveis esse imenso desperdício dos preciosos recursos aportados pela sociedade, que, se fossem eficientemente empregados, poderiam superar tanta carência e marginalidade, cumprindo a tarefa constitucional que se espera de um *Estado-solidário*. (grifo do autor).¹²⁵

Na França onde se originou a concepção forte da discricionariedade administrativa e nos demais países europeus que copiaram o modelo francês, o controle dos atos administrativos, restrito, originariamente, no Estado Liberal, a mero exame de legalidade formal, evoluiu, com a superação do liberalismo e a conseqüente consolidação de modelos estatais comprometidos com a promoção social e a efetivação dos direitos fundamentais do ser humano, para o controle amplo e substancial.

O jurista Eduardo García de Enterría relata a mudança de paradigma ocorrido no Direito Europeu que passou a admitir a plena sindicabilidade dos atos da administração pública.

Garcia de Enterría traça um elucidativo apanhado da origem e evolução do Direito Administrativo na França a partir da Revolução de 1789, que banuiu o absolutismo real, instituindo o primado da legalidade e sujeitando à Lei os atos dos mandatários do Estado.

Conforme o autor, o controle de legalidade dos atos da Administração Pública, no sistema francês e nos de outros países europeus que o seguiram, evoluiu da legalidade meramente formal, conforme o contexto do Estado Liberal, para uma jurisdição administrativa plena, coerente com os postulados do Estado Social e as democracias constitucionais.

Já a primeira Constituição francesa, a de 1791, resultante da Revolução de 1789, determinara que os atos dos administradores públicos estavam sujeitos à lei, derivando-se daí um sistema de controle na modalidade de justiça especializada administrativa, exercida por colegiados, dotados de autonomia funcional. Consigna o autor:

¹²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 104.

Na primeira de suas constituições, a de 1791, fruto da própria Assembleia Constituinte e, ainda, com Luís XVI sobre o trono, o art. 4º da Seção II do Capítulo IV do Título IV (a numeração dos artigos não é sucessiva, mas própria de cada um de seus vários títulos, capítulos e seções) dispunha que: ‘Compete ao poder legislativo (isto é, à lei) determinar as regras e o modo pelos quais os administradores exercem suas funções.’¹²⁶

Acerca desses lineamentos constitucionais, Enterría observa:

Não se tratava, contudo, de meros enunciados abstratos. Destes derivar-se-á todo um sistema de controle de atos, com vistas a verificar, efetivamente, se a atuação dos governantes se adequou ou não à lei que regula toda essa situação, à qual está, portanto, estritamente submetida.¹²⁷

O sistema francês de controle dos atos administrativos foi erigido, e continua até hoje, na modalidade de justiça especializada administrativa, exercida por colegiados, dotados de autonomia para realizar suas funções.

Enterría observa que:

É fundamental perceber que esse controle não poderia ser, neste momento, judicial, porque, desde a origem da própria Revolução, havia sido estabelecido o sistema básico da *separação entre a Administração e a Justiça*, em razão da Lei de 16-24 de agosto de 1790, da Assembleia Constituinte, anterior, pois, à própria Constituição de 1791, e que continua até hoje a ditar as características essenciais do sistema francês. (grifo do autor).¹²⁸

Duas categorias de colegiados foram incumbidos desse contencioso administrativo para julgar as impugnações a atos da administração, os conselhos de prefeitura para os atos de agentes dos departamentos ou províncias e o Conselho de Estado para atos das autoridades centrais, o qual se constituía, também, em instância recursal das decisões dos primeiros. Neste sentido o jurista ibérico ensina:

Porém, mais importante que os preceitos constitucionais acima destacados, será uma lei editada com o propósito de regulamentá-los, a saber, a Lei de 28 do pluvioso do ano VIII, que estabelece e organiza os dois órgãos administrativos responsáveis por apreciar as possíveis impugnações a atos da Administração, os quais, conforme visto, segundo interpretação atribuída à Lei de 1790, haviam sido retirados da apreciação judicial. Estes dois órgãos

¹²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional: uma mudança de paradigma?* Tradução: Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 18.

¹²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional: uma mudança de paradigma?* Tradução: Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 18.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 20.

administrativos serão o *Conseil d'Etat*, no que se refere aos atos das autoridades centrais da Administração, e os conselhos de prefeitura, no que diz respeito aos atos emanados dos agentes dos departamentos ou províncias, os quais, conforme vimos, também possuíam a faculdade de controlar os atos dos municípios e *arrondissements*. As decisões dos conselhos de prefeitura seriam, por sua vez, recorríveis perante o Conselho de Estado, o qual, deste modo, assegurava a unidade do controle geral da legalidade de todos os atos da Administração. (grifo do autor).¹²⁹

Originariamente, cabia aos órgãos de controle apenas a atribuição de declarar nulos os atos administrativos impugnados sem a competência de modificar ou substituí-los.¹³⁰

Posteriormente, essa modalidade de *justiça retida* evoluiu para o sistema de *justiça delegada*, no qual os conselhos de controle foram investidos do poder de alterar ou substituir os atos impugnados, resolvendo diretamente as questões envolvidas.¹³¹

O sistema francês de controle dos atos da Administração Pública experimentou um considerável avanço no ano de 2000 pela codificação da legislação pertinente e a outorga de tutela cautelar sob a denominação de procedimentos de urgência, cuja aplicação foi confiada a órgãos jurisdicionais especializados, inovação substancial, em ruptura do tradicional sistema de justiça administrativa.

Paralelamente, sem acordo prévio e sem qualquer iniciativa do Conselho Europeu ou da União Europeia, diversos Estados europeus, simultaneamente, realizaram alterações de conteúdo semelhante ao das operadas na França, como a Espanha (Lei nº29, de 13/07/1998), Itália (Lei nº 205, de 21/06/2000) e Portugal (Código de Processo dos Tribunais Administrativos, de 2002), inovações que o autor considera como mudanças do paradigma de controle dos atos da Administração Pública, decorrentes de uma maturação institucional objetiva.¹³²

Ensina igualmente que o art. 19.4 da Lei Fundamental de Bonn estabeleceu que “Toda pessoa cujos direitos tenham sido vulnerados pelos poderes públicos tem o direito de obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais”, o que também se encontra atualmente consagrado no art. 6.1 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.¹³³

¹²⁹ Ibid., p. 26-27.

¹³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional: uma mudança de paradigma?* Tradução: Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 19.

¹³¹ Ibid., p. 35.

¹³² Ibid., p. 73-74.

¹³³ Ibid., p. 99.

A respeito da questão, Enterría argumenta que o atual Estado de Direito imprime nova dimensão ao direito subjetivo incluindo em seu conceito todas as vantagens e benefícios que possam derivar do ordenamento jurídico, que passam a constituir pretensões juridicamente exigíveis. Em consequência, o reconhecimento do verdadeiro Estado de Direito requer a outorga de jurisdição plena para o controle da Administração no que concerne ao efetivo cumprimento dos direitos, o que é essencial para assegurar e proteger a dignidade de vida das pessoas.¹³⁴

E continua mais adiante o jurista ibérico:

Hoje, o juiz contencioso administrativo tem a obrigação de tutelar, em sua plenitude, esse espaço da liberdade que o cidadão contemporâneo definitivamente conquistou e que é essencial para que possa construir e proteger uma vida pessoa plena (sic), em sua integridade. Somente agora, pela primeira vez em toda a sua longa história o juiz contencioso administrativo, ao ganhar essa plenitude jurisdicional, tornou-se capaz, com efeito, de outorgar aos cidadãos uma justiça plena e efetiva. Esta é a formidável atualidade da técnica contenciosa administrativa de proteção do cidadão, após as suas últimas e bem recentes regulações.¹³⁵

García de Enterría conclui que as inovações legislativas ocorridas na Europa, mais do que simples alterações pontuais, caracterizam uma fundamental mudança de paradigma para o direito administrativo:

A *mudança de paradigma* na justiça administrativa, em relação ao que prevaleceu até a década passada, quedou-se, definitivamente, instaurada, inaugurando-se, assim, uma nova época, muito mais importante, compreensiva e rica, em termos jurídicos, em benefício da liberdade do cidadão. A vetusta *maiestas* do poder público, a qual pretendia prevalecer, teoricamente, em relação à liberdade dos cidadãos, cuidadosamente mantidos na posição inferior de súditos, esfumou-se – uma vez que essa liberdade está qualificada como verdadeiro direito fundamental, com todas as consequências provenientes desta qualificação – no relevante terreno do tráfico jurídico x administrativo, cuja juridicidade estrita é, agora, capaz de servir, de maneira eficaz, o sistema, inteiramente renovado, da justiça contenciosa administrativa. (grifo do autor).¹³⁶

Todavia, Enterría adverte que a mudança de paradigma não implica na substituição da decisão política do seu titular, mas de submeter a atividade administrativa à Lei e ao Direito,

¹³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional: uma mudança de paradigma?* Tradução: Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 100.

¹³⁵ Ibid., p. 106.

¹³⁶ Ibid., p. 107.

bem como de garantir a tutela efetiva dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos. Assevera o autor:

Este processo no está montado para substituir al titular de la decisión política, sino que tiene dos objetos exclusivos: uno, controlar (art. 106.1 de la Constitución) si em dicha decisión se há respetado el principio, también constitucional (art. 103.1) y base del sistema mismo de Estado de Derecho, de la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho, [...] y dos, garantizar una tutela judicial efectiva a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (art. 24).¹³⁷

Por igual são as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao afirmar que “*o juiz deve controlar sem administrar*, de modo a preservar-se a identidade e a autonomia das funções constitucionais.”¹³⁸

A edição e implementação das políticas públicas constitui atribuição constitucional da Administração cabendo-lhe exercer, discricionariamente, os respectivos juízos de oportunidade, adequação e prioridade.

Esta esfera de discricionariedade não exclui, porém, o controle jurisdicional quando a atuação administrativa lesa ou deixa ineficazes os direitos consagrados pela constituição.

A intervenção judicial não se restringe, no entanto, ao controle da legalidade estrita de atos isolados, senão que abrange, por igual, o exame do resultado das opções administrativas no que afetam a eficácia dos direitos fundamentais.

O controle judicial das ações ou omissões administrativas restringe-se aos casos em que a conduta dos agentes públicos configura lesão direitos, quando, então, regularmente provocado, o Judiciário cumpre prestação jurisdicional obrigatória, que não pode ser considerada interferência indevida na atividade discricionária dos agentes governamentais, pois se trata, antes de tudo, de assegurar, aos cidadãos lesados pela administração pública, o direito fundamental de acesso à via jurisdicional.

Humberto Ávila, ao tratar do controle dos outros Poderes pelo Poder Judiciário, acentua que as decisões dos Poderes Executivo e Legislativo, que restringem a efetivação dos direitos fundamentais, devem ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, afirmando que:

Em vez da *insindicabilidade* dessas decisões (*Nichtjustitiabilität*), é preciso verificar *em que medida* essas competências estão exercidas. Nesse sentido, é

¹³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2009. p. 50.

¹³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 109.

importante encontrar critérios que aumentem ou restrinjam o controle material a ser exercido pelo Poder Judiciário. (grifo do autor).¹³⁹

Em relação ao controle jurisdicional dos atos do Poder Legislativo, o autor arremata com a afirmação candente, aplicável, também, e com mais razão, aos atos administrativos:

A tese da insindicabilidade das decisões do Poder Legislativo, sustentada de modo simplista, é uma monstruosidade que viola a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais, bem como a concretização do princípio da universalidade da jurisdição.¹⁴⁰

O art. 37, caput, da Constituição Federal subordina os atos administrativos de todos os órgãos públicos à observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.¹⁴¹

Ora, este inequívoco comando constitucional tornar-se-ia ineficaz se, sob a alegação da discricionariedade administrativa, fosse negado, aos administrados, o acesso à jurisdição frente a atos da administração pública praticados em infração aos princípios estabelecidos.

Encontra-se constitucionalmente legitimado, portanto, o controle jurisdicional dos atos administrativos contrários aos princípios que regem a administração pública, assim como ocorre, também, ante os casos de lesão a outros direitos fundamentais de titularidade individual ou coletiva.

Não cabe, aliás, vislumbrar conflito entre esta atribuição jurisdicional e a discricionariedade administrativa porque não se cogita de deferir, diretamente, ao Poder Judiciário, atos da competência do Poder Executivo, limitada que está a intervenção jurisdicional ao exame de conformidade das condutas dos administradores públicos com o ordenamento jurídico e à determinação das medidas necessárias para restabelecer esta conformidade.

¹³⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 161.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 163.

¹⁴¹ Art. 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

2.4 O Controle Jurisdicional em Casos de Omissões Administrativas

Como visto nos subcapítulos anteriores, os consectários da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e o controle jurisdicional de sua devida efetivação encontram-se devidamente reconhecidos pela ciência jurídica no que se refere ao controle das condutas comissivas do Poder Estatal. É que, tendo o órgão administrativo, no exercício da escolhas que lhe compete, implantando determinada política pública, o controle da constitucionalidade e legalidade dos atos praticados se manifesta, indiscutivelmente, como ato típico de jurisdição.

Já quando se trata de suprir, por força de ato jurisdicional, omissões da Administração Pública na proteção destes direitos delineiam-se ainda fortes resistências à viabilidade jurídica da ingerência do Poder Judiciário.

Oswaldo Canela Junior assim situa o problema:

Entretanto, grande é a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de controle das políticas públicas por meio do Poder Judiciário. O controle dos atos comissivos do Estado, representados por políticas públicas ilegais e inconstitucionais, não oferece maiores entraves. É a omissão do Estado na realização das políticas públicas que está a causar um impasse na compreensão do alcance no processo de interesse coletivo.¹⁴²

A intervenção jurisdicional em questões atinentes a políticas públicas não configura invasão da competência dos órgãos administrativos para a respectiva escolha e realização, legitimando-se, contudo, nos casos concretos em que ações ou omissões da Administração Pública configuram lesão a direitos dos cidadãos, quando, então, o Poder Judiciário não atua em substituição ou usurpação de poderes alheios, mas age no estrito desempenho de sua função constitucional.

Têmis Limberger assevera:

Primeiramente, a formulação de políticas públicas cabe aos Poderes Legislativo e Executivo, uma vez que estas opções se constituem em uma decorrência da democracia representativa e, por vezes, participativa. Nos casos de ineficiência ou omissão na execução de políticas públicas, cabe a intervenção judicial.¹⁴³

¹⁴² CANELA JUNIOR, Oswaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127.

¹⁴³ LIMBERGER, Têmis. O solipsismo jurídico e o (des)controle das políticas públicas. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo da. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, n. 7, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 274.

Compete à Jurisdição, inclusive, decretar procedimentos positivos quando omissões ou desvios da Administração importam em descumprimento de obrigação constitucional ou legal.

Marcelo Figueiredo afirma sobre os limites de tal atuação:

Ao conceber essa ampla tutela, o Poder Judiciário não deve ‘invadir’ a área de atuação do Poder Executivo, mas sim pode e deve corrigir inconstitucionalidades, ilegalidades, abusos e desvios de poder, decisões desproporcionais ou desarrazoadas, como também corrigir ou **promover ações afirmativas, compatibilizando as políticas públicas às diretrizes e metas constitucionais.** (grifo nosso).¹⁴⁴

Outrossim, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, relator da ADPF 45 MC/DF, após aduzir que entre as ‘modalidades de comportamentos inconstitucionais do Poder Público’ está a inércia governamental, asseverou:

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torna-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhes impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional.¹⁴⁵

Em outro trecho, o julgado reconhece, como pertinente ao controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos dos demais Poderes, a intervenção nas políticas públicas, quando os órgãos estatais competentes deixarem de assegurar a eficácia e a integralidade dos direitos individuais ou coletivos. Diz, textualmente, o acórdão:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (Viera de Andrade, José Carlos. ‘Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976’, p. 207. Item 05, 1987, Almedina Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política ‘não pode

¹⁴⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. *Revista de Interesse Público*, Porto Alegre, v. 9, p. 65, 2007.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 45 MC/DF - Medida Cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Argdo: Presidente da República. Argte: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. p. 02. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, subsistir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado'. (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello).¹⁴⁶

Resta clara, neste julgado, a distinção entre o que caracteriza atividade essencialmente administrativa (a formulação e implementação das políticas públicas como regra) e o que configura atividade jurisdicional típica (o encargo de controlar a realização eficaz dos direitos, individuais e coletivos, assegurados pela Constituição).

Intervir nas políticas públicas sempre que a Administração Pública atente contra a concretização de direito fundamental constitui atividade jurisdicional típica e, por conseguinte, obrigação constitucional do Poder Judiciário, atendo-se aos atos tipicamente jurisdicionais e estritamente necessários à efetivação do direito fundamental atacado, dentro das possibilidades determinadas pelas circunstâncias concretas delineadas na lide.

É de salientar que o princípio geral a definir a competência jurisprudencial de controle dos atos da Administração Pública é o da indeclinabilidade da prestação jurisdicional, sempre que detectada lesão ou ameaça de lesão a direito, conforme inscrito no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, o que, aliás, também é considerado sua cláusula pétrea, eis que inserido entre os direitos e garantias individuais.

Esta atribuição constitucional do Poder Judiciário de exercer o controle das políticas públicas, enquanto atividade jurisdicional típica, não implica obviamente que seu exercício seja irrestrito, o que importaria em invadir a esfera constitucional do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

O conteúdo e o alcance das decisões judiciais proferidas para garantir a efetivação dos direitos fundamentais devem, pois ser cuidadosamente compatibilizados, mediante técnica decisória adequada, com a esfera de competência dos outros Poderes do Estado, restringindo-se ao estritamente necessário e possível para assegurar os direitos lesados.

É de se registrar ainda que as diretrizes das políticas públicas que objetivam a implementação de direitos fundamentais se encontram descritas ou na própria Constituição ou nas legislações infraconstitucionais a respeito.

Neste sentido Marcelo Figueiredo ensina:

¹⁴⁶ Ibid., p. 02- 03.

Evidentemente, como a Constituição brasileira é indubitavelmente programática (ou dirigente) – traça planos, diretrizes e metas – a seus destinatários. Em larga medida, o fundamento da própria política pública está desenhada no texto constitucional, o que gera, em muitos casos, a justiciabilidade desses direitos e toda a polêmica que o tema contém.

É dizer, a Constituição é um importante elemento de referência e validade para o desenvolvimento de inúmeras políticas públicas no diversos segmentos e atividades por ela regulados, traçando em maior ou menor grau os próprios elementos da política pública que devem ser desenvolvidos e concretizados. (grifo nosso).¹⁴⁷

Do exposto decorre que a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição, caracteriza tarefa política da magistratura brasileira, a qual deverá ser realizada, todavia, dentro de limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico.

O cumprimento desta tarefa implica no exercício de um trabalho hermenêutico para extrair dos conteúdos axiológicos constitucionais novos sentidos e alcances mediante interpretação teleológica e axiológica dos textos normativos já existentes e como sempre redobrada consideração às realidades emergentes da vida social com seus novos problemas e necessidades coletivas, objetivando decisões conscientes e racionalmente fundamentadas.

Eduardo Appio ainda observa que a questão dos “limites da intervenção judicial envolve um importante debate acerca do conteúdo contemporâneo da democracia”, bem como, afirma mais adiante que “a intervenção judicial dependerá da capacidade de sua absorção pelo demais Poderes e pela própria população”.¹⁴⁸

Aduz o mencionado autor:

Em sede de controle judicial das políticas públicas, não existe um concerto prévio entre os Poderes, pois o espaço de cada Poder é ditado pelas contingências histórico – políticas que condicionam a atividade do próprio Poder Judiciário. Sobre a importância dos discursos de justificação da ingerência judicial, **Habermas sustenta que somente através de uma justificação judicial passível de ser compreendida e assimilada como plausível pela comunidade jurídica se revela legítima a intervenção [...].** (grifo nosso).¹⁴⁹

A afirmativa, genérica e *a priori*, de que o Poder Judiciário não pode intervir em face de omissão estatal na realização dos direitos fundamentais não se mostra compatível com o sistema jurídico vigente, em razão do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que legitima a intervenção jurisdicional frente a qualquer lesão, ou ameaça de lesão, a direito.

¹⁴⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. *Revista de Interesse Público*, Porto Alegre, v. 9, p. 38, 2007.

¹⁴⁸ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.p. 66-67.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 67.

Esta legitimação interventiva, contudo, não é irrestrita e incondicionada, restando subordinada à análise, em concreto, de sua razoabilidade e compatibilidade com as atribuições constitucionais dos outros Poderes de Estado.¹⁵⁰

No estágio atual da jurisprudência pátria persiste, todavia, o posicionamento daqueles que negam a possibilidade de intervenção judicial para sanar omissões dos órgãos administrativos na implantação de políticas públicas, mesmo as destinadas à efetivação de direitos fundamentais.

Tal negativa se fundamenta em interpretação rígida do princípio da separação de poderes, atribuindo competência privativa ao Poder Administrativo para efetivar, a seu juízo exclusivo, as opções mais adequadas de destinação dos recursos públicos disponíveis para a implantação de políticas públicas.

Exemplo deste entendimento se encontra em decisão proferida na apelação cível nº 70043412352 da Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julho de 2011,¹⁵¹ cuja ementa assim resume o julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APRESENTAÇÃO DE PROJETO E REALIZAÇÃO DE OBRAS PARA FINS DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E À ORDEM URBANÍSTICA. DESCABIMENTO.

É certo que a moradia digna, com saneamento básico, e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, em observância às políticas fundiárias, bem como à ordem urbanística, são direitos garantidos pela Constituição Federal, constituindo séria questão a ser considerada.

Há, todavia, inúmeros outros direitos constitucionalmente assegurados, não implementados, incumbindo exclusivamente à atividade administrativa

¹⁵⁰ LIMBERGER, Têmis. O solipsismo jurídico e o (des)controle das políticas públicas. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo da. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n. 7, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 263, exemplifica a questão em relação ao direito à saúde através dos parâmetros obtidos na audiência pública nº4 do STF. Assevera a autora: “Deve ser considerada a existência ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo SUS, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Caso a prestação de saúde não estiver entre as políticas do SUS, é importante distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação. Há de se observar a necessidade de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além da exigência de exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada. Relativamente ao tratamento, deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário ou a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS, deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas de seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Há a necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes de elaboração de novos protocolos.”

¹⁵¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 70043412352*, da 22ª Câmara Cível. Apelante: Município de Viamão. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro. Porto Alegre, 28 de julho de 2011. p. 01. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> . Acesso em: 24 maio 2013.

resolver a questão, sob pena de a conduta do administrador restar pautada pelo ajuizamento e decisões prolatadas em ações civis públicas, bem como de execução de termos de ajustamento de conduta, comprometendo a independência entre os Poderes.

Precedentes do TJRS, STJ e STF.

Apelação provida liminarmente. (grifo nosso).

Do corpo da decisão, colhem-se os seguintes excertos de argumentação:

O direito e respectivo dever à moradia digna, com saneamento básico, e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em observância às políticas fundiárias, bem como à ordem urbanística, são essenciais e se encontram assegurados no ordenamento, incumbindo sua execução aos entes da federação, em suas três esferas, mas, no entanto, os meios de “como” fazê-lo, a melhor forma de executar tal previsão, por exigir realização de despesas e emprego de receitas, é medida que cabe à Administração Pública, no âmbito do sistema orçamentário, não se tratando, aqui, de critérios objetivos.

Não obstante, a tutela constitucional e infraconstitucional do direito não é suficiente para que se admita a utilização de ação civil pública, nem tampouco do termo de ajustamento de conduta como instrumentos aptos a implicar, pela via judicial, em verdadeiro direcionamento da atividade discricionária do Administrador quanto ao melhor emprego das verbas públicas, bem como à ordem das prioridades a serem atendidas, devendo-se resguardar, neste ponto, a autonomia e a independência do Poder Executivo. (grifo nosso).¹⁵²

O deciso aduz, ainda, em abono de seu posicionamento, precedentes do TJRS e do STJ, constantes, respectivamente, dos embargos infringentes de nº 70010305696, do Décimo Primeiro Grupo Cível e do REsp 16876/SP.

O primeiro deles tem a ementa seguinte:

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO SOCIAL DE NATUREZA PRESTACIONAL. CRIAÇÃO DE ABRIGOS MUNICIPAIS COM VISTAS À PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO DE ABANDONO. DETERMINAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DE INCLUSÃO DE VERBA ORÇAMENTÁRIA. INGERÊNCIA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. Não pode o Judiciário, sob qualquer pretexto, ir além do exame estrito da legalidade e da legitimidade, pena de imiscuir-se indevidamente em terreno reservado à Administração. Falta aos Juízes, porque situados fora do processo político-administrativo, a capacidade funcional de garantir a efetivação de direitos sociais prestacionais mormente quando, a mais das vezes, se não sempre, dependente de condições de natureza

¹⁵² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 70043412352*, da 22ª Câmara Cível. Apelante: Município de Viamão. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro. Porto Alegre, 28 de julho de 2011. p. 06-07. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> . Acesso em: 24 maio 2013.

econômica ou financeira que longe estão dos fundamentos jurídicos. EMBARGOS DESACOLHIDOS. (grifo nosso).¹⁵³

Do segundo, destaca-se o seguinte excerto elucidatório:

- [...] 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.
4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.
5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.
6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.¹⁵⁴

Em suma, a recusa da via judicial em casos de omissão do Poder Público na implementação de políticas públicas se fundamenta na separação radical entre os Poderes de Estado, na suposição de que, da independência do Poder Executivo, decorre sua discricionariedade absoluta “quanto ao melhor emprego das verbas públicas, bem como à ordem de prioridades a serem atendidas”.

Subjaz, à fundamentação exposta, a suposição de que, nas condutas omissivas, a discricionariedade do Poder Administrativo não está sujeita ao princípio da legalidade¹⁵⁵, o que é totalmente incompatível com o conceito contemporâneo de Estado Democrático de Direito.

¹⁵³ Ibid., p. 10-11

¹⁵⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 70043412352*, da 22ª Câmara Cível. Apelante: Município de Viamão. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro. Porto Alegre, 28 de julho de 2011. p. 14. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> . Acesso em: 24 maio 2013.

¹⁵⁵ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 17-19; ensina que: “[...] no Estado de Direito contemporâneo, é manifesta a polissemia do *princípio da legalidade*, que assume conteúdos diferentes (embora relacionados) consoante os sectores do Ordenamento Jurídico a que preside. No que respeita ao desempenho das funções estaduais pelos órgãos de soberania, a acepção mais frequente utilizada incide sobre as relações entre a lei e a actividade administrativa e corresponde à exigência de que os actos da Administração encontrem o seu fundamento justificativo numa norma jurídica precedente ou, ao menos, que não contrariem os comandos sob tal forma. [...] Por outro lado, a instituição do controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis veio conferir relevância prática crescente ao princípio da *legalidade constitucional*, assente na idêia da *superlegalidade material e formal* das normas constitucionais. Deste modo se alargou o princípio da legalidade, historicamente amoldado para assegurar a supremacia do legislador ordinário. [...] A *legalidade administrativa* pode significar, em primeiro lugar, que os actos da Administração não devem contrariar as normas legais que se lhes aplicam (*princípio da precedência da lei, ou da preferência da lei, ou da compatibilidade, ou ainda, da não-contradição*). Entende-se também por legalidade administrativa a exigência de que a prática de um acto pela Administração corresponda à sua previsão em lei vigente (*princípio da reserva da lei ou da conformidade*). [...] Na sua concretização, o princípio da legalidade depende das relações estruturais entre os poderes legislativo, executivo e judicial e da posição funcional do executivo na ordem constitucional.”

Ora, as condutas ilegais tanto podem ser comissivas como omissivas, não havendo como tornar as últimas imunes ao controle de legalidade.

E a intervenção jurisdicional frente a omissões do Poder Público jamais se cogitou como ampla e incondicionada, mas rigorosamente restrita aos casos de lesão comprovada a direitos assegurados pelo ordenamento jurídico, o que afasta qualquer espécie de ativismo judicial.

Nem pode o Poder Judiciário proceder de ofício, subordinado que está à propositura de ação processual, condicionada a requisitos legalmente estabelecidos e proposta por partes juridicamente legitimadas entre as quais avulta, como órgão institucional, o Ministério Público.

Respaldo, assim, o agir jurisdicional em amplas e rígidas garantias de legalidade, não se torna plausível acoimar sua atuação de ‘ingerência na esfera administrativa’.

Desprovida de procedência é, por conseguinte, também a alegação de que falta aos juízes capacidade funcional para garantir direitos sociais prestacionais porque sua efetivação depende de condições econômicas e financeiras.

Não se pode ignorar que o juiz se defronta com fatos trazidos e comprovados pelas partes, com auxílio, inclusive de peritos, quando necessário, sentenciando-os à luz das normas jurídicas e não exclusivamente de conhecimentos técnicos pessoais.

A negativa da possibilidade jurídica de o Poder Judiciário exercer qualquer controle sobre omissões dos administradores públicos na realização de políticas públicas, conforme consubstanciada nos julgados antes transcritos, baseia-se em pressupostos teóricos, hodiernamente insustentáveis, utilizados para deslegitimar, genérica e aprioristicamente, a intervenção judicial, ainda que se façam presentes fundados indícios de desvio de poder.

Fundamentam-se os acórdãos referidos, expressamente, na premissa de que, embora os direitos à moradia digna, ao saneamento básico e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado estejam garantidos pela Constituição, incumbe exclusivamente à autoridade administrativa, no exercício de absoluta discricionariedade, escolher, entre os direitos fundamentais outorgados, os que entende devam ser satisfeitos.

Esta premissa, na amplitude em que foi aplicada, garante à administração pública a decisão irrecorrível sobre o realizar ou deixar de realizar o que a Constituição determina,

E aduz mais adiante, as p. 45-46, que: “Nos sistemas constitucionais firmados sobre o princípio da soberania do parlamento, não se apõem limites à sua competência legislativa e não se questiona a legitimidade das ‘leis –medida’ (*Massnahmegesetze*). É o que sucede na República Federal da Alemanha. Pelo contrário, em França, após 1958, a Constituição delimita a matéria cujo regime integral ou cujos princípios fundamentais devem constituir objeto de normas emitidas pelo poder legislativo. Todas as restantes questões integram a competência regulamentar do Governo, que no seu exercício apenas depende das normas constitucionais e dos princípios gerais de direito”.

tornando os agentes administrativos imunes, nessa questão essencial ao Estado Democrático de Direito, a qualquer controle judicial.

Esta discricionariedade administrativa irrestrita, além de contrariar o postulado da legalidade dos atos administrativos, tal como configurado no estágio contemporâneo do Direito Administrativo, implica, no caso brasileiro, em violação direta ao disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que veda excluir da apreciação jurisdicional qualquer lesão ou ameaça de lesão.

Afigura-se indiscutível, assim, que as decisões colacionadas, ao excluir, de plano, a legitimidade de o Poder Judiciário decidir o mérito das pretensões jurídicas, deduzidas no processo, impedindo a Jurisdição de verificar se, no caso concreto, a omissão dos administradores configurou ou não lesão a direito, incidem em manifesta negativa de prestação jurisdicional obrigatória.

Em nosso ordenamento jurídico, o teor de tais decisões enseja o cabimento de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 102, III, a), da Constituição Federal.¹⁵⁶

O grande equívoco dessa jurisprudência, difundida em nossos tribunais, está em não perceber que a real alternativa à consagração da discricionariedade administrativa absoluta não é, como argumentado, a transferência ao Judiciário da atribuição administrativa de escolha e execução das políticas públicas.

A alternativa verdadeira, e possível, é, apenas, a de ensejar ao Poder Judiciário decidir, no estrito exercício de sua função constitucional, se condutas omissivas concretas dos administradores públicos comportam ou não o juízo de sua conformidade com o ordenamento jurídico, ou seja, se delas resulta ou não lesão a direitos subjetivos fundamentais.

O entendimento jurisprudencial sob crítica incide, assim, no equívoco de pressupor que os atos omissivos da administração pública não podem, em hipótese nenhuma, derivar de desvios ou abusos de poder, ferindo a ordem jurídica e lesando direitos dos cidadãos.

No plano doutrinário, o administrativista Juarez Freitas sustenta a amplitude do controle judicial sobre a atividade administrativa como inerente ao Estado Democrático e à proteção dos direitos fundamentais.

¹⁵⁶ Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III- julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição.

Salienta o professor que o exercício democrático do Poder implica na responsabilidade de promover, precipuamente a satisfação dos direitos fundamentais que, mais do simples contrapartida dos direitos outorgados aos agentes do Poder Público, são fator de legitimação do Estado de Direito. Embora sejam admissíveis deficiências razoáveis e justificadas da prestação do serviço público, não podem estas resultar do arbítrio administrativo, pretensamente ‘legalizado’ pelo ordenamento jurídico vigente. Condutas administrativas, comissivas ou omissivas, que, desarrazoadamente, sacrifiquem direitos fundamentais exigem pronta correção e reparação.¹⁵⁷

Em outra passagem, o autor enfatiza que ao Poder Judiciário, embora lhe seja vedado decidir diretamente sobre o mérito administrativo, compete, sem qualquer usurpação, diligenciar para impedir arbitrariedades, seja por ação ou omissão, sendo obrigação funcional dos controladores em geral, precipuamente dos juízes, o exame da motivação dos atos administrativos discricionários. Competem, por isso, ao Poder Judiciário, no exercício legítimo de sua função, medidas preventivas em face de omissões administrativas que estejam a causar ou ameaçar dano irremediável ou de reparação difícil. Em resumo, ao controle judicial cabe averiguar se o administrador agiu com legitimidade e razoabilidade, não se podendo confundir discricionariedade com arbitrariedade nem entender o ato discricionário como juridicamente não vinculado. Discricionariedade sem vinculação a princípios objetivos e aos direitos fundamentais é pura arbitrariedade.¹⁵⁸

A resistência à intervenção jurisdicional em casos de omissão dos órgãos administrativos na efetivação de políticas públicas, mesmo quando indispensáveis e urgentes para a preservação de direitos fundamentais, tem raízes no já superado paradigma de separação radical entre a esfera administrativa e a judicial, segundo a concepção institucionalizada na tradição jurídica da França, absorvida por outras nações da Europa e da América Latina.

Após a derrocada violenta do absolutismo real, o exercício do Poder Público restou subordinado ao postulado da legalidade, no contexto de um regime político de separação radical entre Administração e Justiça Civil.

O controle do exercício do Poder foi atribuído a órgãos judicantes administrativos como o Conselho de Estado com competência apenas para o controle formal, sem poder de revisão ou substituição dos atos da administração.

¹⁵⁷ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 86-87.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 381-382.

Este modelo político e doutrinário de controle restrito do Poder de Administração foi superado, entretanto, no próprio país de origem, com repercussão reformadora em outros ordenamentos jurídicos europeus em decorrência da transição do Estado Liberal para o Social e da inerente positivação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Eduardo García de Enterría, como já exposto anteriormente, analisa a origem, a consolidação e a ruptura do dogma da discricionariedade absoluta do poder de administração que passou a exigir, em conformidade com o Estado Democrático de Direito, controle externo e amplo quando se trata de adequar a conduta administrativa aos postulados constitucionais, mormente no que pertine à efetivação dos direitos fundamentais.

As nações da Europa continental, em sua maioria, seguiram os passos da evolução do sistema francês de direito administrativo, partindo de um controle da legalidade formal para a implementação de uma sindicabilidade plena da atividade administrativa, como ressalta García de Enterría:

O novo século em qual acabamos de entrar nos apresenta, portanto, de maneira inesperada, um panorama completamente novo do sistema de justiça administrativa. Na maioria dos países, e desde logo no nosso, este sistema que constitui uma ferramenta essencial para definir um verdadeiro Estado de Direito na situação social e política na qual vivemos, ganhou sua consistência definitiva à medida que foi capaz de outorgar uma jurisdição plena, não restrita a simples declarações oficiais, abstratas ou teóricas.¹⁵⁹

Como visto, os direitos fundamentais, objetos de políticas públicas, encerram um espectro amplo e conceitualmente aberto, de prestações devidas pelo Poder Público, através de seus órgãos legislativos e administrativos.

A satisfação das pretensões correlatas, preponderantemente de titularidade coletiva, tem caráter progressivo e variável em adequação a uma sociedade multifacetada em mutação constante.

A efetiva realização dos direitos fundamentais não pode ficar adstrita a critérios exclusivos dos Poderes Legislativo e Executivo sob pena de esvaziamento dos comandos constitucionais que lhes asseguram vigência imediata.

Desta nova problemática resulta a imperiosidade de uma atuação participativa do Poder Judiciário, no estrito exercício de sua função constitucional ensejando um repensar e reexame dos conceitos tradicionais da divisão de poderes e da discricionariedade administrativa.

¹⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional: uma mudança de paradigma?* Tradução: Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 105.

Frente às exigências atuais do Estado Social, o Juiz não pode mais ser visto como revisor apenas de aspectos formais dos atos legislativos e administrativos, mas sim, como titular legítimo do controle sobre o conteúdo, comissivo ou omissivo, da atuação dos outros Poderes quando está em questão a efetividade dos direitos fundamentais, insculpidos na Constituição Federal.

3 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SANEAMENTO BÁSICO E SEUS LIMITES

A consciência da necessidade urgente da preservação do meio ambiente, ante os alarmantes índices globais de degradação ambiental, implicou, na maioria das nações ocidentais, na constitucionalização dos direitos ambientais, voltados a assegurar o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida.

Outrossim, a falta de saneamento básico se constitui em uma das principais causas de degradação ambiental, bem como em obstáculo à sadia qualidade de vida e própria existência de uma vida digna.

Tais direitos constituem bens jurídicos das gerações atuais e futuras, cuja tutela estatal implica em problemas e soluções específicas, com diferenças significativas em relação aos direitos sociais, pelo que tais direitos passaram a ser considerados como direitos de terceira geração, carecedores de tratamento jurídico próprio, sobretudo, ante a sua titularidade universal.

No Brasil, o art. 225 da Constituição Federal de 1988 qualificou o meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, e impôs tanto ao Poder Público, como à coletividade o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações, bem como a Lei nº 11.445/2007 estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico.

Neste capítulo, o trabalho se propõe a analisar a extensão do princípio constitucional insculpido no art. 225 da Constituição Federal de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, objetivando identificar, no ordenamento jurídico pátrio, elementos de recepção ao direito fundamental ao saneamento básico, em virtude do seu reconhecimento expresso, em 20 de julho de 2010, pela Organização das Nações Unidas como direito humano.

A seguir, o estudo busca critérios para aferição dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial em matéria de saneamento básico, bem como procura caminhos para estabelecer os limites do controle jurisdicional das políticas públicas de saneamento básico à luz dos princípios constitucionais de interpretação.

Por fim, objetiva a obtenção de critérios de aferição de descumprimentos do direito ao saneamento básico de acordo com os postulados da lei nacional de diretrizes para o saneamento básico (Lei nº 11.445/2007), a fim de assentar o controle jurisdicional da implantação de políticas públicas ambientais relativas ao saneamento básico em posições constitucional e legalmente fundamentadas.

3.1 Os Fundamentos da Tutela Jurídica ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e do Direito Fundamental ao Saneamento Básico

A necessidade urgente de políticas públicas para a proteção ambiental a nível mundial contribuiu, ao lado de outros problemas de dimensões globais, para a concepção de nova categoria de direitos fundamentais, dotados de titularidade universal.

Da conscientização acerca desta realidade, aliada à noção da esgotabilidade da natureza, da irreversibilidade dos seus danos e da necessidade da humanidade rumar em direção a um desenvolvimento sustentável que possa garantir o sustento das presentes e futuras gerações, surgiram, a partir do final do século XX, os direitos de terceira geração, relacionados à solidariedade e à fraternidade, que “trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade difusa ou coletiva”¹⁶⁰, entre os quais o direito ao ambiente e à qualidade de vida.¹⁶¹

Marchesan, Steigleder e Cappelli pontuam que os direitos de terceira geração, embora conservem igualmente sua dimensão individual, são caracterizados por sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável que demanda dos operadores jurídicos novas técnicas de garantia e proteção.¹⁶²

Portanto, o controle jurisdicional da efetivação dos direitos ambientais, voltados à proteção de bem jurídico da geração atual e das futuras, ameaçado, atualmente, de danos irreversíveis ante gigantescos fatores de degradação, sistemática e globalmente mantidos, implica, ante a titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, em problemas e soluções específicos, com diferenças significativas em relação à satisfação dos direitos sociais, pelo que tais direitos são considerados como direitos de terceira geração.

No Brasil, o art. 225 da Constituição Federal de 1988¹⁶³, combinado com o seu art. 5º, §1º,¹⁶⁴ erigiu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à condição de direito fundamental de aplicabilidade imediata, cuja efetivação importa na implantação e

¹⁶⁰MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito ambiental*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 20-21.

¹⁶¹SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 23.

¹⁶²MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPPELLI, op. cit., p. 21.

¹⁶³Art. 225, ‘caput’: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

¹⁶⁴Art. 5º, § 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Ibid.

desenvolvimento de políticas públicas ao encargo dos Poderes Legislativo e Executivo, cabendo ao Poder Judiciário, igualmente, responsabilidade no seu controle e efetivação.

A redação da norma constitucional mencionada caracteriza o conjunto de direitos ambientais como fundamentais imediatamente aplicáveis, ao atribuí-los, indistintamente, a todos, qualificá-los, expressamente, como essenciais à sadia qualidade de vida e incumbindo o Poder Público e a coletividade de efetivá-los para as presentes e futuras gerações.

Sobre a circunstância de o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ter sido erigido a direito fundamental de aplicabilidade imediata pelo constituinte brasileiro ensinam, entre outros doutrinadores, José Rubens Morato Leite e Patryck Ayala ¹⁶⁵; Ana Maria Moreira Marchesan, Annelise Monteiro Steigleder e Sílvia Cappelli ¹⁶⁶; Antônio Herman Benjamin. ¹⁶⁷, José Afonso da Silva ¹⁶⁸.

José Rubens Morato Leite e Patryck Ayala argumentam que, embora o art. 225 da Constituição Federal não esteja inserido no Título II da Constituição Brasileira (dos direitos e garantias fundamentais), a interpretação sistêmica do art.225 e a utilização da expressão ‘todos têm o direito’ demonstram a intenção do constituinte originário em construir as bases constitucionais de políticas ambientais em relação a este direito fundamental. Os autores ensinam que:

Apesar de não estar inserido no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, não é possível afastar o seu conteúdo de direito fundamental. Da leitura global dos diversos preceitos constitucionais ligados à proteção ambiental, chega-se à conclusão que existe verdadeira consagração de uma política ambiental, como também de um dever jurídico constitucional atribuído ao Estado. Acrescenta-se, ainda, a constatação de que o art. 225 inclui a expressão ' todos têm direito' e impõe, posteriormente, incumbências ao Estado e à coletividade, significando inequivocamente tratar-se de um direito fundamental do homem. ¹⁶⁹ (grifo nosso).

Como consequência desta Constitucionalização, Ana Maria Moreira Marchesan et al.,

¹⁶⁵ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Tribunais, 2010. p. 87.

¹⁶⁶ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito ambiental*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 19.

¹⁶⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 73.

¹⁶⁸ SILVA, José Afonso da. Fundamentos constitucionais da proteção ambiental. DAIBERT, Arlindo (Org.). *Direito ambiental comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 83.

¹⁶⁹ LEITE; AYALA, op. cit., p. 87.

referindo as lições de Ingo Sarlet ¹⁷⁰ sobre ‘Abrangência da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais na Carta da 1988’ insculpido no art. 5º, §2º, da Constituição Brasileira ¹⁷¹, afirmam a aplicabilidade imediata deste direito fundamental, elevado, inclusive, ao patamar de cláusula pétrea da constituição. As autoras afirmam que:

O direito fundamental ao meio ambiente é, por força da abertura material consagrada no art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1998, cláusula pétrea e sujeito à aplicabilidade direta, mesmo não constando do catálogo do art. 5º, uma vez que o constituinte optou por inseri-lo no âmbito das disposições constitucionais sobre a ordem social. Assim, trata-se de um direito formal e materialmente fundamental. Formal porque é parte integrante da Constituição escrita, situando-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, e encontra-se ‘submetido aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (art. 60,CF)’, além do que é uma norma diretamente aplicável e que vincula de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, parágrafo 1º). Material, porque se trata de um direito fundamental ‘constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade’.

Aponta Sarlet que a cláusula aberta consagrada no art. 5º, parágrafo 2º, não restringe os direitos fundamentais fora do catálogo a direitos expressamente positivados em outras partes do texto constitucional, de forma que todos os direitos fundamentais subordinam-se ao regime instituído pelo art. 5º, parágrafo 1º, o qual ‘impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais’. A abertura do sistema constitucional permite, ainda, que os tratados internacionais que dispõem sobre a proteção ambiental, especialmente naquilo que dizem respeito ao núcleo do direito fundamental ao meio ambiente, passem a integrar a Constituição. ¹⁷² (grifo nosso).

Ademais, é importante registrar que tivemos, no ano de 1972, a histórica Declaração de Estocolmo, cujos Princípios Primeiro¹⁷³ e Segundo¹⁷⁴, consoante as palavras de José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala, significaram “do ponto de vista internacional, um reconhecimento do direito do ser humano a um bem jurídico fundamental, o ambiente ecologicamente equilibrado e a qualidade de vida”, bem como firmaram “um

¹⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Advogado, 2009. p. 82; sustenta que “[...] da expressão literal do art. 5º, §2º, da CF, que menciona, de forma genérica, os ‘direitos e garantias expressos nesta Constituição’, sem qualquer limitação quanto à sua posição no texto.”

¹⁷¹ Art. 5º, § 2º : Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

¹⁷² MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito ambiental*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 19.

¹⁷³ O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras [...].

¹⁷⁴ Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequada.

comprometimento de todos a preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as gerações presentes e futuras”.¹⁷⁵

Vasco Pereira da Silva enfatiza que “a ecologia como problema da comunidade ou como questão política, é uma realidade dos nossos dias”. Assevera que, da tomada de consciência dos limites do crescimento econômico e da esgotabilidade dos recursos naturais, os movimentos radicais da década de setenta, marcados por movimentos de partidização, são substituídos, na década de oitenta e noventa do século passado, por uma “despartidarização da defesa do meio-ambiente, que deixou de ser apenas a bandeira de agrupamentos radicais para passar a constituir patrimônio comum de todas as forças políticas”.¹⁷⁶

A respeito desta evolução percucientes também são as palavras de Antônio Herman Benjamin:

Só em meados da década de 70 – por uma conjunção de fatores, que não interessa aqui esmiuçar- os sistemas constitucionais começaram, efetivamente, a reconhecer o ambiente como merecedor da tutela maior, esse, sem dúvida, **um daqueles raros momentos, que ocorrem de tempos em tempos, em que o senso de civilização é redefinido**, para usar a expressão feliz do geógrafo Carl O. Sauer. **Há, em tal constatação, um aspecto que impressiona, pois na história do Direito poucos valores ou bens tiveram uma trajetória tão espetacular, passando, em poucos anos, de uma espécie de nada-jurídico ao ápice da hierarquia normativa, metendo-se com destaque nos pactos políticos nacionais.** (grifo nosso).¹⁷⁷

Aduz igualmente Vasco Pereira da Silva que esta nova ‘consciência ecológica’ se manifesta através de duas dimensões: a individual, decorrente da conscientização por parte dos cidadãos da esgotabilidade dos recursos naturais; e a institucional, decorrente da conscientização da necessidade da multiplicação de normas ambientais e de órgãos administrativos e da própria sociedade civil relacionados à proteção do meio ambiente. Ensina o professor lusitano:

[...] Assiste-se, agora, a um extraordinário desenvolvimento das ciências do ambiente, das políticas de ambiente, da proliferação de leis em matéria de ambiente, que contribui para a difusão de uma nova consciência ecológica, que se manifesta a dois níveis:

a) o da **dimensão individual**, decorrente da consciencialização dos cidadãos relativamente à perenidade dos recursos e à necessidade de contribuir de modo activo para a preservação da natureza, que veio transformar a defesa do ambiente num problema cívico. Tomada de consciência individual da questão

¹⁷⁵ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Tribunais, 2010. p. 86.

¹⁷⁶ SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 17-20.

¹⁷⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 60-61.

ambiental a que não é alheia a importância da comunicação social, com o seu contributo fundamental para a criação de uma opinião pública interessada na temática ecológica;

b) o da **dimensão institucional**, com a multiplicação e o desenvolvimento de movimentos ambientalistas, de departamentos governamentais ligados ao ambiente, de entidades administrativas várias destinadas à defesa ambiental, de complexos normativos cada vez mais pormenorizados em matéria ecológica, tanto à escala interna como internacional. (grifo nosso).¹⁷⁸

Destarte, a partir da Declaração de Estocolmo de 1972, novas constituições de países Europeus como da Grécia (1975), de Portugal (1976), da Espanha (1978) passaram a apresentar, em seus textos constitucionais, normas relativas ao meio ambiente, o que foi seguido pela Constituição Brasileira de 1988, em vários de seus dispositivos. Como exemplos mais recentes também podemos citar a “ Charte de l'environnement “ da França (2005) e a Constituição do Equador (2008).

A conscientização crescente da humanidade acerca da necessidade inadiável de preservação e restauração do meio ambiente ecologicamente equilibrado representou fator relevante da positivação constitucional deste direito de terceira geração e está a exigir que todos os integrantes do Poder Público também estejam plenamente conscientes da correlata obrigação jurídica de tutela efetiva deste direito fundamental.

O ambientalismo, consoante José Afonso da Silva, passou, nas novas constituições, a ser tratado como direito fundamental da pessoa humana, e não como simples aspecto de atribuição de órgãos ou entidades públicas, como ocorria em constituições anteriores.¹⁷⁹

No Brasil, a Constituição Federal traz um capítulo específico (VI) sobre o Meio Ambiente no Título VIII , o qual versa sobre a Ordem Social.

José Afonso da Silva, ao discorrer sobre o conteúdo normativo do art. 225 da Constituição Federal¹⁸⁰, ensina que o mesmo compreende três conjuntos de normas: a) o

¹⁷⁸ SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 20.

¹⁷⁹ SILVA, José Afonso da. Fundamentos constitucionais da proteção ambiental. In: DAIBERT, Arlindo (Org.). *Direito ambiental comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 83.

¹⁸⁰ Art. 225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

“caput” que constitui a “norma-princípio, a norma matriz, substancialmente reveladora do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”; b) o § 1º e seus incisos que são “as normas – instrumentos da eficácia do princípio”, mas também aquelas **“que outorgam direitos e impõem deveres relativamente ao setor ou recurso ambiental que lhes é objeto”**. Assevera o constitucionalista que “nelas se conferem ao Poder Público os princípios e instrumentos fundamentais de sua atuação para garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”; c) normas que versam sobre determinações específicas em relação a “objetos” e “setores”, enunciados nos parágrafos 2º a 6º do art. 225, em virtude de que os mesmos “são elementos sensíveis que requerem imediata proteção e direta regulamentação constitucional”, ou “porque são áreas e situações de elevado conteúdo ecológico [...] que o constituinte entendeu que mereciam, desde logo, proteção constitucional.”¹⁸¹ (grifo nosso).

A nossa Constituição, portanto, não só definiu o direito ambiental como direito de todos, impondo o seu cumprimento ao Poder Público e à coletividade, mas especificou ainda modalidades concretas de realização deste direito, essencial à vida humana digna, como, entre outras, a criação obrigatória de áreas de preservação ambiental, a exigência de licença ambiental, com base em estudo prévio de impacto ambiental, para obras ou atividades potencialmente danosas ao meio ambiente e à qualidade de vida, a promoção, em todos os níveis de ensino, da educação e da conscientização coletiva em torno das questões ambientais.

As normas mencionadas configuram, assim, a moldagem constitucional que deve fundamentar e direcionar a ação dos governantes em relação às políticas públicas.

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal MatoGrossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

¹⁸¹ SILVA, José Afonso da. Fundamentos constitucionais da proteção ambiental. In: DAIBERT, Arlindo (Org.). *Direito ambiental comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 85.

Neste sentido, Analúcia de Andrade Hartmann afirma que, no parágrafo 1º e incisos do referido mandamento constitucional, o constituinte originário estabeleceu “as bases para **as políticas públicas ambientais**, as quais deverão ainda complementar-se através dos demais capítulos constitucionais, tais como os da ordem econômica, da educação, da saúde ou da cultura.”¹⁸² (grifo nosso).

A referida autora também destaca a expressiva produção legislativa infraconstitucional ocorrida, “**por sua importância na definição e concretização de políticas públicas ambientais**” (grife nosso), a partir do final do século passado, desde antes da Constituição de 1998, com a edição da Lei da Política Ambiental (Lei 6.938/1981); da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985); e posteriormente com a Carta Republicana, e com a edição da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998); do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001); da Política Nacional de Educação Ambiental (Lei 9.795/1999); da Política Nacional da Biodiversidade (Decreto 4.339/2002); da Política Nacional das Unidades de Conservação da Natureza ou Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUCC) (Lei 9.985/2000); da Lei da Política Nacional dos Recursos Hídricos (Lei 9.433/1997).¹⁸³

Mais recentemente, também se pode citar a Lei das Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico (Lei 11.445/2007) e a Lei sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010).

Na Constituição, além do capítulo específico, há vários preceitos esparsos, relacionados, direta ou indiretamente, à defesa ambiental. Registre-se, pela sua importância, o art. 170, inc. VI,¹⁸⁴ que coloca, expressamente, entre os fins da ordem econômica, a defesa ao meio ambiente, bem como o art. 186, inc. II,¹⁸⁵ segundo o qual a função social da propriedade rural deve atender, igualmente, à utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e à preservação do meio ambiente.

¹⁸² HARTMANN, Analúcia de Andrade. Políticas públicas ambientais: a atuação do Ministério Público. In: D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo; NERY JUNIOR, Nelson; MEDAUER, Odete (Coord.). *Políticas públicas ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 39.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 38.

¹⁸⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

¹⁸⁵ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

[...]

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente. *Ibid.*

Esta ampla proteção legislativa do meio ambiente ecologicamente equilibrado necessita ser complementada pela conscientização coletiva da importância e da urgência de políticas públicas adequadas para sua efetiva implementação.

Em âmbito jurisprudencial, assumem particular destaque, em matéria ambiental, dois julgados do Supremo Tribunal, proferidos no anos de 1995, no RE 134.297/ SP¹⁸⁶ e MS 22.164/ SP¹⁸⁷, ambos de relatoria do Min. Celso de Melo, que denominou os direitos inerentes à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado como ‘direitos de terceira geração’.

No julgamento do MS 22.164/ SP, o Supremo Tribunal Federal pôs em destaque a obrigação do Poder Público e da coletividade de dar efetividade aos direitos ambientais, cuja titularidade, compartilhada entre todos, abrangendo não só os integrantes das gerações presentes mas, também, das futuras, que deixam de ser meros destinatários da proteção ambiental para se tornarem titulares de poderes para torná-la efetiva.

A respeito destes dois julgamentos, relevantes são as observações de Patryck de Araújo Ayala ao analisar os argumentos constantes nos acórdãos referidos:

Conquanto o julgamento do RE 134297-8/SP tenha inaugurado a afirmação constitucional do direito fundamental ao meio ambiente, o desenvolvimento de seu significado diferenciado somente foi realizado no julgamento do MS 22.164/DF, no qual, pela primeira vez, o STF reconheceu expressamente características essenciais do bem ambiental, tal como proposta pela Constituição brasileira, quais sejam: **a) a repartição de responsabilidades no exercício desses deveres; b) a relação estabelecida entre a sua concretização e os deveres atribuídos aos Poderes Públicos e à coletividade; e, sobretudo, c) a titularidade compartilhada de interesses sobre o bem, que alcançam inclusive as futuras gerações.** [...]

Outro aspecto relevante analisado, de forma inédita, pelo STF, na mesma ocasião, consistiu **no expreso reconhecimento de que o direito fundamental ao meio ambiente não encerra apenas uma perspectiva de pretensões, mas materializa, também, a proteção de valores indisponíveis e, sobretudo, de poderes de titularidade coletiva, atribuídos a toda a sociedade.** Reconhece – a decisão – a consagração de um complexo conteúdo para o princípio da solidariedade, agora não mais sob uma ótica de destinatários e beneficiários, mas de titulares de poderes e prerrogativas. [...] Sendo assim, **é possível constatar o reconhecimento de que a norma constitucional protege não apenas um direito atribuído a todos, mas também fixa a todos os titulares deveres e, principalmente, assegura a proteção de poderes de titularidade coletiva atribuídos à coletividade, não**

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 134.297-8/SP*, da Primeira Turma. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorridos: Paulo Ferreira Ramos e Cônjuge. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 1995. p. 689. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 22.164-0/SP*, Tribunal Pleno. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 30 de outubro de 1995. , p. 1176-1179. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

os limitando ao exercício exclusivo por iniciativa dos Poderes Públicos.
[...] (grifo nosso).¹⁸⁸

Acrescenta o jurista que, pela nossa Constituição Federal, conforme a interpretação definida pelo STF, o meio ambiente é bem patrimonial público:

[...] não porque pertence ao Poder Público, mas porque a sua proteção (objetivo que é expressamente considerado pelo texto constitucional, na condição de dever de todos, compartilhado entre os Poderes Públicos e toda a sociedade) **interessa à coletividade, e se faz em benefício das presentes e das futuras gerações**, sendo essa a qualidade do bem ambiental protegida pela Constituição. (grifo nosso).¹⁸⁹

A amplitude dos direitos inerentes à proteção ambiental e sua vinculação indissolúvel com as condições econômicas e sociais indispensáveis para assegurar a vida humana digna intensificam de tal modo a obrigação de supervenientes prestações estatais e a exigência de instrumentos de participação da coletividade a ponto de se cogitar do nascimento de um novo paradigma de Estado, o Estado Constitucional Ambiental.

Vasco Pereira da Silva ensina que a problemática ambiental atualmente deve ser considerada em dois níveis: “do direito ao ambiente como direito do Homem, integrando a denominada terceira geração dos direitos fundamentais” e “da proteção do ambiente como problema do Estado, que leva mesmo alguns autores a caracterizar o actual Estado pós-social com Estado de ambiente”.¹⁹⁰

A implementação do vasto elenco de direitos fundamentais, ligados à integralidade das condições do meio ambiente ecologicamente equilibrado, sugere a necessidade de repensar o sistema jurídico de proteção aos direitos fundamentais, afastando a ilusão de que as concepções jurídicas tradicionais garantem a efetivação dos múltiplos direitos emergentes.

Pérez Luño ensina que “o significado constitucional deste fenómeno ultrapassa os limites estritos de um novo direito fundamental, para representar um paradigma de reinterpretção de todo o sistema de direitos e liberdades do Estado constitucional”.^{191 ; 192}

¹⁸⁸ AYALA, Patryck de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental do Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 380-381.

¹⁸⁹ Ibid., p. 382.

¹⁹⁰ SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 20.

¹⁹¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional*. Tradução: Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 11.

¹⁹² Ibid., p. 10, assevera que “o Estado constitucional se caracteriza por ser a forma política que consagra plenamente o caráter normativo, não meramente programático, da Constituição; por conseguinte, emana a justicialidade dos direitos constitucionais e a abertura de casos e procedimentos adequados para garantia da eficácia de tais direitos.”

O professor da Universidade de Sevilha, todavia, adverte que o ‘Constitucionalismo Ambiental’, tornou-se uma ‘garantia simbólica’, porquanto, gera a ilusão de que existe “um amplo e complexo repertório de soluções jurídicas para dar resposta aos problemas ecológicos”.¹⁹³

Acrescenta o autor que, embora “os meios jurídicos tendentes à regulação e à tutela ambiental não são os únicos, nem sequer suficientes para responder as agressões e desafios que neste setor se produz, [...] a batalha pelo equilíbrio ecológico não pode conceber-se à margem do direito”, concluindo que o paradigma jurídico ecológico concebe “a justiça como uma exigência de regulamentação racional e ordenada do ambiente e a natureza com ingrediente básico do núcleo de valores que conformam a justiça”.¹⁹⁴

Embora a consolidação do Estado Ambiental não dependa exclusivamente das estruturas jurídicas, sua efetiva implantação requer, contudo, a revisão de conceitos e valores jurídicos arraigados para viabilizar respostas jurídicas adequadas aos novos problemas.

Juarez Freitas ensina em relação à sustentabilidade que “trata-se de direito extensivo aos que sequer nascituros são, algo que francamente subverte, em larga medida, a tradição jurídica ocidental, acostumada à noção estreita dos direitos subjetivos e a processos sucessórios acanhados”, que implica, por consequência, no “abandono dos conceitos protelatórios de praxe”.¹⁹⁵

A inclusão das condições mínimas para a sustentabilidade da vida humana digna na esfera de abrangência do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado caracteriza um novo paradigma de Estado, pressuposto que é da fruição dos demais direitos fundamentais pela razão de que as deteriorações ambientais e a falta de condições sanitárias mínimas impossibilitam as condições de vida condizentes com a dignidade humana.

É de registrar que os doutrinadores, para denominar este novo modelo de Estado, utilizam dos mais diversos termos: Estado Ambiental, Estado Socioambiental, Estado Constitucional Ecológico, Estado Pós-social, etc. Independentemente da terminologia empregada, observa-se que esse novo paradigma de Estado, como ensina Ingo Sarlet “trata-se de um Estado que tem como fim e como tarefa o desenvolvimento e a sustentabilidade, sendo esta estruturada a partir dos três pilares do social, do econômico e do ambiental”.¹⁹⁶

¹⁹³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional*. Tradução: Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 59.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 60- 61.

¹⁹⁵ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 16.

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Apresentação. WOLFGANG, Ingo (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Advogado, 2010. p. 7.

Michel Prieur¹⁹⁷, ao dissertar a respeito do princípio do desenvolvimento sustentável, insculpido nos preceitos da Declaração do Rio de 1992, salienta como principais aspectos de seu conteúdo: a erradicação da pobreza (princípio nº 5)¹⁹⁸; a repartição de responsabilidades (princípio nº 7)¹⁹⁹; a utilização de meios racionais de produção e consumo (princípio nº 8)²⁰⁰; bem como a fomentação de políticas de desenvolvimento de cunho socioambiental (princípio nº 4)²⁰¹.

Segundo Juarez Freitas, o conceito de sustentabilidade é ‘pluridimensional’, eis que, abarca as dimensões social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental, que se entrelaçam.²⁰²

Na primeira dimensão, a social, não se admite modelos excludentes, encontrando-se os direitos fundamentais sociais, como os direitos às prestações à saúde, à educação e à segurança pública.

Na segunda, conforme o autor, “existe o dever ético de ser benéfico a todos os seres, no limite do possível, não apenas deixar de prejudicá-los. De fato, a atitude eticamente é aquela que *consiste em agir de modo tal que possa ser universalizada a produção do bem-estar duradouro, no íntimo e na interação com a natureza*”.

A ambiental, assentada na finitude dos recursos naturais, reconhece “o direito das gerações atuais, sem prejuízo das futuras, ao ambiente limpo, em todos os seus aspectos”, não se admitindo “qualquer evasão da responsabilidade ambiental, nem retrocesso no atinente à biodiversidade, sob pena de empobrecimento da qualidade de todas as vidas”.

A econômica, que pontua a necessidade de reestruturação balanceada entre o consumo e a produção com o estabelecimento de uma renda básica que promova a libertação da pobreza.

Por fim, a dimensão jurídico-política “no sentido de que a busca da sustentabilidade é um direito e encontrá-la é um dever constitucional e intangível”.

¹⁹⁷ PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 84.

¹⁹⁸ Os recursos não renováveis da Terra devem ser utilizados de forma a evitar o perigo do seu esgotamento futuro e a assegurar que toda a humanidade participe dos benefícios de tal uso.

¹⁹⁹ Os países deverão adotar todas as medidas possíveis para impedir a poluição dos mares por substâncias que possam por em perigo a saúde do homem, prejudicar os recursos vivos e a vida marinha, causar danos às possibilidades recreativas ou interferir com outros usos legítimos do mar.

²⁰⁰ O desenvolvimento econômico e social é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e criar, na Terra, as condições necessárias à melhoria da qualidade de vida.

²⁰¹ O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio representado pela flora e fauna silvestres, bem assim o seu “habitat”, que se encontram atualmente em grave perigo por uma combinação de fatores adversos. Em consequência, ao planificar o desenvolvimento econômico, deve ser atribuída importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres.

²⁰² FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 53-70.

Ressalta Juarez Freitas que a postura sustentável é aquela “que jamais acarreta sacrifícios desproporcionais à vida”.

Como visto, a efetivação dos direitos ambientais vincula-se, sobretudo, à erradicação do subdesenvolvimento e da pobreza extrema, conflitantes com o Estado Ambiental.

A efetivação dos direitos ambientais envolve necessariamente a implementação de políticas públicas eficientes para erradicar a pobreza extrema e reduzir as desigualdades sociais.

A degradação econômica e social de grandes parcelas da população impossibilita o viver humano com dignidade e favorece as agressões ao meio ambiente.

Analúcia Hartmann afirma que a questão ambiental vem “colocando na pauta das reuniões planetárias a imprescindibilidade da criação de políticas globais de desenvolvimento sustentável e a urgência de atitudes ecologicamente responsáveis”. Aduz que a luta pelo meio ambiente equilibrado possui como maior desafio o subdesenvolvimento do país, eis que impossível a coexistência de desenvolvimento sustentável e injustiça social. Finaliza afirmando que “a luta pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil vem historicamente somar-se à luta pelos direitos humanos e pela justiça social”.²⁰³

De modo semelhante Tiago Fensterseifer assevera que o enfrentamento da questão ambiental e do desenvolvimento sustentável passa “pela correção do quadro alarmante de desigualdade social e da falta de acesso da população pobre aos direitos sociais básicos, o que, diga-se de passagem, também é causa potencializadora da degradação ambiental”.²⁰⁴

O acesso universal à água potável, de qualidade compatível com a saúde pública, e a disponibilidade de saneamento básico, eficiente e suficiente para a população inteira, constituem elementos básicos do desenvolvimento sustentável.

Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer ressaltam que os fundamentos jurídico-constitucionais de um direito fundamental ao mínimo existencial socioambiental dependem da tutela integrada do ambiente e dos direitos sociais como premissa do desenvolvimento sustentável, pontuando que o acesso à água potável e ao saneamento básico constituem direitos fundamentais integrantes do mínimo existencial. Ensinam os juristas:

A proteção ambiental, portanto, está diretamente relacionada à garantia dos direitos sociais, já que o gozo desses últimos é dependente de condições favoráveis, como, por exemplo, **o acesso à água potável (através do**

²⁰³ HARTMANN, Analúcia de Andrade. Políticas públicas ambientais: a atuação do Ministério Público. In: D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo NERY JUNIOR, Nelson; MEDAUER, Odete (Coord.). *Políticas públicas ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 32-33.

²⁰⁴ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Advogado, 2008. p. 93-94.

saneamento básico, que também é direito fundamental social integrante do conteúdo do mínimo existencial), à alimentação sem contaminação química (por exemplo, de agrotóxicos e poluentes orgânicos persistentes), a moradia em área que não apresente poluição atmosférica, hídrica ou contaminação do solo (como, por exemplo, na cercaria de áreas industriais) ou mesmo riscos de desabamento (como ocorre no topo de morros desmatados e margens de rios assoreados). (grifo nosso).²⁰⁵

Induvidosamente, a prática tem demonstrado que a degradação da natureza é maior ou mais sentida em áreas de menores recursos econômicos, sendo que as condições de pobreza econômica e degradação ambiental de uma determinada população se constituem em variáveis diretamente proporcionais.

Contrariamente à distribuição das riquezas, concentradas nas classes sociais mais altas, as consequências negativas dos danos ambientais são suportadas em grau maior pelos segmentos mais carentes da população.

Neste sentido, Ulrich Beck ressalta que: “A história da distribuição de riscos mostra que estes se atêm, assim como as riquezas, ao esquema de classe - mas de modo inverso: as riquezas acumulam-se em cima, os riscos em baixo”.²⁰⁶

E acrescenta o referido autor que: “São principalmente as vizinhanças mais acessíveis aos grupos de menor renda da população, nas redondezas de centros de produção industrial, que são onerados no longo prazo por conta de diversos poluentes no ar, água e no solo”.²⁰⁷

Catarina de Albuquerque, Relatora Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o Direito Humano ao acesso a água potável e ao saneamento durante o mandato de 2008/2014, também foi expressa ao afirmar que: “Aqueles que não tem acesso a saneamento adequado são esmagadoramente as pessoas que vivem na pobreza, e os indivíduos e grupos marginalizados e excluídos”.²⁰⁸

A falta de condições adequadas de saneamento básico, além de ser causa direta de danos à saúde pública, representa, ainda, sério risco de poluição dos recursos hídricos, comprometendo o fornecimento de água potável, que é componente básico da satisfação dos direitos ambientais.

²⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Sociambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Advogado, 2010. p. 32-33.

²⁰⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 41.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 41-42.

²⁰⁸ ALBUQUERQUE, Catarina. *Perita da ONU explica a relação entre falta de saneamento e pobreza persistente*. Disponível em: <<http://www.unric.org.pt/actualidade/30970-perita-da-onu-explica-a-relacao-entre-falta>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

É de registrar que, em reunião realizada em Genebra em novembro de 2002, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, através da Observação Geral de nº 15, reconheceu que a água é um bem público fundamental para a vida e para a saúde, asseverando expressamente que ‘o direito humano à água é indispensável para se viver dignamente e é condição prévia para a realização de outros direitos humanos’. Aduziu que a ausência de acesso a serviços adequados de saneamento básico constituem a principal causa de contaminação da água causando tanto doenças à população, como à poluição dos recursos hídricos, registrando que a desigualdade ao acesso ao saneamento agrava a pobreza existente pelo que os Estados devem adotar medidas eficazes ao efetivo acesso ao direito à água sem discriminações.²⁰⁹

As referidas recomendações se dirigem aos países firmatários, entre os quais o Brasil, do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas de dezembro de 1966, tratado que foi ratificado pelo Congresso Nacional Brasileiro, através do Decreto Legislativo nº 226(1)/1991 e regulamentado pela Presidência do Brasil através do Decreto nº 591/ 1992.

No Preâmbulo do Pacto de 1966, embora ainda não se tenha tratado especificamente a respeito do direito ao acesso à água potável e ao saneamento, os países firmatários, naquele então, reconheceram que o ideal do ser humano livre e liberto da miséria não pode ser realizado a menos que se criem condições a cada um de gozar seus direitos econômicos, sociais e culturais, os quais decorrem da dignidade inerente à pessoa humana.²¹⁰

²⁰⁹ Water is a limited natural resource and a public good fundamental for life and health. The human right to water is indispensable for leading a life in human dignity. It is a prerequisite for the realization of other human rights. The Committee has been confronted continually with the widespread denial of the right to water in developing as well as developed countries. Over one billion persons lack access to a basic water supply, while several billion do not have access to adequate sanitation, which is the primary cause of water contamination and diseases linked to water. The continuing contamination, depletion and unequal distribution of water is exacerbating existing poverty. States parties have to adopt effective measures to realize, without discrimination, the right to water, as set out in this general comment. UNITED NATIONS. Human Rights. *Treaty Bodies – General Comments; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment*. n. 15, p. 01-02. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TBGeneralComments.aspx>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

²¹⁰ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

Preamble

The States Parties to the present Covenant,

Considering that, in accordance with the principles proclaimed in the Charter of the United Nations, recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world,

Recognizing that these rights derive from the inherent dignity of the human person,

Recognizing that, in accordance with the Universal Declaration of Human Rights, the ideal of free human beings enjoying freedom from fear and want can only be achieved if conditions are created whereby everyone may enjoy his economic, social and cultural rights, as well as his civil and political rights,

Considering the obligation of States under the Charter of the United Nations to promote universal respect for, and observance of, human rights and freedoms,

O tratado internacional, em síntese, incitou os países membros a assegurar o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, entre os quais, pode-se citar, o direito ao trabalho, a previdência social, a saúde, a educação, e, sobretudo, a melhoria contínua das condições de vida, especificando o direito à alimentação, a vestimentas e à moradia adequadas.

A recomendação de nº 15 foi realizada para promover o avanço nos artigos 11 e 12 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,²¹¹ que trata da melhoria das condições de vida e da saúde da humanidade, sendo que a referida observação é expressa ao afirmar que a higiene ambiental, como um aspecto do direito à saúde, nos termos do artigo 12, parágrafo 2 (b), do referido Pacto, implica na adoção de medidas não-discriminatórias para evitar ameaças à saúde, a partir de condições de água inseguras e tóxicas. A recomendação ainda afirma que os Estados Partes devem assegurar que os recursos naturais de água sejam protegidos da contaminação por substâncias nocivas e microorganismos patogênicos. Da mesma forma, os Estados Partes devem monitorar e situações de combate onde os ecossistemas aquáticos servem

Realizing that the individual, having duties to other individuals and to the community to which he belongs, is under a responsibility to strive for the promotion and observance of the rights recognized in the present Covenant,

Agree upon the following articles. UNITED NATIONS. Human Rights. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966 entry into force 3 January 1976, in accordance with article 27. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

²¹¹ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

Article 11

1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international cooperation based on free consent.

2. The States Parties to the present Covenant, recognizing the fundamental right of everyone to be free from hunger, shall take, individually and through international co-operation, the measures, including specific programmes, which are needed:

(a) To improve methods of production, conservation and distribution of food by making full use of technical and scientific knowledge, by disseminating knowledge of the principles of nutrition and by developing or reforming agrarian systems in such a way as to achieve the most efficient development and utilization of natural resources;

(b) Taking into account the problems of both food-importing and food-exporting countries, to ensure an equitable distribution of world food supplies in relation to need.

Article 12

1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health.

2. The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for:

(a) The provision for the reduction of the stillbirth-rate and of infant mortality and for the healthy development of the child;

(b) The improvement of all aspects of environmental and industrial hygiene;

(c) The prevention, treatment and control of epidemic, endemic, occupational and other diseases;

(d) The creation of conditions which would assure to all medical services and medical attention in the event of sickness. Ibid.

de habitat para vetores de doenças onde quer que eles representam um risco para ambientes de vida humana.²¹²

Aliás, tanto é indiscutível que, para a efetivação do meio ambiente ecologicamente equilibrado e para a sadia qualidade de vida da população, o saneamento básico se revela em questão de fundamental importância, que, a recomendação nº 15 de 2002 foi expressa ao afirmar que a garantia de que todos tenham acesso ao saneamento adequado não é apenas fundamental para a dignidade humana e privacidade, mas é um dos principais mecanismos para a proteção da qualidade da potabilidade da água e dos recursos hídricos. Acrescentou que de acordo com os direitos à saúde e à moradia adequada os Estados Partes têm a obrigação de alargar progressivamente serviços de saneamento, principalmente para as áreas urbanas e rurais desfavorecidas, tendo em conta a necessidades das mulheres e crianças.²¹³

Ainda ,a Recomendação nº 15 prescreve que os Estados Partes devem adotar estratégias e programas abrangentes e integrados para garantir que haja água suficiente e segura para as gerações presentes e futuras, revelando , portanto, o caráter intergeracional deste direito fundamental.

Tais estratégias e programas podem incluir: (a) redução da depleção dos recursos hídricos através da extração insustentável, desvio e represamento; (b) redução e eliminação da contaminação das bacias hidrográficas e ecossistemas relacionados com a água por substâncias tais como a radiação, substâncias químicas nocivas e excrementos humanos; (c) monitorização das reservas de água; (d) assegurar que os desenvolvimentos propostos não interfiram com o acesso à água adequada; (e) avaliação dos impactos das ações que podem incidir sobre a disponibilidade de água e ecossistemas naturais das bacias hidrográficas, como as mudanças climáticas, desertificação e aumento da salinidade do solo, desmatamento e perda da biodiversidade; (f) aumento do uso eficiente da água por parte dos usuários; (g) redução do desperdício de água em sua distribuição; (h) mecanismos de resposta para situações de

²¹² 8. Environmental hygiene, as an aspect of the right to health under article 12, paragraph 2 (b), of the Covenant, encompasses taking steps on a non-discriminatory basis to prevent threats to health from unsafe and toxic water conditions. For example, States parties should ensure that natural water resources are protected from contamination by harmful substances and pathogenic microbes. Likewise, States parties should monitor and combat situations where aquatic eco-systems serve as a habitat for vectors of diseases wherever they pose a risk to human living environments. UNITED NATIONS. Human Rights. *Treaty Bodies – General Comments; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment*. n. 15, p. 4. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TBGeneralComments.aspx>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

²¹³ 29. Ensuring that everyone has access to adequate sanitation is not only fundamental for human dignity and privacy, but is one of the principal mechanisms for protecting the quality of drinking water supplies and resources. In accordance with the rights to health and adequate housing (see General Comments No. 4 (1991) and 14 (2000)) States parties have an obligation to progressively extend safe sanitation services, particularly to rural and deprived urban areas, taking into account the needs of women and children. *Ibid.*, p. 11.

emergência; (i) criação de instituições competentes e arranjos institucionais adequados para a realização das estratégias e programas.²¹⁴

Posteriormente, em Assembleia Geral de 28 julho de 2010, a Organização das Nações Unidas, através da Resolução A/RES/64/292, declarou expressamente que ‘o acesso à água potável e ao saneamento básico é um direito humano essencial para o gozo da vida e de todos os direitos humanos.’²¹⁵

Na referida Resolução, a Organização das Nações Unidas manifesta expressamente sua preocupação com a circunstância de que, mundialmente, aproximadamente 884 milhões de pessoas careciam de acesso à água potável e mais de 2,6 bilhões de pessoas não tinham acesso ao saneamento básico, sendo que aproximadamente 1,5 milhão de crianças menores de cinco anos faleciam anualmente por enfermidades relacionadas à água e ao saneamento.²¹⁶

Ademais, consoante informações no sítio do Programa da Década da Água da ONU, à época da resolução, aproximadamente 40% (quarenta por cento) da população mundial não dispunha de acesso ao saneamento básico.²¹⁷

Outrossim, em 12 de outubro de 2011, o Conselho de Direitos Humanos da Nações Unidas, através da Resolução A/HRC/RES/18/1, reafirmou expressamente que o direito humano à água potável e ao saneamento é derivado do direito a um nível de vida adequado e são intrínsecos ao direito ao mais alto nível possível de saúde física e mental, assim como o direito à vida e à dignidade humana.²¹⁸

²¹⁴ 28. States parties should adopt comprehensive and integrated strategies and programmes to ensure that there is sufficient and safe water for present and future generations. Such strategies and programmes may include: (a) reducing depletion of water resources through unsustainable extraction, diversion and damming; (b) reducing and eliminating contamination of watersheds and water-related eco-systems by substances such as radiation, harmful chemicals and human excreta; (c) monitoring water reserves; (d) ensuring that proposed developments do not interfere with access to adequate water; (e) assessing the impacts of actions that may impinge upon water availability and natural-ecosystems watersheds, such as climate changes, desertification and increased soil salinity, deforestation and loss of biodiversity; (f) increasing the efficient use of water by end-users; (g) reducing water wastage in its distribution; (h) response mechanisms for emergency situations; (i) and establishing competent institutions and appropriate institutional arrangements to carry out the strategies and programmes. UNITED NATIONS. Human Rights. *Treaty bodies – general comments; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment*. n. 15, p. 10. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TBGeneralComments.aspx>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

²¹⁵ 1. *Reconoce* que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. UNITED NATIONS. Human Rights. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/doc_top.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S&refer=/...>. Acesso em: 28 abr. 2014.

²¹⁶ *Profundamente preocupada* porque aproximadamente 884 millones de personas carecen de acceso a agua potable y más de 2.600 millones de personas no tienen acceso a saneamiento básico, y alarmada porque cada año fallecen aproximadamente 1,5 millones de niños menores de 5 años y se pierden 443 millones de días lectivos a consecuencia de enfermedades relacionadas con el agua y el saneamiento. Ibid.

²¹⁷ UNITED NATIONS. O direito humano à água e saneamento. *Comunicado aos Média*, p. 01. Disponível em: <<http://www.un.org/waterforlifedecade>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

²¹⁸ Resolution adopted by the Human Rights Council
18/1 The human right to safe drinking water and sanitation

Catarina de Albuquerque apresentou, em 11 de julho de 2013, relatório ao Conselho dos Direitos Humanos na ONU, baseado na sustentabilidade do exercício dos direitos humanos à água e ao saneamento, bem como no seu caráter intergeracional, de realização progressiva e de proibição de retrocesso.²¹⁹

As características apontadas tipificam o direito ao saneamento básico como sendo de titularidade universal e essencial à vida humana com dignidade demonstrando tratar-se de direito fundamental de terceira geração.

No Brasil, a Lei nº 11.445/2007 estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico, sendo que o seu art. 3º dispõe expressamente que saneamento básico é o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações de abastecimento de água potável; de esgotamento sanitário; de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas.²²⁰

[..]

1. Welcomes the recognition of the human right to safe drinking water and sanitation by the General Assembly and the Human Rights Council, and the affirmation by the latter that the human right to safe drinking water and sanitation is derived from the right to an adequate standard of living and inextricably related to the right to the highest attainable standard of physical and mental health, as well as the right to life and human dignity. UNITED NATIONS. *Human Rights Council resolution A/HRC/RES/18/1*. Disponível em: <http://www.un.org/waterforlifedecade/human_right-to_water.shtml>. Acesso em: 29 jun. 2014.

²¹⁹ Report of the Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation. Catarina de Albuquerque. Sustainability and non-retrogression in the realisation of the rights to water and sanitation.

Summary

The Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation submits the present report in accordance with Human Rights Council resolutions 16/2 and 21/2. Focusing on sustainability in the realization the human rights to water and sanitation, the Special Rapporteur examines how the rights to water and sanitation can and must be met for present and future generations. She highlights challenges to sustainability and particularly aggravated risks in times of economic and financial crisis. After addressing the relevance of sustainability to the core human rights concepts of “progressive realization” and “non-retrogression”, the Special Rapporteur explains how the normative content and principles of the human rights to water and sanitation contribute to ensuring sustainability.

Using the human rights framework, the Special Rapporteur analyses States’ common approaches to water and sanitation, particularly in adopting measures both during times of normalcy and during economic and financial crises, and shows how those approaches often fail to incorporate sustainability. She then demonstrates that the human rights framework can and should facilitate improvement in such policies. A key finding of the report is that developing policies and programmes in accordance with human rights standards and principles will ensure that such measures will last for future generations – they will stand the test of time. Ibid.

²²⁰ Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

- a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;
- b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;
- c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;

Como se verifica, o legislador brasileiro optou por um conceito de saneamento que não se limita somente ao abastecimento de água potável e ao esgotamento sanitário, mas que abrange também o manejo dos resíduos sólidos e das águas pluviais, vinculando os procedimentos para sua realização à proteção do meio ambiente, às exigências da saúde pública e à erradicação da miséria.

Carolina Mota é expressa ao afirmar que, com a edição da Lei 11.445/07, ocorreu “o reconhecimento da estreita relação entre o saneamento básico, a preservação da água, a promoção da saúde pública, a proteção ao meio ambiente, o desenvolvimento urbano e regional, a melhoria das condições de habitação e o combate à pobreza”.²²¹

A proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado abrange, em sua destinação essencial, a preservação da vida e da saúde, razão pela qual o saneamento básico deve ser implementado de modo adequado a estes objetivos.

Fábio Ribeiro dos Santos, ao sustentar a impossibilidade de dissociação do saneamento de sua função ambiental, aduz que:

A vida e a saúde nada mais são do que o próprio objeto do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ainda que sob diferente perspectiva. Isso justifica o fato de a Lei nº 11.445/07 aludir, em várias passagens, à relação entre o saneamento e a proteção ambiental: um de seus princípios consiste na realização das atividades de saneamento básico ‘de forma adequada à saúde pública e à proteção do meio ambiente’ (art. 2º, inciso III); os planos de saneamento básico deverão conter diagnóstico com indicadores ‘sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos’ (art. 19, inciso I); entre os elementos da estrutura de tarifação, contempla-se a ‘garantia de objetivos sociais, como a (...) proteção do meio ambiente’ (art. 30, inciso III); a política federal de saneamento básico tem por diretriz a ‘melhoria da qualidade de vida e das condições ambientais e de saúde pública’(art. 48, inciso V). (grifo nosso).²²²

Acrescenta o referido autor que “como consequência da subsunção da Lei de Saneamento Básico ao direito ambiental, os princípios a este aplicáveis igualmente se aplicam às atividades de saneamento básico, ainda que não estejam explícitos no rol do art. 2º, da Lei

d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.

²²¹ MOTA, Carolina. Nota Introdutória. In: MOTA, Carolina (Coord.). *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da lei federal nº 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 20.

²²² SANTOS, Fábio Ribeiro dos. Aspectos ambientais da lei de saneamento básico. In: MOTA, Carolina (Coord.). *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da lei federal nº 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 202.

nº 11.445/07.”²²³

A efetivação do direito ao saneamento básico, na integralidade da abrangência que lhe conferiu a legislação brasileira, mostra-se indissociável da proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, pelo que as políticas públicas de saneamento constituem verdadeiras políticas ambientais, enquadrando-se na mesma moldura normativa.

Édis Milaré é enfático ao ensinar que a Política de Saneamento Básico configura uma política ambiental, pois “ela se prende à qualidade do meio e a qualidade de vida”, bem como tal legislação não pode ser dissociada da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos e da Lei de Resíduos Sólidos.²²⁴, bem como que “toda a atuação legislativa, executiva e judiciária deverá se desenvolver orientada pela Lei 11.445/2007”.²²⁵

A obrigação estatal do saneamento básico não resta adimplida simplesmente pelos serviços e instalações materiais, mas requer que os mesmos sejam idôneos à preservação da saúde pública e à proteção do meio ambiente, ajustando-se aos princípios da sustentabilidade do viver humano digno para as gerações presentes e futuras.

Milaré preleciona que, em matéria de saneamento básico, para a efetiva tutela ao meio ambiente é necessário construirmos um novo paradigma, centrado em critérios de sustentabilidade que não se restringem apenas às questões da infraestrutura tecnológica, sob pena de tornarmos inócua a própria proteção ao meio ambiente natural. O ambientalista afirma que:

[...] a Lei 11.445/2007 é um texto que merece e deve ser estudado, sempre à luz do Direito do Ambiente e da Gestão Ambiental, superando-se os limites do estrito saneamento e das obras que o estruturam. Se assim não for, tornar-se-á estéril qualquer medida ou ação de tutela ao meio ambiente, já que, em virtude das limitações políticas e, conseqüentemente, legislativas, as omissões e contradições dos textos legais, especialmente da legislação citada, resultarão em sua inaplicabilidade.

[...] Em resumo, o saneamento básico no Brasil encontra-se, especialmente desde a edição da Lei 11.445/2007 em momento de transição, requerendo dos gestores públicos o máximo de empenho na recepção de um modelo voltado à sustentabilidade. Em tal contexto, evidentemente, a quebra de velhos paradigmas está se fazendo necessária.²²⁶

²²³ SANTOS, Fábio Ribeiro dos. Aspectos ambientais da lei de saneamento básico. In: MOTA, Carolina (Coord.). *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da lei federal nº 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 203.

²²⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 774.

²²⁵ Ibid., p. 780.

²²⁶ Ibid., p. 769.

De modo semelhante Ingo Sarlet ao apresentar a obra de Karine Silva Demoliner é expresso ao afirmar que o tratamento jurídico relativo à questão do saneamento básico encontra-se “inequivocamente vinculada à promoção e garantia de uma vida condigna para todos e de uma noção alargada de meio ambiente e multidimensional dos direitos fundamentais”, acrescentando mais adiante que a “efetivação do direito fundamental ao saneamento básico” implica na consequente efetivação do “direito fundamental a uma vida saudável”.²²⁷

Observando que o meio ambiente possui três dimensões: natural, cultural e artificial, Milaré afirma que a infraestrutura de saneamento deve ser tratada juridicamente como patrimônio ambiental, aduzindo que as infraestruturas urbanas, construídas artificialmente pelo homem, possuem as mesmas funções que os seres vivos realizam no ecossistema natural, pelo que a infraestrutura de saneamento deve ter o mesmo tratamento jurídico conferido ao meio ambiente natural. O ambientalista preleciona:

As cidades são um *habitat* próprio e como tal possuem instrumentos e complicadas estruturas, semelhantes ou com as mesmas funções encontradas na natureza. Assim, mais uma vez, *mutatis mutandis*, e com todas as vênias acadêmicas possíveis, uma estação de tratamento de esgoto, por exemplo, possui função semelhante ao mecanismo de autodepuração de um rio. Em outras palavras, *grosso modo*, é simulacro de processo natural. Tal simulacro, como seu correspondente desenvolve função num certo meio, garantindo equilíbrio e a vida dos seres que ali estão. Por este motivo, não é insólito se afirmar que estações de tratamento de água e esgoto, redes, reservatórios, galerias de drenagem de águas pluviais, sistemas de coleta e processamento de resíduos sólidos, dentre outras incontáveis instalações e equipamentos urbanos, são mecanismos que asseguram a vida e perpetuação das “espécies urbanas. Como conseqüência, são e devem ser considerados patrimônios ambientais na modalidade de meio artificial.

O enquadramento descrito, longe de ser questão teórica, possui consequência pragmática relevante. Em outras palavras, ao se considerar que a infraestrutura de saneamento é patrimônio ambiental são a ela conferidos todos os mecanismos de tutela ambiental constantes no referido sistema jurídico. Deve-se ressaltar, neste sentido, que a abordagem eclética rende também homenagem a dois elementos fáticos incontestáveis: (i) a fruição das citadas estruturas obrigatoriamente é coletiva; (ii) é irrelevante a propriedade e posse para fins de tutela. (grifo do autor).²²⁸

Recentemente, acórdão do colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reconheceu que o direito subjetivo ao saneamento básico decorre do próprio direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e do direito à saúde, insculpidos no art. 225 e 196 da

²²⁷ SARLET, Ingo. Apresentação. DEMOLINER, Karine Silva. *Água e saneamento básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 19-20

²²⁸ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 798.

Constituição Brasileira, disciplinados igualmente na Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde) e na Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade).²²⁹

O julgado é expresso ao afirmar que, além do art. 225 da Constituição Federal que estabelece o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Carta Brasileira em seu art. 196 também normatizou o direito à saúde.²³⁰ Acrescenta que a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) estabelece expressamente que o direito à saúde é ‘um direito fundamental do ser humano’, cabendo ao Poder Público promover as condições necessárias ao seu pleno exercício, inserindo o saneamento básico entre seus fatores condicionantes e determinantes.²³¹

²²⁹ Dispôs a ementa do julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTALAÇÃO DE ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ESGOTO A CÉU ABERTO. CORSAN. RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR VIOLAÇÃO DE NORMAS SANITÁRIAS. MAU CHEIRO. CONDIÇÕES INSALUBRES. DANO MORAL AMBIENTAL INDIVIDUAL. CONFIGURAÇÃO. manutenção do *quantum*.

SERVIÇO PÚBLICO E DIREITO SUBJETIVO AO SANEAMENTO BÁSICO - O direito público subjetivo ao saneamento básico decorre do próprio direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e do direito à saúde. Compreensão dos artigos 196 e 225 da Constituição Federal. A Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90) disciplina a saúde como direito fundamental, impondo ao Poder Público, incluídas aí as concessionárias de serviços públicos, o dever de redução de riscos de doenças e outros agravos, decorrentes da prestação do serviço. Ações destinadas a garantir às pessoas condições de bem-estar físico, mental e social. Conceito de cidade sustentável (Lei 10.257/01) relacionado com o direito ao saneamento ambiental e à infra-estrutura urbana.

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO -As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Aplicação do artigo 37, §6º, da CF. Incidência dos artigos 14 e 22 do CDC. O dano ambiental individual caracteriza-se quando o interessado tem por finalidade direta a tutela de proteger a lesão ao patrimônio e demais valores as pessoas e, de forma mediata e incidental, o meio ambiente da coletividade. Lei 6.938/81. Arts. 2º, 3º e 14, §1º.

ATO ILÍCITO E DANO AMBIENTAL INDIVIDUAL -A prova dos autos revelou que a empresa de saneamento não está prestando adequadamente o serviço público de tratamento de água no bairro Parque Marinha da cidade de Rio Grande. Dano consistente na sujeição dos moradores da área a uma série de transtornos, a exemplo do mau cheiro, insetos e exposição a condições insalubres. Dano moral individual relaciona-se com todo prejuízo não-patrimonial ocasionado ao indivíduo, em virtude de lesão ao meio ambiente. [...]. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 70053964433*, da 09ª Câmara Cível. Apelante: Companhia Riograndense de Saneamento - CORSAN. Apelado: Carlos Fernando Gauterio e outros. Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler. Porto Alegre, 02 de maio de 2013. p. 01-02. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 maio 2014.

²³⁰ Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

²³¹ Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente,

Acrescenta o arresto que o art. 2º do Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/01)²³², o qual dispõe sobre a política urbana, garante o direito a cidades sustentáveis, entendido entre outros, o direito ao saneamento ambiental e à infraestrutura urbana.

Em outro julgado, a Corte Estadual do Rio Grande do Sul, ao reconhecer a responsabilidade solidária de município do Estado do Rio Grande do Sul, juntamente com a Companhia Riograndense de Saneamento, pela instalação de rede de esgotamento cloacal em determinadas ruas do Município, foi expresso ao afirmar que “O saneamento básico é condição mínima de higiene que se insere no direito à saúde e à habitação que são consagrados pela Constituição Federal como direitos fundamentais (art. 6º CF)”. Aduziu o arresto que o art. 225 da Constituição Federal ao estabelecer o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado impõe a responsabilidade estatal na instalação de rede de esgotamento cloacal, inclusive com a elaboração de projeto técnico para a recuperação da área degradada.²³³

A concepção do saneamento básico como integrante obrigatório das políticas públicas ambientais, necessárias para assegurar o desenvolvimento sustentável e permitir vida humana digna a todas as camadas da sociedade, exige dos juristas a revisão de conceitos e princípios consolidados em face de realidades sociais e jurídicas anteriores, dispondo-se a levar em conta as novas exigências que o mundo contemporâneo lhes apresenta.

o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013).

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;

[...]

§ 1º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:

[...]

II - o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde. BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 23 maio 2014.

²³² Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações. BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 23 maio 2014.

²³³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 70055386411*, da 02ª Câmara Cível. Apelante: Município de Santa Maria e Companhia Riograndense de Saneamento - CORSAN. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. João Barcelos de Souza Júnior. Porto Alegre, 04 de dezembro de 2013. p. 01-02. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 maio 2014.

Juarez Freitas, ao tratar a respeito dos ‘Desvios cognitivos que moldam a interpretação jurídica’, enumera, dentre outros, o viés do ‘status quo’, que define como “a predisposição de manter as escolhas feitas, conquanto disfuncionais, anacrônicas e obsoletas.” O professor acrescenta que tal viés “ocorre, por exemplo, quando o intérprete, tendo adotado uma orientação jurisprudencial, resigna-se a mantê-la, mesmo que o precedente não encontre os pressupostos de sua consolidação”. Exemplifica que tal desvio é típico “daqueles que rejeitam a adaptação perante mudanças imperiosas, como as requeridas pelo desenvolvimento sustentável, como princípio constitucional que incide no Direito como um todo”, bem como daqueles que opõem a resistência ao controle das políticas públicas, sobretudo em casos de omissões.²³⁴

Em resumo, no mundo contemporâneo, ante a alarmante degradação ambiental e intolerável deterioração das condições de vida de grandes parcelas da população, verifica-se uma progressiva conscientização global da necessidade de assegurar condições ambientais e sociais que possam garantir vida humana digna para a geração atual e as futuras.

Esta emergente consciência, polarizada por valores de solidariedade e direcionada à implementação de vida digna para todos os seres humanos, ensejou o reconhecimento de nova categoria de direitos fundamentais, ditos de terceira geração, diferenciados dos individuais e dos sociais (1ª e 2ª geração) por sua titularidade transindividual e difusa, destinados à proteção, não de sujeitos determinados, mas de grupos humanos como família, povo, nação.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à qualidade de vida têm posição relevante nesses direitos de terceira geração, contemplados que foram em várias declarações de direito de âmbito internacional.

No Brasil, a vigente Constituição Federal erigiu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em direito de aplicação imediata.

A constitucionalização dos direitos ambientais tem como consequência a legitimação do Poder Judiciário para determinar seu efetivo cumprimento.

A efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pressupõe assegurar a todos os segmentos da população condições mínimas de qualidade de vida, eliminando a miséria extrema, fator também de degradação ambiental.

O saneamento básico é abrangido pela tutela constitucional ao meio ambiente e as infraestruturas materiais que lhe dão suporte integram o patrimônio ambiental.

²³⁴ FREITAS, Juarez. A interpretação do Direito e os sistemas de pensamento. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTED)*, São Leopoldo, v. 44, n. 53, p. 49, jan./jun 2014.

3.2 Os Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial em Matéria de Saneamento Básico

Como visto, o cerne de todos os direitos fundamentais radica, por primeiro, no princípio da dignidade humana, o qual deve, portanto, ser o fundamento axiológico basilar do desenvolvimento da humanidade e, conseqüentemente, dos ordenamentos jurídicos nacionais, bem como das fontes normativas internacionais, para que, à medida em que avança o progresso material, também a proteção jurídica dos direitos fundamentais se expanda, adquirindo contornos mais amplos em adaptação a novas realidades econômicas e sociais.

É de lembrar que, no Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana se encontra expressamente acolhido no art. 1º, inc. III, da nossa Constituição Cidadã, entre os princípios fundamentais da República Brasileira²³⁵, assegurando a obrigatoriedade jurídica das prestações estatais necessárias à efetivação das condições de vida digna a todos os cidadãos.

A proteção constitucional do direito à dignidade humana tem como componente essencial o meio ambiente ecologicamente equilibrado que é o pressuposto indispensável da própria manutenção da existência humana e das condições de vida compatíveis com a satisfação das necessidades básicas do ser humano.

Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer asseveram que, como consequência da consagração do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, deve-se buscar um patamar mínimo de qualidade ambiental compatível à dignidade humana, princípio que, como já exposto, é o cerne de todos os demais direitos fundamentais. Escrevem os mesmos:

[...] pode-se conceber a exigência de um patamar mínimo de qualidade ambiental para a concretização da vida humana em níveis dignos, para aquém do qual a dignidade humana estaria sendo violada no seu núcleo essencial. A *qualidade ambiental* deve, portanto, ser reconhecida como elemento integrante do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente em razão da sua imprescindibilidade à manutenção e à existência da vida e de uma vida com qualidade, sendo fundamental ao desenvolvimento de todo o potencial humano num quadrante de complexo de *bem-estar existencial*. (grifo do autor).²³⁶

²³⁵ Título I – Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituem em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III- **a dignidade da pessoa humana**. (grifo nosso) [...]. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

²³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Sociambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Advogado, 2010. p. 12.

A efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado encontra-se fundamentalmente ligada à implementação de saneamento básico adequado, setor no qual ainda persistem dolorosas carências em decorrência da atuação insuficiente dos órgãos públicos.

Estas omissões configuram, assim, inegável infração da obrigação constitucional, imposta à União, aos Estados e aos Municípios de preservar o meio ambiente e de garantir condições adequadas à saúde pública.

Andreas Krell, ao escrever sobre ‘o controle judicial de omissões administrativas na área de saneamento ambiental’, conjectura que a causa maior dos problemas ambientais no Brasil possa residir nas omissões do Poder Público, tanto o Federal, como os Estaduais e Municipais, que, em descumprimento das obrigações que, a cada um deles, a Constituição do País expressamente impôs, deixam de realizar obras indispensáveis à proteção do meio ambiente, especialmente no concernente ao saneamento básico, setor em que as ações governamentais são mais acentuadamente insuficientes, insuficiência creditável não só aos altos custos das obras, mas, também, a sua quase nula visibilidade e pouco retorno político.

Salienta Krell, ainda, que essas omissões do Poder Público lesam direitos fundamentais das pessoas envolvidas, que são, juridicamente, credoras de um padrão mínimo de qualidade ambiental e de eficiência do saneamento básico, conforme princípio que a jurisprudência alemã denominou de ‘mínimo existencial ecológico justificável’. Assevera o autor:

O maior problema da proteção ambiental reside talvez na omissão dos órgãos ambientais da União, dos estados e municípios, que não desenvolvem atividades eficientes de fiscalização ou deixam de realizar obras e de prestar serviços públicos, contribuindo, assim, para a degradação e poluição do meio ambiente. Especialmente na área do saneamento básico, o desempenho do Poder Público tem sido insuficiente, o que se deve aos altos custos das obras e sua baixa visibilidade política.

Essas omissões infringem diretamente os *deveres constitucionais* do Poder Público, nos três níveis federativos, de defender e preservar o meio ambiente (arts. 225 *caput*, 23, VI, VII, CF), e de garantir as ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde pública (art. 196 da CF). A estes deveres correspondem direitos fundamentais das pessoas atingidas, o que leva à indagação sobre a possibilidade da construção de *direitos subjetivos* do cidadão, para poder exigir do Estado a realização de atividades *positivas*, como a garantia de determinados padrões na proteção e preservação, bem como na recuperação e no saneamento do meio ambiente. Na doutrina alemã discute-se este ‘mínimo existencial ecológico justificável’ (*justiziables ökologisches Existenzminimum*), apesar que, neste país, os problemas ambientais, que se refletem na qualidade de vida da população, são bem menos graves do que no Brasil. (grifo do autor).²³⁷

²³⁷ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 81.

A satisfação do direito ao saneamento básico envolve, a sua vez, o fornecimento de água potável, de qualidade aceitável, compatível com as exigências da saúde pública e disponível em todas as áreas populacionais em quantidade suficiente ao consumo humano.

É de ressaltar que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, através da Observação Geral de nº 15 reconheceu que o direito humano à água implica no direito de que todos tenham água aceitável, segura, suficiente, física e economicamente acessível e disponível para o uso pessoal e doméstico. Acrescenta que a quantidade de água potável deve ser suficiente para prevenir a morte por desidratação, para reduzir o risco de doenças relacionadas com a água e fornecimento suficiente para o consumo, para o cozimento de alimentos, para as necessidades de higiene pessoal e doméstica. A recomendação assevera que o direito à água se enquadra claramente nas categorias de garantias indispensáveis para assegurar um nível de vida adequado, em particular porque é uma condição fundamental para a sobrevivência, indissociável ao direito à saúde, moradia e alimentação adequadas. Pontua que o direito à água também deve ser considerado conjuntamente com outros direitos consagrados na Declaração dos Direitos Humanos, entre os que ocupa um lugar primordial o direito à vida e à dignidade humana .²³⁸

A referida recomendação ainda explicita sob o título ‘ Conteúdo normativo do direito à água ‘ que o direito à água contém ‘ tanto liberdades e direitos.’²³⁹

²³⁸ The legal bases of the right to water

2. The human right to water entitles everyone to sufficient, safe, acceptable, physically accessible and affordable water for personal and domestic uses. An adequate amount of safe water is necessary to prevent death from dehydration, to reduce the risk of water-related disease and to provide for consumption, cooking, personal and domestic hygienic requirements.

3. Article 11, paragraph 1, of the Covenant specifies a number of rights emanating from, and indispensable for, the realization of the right to an adequate standard of living “including adequate food, clothing and housing”. The use of the word “including” indicates that this catalogue of rights was not intended to be exhaustive. The right to water clearly falls within the category of guarantees essential for securing an adequate standard of living, particularly since it is one of the most fundamental conditions for survival. Moreover, the Committee has previously recognized that water is a human right contained in article 11, paragraph 1, (see General Comment No. 6 (1995)). The right to water is also inextricably related to the right to the highest attainable standard of health (art. 12, para. 1) and the rights to adequate housing and adequate food (art. 11, para. 1). The right should also be seen in conjunction with other rights enshrined in the International Bill of Human Rights, foremost amongst them the right to life and human dignity. UNITED NATIONS. Human Rights. *Treaty Bodies – General Comments; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment*. n. 15, p. 02. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TBGeneralComments.aspx>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

²³⁹ II. NORMATIVE CONTENT OF THE RIGHT TO WATER

10. The right to water contains both freedoms and entitlements. The freedoms include the right to maintain access to existing water supplies necessary for the right to water, and the right to be free from interference, such as the right to be free from arbitrary disconnections or contamination of water supplies. By contrast, the entitlements include the right to a system of water supply and management that provides equality of opportunity for people to enjoy the right to water.

11. The elements of the right to water must be adequate for human dignity, life and health, in accordance with articles 11, paragraph 1, and 12. The adequacy of water should not be interpreted narrowly, by mere reference to volumetric quantities and technologies. Water should be treated as a social and cultural good, and not

Consoante a Observação nº15, as liberdades incluem o direito de manter o acesso a fontes de água existentes necessárias para o exercício do direito à água, bem como o direito de ser livre de interferências, tais como o direito de ser livre de arbitárias desconexões ou contaminação do abastecimento de água. Além disso, incluem o direito a um sistema de abastecimento e gestão da água que forneça a igualdade de oportunidades para as pessoas desfrutarem do referido direito.

Aduz que os elementos do direito à água devem ser adequados à dignidade humana, da vida e da saúde, não devendo ser interpretados de forma restritiva, por mera referência a quantidades e tecnologias volumétricas. Acrescenta que a água deve ser tratada como um bem social e cultural, e não primariamente como um bem econômico. A forma de realização do direito à água deve também ser sustentável, garantindo que o direito pode ser realizado para as gerações presentes e futuras.

A Observação é expressa ao reconhecer que, enquanto a adequação da água necessária para o direito à água pode variar de acordo com diferentes condições, há requisitos referentes à disponibilidade, qualidade e de acessibilidade (física, econômica, não discriminatória e de informação) que se aplicam em todas as circunstâncias.

Segundo a Observação nº15, a disponibilidade implica que o abastecimento de água

primarily as an economic good. The manner of the realization of the right to water must also be sustainable, ensuring that the right can be realized for present and future generations.

12. While the adequacy of water required for the right to water may vary according to different conditions, the following factors apply in all circumstances:

(a) Availability. The water supply for each person must be sufficient and continuous for personal and domestic uses. These uses ordinarily include drinking, personal sanitation, washing of clothes, food preparation, personal and household hygiene. The quantity of water available for each person should correspond to World Health Organization (WHO) guidelines. Some individuals and groups may also require additional water due to health, climate, and work conditions;

(b) Quality. The water required for each personal or domestic use must be safe, therefore free from micro-organisms, chemical substances and radiological hazards that constitute a threat to a person's health. Furthermore, water should be of an acceptable colour, odour and taste for each personal or domestic use.

(c) Accessibility. Water and water facilities and services have to be accessible to everyone without discrimination, within the jurisdiction of the State party. Accessibility has four overlapping dimensions:

(i) Physical accessibility: water, and adequate water facilities and services, must be within safe physical reach for all sections of the population. Sufficient, safe and acceptable water must be accessible within, or in the immediate vicinity, of each household, educational institution and workplace. All water facilities and services must be of sufficient quality, culturally appropriate and sensitive to gender, life-cycle and privacy requirements. Physical security should not be threatened during access to water facilities and services;

(ii) Economic accessibility: Water, and water facilities and services, must be affordable for all. The direct and indirect costs and charges associated with securing water must be affordable, and must not compromise or threaten the realization of other Covenant rights;

(iii) Non-discrimination: Water and water facilities and services must be accessible to all, including the most vulnerable or marginalized 'sections of the population, in law and in fact, without discrimination on any of the prohibited grounds; and

(iv) Information accessibility: accessibility includes the right to seek, receive and impart information concerning water issues. UNITED NATIONS. Human Rights. *Treaty Bodies – General Comments; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment*. n. 15. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TBGeneralComments.aspx>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

para cada pessoa deve ser suficiente e contínuo para uso pessoal e doméstico. Estes usos incluem normalmente o suprimento necessário de água potável para beber, lavagem de roupas, preparação de alimentos, higiene pessoal e doméstica e saneamento pessoal. A quantidade de água disponível para cada pessoa deve corresponder ao estipulado pela Organização Mundial de Saúde (OMS). A observação pontua igualmente que alguns indivíduos e grupos também podem exigir mais água devido à saúde, clima e condições de trabalho.

O texto também registra que a qualidade da água para cada uso pessoal ou doméstico deve ser segura, portanto, livre de microorganismos, substâncias químicas e riscos radiológicos que constituem ameaças para a saúde de uma pessoa. Além disso, acrescenta que a água deve ser de uma cor aceitável, odor e sabor para cada uso pessoal ou doméstico.

O direito fundamental à disponibilização de água potável não se limita ao acesso físico, mas exige, ainda, que o acesso a sua efetiva utilização não seja obstaculizada por falta de condições financeiras dos destinatários.

Sendo a acessibilidade à água questão de fundamental importância, não se restringiu o texto a tratar apenas do critério físico, mas também da necessidade de se observar a acessibilidade econômica e a acessibilidade de informações, bem como o acesso não discriminatório.

A observação dispôs que a água, instalações e serviços devem ser acessíveis a todos, sem discriminação, dentro da jurisdição do Estado Parte, sendo que a acessibilidade tem quatro dimensões que se sobrepõem: (i) A acessibilidade física: a água, com as instalações e serviços adequados, deve estar dentro do alcance físico seguro para todas as camadas da população. Água suficiente, segura e aceitável deve ser acessível dentro ou nas imediações, em cada domicílio, instituição de ensino e local de trabalho. Todas as instalações de água e serviços devem ter qualidade suficiente, culturalmente apropriada e sensível ao gênero, ciclo de vida e exigências de privacidade. A segurança física não deve ser ameaçada durante o acesso à água e serviços; (ii) acessibilidade econômica: água e instalações e serviços devem ser acessíveis para todos. Os custos e encargos diretos e indiretos associados à água não devem comprometer ou ameaçar a realização de outros direitos do Pacto; (iii) Não discriminação: Água e instalações e serviços devem ser acessíveis a todos, incluindo os grupos mais vulneráveis e marginalizados da população, de direito e de fato, sem discriminação de qualquer um dos motivos proibidos; e (iv) a acessibilidade da informação: acessibilidade inclui o direito de procurar, receber e transmitir informações sobre as questões da água.

É interessante registrar que, consoante informações obtidas no sítio do Programa da Década da Água da Organização das Nações Unidas, o abastecimento de água e a

disponibilidade de saneamento para cada pessoa deve ser contínuo e suficiente para usos pessoais e domésticos, sendo que, de acordo com a Organização Mundial da Saúde, seriam necessários entre 50 a 100 litros de água diários por pessoa para a satisfação de necessidades básicas para a higiene pessoal, lavagem de roupas, limpezas domésticas, preparação de refeições e consumo de água potável. Ademais, o sítio informa que se precisa no mínimo de dois litros de água diários por pessoa somente para se preparar refeições.²⁴⁰

O referido sítio registra, ainda, a necessidade de que tanto a potabilidade da água deve estar de acordo com normas estabelecidas pelas diretrizes da Organização Mundial da Saúde para a qualidade da água potável, como normas nacionais sobre a questão. Acrescenta que as instalações sanitárias devem ser seguras e fisicamente acessíveis à população a preços razoáveis.

Aduz que o direito a um saneamento seguro e adequado significa que as instalações estejam localizadas tanto num lugar que garanta a integridade física dos seus usuários, com seu uso a qualquer horário do dia ou da noite, bem como que as águas e sólidos residuais devam ser eliminados de forma segura. Exemplifica que, num estudo realizado pela ONU no Senegal, no ano de 2007, em 5.000 escolas, mais da metade das escolas não possuía abastecimento de água e quase a metade não possuía instalações sanitárias, sendo que, das que possuíam instalações sanitárias, somente metade possuía instalações separadas entre meninos e meninas. O estudo constatou que, na prática, tal situação gerava sérios problemas entre as meninas que para evitarem se utilizar destes sanitários sem qualquer privacidade, deixavam de ingerir água durante o dia, restando desidratadas, ou saíam da escola para o interior da floresta, onde corriam o risco de serem mordidas por animais ou sofrerem agressões sexuais, bem como o estudo também pontuou ser um fator de ausência escolar das meninas nos dias em que se encontravam menstruadas. Aduz que de acordo com a Organização Mundial da Saúde a fonte de água deve se localizar a uma distância de no máximo 1.000 metros da residência, sendo que afirma que na África e na Ásia a distância média que as mulheres têm de andar para recolher água é de 6.000 metros. Sugere que os custos dos serviços de água e saneamento não devam ultrapassar 5% do rendimento familiar. Cita que, na região flamenga da Bélgica, os residentes pagam uma taxa fixa de ligação à rede, tendo direito a uma quantidade mínima de água abastecida gratuitamente a cada pessoa.²⁴¹

O cumprimento estatal da obrigação de saneamento básico, no qual sobreleva o

²⁴⁰ NAÇÕES UNIDAS. O direito humano à água e saneamento. *Comunicado aos Média*, p. 02. Disponível em: <<http://www.un.org/waterforlifedecade>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 03-06.

fornecimento de água potável, necessita ser realizado mediante um processo complexo e integrativo de todos os seus componentes, a ser implementado progressivamente e ser mantido de modo sustentável não só para a geração atual, mas também para as futuras, não comportando retrocessos nem restrições econômicas insuperáveis às camadas mais pobres da população.

Como já visto anteriormente, Catarina de Albuquerque, em seu relatório apresentado em julho de 2013, ao Conselho de Direitos Humanos da ONU, registra que o exercício do direito ao saneamento básico está centrado na sustentabilidade intergeracional do mesmo, implicando em um direito com caráter de realização progressiva e, portanto, com proibição de retrocesso. A relatora pontua que deve haver o aproveitamento máximo dos recursos disponíveis, com distribuição igualitária e não discriminatória, onde a transparência, o acesso à informação e a prestação de contas são questões de fundamental relevância.²⁴²

Segundo o relatório, o caráter intergeracional do direito implica que o mesmo deve ser exercido de forma sustentável pelas gerações atuais e futuras, sendo que impõe aos países membros do Pacto uma obrigação de planejar que todos possam, inclusive as gerações futuras, desfrutar de um nível mínimo de cada um dos direitos, impondo ao Estado a proibição de retrocesso, sendo que mesmo nos períodos de crises econômicas ou financeiras, onde os recursos são limitados, devem ser adotados planos especiais dirigidos às pessoas expostas aos maiores riscos.²⁴³

²⁴² 9. The Special Rapporteur considers the concept of sustainability to be non-dissociable from human rights law, in particular from the scope and content of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Along with the core human rights principles of participation and empowerment, accountability, non-discrimination and equality, transparency and access to information, she deems sustainability to be a human rights principle fundamental for the realization of human rights.

10. The subsections below explore the links between sustainability and the obligation of States to progressively realize the rights to water and sanitation using maximum available resources, the principle of non-retrogression, and the human rights principle of non-discrimination. NAÇÕES UNIDAS. *The human right to water and sanitation*. p. 04-05. Disponível em: <http://www.un.org/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml>. Acesso em: 30 abr. 2014.

²⁴³ 11. Article 2, paragraph 1, of the Covenant requires States to take steps progressively to realize economic, social and cultural rights. Such steps should be deliberate, concrete and targeted as clearly as possible towards meeting the obligations recognized in the Covenant. States have an obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards the goal of full realization, using the maximum available resources. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights affirmed the link between this obligation of progressive realization (meaning that States must achieve rights over the long term), and the way progressive realization of the right to water “must also be sustainable, ensuring that the right can be realized for present and future generations”. In fact, the spirit of all international human rights instruments is “intergenerational”: human rights instruments do not have expiration dates.

12. The Committee also interprets the Covenant as imposing “minimum core obligations” to provide essential levels of each right, below which States are not permitted to regress. These are not static obligations, set at a single point in time. Rather, they must be considered over the long term, including with respect to the requirements of future generations. The Covenant obliges States to plan to ensure that a minimum level of each right will be enjoyed by all in years to come. Also, even if resources are highly constrained, such as during financial or economic crises, measures taken must include the use of targeted programmes aimed at those most at risk. *Ibid.*, p. 05.

Ressalta que a proibição de retrocesso implica na proibição de medidas que aumentem desproporcionalmente o preço do serviço, tornando-o inacessível aos mais pobres, ou em medidas que permitam a deterioração das infraestruturas por falta de manutenção e investimentos.²⁴⁴

Em caso de situações de austeridade que importem a restrição do exercício destes direitos, o relatório propõe critérios a serem seguidos, entre os quais deve-se salientar que a medida deve ser necessária e proporcional entre todas as alternativas possíveis; garantir um mínimo de proteção às pessoas e grupos marginalizados; não devem ser discriminatórias, sendo que os programas e as políticas, em tempos de austeridade, devem ser dirigidos às pessoas mais vulneráveis, participação efetiva dos grupos afetados no exame das medidas e alternativas propostas quando se contempla a possibilidade de adoção de medidas regressivas; as medidas regressivas devem ser temporárias e ser adotadas por curto prazo; deve haver mecanismos de prestações de contas, bem como permitir que as vítimas de violações de tais direitos tenham acesso a meios de reparação; o ônus probatório do cumprimento dos critérios anteriores recai sobre o Estado.²⁴⁵

²⁴⁴ 14. A retrogressive measure is one that, directly or indirectly, leads to backward steps in the enjoyment of human rights. Examples include raising the price of services disproportionately so that poor people can no longer afford water and sanitation, and letting infrastructure deteriorate due to a lack of investment in operation and maintenance. In times of financial and economic crisis, retrogressive measures are more common and their impacts often exacerbated by austerity measures. NAÇÕES UNIDAS. *The human right to water and sanitation*. p. 05-06. Disponível em: <http://www.un.org/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml>. Acesso em: 30 abr. 2014.

²⁴⁵ 15. From a human rights standpoint, retrogressive measures are prohibited if they deliberately interfere with the progressive realization of rights. States must justify such measures according the following criteria:

- (a) There must be a reasonable justification for the steps taken and the subsequent regression in the implementation of rights. The measure must be necessary and proportionate “in the sense that the adoption of any other policy, or a failure to act, would be more detrimental” to human rights. The State must prove the measures were “introduced after the most careful consideration of all alternatives and that they are justified by reference to the totality of rights”;
- (b) In addition to meeting core obligations as a matter of priority, maximum available resources must be fully used to progressively realize all levels of human rights in a way that guards against retrogressive steps or impacts and/or maintaining the status quo. A social protection floor, especially for disadvantaged and marginalized groups and individuals, should ensure access to basic social services, shelter, food, water and sanitation, and empowerment and protection of the poor and vulnerable (A/HRC/13/38, paras. 21 and 25);
- (c) Measures must not be discriminatory. Even where resources are tightly constrained, for example during times of austerity, targeted programmes aimed at those most at risk are needed. Policies and legislation should not be designed to benefit already advantaged groups at the expense of others;
- (d) Meaningful participation of affected groups and individuals in examining proposed measures and alternatives is required when considering a retrogressive measure;
- (e) Retrogressive measures should be temporary and short term in nature (E/C.12/ISL/CO/4, para. 6). Where implemented in times of crisis, they should cover only the period of the crisis;
- (f) There should be accountability mechanisms in place that ensure the possibility of independent review of the measures at a national level and provide access to remedies for victims of rights violations;
- (g) The State has the burden of proof regarding compliance with the above criteria. Ibid., p. 06-07.

Questão fulcral para a determinação da viabilidade jurídica e fática das múltiplas prestações sociais que integram o conceito de vida humana digna é a conciliação das necessidades sempre crescentes com a escassez dos recursos públicos.

O mínimo existencial para garantir vida humana digna não comporta predeterminação precisa das prestações devidas ou de sua quantificação, subordinando-se a fixação do seu conteúdo concreto às condições sociais e econômicas existentes nas diversas etapas temporais do desenvolvimento da sociedade.

A prestação do ‘mínimo existencial’ não se consuma com a garantia de condições de mera sobrevivência física, mostrando-se incompatível com vida submetida a circunstâncias de pobreza extrema.

Por outro lado, a obrigação estatal de assegurar o mínimo existencial não se exaure em prestações meramente assistencialistas, mas tem como objetivo indispensável criar condições efetivas e permanentes para que as pessoas possam construir, elas próprias, sua promoção humana, pessoal e familiar, que é impossível de ser doada pelo poder público.

Por esta razão, Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo observam que:

[...] o direito à assistência social – considerado, pelo menos na Alemanha e, de modo geral, nos países que integram a União Européia, a principal manifestação da garantia do mínimo existencial – alcança o caráter de uma ajuda para a autoajuda (*Hilfe zur Selbsthilfe*), não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si mesma, mas sua proteção e promoção. (grifo do autor).²⁴⁶

E continuam mais adiante os autores:

Desenvolvendo os aspectos já referidos, a doutrina (mas também a jurisprudência) constitucional da Alemanha passou a sustentar que – e, em princípio, as opiniões convergem neste sentido – a dignidade propriamente dita não é passível de quantificação. A necessária fixação, portanto, do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas, em que pese sua visibilidade, é, além de condicionada espacial e temporalmente, depende também do padrão socioeconômico vigente. Não se pode, outrossim, negligenciar a circunstância de que o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência evidentemente estará sujeito a câmbios, não apenas no que diz com a esfera econômica e financeira, mas também no concernente às expectativas e necessidades do momento. De qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma vida digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências

²⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 21.

da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.²⁴⁷

Dentre as medidas asseguradoras do viver humano digno sobrepõem as necessárias à proteção da saúde pois não pode haver dignidade em vidas não saudáveis, agravadas intoleravelmente por falta de atendimento adequado nas enfermidades.

A respeito, enfatizam, ainda, Sarlet e Figueiredo que:

Neste contexto, há que enfatizar que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável (e a vinculação com o direito à saúde, tomado aqui em seu sentido mais amplo, é proposital e será retomada no último segmento!) tem sido identificado – por alguns – como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.²⁴⁸

A vinculação nuclear do mínimo existencial ao direito à saúde traz como corolário a necessária inclusão da proteção ambiental e, no bojo desta, do saneamento básico, no elenco das condições básicas para a dignidade da vida humana, pois sem a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado não podem existir vidas saudáveis e, talvez, nem vidas.

A proteção ambiental representa, portanto, uma das medidas mais importantes e mais urgentes para a satisfação do direito ao mínimo existencial, porquanto “a vida e a saúde nada mais são do que o próprio objeto do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”²⁴⁹, estando “a proteção ambiental [...] diretamente relacionada à garantia dos direitos sociais, já que o gozo desses últimos é dependente de condições favoráveis, como por exemplo, o acesso à água potável (através do saneamento básico, que também é direito fundamental social integrante do mínimo existencial)”²⁵⁰

O reconhecimento da condição de direito fundamental à garantia do mínimo existencial não depende de previsão constitucional expressa porque é inerente à proteção constitucional da vida e da dignidade humana, sendo que o art. 170, caput, da Constituição Brasileira, subordina

²⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 21-22.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 25.

²⁴⁹ SANTOS, Fábio Ribeiro dos. Aspectos ambientais da lei de saneamento básico. In: MOTA Carolina (Coord.). *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da lei federal nº 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 202.

²⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado sociambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Advogado, 2010. p. 32.

a ordem econômica ao fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social²⁵¹, cabendo ressaltar, contudo, que, embora os direitos sociais possam ter incorporado algumas dimensões do mínimo existencial, isto não subtrai deste “sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial”²⁵².

Como direito fundamental, servindo de núcleo integrativo e interpretativo dos demais direitos básicos, a garantia do mínimo existencial não pode ser subtraída ao controle jurisdicional quando ações ou omissões governamentais concretizam lesões manifestas aos direitos da população.

Oswaldo Canela Júnior é incisivo ao afirmar que:

Caso os Poderes Executivo e Legislativo não promovam as condutas necessárias para o rearranjo financeiro do Estado, a fim de que seus objetivos fundamentais possam ser materialmente alcançados no tempo, resta ao Poder Judiciário intervir, **mediante atividade tipicamente jurisdicional**, nas respectivas políticas públicas. (grifo nosso).²⁵³

Embora seja inerente à atividade jurisdicional típica a intervenção judicial frente a lesão ou ameaça a direito, em questões atinentes ao mínimo existencial é necessário prudência e ponderação para o efetivo reconhecimento de lesões desarrazoadas frente a omissões estatais.

Na medida em que o direito ao mínimo existencial se integra por múltiplas prestações de natureza social e as expectativas a respeito dos indicadores da qualidade de vida digna também se tornam crescentes, as prestações abstratamente devidas somente comportam atendimento em proporção aos recursos financeiros disponíveis, surgindo a necessidade de conciliar a satisfação dos direitos com os recursos possíveis, ou seja a denominada ‘reserva do possível’.

Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo pontuam a respeito da questão que:

Como dá conta a problemática posta pelos que apontam para um ‘custo dos direitos’ (por sua vez, indissociável da assim designada ‘reserva do possível’), a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos

²⁵¹ Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...].BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

²⁵² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 25.

²⁵³ CANELA JUNIOR, Oswaldo. “O orçamento e a ‘reserva do possível’: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas”. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, coordenado por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 233.

fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja da esfera administrativa, como bem destaca Rogério Gesta Leal, o que também diz respeito à ampliação do acesso à justiça como direito a ter direitos capazes de serem efetivados e, além disso, envolve a discussão em torno da necessidade de evitar interpretações excessivamente restritivas no que diz com a legitimação do Ministério Público para atuar na esfera da efetivação também dos direitos sociais.

Além disso, assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, de que *não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais*, mas que, ao fazê-lo, haverão de obrar com máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo a determinada prestação social, ou mesmo quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida estatal com base na alegação de uma violação de direitos sociais, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação de Poderes. [...] (grifo do autor).²⁵⁴

A ‘reserva do possível’, quando adequadamente dimensionada em proporção às potencialidades financeiras atuais e potenciais, constitui fator a ser considerado no processo de determinação dos direitos sociais de efetivação viável, mas não pode ser utilizada para legitimar a discricionariedade absoluta dos administradores públicos nas decisões sobre quais os direitos sociais, e em que medida, podem ser satisfeitos.

O argumento da falta de recursos para justificar o não cumprimento dos direitos sociais constitui resquício da superada concepção liberalista do Estado, guardião das liberdades individuais e garantidor dos direitos fundamentais de primeira geração, não se coadunando com as exigências do Estado Democrático de Direito a quem incumbe assegurar a fruição coletiva de direitos de segunda e terceira geração.

Segundo Osvaldo Canela Junior, o Estado, em sua feição contemporânea, encontra-se vinculado juridicamente não apenas a utilizar corretamente os recursos orçamentários, mas, também, a programar e promover a obtenção dos meios necessários para a implementação do mínimo existencial.

Consigna o autor que:

²⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 31.

Se o vetusto orçamento clássico pressupunha a atuação mínima do Estado na economia, o orçamento programa, conceito derivado do Estado social, reserva-lhe conduta eminentemente pró-ativa na satisfação dos direitos fundamentais. Logo, a teoria da ‘reserva do possível’ revela-se inconsistente com a realidade do Estado social, ideologia em relação à qual o Brasil encontra-se alinhado por força da Constituição Federal de 1988.

O postulado de estabilidade e de inação, carga ideológica flagrantemente extraída da teoria da ‘reserva do possível’, é característico do Estado liberal. Não se coaduna, nesta perspectiva, com os ideais de programação e de intervenção estatal, ínsitos do Estado social.

Como já ressaltado, se o Estado social constata a insuficiência de receita para a consecução de seus fins, não paralisa sua ação, mas inicia a programação, no tempo, dos elementos de arrecadação e otimiza os gastos futuros, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade na distribuição dos recursos.²⁵⁵

Ricardo Lobo Torres procura distinguir o ‘mínimo existencial’ dos demais direitos sociais para estabelecer que “a proteção do mínimo existencial não se encontra sob *a reserva do possível*, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais”, mas reconhece que “o problema se torna mais intrincado quando o mínimo existencial aparece mesclado com os direitos sociais”.²⁵⁶

Em conclusão, o autor consigna que:

Nota-se, em síntese, grande avanço na problemática da efetividade dos direitos no Brasil. Supera-se a fase da solução mágica a partir das regras constitucionais programáticas e se procura caminho: para a implementação de políticas públicas relacionadas com os direitos sociais, para a posição crítica da doutrina e para a maior participação do Judiciário na adjudicação de prestações referentes ao mínimo existencial. Mas remanescem alguns problemas intrincados à espera do aprofundamento do debate, designadamente no que concerne à clareza na distinção entre mínimo existencial (= direitos fundamentais sociais) e direitos sociais, da qual dependem a extensão do controle jurisdicional e a integridade do orçamento democrático.²⁵⁷

César Augusto Alckmin Jacob expõe o seu posicionamento a respeito da ‘reserva do possível’ a partir da observação de que as afirmativas geralmente formuladas sobre a questão não definem com clareza o papel de cada Poder na formulação, construção e execução das políticas públicas, postando, o autor, por isso, a pergunta seguinte: “O Poder Judiciário tem autorização constitucional para determinar aos outros Poderes o planejamento e a execução de

²⁵⁵ CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a ‘reserva do possível’: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 232-233.

²⁵⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 74-75.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 78.

determinada política? Se afirmativa a resposta, qual seria o meio mais adequado de ser veiculada tal pretensão de indiscutível índole coletiva?”²⁵⁸

Para fundamentar a resposta, o autor inicia pela observação de que a Constituição Federal de 1988, para formatar no Brasil o Estado Social, responsável por prover o mínimo existencial à população num sonho de realização distante dos múltiplos direitos positivados, cuja efetividade, todavia, continua a depender de práticas de gestão pública racional, particularmente, de planejamento.

Estabelece como premissa que o planejamento eficaz só pode ser realizado através dos orçamentos públicos que são os instrumentos, constitucionalmente legitimados, de definição, construção e execução de políticas públicas e que constituem por isso, limites ao controle exercido pelo Judiciário sobre as escolhas do Legislador e do Administrador Público.

Deduz, assim, que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, por si só, não autoriza a intromissão judicial irrestrita na escolha das políticas públicas, sujeita, também, aos limites do controle dos atos administrativos não vinculados, com as adaptações cabíveis, legitimando-se o controle jurisdicional somente em face de condutas da Administração, contrárias à Constituição ou às leis, seja no que diz respeito aos elementos extrínsecos, como validade, competência, motivo e forma, ou seja em relação aos elementos intrínsecos, como finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e impessoalidade.

Ressalta, ainda, o autor que os recursos públicos são escassos para atender necessidades ilimitadas, fazendo incidir a teoria da ‘reserva do possível’, tanto por impossibilidade fática (falta de dinheiro em caixa), como por impossibilidade jurídica em razão da falta de previsão orçamentária, cabendo sempre à Administração demonstrar e provar a impossibilidade, não sendo aceitáveis alegações genéricas ou falaciosas.

Adverte que cumprir os orçamentos é também exigência constitucional, cabendo ao Poder Judiciário, com subsídios dos Tribunais de Contas, aferir a conformidade do conjunto das políticas sociais com a Constituição, exercendo o controle sobre a elaboração dos orçamentos, barrando, assim, futuras alegações de impossibilidade financeira para o respectivo cumprimento.

Arremata com a conclusão de que:

A toda evidência, não haverá efetivas mudanças sem a participação do Poder Judiciário, principalmente na qualidade de controlador da Administração

²⁵⁸ JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A ‘reserva do possível’: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 245.

Pública, fiscalizando o gasto responsável do dinheiro público, o que significa sua utilização voltada aos fins maiores do Estado. No entanto, o Judiciário deve, ao cumprir esse mister, ter consciência da natureza eminentemente fiscalizadora de sua atuação e das consequências macroeconômicas das suas decisões que se refiram às escolhas do administrador.²⁵⁹

As citações aduzidas a respeito da teoria da ‘reserva do possível’ convergem na constatação de que a imposição do cumprimento de obrigações sociais pelo Poder Judiciário depende de recursos disponíveis e que as pretensões e expectativas da população não comportam atendimento pleno, podendo existir obstáculos financeiros intransponíveis em face de determinadas pretensões deduzidas.

Neste contexto, a alegação comprovada da inexistência de recursos pode justificar omissões ou retardamentos no cumprimento de direitos fundamentais, mas não tem força jurídica para impedir que as questões postas tenham o seu mérito apreciado pelo Poder Judiciário, a quem cabe dizer se a invocação da ‘reserva do possível’ procede ou não.

A opção não se estabelece entre discricionariedade absoluta do Poder Legislativo ou Executivo na escolha e realização das políticas públicas, imune ao controle judicial, e entre a entrega ao Judiciário da competência para, substitutivamente, fazê-lo, ou, em outros termos, a ‘reserva do possível’ somente pode servir de escusa ao cumprimento de direitos quando, em exame do mérito, a impossibilidade financeira restar cabalmente comprovada.

Ingo Sarlet e Adriana Figueiredo colocam o problema nos termos seguintes:

Neste contexto, dada a íntima conexão desta problemática com a discussão em torno da assim chamada ‘reserva do possível’ na condição de limite fático e jurídico à efetivação judicial (e até mesmo política) de direitos fundamentais – e não apenas dos direitos sociais, consoante já frisado – vale destacar que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível. Isso significa, em primeira linha, que se a reserva do possível há de ser encarada com reservas, também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a ‘reserva do possível’ (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus

²⁵⁹ JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A ‘reserva do possível’: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 263.

da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.²⁶⁰

O ponto de equilíbrio entre as exigências do mínimo existencial e as possibilidades orçamentárias para o custeio das respectivas prestações não pode ser pré-determinado abstratamente, necessitando ser construído, caso a caso, à luz das diretrizes gerais expostas e com base nos princípios da razoabilidade e da ponderação.

Mesmo na Alemanha, onde tiveram origem o ‘mínimo existencial’ e a ‘reserva do possível’, restou estabelecido que a obrigatoriedade das prestações materiais de assistência social, além de condicionada à disponibilidade dos recursos públicos, deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, razoabilidade esta somente aferível nos casos concretos.²⁶¹

Por fim, ainda em relação ao conteúdo do mínimo existencial para assegurar vida digna, o direito à saúde tem especial relevância e, no Brasil, tem se multiplicado aos decisões judiciais que outorgam benefícios neste setor.

O lado problemático destas outorgas jurisdicionais é que, quase sempre, são veiculadas através de demandas de eficácia individualizada, colocando em xeque o princípio da isonomia na proporção em que realocam em favor de alguns os recursos que deveriam ser destinados à coletividade.

Marco Antônio da Costa Sabino analisa esta situação da forma seguinte:

O tormentoso assunto da judicialização da política é ainda mais delicado no caso da saúde. Nesse assunto, a decisão judicial não joga apenas com aquele que obterá o recurso público e aquele que ficará sem ele; no trato da saúde, a decisão judicial pode significar um prejuízo irreparável, seja para quem obtém o fornecimento gratuito de terapia, seja para aqueles que não são contemplados por uma decisão judicial favorável.

Essa questão multifacetária não envolve um elementar e linear raciocínio sobre a atribuição do bem postulado ao paciente, requerente da medida judicial. Uma decisão dessa monta, notadamente quando fornecer medicamentos não contemplados nas políticas do Executivo, sempre implicará impacto no orçamento público, impingindo a relocação forçada de recursos e, de alguma maneira, prejudicando quem se beneficiaria, originalmente, dos recursos do Estado.²⁶²

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 32.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 29.

²⁶² SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 384.

O autor, no entanto, ressalva da sua proposta as situações comprovadamente emergenciais, além de recomendar que as decisões judiciais no campo das políticas de saúde sejam precedidas de debate com a sociedade civil, especialmente as autoridades e técnicos do setor, colhendo-se informações a respeito do orçamento, das medidas tomadas na esfera administrativa, das enfermidades em causa, das terapias disponíveis, e outras úteis à decisão, a fim de que o magistrado tenha “condições de avaliar os três paradigmas fundamentais que devem nortear qualquer intervenção judicial na política de saúde: *o mínimo existencial, a reserva do possível e a razoabilidade*”.²⁶³

Na Constituição Federal, o direito à saúde, além de implícito no fundamento democrático da dignidade da pessoa humana, insculpido em seu no art. 1º, inc. III, teve fixadas diretrizes para o seu exercício, no seu art. 196, como as do acesso universal e igualitário, da função de prevenção, promoção, proteção e recuperação, mediante políticas sociais e econômicas.

Embora não se possa, sequer, cogitar de censurar a intervenção jurisdicional para a satisfação de prestações individualizadas referentes ao direito à saúde, é preciso, contudo, harmonizar as prestações casuísticas aos critérios constitucionais, levando em consideração especial o princípio do acesso universal e igualitário.

Por igual, não se pode olvidar que o papel do Poder Judiciário em relação ao cumprimento, por parte do Estado, do direito à saúde não pode ficar restrito aos casos individuais, cabendo-lhe, antes de tudo, voltar-se à garantia da realização efetiva e adequada das políticas públicas de prevenção e promoção da saúde pública.

Ricardo Seibel de Freitas Lima²⁶⁴ sugere critérios concretos que, a seu juízo, podem auxiliar a jurisdição na tarefa de conciliar o atendimento de pretensões individuais com as diretrizes constitucionais, voltadas para a promoção do bem-estar geral e dos direitos coletivos.

Parte o autor da constatação de que, no Brasil, passou-se, com a Constituição de 1988, de um modelo de Estado sem obrigação de propiciar prestações materiais aos cidadãos, referentes à saúde, para o entendimento oposto de que todo o indivíduo faz jus a qualquer prestação do Estado, sob o argumento de que o direito à saúde é direito fundamental de

²⁶³ SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 385.

²⁶⁴ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 246-253.

aplicação imediata, sem levar em consideração o contexto normativo, social e econômico em que este direito está inserido.

Aduz que a competência dessa visão parcializada do problema conduziu à concepção de que o direito à saúde constitui um poder ilimitado, possível de ser exercido individualmente, sem que seja confrontado com os direitos coletivos e com ações governamentais de interesse geral da população.

Propõe, por isso, quatro critérios para fazer com que a atividade jurisdicional entenda e trate o direito à saúde, não como uma prerrogativa do indivíduo, mas como uma relação de justiça social de acessibilidade universal e igualitária.

O primeiro critério diz com a preservação, como regra primeira, da competência do Poder Legislativo e Executivo para a escolha e realização das modalidades de satisfação do direito à saúde, ressalvando-se a legitimidade do controle jurisdicional somente quando a decisão venha suficientemente fundamentada, levando em consideração as diretrizes constitucionais, a legislação pertinente e o grau de desenvolvimento das políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo.

O segundo critério consiste em dimensionar a ‘reserva do possível’ no sentido de que as limitações decorrentes da escassez de recursos, embora não possam autorizar, por si só, o inadimplemento das prestações devidas pelo Estado na área da saúde, sejam analisadas em sua razoabilidade, ponderando-se a possibilidade, ou não, de os direitos reclamados serem passíveis de universalização igualitária e subordinando-se o deferimento à comprovação da carência de recursos do demandante que o impossibilite de arcar com os custos.

O terceiro critério vem da auscultação pelos juízes das opiniões de caráter técnico e científico, concernentes às modalidades terapêuticas existentes, seus custos e adequação ao caso, evitando a autorização de tratamentos de eficácia duvidosa.

O quarto critério impõe a necessidade do estabelecimento de um padrão decisório, com um núcleo essencial de fundamentação compartilhado pelos juízes, para permitir um mínimo de previsibilidade para os administradores e para os próprios interessados sobre quais prestações podem e devem ser concedidas pelo Poder Público.

O autor conclui que:

Em vista do exposto, pode se entender que o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado através de prestações materiais, por se constituir em direito fundamental social de aplicabilidade imediata.

O direito à saúde, contudo, não pode ser entendido como um poder a ser exercido contra o Estado, de forma absoluta e ilimitada, mas sim como um direito de justiça social, eis que se mostra inadequada a sua concretização a

concepção de direito subjetivo como poder absoluto a ser exercido contra o Estado.

Dessa forma, o direito à saúde deve ser garantido, na forma do art. 196 da Constituição, através de políticas públicas que assegurem acesso universal e igualitário aos seus serviços e ações, observados critérios racionais de aplicação.²⁶⁵

Destarte, todos os direitos fundamentais constitucionalmente positivados tem como núcleo fundamental o princípio da dignidade do ser humano, expressamente insculpido em nossa Constituição Federal em seu art. 1º, inc. III, entre os princípios fundamentais da República do Brasil.

O respeito e a proteção efetiva da dignidade humana tem como ingrediente imprescindível a preservação ambiental, enquanto esta se constitui em condição ‘sine qua non’ do viver humano digno e saudável.

A preservação ambiental requer a implementação de saneamento básico eficiente e universalização, setor em que se verificam ainda acentuadas deficiências de atuação do Poder Público, em manifesto descumprimento dos preceitos constitucionais vigentes.

O direito ao saneamento básico inclui o fornecimento e disponibilização efetiva de água potável a todas as camadas da população em condições compatíveis com os requisitos da saúde pública.

A implementação das condições adequadas de saneamento básico exige um processo continuado, compartilhado pela União, Estados e Municípios, realizado de modo sustentável para beneficiar as gerações presentes e futuras, sem retrocesso nem restrições discriminatórias, sejam territoriais ou orçamentárias.

Em resumo do exposto, quanto ao mínimo existencial tem-se que as prestações materiais que o compõem não estão rigidamente predeterminadas, tratando-se de um conceito mutável de acordo com a realidade sócio-econômica vigente, exigindo sua satisfação, contudo, mais do que a garantia da mera sobrevivência física.

No mínimo necessário à vida com dignidade inclui-se a proteção à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O mínimo existencial, em seu núcleo mais restrito, não comporta limitação com base na reserva do possível, mas a satisfação integral das prestações sociais que lhe são inerentes exige a disponibilidade de recursos disponíveis.

²⁶⁵ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 252-253.

A alegação da ‘reserva do possível’, por parte da administração pública, somente se legitima quando devidamente comprovada e a escusa não resta imune ao controle jurisdicional.

Ao Poder Judiciário cabe, no exercício de sua função constitucional, determinar prestações e ações positivas para a satisfação do mínimo essencial ao viver humano digno quando as omissões estatais se mostrarem desarrazoadas.

O ponto de equilíbrio entre a satisfação das prestações sociais, integrantes do conceito de vida digna, e os recursos financeiros disponíveis não comporta definição em abstrato, devendo ser construído caso a caso com base no princípio da razoabilidade e ponderação, não só das circunstâncias individuais dos interessados, mas do contexto social e econômico em que se situa a questão, levando-se em conta sempre o interesse coletivo.

A satisfação do mínimo existencial no que tange à implementação **do direito à saúde, embora comporte o atendimento de pretensões estritamente individuais nos casos emergenciais, deve-se orientar para a realização de ações que assegurem o acesso universal e igualitário de todos os cidadãos aos benefícios concedidos.**

3.3 Caminhos Jurisdicionais para o Controle das Políticas Públicas à Luz dos Princípios Constitucionais Condicionantes da Interpretação

A interpretação e efetivação dos direitos fundamentais encontra sua diretriz básica nos próprios princípios expressos ou implícitos no Sistema Constitucional.

Em definição clássica, Celso Antônio Bandeira de Mello caracteriza os princípios como a matriz do sistema normativo, da qual emanam os critérios de interpretação das demais normas:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica e a racionalidade do sistema harmônico.²⁶⁶

Nos ordenamentos de base constitucional, a interpretação jurídica deve necessariamente partir da identificação dos princípios da Constituição aplicáveis ao caso.

²⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 53.

Luís Roberto Barroso aduz que os princípios de interpretação constitucional “são premissas metodológicas, conceituais ou finalísticas que orientam a aplicação da Constituição e o contraste entre as normas infraconstitucionais e constitucionais.”²⁶⁷

O mesmo jurista ensina que “o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais”, sendo que “a atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie”.²⁶⁸

A diferença entre princípios e normas não se estabelece pelo critério da maior força normativa dos primeiros, mas decorre da diversidade dos respectivos âmbitos de incidência, nos princípios, mais genérico e abstrato, definindo apenas padrões de conduta, enquanto as normas ou regras jurídicas têm o campo de incidência restrito a situações fáticas concretas e claramente predefinidas.

Neste sentido, Barroso afirma que “já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio”, sustentando que, atualmente, as normas constitucionais podem ser enquadradas em duas diversas categorias: (a) as normas-princípios, ou simplesmente princípios, que têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema; (b) as normas-disposição ou regras que “têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem”.²⁶⁹

Ressalta que, em virtude do princípio da unidade da constituição, todas as normas constitucionais encontram-se no mesmo plano, inexistindo hierarquia em sentido normativo, não impedindo, todavia, que normas de mesma hierarquia tenham funções distintas dentro do ordenamento.²⁷⁰

Canotilho lembra que, igualmente, o sistema jurídico do Estado de direito português é “um sistema normativo aberto de regras e princípios”.²⁷¹

A inexistência de hierarquia normativa entre os princípios e as normas, ambos integrantes do ordenamento jurídico, não elimina a distinção entre as duas categorias normativas.

²⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 165.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 155.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 155.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 156.

²⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1159.

Ronald Dworkin aponta duas diferenças fundamentais entre princípios e normas: a) os princípios definem padrões de conduta, sem predeterminar as situações fáticas que os tornam incidentes, já as regras definem as situações de fato sobre as quais incidem; b) o conflito entre princípios não se soluciona pela prevalência normativa de uns sobre os outros, mas pela avaliação de maior importância em função do caso concreto, ao contrário das regras em que “se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida”.²⁷²

Humberto Ávila observa que a doutrina tradicional aponta como diferenças entre princípios e regras, entre outras, as decorrentes: a) do modo como prescrevem o comportamento regulado; b) das respectivas condições de aplicabilidade ou incidência; c) da medida de como contribuem para a decisão.

Quanto à primeira diferença, o autor esclarece que as normas descrevem condutas e definem obrigações, permissões e proibições dela decorrentes, caracterizando-se pela previsão de um comportamento determinado, enquanto os princípios estabelecem um fim juridicamente relevante cuja implementação gradual depende dos comportamentos a ela necessários, tendo, por isso, como característica principal o seu conteúdo finalístico.

Em relação à segunda, o autor afirma que a aplicação das regras requer correspondência entre os fatos sob julgamento e a descrição dos pressupostos de incidência da norma, já a aplicação dos princípios exige uma correlação entre o estado de coisas posto como fim e as consequências da conduta considerada necessária para a consecução do fim.

Com referência à terceira, aduz que os princípios constituem normas complementares, porque sua função não é a de fundamentar, por si só, uma solução específica, mas a de contribuir, ao lado de outras boas razões, para a tomada da decisão, contrariamente às regras, que se destinam à regulação abrangente e decisiva dos fatos para fundamentar soluções decisórias específicas.²⁷³

Os princípios constitucionais, enquanto base normativa do ordenamento jurídico, instrumentam a tarefa de interpretação e aplicação do direito, proporcionando-lhe critérios objetivos e controláveis.

Ingo Sarlet ensina que é através dos ‘princípios da interpretação constitucional’ que: [...] “cuida-se de elencar um catálogo do que se poderia designar de técnicas e diretrizes para

²⁷² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 42-43.

²⁷³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 71-79.

assegurar uma metódica racional e controlável ao processo de interpretação (e aplicação) da constituição e de suas normas (princípios e regras)”.²⁷⁴

No mesmo sentido, Canotilho ressalta a necessidade de se encontrar princípios auxiliares da tarefa interpretativa que sejam relevantes para a decisão, metodicamente operativos e constitucionalmente praticáveis.²⁷⁵

A fixação do significado e do alcance das normas a partir de critérios claramente determináveis permite a superação do subjetivismo solipsista.

Luís Roberto Barroso registra esta função dos princípios, afirmando que os mesmos “funcionam como limites interpretativos máximos, neutralizando o subjetivismo voluntarista dos sentimentos pessoais e das conveniências políticas, reduzindo a discricionariedade do aplicador da norma e impondo-lhe o dever de motivar seu convencimento.”²⁷⁶

Dentre os princípios interpretativos mais frequentes, citados doutrinariamente, podemos destacar os que serão a seguir abordados, ressaltando, todavia, que os mesmos, conforme lembra Ingo Sarlet, “não esgotam o elenco dos princípios e critérios de interpretação, não guardam hierarquia entre si e devem ser compreendidos, [...] com uma necessária dose de relativização”.²⁷⁷

A interpretação do direito a partir dos princípios da Constituição não pode ater-se a princípio dissociado do conjunto e, também, não possibilita conclusões portadoras de certeza absoluta e indiscutível.

Inocência Mártires Coelho afirma que os princípios de interpretação constitucional “à semelhança dos métodos interpretativos, também devem ser aplicados conjuntamente”²⁷⁸, acrescentando, mais adiante que os referidos princípios “ não encerram interpretações de antemão obrigatórias, valendo apenas como simples tópicos ou pontos de vista interpretativos, que se manejam como argumentos – sem graduação ou limite – para a solução dos problemas de interpretação “.²⁷⁹

Destarte, entre os princípios gerais de interpretação constitucional, atualmente citados pela doutrina, podemos destacar: o princípio da unidade da Constituição; o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público; o princípio da

²⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 207.

²⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1223.

²⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 164.

²⁷⁷ SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, op. cit., p. 207.

²⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 132.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 133.

supremacia da Constituição; o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais; o da força normativa da Constituição e o da interpretação conforme a constituição.

No que concerne ao princípio da unidade da Constituição é de se ressaltar que a Constituição, ao reger a instituição e o funcionamento dos órgãos públicos e ao disciplinar as relações entre os integrantes dos diversos setores da sociedade, constitui-se, contudo, em paradigma normativo unitário, unidade assegurada por valores e diretrizes fundamentais que possibilitam harmonizar eventuais contradições e incoerências, bem como sanar lacunas.

Inocência Mártires Coelho afirma que “segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios que é instituído na e pela própria Constituição”.²⁸⁰

Luís Roberto Barroso, igualmente, esclarece que é a Constituição, como norma fundamental que “confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico”. Acrescenta que “a ideia de unidade da ordem jurídica se irradia a partir da Constituição e sobre ela também se projeta.”²⁸¹

A consideração da unidade da Constituição proporciona, ao intérprete e ao aplicador, diretriz para superar possíveis conflitos normativos.

Ingo Sarlet assevera que através deste princípio se objetiva “evitar contradições e superar eventuais antinomias normativas, mediante uma interpretação global da Constituição, onde o intérprete procurará harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais no âmbito da sua concretização”.²⁸²

No mesmo sentido Barroso é expresso ao dizer que “o princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre as normas”, através da “grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior”.²⁸³

À luz da unidade da Constituição, as antinomias normativas se dissolvem porque, em realidade, representam apenas conflitos de interpretação, decorrentes de normas conflitantes só na aparência, conforme a lição de Mártires Coelho:

²⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 136.

²⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 202.

²⁸² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 208.

²⁸³ BARROSO, op. cit., p. 202.

Aceito e posto em parte esse princípio, o jurista pode bloquear o próprio surgimento de eventuais conflitos entre preceitos da Constituição, ao mesmo tempo que se habilita a desqualificar, como contradições meramente aparentes aquelas situações em que duas ou mais normas constitucionais – com hipóteses de incidência à primeira vista idênticas e que só a interpretação constitucional racional evidenciará serem diferentes – ‘pretendam’ regular a mesma situação de fato.²⁸⁴

A aplicação do princípio da unidade da constituição deve ser realizada tendo em vista o contexto de todo o sistema constitucional, mediante harmonização dos diversos princípios aplicáveis, em tese, fundamentando a melhor adequação de incidência de uns em relação aos outros, sem anular a força normativa de nenhum deles.

Juarez Freitas ensina a respeito:

Seja como for, tudo ocorre como se um princípio, ao relativizar, enriquecesse e tornasse mais denso o significado dos outros, revelando a natureza tópico-sistemática do ordenamento. Trata-se, concomitantemente, de um movimento descontínuo de contenção e de expansão.

Reitere-se: os princípios jamais devem ser quebrados, sob pena de perecer o sistema.²⁸⁵

O princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público é inerente à democracia constitucional em que a Constituição é a matriz e o molde de toda a normatividade do ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, a cuidadosa preservação de suas disposições, sem deixar brechas a modificação, fora da via legitimada da Emenda.

A declaração da inconstitucionalidade de normas e de atos do poder público somente é admissível em casos de manifesta inconformidade com a Lei Maior.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso adverte que o intérprete e aplicador do direito deve obedecer duas regras:

- a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade;
- b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se à compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carregavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor.²⁸⁶

²⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 136.

²⁸⁵ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 214-216.

²⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 183.

Observa o referido constitucionalista que o controle de constitucionalidade “é a atividade a ser exercida com autolimitação pelo Judiciário”, eis que “ a atribuição institucional de dizer a última palavra sobre a interpretação de uma norma não o dispensa de considerar as possibilidades legítimas de interpretação pelos outros Poderes.”²⁸⁷

Neste sentido o mestre Carlos Maximiliano já prelecionava:

Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência , a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão *acima de toda dúvida razoável*, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade. (grifo do autor).²⁸⁸

Ademais, toda a interpretação jurídica se assenta no pressuposto da superioridade da Constituição, pelo que, ao dissertar sobre o princípio da supremacia da Constituição, Ingo Sarlet assevera que este princípio “se traduz no fato de que as normas constitucionais, dada sua origem e em virtude da distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, ocupam posição hierárquica superior em relação a toda e qualquer norma ou ato oriundo dos poderes constituídos”.²⁸⁹

A desconformidade com a Constituição invalida não só as leis, mas também qualquer ato jurídico, subtraindo-lhes a validade e a eficácia.

Salienta Luís Roberto Barroso que “por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”.²⁹⁰

A interpretação jurídica encontra seu limite na imperatividade da própria Constituição, no sentido de que nenhuma construção interpretativa pode alterar comando constitucional em sua materialidade normativa, o que somente se legitima por Emenda Constitucional.

Ingo Sarlet pontua que deste princípio decorrem, mas não se confundem com ele, os princípios da máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais, o da força normativa da constituição e o da interpretação conforme a constituição.²⁹¹

O princípio da eficácia e o da efetividade, conceitualmente, se diferenciam por referir-se o primeiro à eficácia normativa (aplicabilidade da norma), enquanto o segundo designa a

²⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 182.

²⁸⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 307.

²⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 215.

²⁹⁰ BARROSO, op. cit., p. 165.

²⁹¹ SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, op. cit., p. 215.

eficácia social (a efetiva aplicação da norma), mas, na prática, mostram-se conexos, complementam-se e condicionam-se reciprocamente, pois, no dizer de Sarlet, “a decisão sobre quais os efeitos potenciais de uma norma constitucional (já no plano da eficácia jurídica) e a medida de sua aplicabilidade influencia a decisão sobre o ‘se’ e o ‘como’ da efetiva aplicação do programa normativo e, portanto, de sua efetivação”.²⁹²

O princípio da eficácia implica em que, ante a possibilidade de extrair sentidos diferentes de uma norma constitucional, a decisão deve se orientar pela interpretação que assegure maior eficácia à Constituição, principalmente quando se trata de assegurar efetividade a direitos fundamentais.

Segundo Canotilho, o princípio pode ser formulado a partir da noção de que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”, esclarecendo mais adiante que o referido princípio “é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”.²⁹³

No intuito de assegurar maior eficácia a uma norma, há que se ter cuidado para não lhe inovar o conteúdo, modificando o seu teor normativo.

Inocência Mártires Coelho adverte que a busca da otimização da maior eficácia das normas constitucionais não pode alterar o seu conteúdo.²⁹⁴

Na aplicação das normas constitucionais, eficácia e efetividade se interligam e convergem no sentido de adequar o direito à realidade cumprindo sua função social.

Luís Alberto Barroso aduz que:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social. (grifo do autor)²⁹⁵

E acrescenta mais adiante:

Um dos pontos capitais relativamente ao princípio da efetividade é a necessidade de o Poder Judiciário se libertar de certas noções arraigadas e

²⁹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 181.

²⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1224.

²⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 140.

²⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255.

assumir, dentro dos limites do que seja legítimo e razoável, um papel mais ativo em relação à concretização das normas constitucionais. Para tanto, precisa superar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.²⁹⁶

O princípio da força normativa da Constituição tem por objetivo a atualização do significado das normas constitucionais frente à realidade em mutação constante, mediante soluções interpretativas que consigam preservar a efetividade normativa do sistema estabelecido.

Segundo Canotilho, o princípio implica que, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, se dê primazia a soluções que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a atualização normativa da Constituição e, ao mesmo tempo, garantam sua eficácia e permanência.²⁹⁷

Diante disto, pode-se verificar que o princípio da força normativa da Constituição se distingue do da máxima eficácia, eis que o primeiro, no dizer de Ingo Sarlet, objetiva “mediante a devida consideração das possibilidades históricas e condições em processo de câmbio permanente, assegurar a atualização da constituição sem prejuízo de lhe imprimir a sua máxima concretização de força jurídica (eficácia e efetividade).”²⁹⁸

E finalmente temos o princípio da interpretação conforme a Constituição, a respeito do qual Inocêncio Mártires Coelho ensina que, além de ser técnica de interpretação, também se encontra situado no âmbito do controle de constitucionalidade das leis. O doutrinador pontua que o referido princípio recomenda que os intérpretes “em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade”.²⁹⁹

A possibilidade de as leis, cuja constitucionalidade é questionada, ensejarem interpretação que lhes atribua um significado compatível com a Constituição requer a preservação de sua existência, validade e eficácia, sem, no entanto, alterá-la criando lei nova.

²⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 264.

²⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1226.

²⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 216.

²⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 141.

A interpretação conforme a Constituição constitui, assim, um mecanismo de autocontenção da jurisdição no controle de inconstitucionalidade das leis, mantendo as elaborações legislativas sempre que isto for viável sem alteração ou inovação em seu conteúdo.

Ingo Sarlet adverte que:

No âmbito do controle de constitucionalidade das leis, a interpretação opera, de certo modo, como instrumento de autocontenção (*self restraint*) da jurisdição constitucional em relação aos atos legislativos, visto que a disposição legal só será declarada inconstitucional quando tal inconstitucionalidade for manifesta e não houver como dar uma atribuição de sentido à norma legal, que, por um lado, não venha a distorcer e reescrever o texto legal (mediante uma interpretação conforme não se deve substituir o conteúdo do regramento legal, por um regramento substancialmente novo e produzido pelo Poder Judiciário), por outro lado, evite a declaração de inconstitucionalidade. O quanto tal orientação é observada e em que medida atual como limite da interpretação resulta controverso não será aqui examinado. (grifo do autor).³⁰⁰

A manutenção das leis quando comportarem uma atribuição de sentido compatível com a Constituição é essencial à preservação do ordenamento jurídico, em respeito e observância do princípio das separação de poderes e o princípio da supremacia da Constituição.

Lenio Streck enfatiza que:

Entendo que, alçada à categoria de princípio, a interpretação conforme à Constituição é mais do que princípio, é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela. [...] ³⁰¹

A interpretação conforme a Constituição implica, portanto, em que o intérprete escolha, entre as interpretações possíveis das normas jurídicas a que melhor se ajusta aos princípios constitucionais, além de limitar a declaração de inconstitucionalidade aos casos que não comportam interpretação compatível com a Lei Maior.

A interpretação dos princípios constitucionais reveste-se de maior complexidade nas questões referentes à efetivação de direitos fundamentais quando ocorre conflito entre os princípios aplicáveis ou colisão de bens jurídicos em causa.

Luís Roberto Barroso consigna que o deslinde do conflito entre normas passa pela identificação dos bens jurídicos em confronto para associá-los aos princípios constitucionais

³⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 218.

³⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 403.

que os tutelam e, então, determinar o âmbito de incidência de cada um deles, “sempre tendo como referência máxima as decisões fundamentais do constituinte”. Acrescenta o jurista que os doutrinadores rejeitam a prevalência absoluta de determinados valores ou bens jurídicos porque os mesmos podem ter que ceder, frente a outros, em determinadas circunstâncias.³⁰²

No casos de conflitos normativos ou de tensão entre os bens jurídicos contrapostos, cresce a necessidade da aplicação de critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, bem como do uso da ponderação.

Razoabilidade, proporcionalidade e ponderação não se enquadram no conceito jurídico de princípios, porque, ao contrário destes, não impõem a promoção de um fim ou a realização de um estado de coisas, mas se limitam ao modo de aplicação do que está prescrito, deixando de possuir conteúdo normativo próprio, caracterizando-se, assim, como metanormas ou normas de segundo grau.

Em razão de sua função de meios de aplicação dos princípios e das normas, Humberto Ávila atribui-lhes a denominação de “postulados normativos aplicativos”, definidos como “deveres estruturantes da aplicação de outras normas”.³⁰³

Os postulados aplicativos se diferenciam dos princípios porque estes criam direitos e deveres e, por isso, são objeto de cumprimento, enquanto aqueles definem critérios de aplicação de outras normas, não contendo, em si mesmos, conteúdo normativo autônomo.

Humberto Ávila elucida a diferença entre princípios e postulados aplicativos nos termos seguintes:

As normas de segundo grau, redefinidas como postulados normativos aplicativos, diferenciam-se das regras e dos princípios quanto ao nível e quanto à função. Enquanto os princípios e as regras são objeto da aplicação, os postulados estabelecem os critérios de aplicação dos princípios e das regras. E enquanto os princípios e as regras servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas, ou condutas cuja adoção seja necessária para atingir fins, os postulados servem como parâmetros para a realização de outras normas.³⁰⁴

Entre os postulados normativos aplicativos, são de especial utilidade a ponderação, a razoabilidade e a proporcionalidade, que, além de servir à unidade da constituição, têm alcance mais amplo, tornando sua utilização necessária, também, na aplicação dos demais princípios constitucionais, seja para orientar a prevalência de um sobre outros quando dois ou mais deles

³⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 206-207.

³⁰³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 123.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 124-125.

apresentam possibilidade de aplicação ao caso, seja para dirimir conflitos entre bens jurídicos de titularidade diferente, o que é muito possível de ocorrer na efetivação dos direitos fundamentais.

A ponderação configura mero método de sopesamento ou balanceamento de bens jurídicos e dos direitos deles decorrentes, postos, concretamente, em conflito, para harmonizar, se possível, as pretensões jurídicas confrontadas ou, quando isto se mostrar inviável, estabelecer critérios de prevalência de uma sobre as outras, no caso concreto.

Gomes Canotilho assevera que a utilização do método de ponderação em Direito Constitucional é indispensável porque: a) o texto constitucional não comporta uma hierarquização dos bens jurídicos tutelados cujo balanceamento tem que ser realizado dentro do contexto circunstancial de cada caso; b) a amplitude dos direitos mormente dos fundamentais, genericamente assegurados, enseja colisão em sua satisfação concreta, requerendo a ponderação dos princípios constitucionais que não admite “alternativas radicais de tudo ou nada”; c) a falta de unidade dos valores em uma comunidade requer uma leitura diversificada do conflito entre bens jurídicos, exigindo consideração atenta dos valores incidentes e fundamentação clara do processo de decisão.³⁰⁵

Acrescenta o constitucionalista português:

Neste sentido, o balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa, para o conflito de bens.³⁰⁶

A lição de Canotilho aborda duas questões distintas acerca da ponderação: a primeira atinente aos casos em que este procedimento metodológico comporta aplicação e a segunda referente ao modo como deve ser aplicado.

Quanto ao primeiro aspecto, resta salientado que a incidência da ponderabilidade ocorre quando estão em confronto dois, ou mais, bens jurídicos tutelados na Constituição, que não estabelece hierarquia entre os mesmos, ou quando a satisfação de determinados direitos fundamentais em favor de uma parcela da população impede ou restringe o deferimento do mesmo direito a outros titulares.

³⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1237.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 1237.

Quanto ao modo de exercício da ponderação, o constitucionalista ensina que o aplicador deve reconstruir interpretativamente os conteúdos normativos em conflito, explicitando as diferenças normativas existentes em relação às peculiaridades dos bens jurídicos sob questão e das situações jurídicas dela decorrentes para os interessados, para, em função delas, estabelecer critérios de preponderância no caso concreto, que devem ser explicitados na fundamentação da decisão.

O exercício da ponderação se estrutura, portanto, basicamente, em três etapas: a) enunciar claramente os enunciados normativos em tensão especificando as situações de fato enquadráveis nos respectivos âmbitos genéricos de incidência; b) analisar comparativamente as circunstâncias das situações de fato em confronto; c) estabelecer uma relação de prevalência entre as soluções jurídicas possíveis, com base em critérios devidamente explicitados.

Infere-se destas considerações, que a ponderação é mero procedimento metodológico, sem conteúdo normativo autônomo, diferenciando-se dos princípios, que estabelecem como juridicamente obrigatória a realização de determinados fins, e não se confundindo com a razoabilidade e proporcionalidade, que são critérios utilizáveis, entre outros, para o exercício da ponderação.

Para Humberto Ávila, “a *ponderação de bens* consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento”, acrescentando o autor que a ponderação precisa ser instrumentalizada por critérios que lhe são extrínsecos, como a razoabilidade e a proporcionalidade, e que, por isso, “a ponderação como mero método ou idéia geral, despida de critérios formais ou materiais, é muito mais ampla que os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade”.³⁰⁷

Em relação à razoabilidade e à proporcionalidade, é de se registrar, primeiramente, que ambos os postulados são distintos, mas que, por se tratar de conceitos muito próximos, alguns doutrinadores os consideram como conceitos intercambiáveis.

Luís Roberto Barroso ensina sobre a evolução histórica dos dois postulados, ao afirmar que o princípio da razoabilidade evoluiu no Direito Norte-americano, como expressão do devido processo legal substantivo, objetivando, sobretudo, o controle da constitucionalidade das leis. Já o princípio da proporcionalidade, desenvolvido no Direito Alemão, busca o controle dos atos do Poder Executivo. Neste sentido preleciona o autor:

³⁰⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 130-131.

A ideia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do *common law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas razões romano germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte isto, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis. (grifo do autor).³⁰⁸

Embora de funcionalidade análoga, os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade se diferenciam.

Razoabilidade, na linguagem comum, designa a conformidade de um procedimento com padrões de conduta racionalmente aceitáveis e condizentes com os critérios de bom senso, compartilhados pela maioria das pessoas.

No âmbito jurídico, a mesma noção de aceitabilidade adquire contornos específicos na interpretação e aplicação das normas servindo de critério para a exclusão de soluções teóricas ou decisões incompatíveis com o senso comum, socialmente imperante.

O questionamento da razoabilidade no mundo do Direito decorre do fato de que as normas e, mais acentuadamente, os princípios constitucionais não delimitam com exatidão plena as ocorrências fáticas ou situações de vida sobre as quais incidem, deixando em aberto um círculo de opções interpretativas para a determinação, em concreto, das soluções normativas.

É, nesta esfera de opções decisórias, que a exigência de razoabilidade atua como fator impeditivo de soluções que contrariam manifestamente o que os conceitos, comunitariamente consolidados, consideram aceitável, seja acerca dos conceitos jurídicos ou seja a respeito das peculiaridades dos fatos.

A quebra da razoabilidade pode se dar quando, na determinação dos pressupostos de incidência de uma norma, são deixados de lado os critérios decorrentes do que comumente acontece ou, na qualificação dos fatos regulados, não se levam em conta circunstâncias

³⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 374.

peculiares que fundamentam a excepcionalidade do caso concreto, para afastar a incidência da norma.

Ávila pontua que:

Em primeiro lugar, a razoabilidade impõe, na aplicação das normas jurídicas, a consideração daquilo que normalmente acontece.

[...]

Em segundo lugar, a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal. Para determinados casos, em virtude de determinadas especificidades, a norma geral, não pode se aplicável, por se tratar de caso anormal.³⁰⁹

Enquanto a razoabilidade qualifica algo como não exorbitante dos limites de racionalidade e aceitabilidade em conformidade com os padrões vivenciados pelo comum das pessoas, a proporcionalidade expressa uma relação objetiva de adequação dos meios aos fins.

No linguajar corrente, o qualificativo proporcional designa uma relação harmoniosa das partes com o todo ou das partes entre si.

Como postulado normativo, o conceito de proporcionalidade se restringe a designar a relação de adequação entre um resultado, concretamente estabelecido ao ensejo da aplicação de um princípio ou regra e entre os meios, também expressamente determinados, para realizar o fim proposto.

Ávila ensina que a aplicação do postulado da proporcionalidade é cabível quando houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, quando, então, importa fazer o exame de adequação dos meios ao fim, sob o ângulo da efetiva necessidade do meio, escolhendo-se, entre as medidas possíveis a menos gravosa, avaliando-se, ainda, se o fim visado é suficientemente valioso para justificar os encargos decorrentes de sua efetivação.³¹⁰

Ingo Sarlet aduz que o princípio da proporcionalidade possui:

[...] uma estrutura de controle em **três níveis**, de acordo com os critérios **da adequação ou da conformidade** (a medida interventiva deve ser apropriada, no sentido de tecnicamente idônea, a promover os fins pretendidos), **da necessidade ou da exigibilidade** (a medida deve ser, dentre as disponíveis, a menos restritiva possível) e da assim chamada **proporcionalidade em sentido estrito**, onde se processa a ponderação dita, ou seja, a verificação se a medida,

³⁰⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 140-141.

³¹⁰ Ibid., p. 150.

embora adequada e exigível, é mesmo proporcional e preserva uma relação de ‘justa medida’ entre os meios e o fim almejado. (grifo nosso).³¹¹

O referido autor sustenta que tal estruturação metódica de aplicação da proporcionalidade em três níveis não se confunde, embora existam pontos de contato, com o raciocínio utilizado quando da aplicação da razoabilidade, demonstrando que os dois postulados não são de fato a mesma coisa.³¹²

A aplicação do postulado da proporcionalidade envolve a proibição de excesso decorrente da decretação de medidas inadequadas, não estritamente necessárias à consecução do fim almejado, mas, além desta dimensão proibitiva, implica, também, no dever positivo, imposto aos órgãos estatais, no sentido de empreender o necessário e possível à efetivação dos direitos da população.

A esse respeito, Sarlet faz menção à “dupla face do princípio da proporcionalidade”, isto é, de um lado a noção de proporcionalidade vinculada à proibição de excesso e de outro, a “ideia de que o Estado também está vinculado por um dever de proteção suficiente (no sentido de dotado de alguma eficácia).” Por isso, acrescenta o autor que o postulado também é utilizado “para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção.”³¹³

O postulado da proporcionalidade, como o da razoabilidade, instrumentaliza, também, o controle jurisdicional em face de atuação dos órgãos estatais que, por excesso no exercício do poder, causem lesão a direitos subjetivos, mormente quando fundamentais, como também quando, por omissão injustificada, deixem de tomar as medidas necessárias à proteção desses direitos.

Nestes termos, o controle judicial das políticas públicas, tanto em relação a procedimentos em realização como a omissões injustificadas em implementá-las, não pode, sob nenhuma ótica razoável, ser acoimado de reprovável ativismo dos juízes.

Trata-se, em realidade, de exercício irrecusável de sua função constitucional de prestar jurisdição em todos os casos de lesão a direitos. especialmente os fundamentais, não se podendo nisso vislumbrar qualquer invasão de esfera competencial dos demais Poderes do Estado.

Além do mais, os juízes, consabidamente, não podem agir de ofício, dependendo sua intervenção da provocação de partes juridicamente legitimadas, e todos os seus atos devem

³¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 213.

³¹² Ibid., p. 213.

³¹³ Ibid., p. 214.

subordinação às regras do devido processo legal.

Em relação às políticas públicas, conceitualmente vinculadas a direitos transindividuais, mostra-se preponderante a legitimação ativa do Ministério Público, destacando-se, entre os instrumentos processuais a seu alcance, o da ação civil pública.

No dizer de Voltaire de Lima Moraes, “a ação civil pública, considerando as suas diferentes modalidades e os distintos objetos de tutela que lhe são inerentes, constitui instrumento que visa a tutelar interesses e direitos, ou seja: difusos, coletivos stricto sensu, individuais homogêneos e individuais indisponíveis”.³¹⁴

As políticas públicas, por sua natureza, se direcionam ao cumprimento dos direitos coletivos, pelo que a ação civil pública se torna um dos procedimentos processuais mais relevantes para provocar a atuação jurisdicional, visando à adequação da atuação dos órgãos governamentais ao cumprimento efetivo dessa categoria de direitos fundamentais,

É certo que direitos coletivos podem obter tutela, por via reflexa, em decorrência de demandas individuais, quando o atendimento da pretensão individualmente deduzida produz efeito em favor de todos os componentes de uma coletividade, podendo, até mesmo, induzir ou corrigir políticas públicas.

Ada Pellegrini Grinover cita como exemplos a interdição de um estabelecimento noturno que perturba o sossego dos vizinhos ou a alteração dos critérios de fixação de mensalidades escolares, acrescentando que:

Disso surge uma inarredável conclusão: *qualquer tipo de ação individual, na jurisdição constitucional e na ordinária, pode ser utilizado para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle e a possível intervenção em políticas públicas.* (grifo do autor).³¹⁵

A amplitude dos procedimentos processuais cabíveis e da legitimação ativa para a respectiva interposição, não obscurece, todavia, o papel preponderante do Ministério Público no controle judicial das políticas públicas, em decorrência de o seu agir, além de administrativamente aparelhado, estar inserido em Instituição Pública, declarada essencial à função jurisdicional do Estado pela Constituição Federal vigente.³¹⁶

³¹⁴ MORAES, Voltaire de Lima. *Ação civil pública: alcance e limites da atividade jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 24-25.

³¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 148.

³¹⁶ Art. 127: O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. BRASIL.

Questão fulcral do controle das políticas públicas reside na determinação das sanções, juridicamente viáveis, em casos de descumprimento das decisões proferidas, para assegurar efetividade à prestação jurisdicional.

Como instrumentos de coerção, Ada Pellegrini Grinover arrola a multa diária, a responsabilização por improbidade administrativa, a intervenção no Estado ou Município e o processo criminal.³¹⁷

Quanto à aplicação de multa, não comporta dúvida fundada a possibilidade desta coerção processual contra a Fazenda Pública, mas sua imposição atinge diretamente o patrimônio público, e não o dos agentes administrativos responsáveis imediatos pelo descumprimento.

A possibilidade de ação regressiva contra os servidores, pela normal complexidade processual e duração de procedimentos judiciais ordinários, não imprime a esta modalidade de sanção efeitos imediatos, aptos a garantir o cumprimento das decisões jurisdicionais.

Em razão disso, é de concluir “que a imposição de multa diária não constitui a melhor medida para compelir o agente público a uma obrigação de fazer”.³¹⁸

A responsabilização do agente público por improbidade administrativa encontra suporte no art. 11, inc. II, da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, que tipifica, como ato de improbidade administrativa, qualquer ação ou omissão que viole os deveres funcionais, notadamente, entre outros, “retardar, ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”.³¹⁹

Diferentemente da multa, cuja imputação ao agente público está subordinada ao exercício de ação regressiva pela pessoa jurídica de direito público, a responsabilização por improbidade administrativa é endereçada diretamente ao servidor responsável pela ação ou omissão indevida, embora sua efetivação também dependa da ação processual específica.

Outra modalidade de coerção para o cumprimento das decisões judiciais é a intervenção no Estado ou no Município.

Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

³¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 140-142.

³¹⁸ Ibid., p. 141.

³¹⁹ Art. 11 da Lei nº 8.429/1992: Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente: [...] II- retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício. BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

A Constituição Federal, no art. 34, inc. VI, confere legitimidade à intervenção da União nos Estados para garantir o cumprimento de ordem judicial e autoriza a intervenção dos Estados em Municípios quando estes deixarem de aplicar o mínimo legal de receita pública em ensino e saúde ou, por determinação do Tribunal de Justiça, quando se negarem a cumprir ordem judicial (art. 35 , incs. III e IV).³²⁰

Outra sanção, aventada com frequência é a responsabilização criminal do servidor público que se mostrar omissos em cumprir a determinação judicial, por crime de responsabilidade quando o descumpridor for Prefeito Municipal ou , fora desta hipótese, pelo delito de desobediência.

O crime de responsabilidade de Prefeito Municipal está definido no art. 1º, inc. XIV, do Decreto Lei 201/1967 como “deixar de cumprir ordem judiciária, sem dar motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente” e o art. 330 do Código Penal tipifica como crime “desobedecer a ordem legal de funcionário público”.

Todavia, conforme anotado por Ada Pellegrini Grinover, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou que o crime de responsabilidade, de imputabilidade limitada aos Prefeitos Municipais, somente se integra mediante conduta dolosa, bem como a mesma Corte, quanto ao crime de desobediência, afastou a ilicitude penal quando aplicada sanção de natureza civil, processual ou administrativa, em razão da omissão, no caso multa diária e, em outro julgado, decidiu que este delito, tal como tipificado no art. 130 do Código Penal, somente se configura quando praticado por particular contra a Administração Pública.³²¹

Especificamente, em relação ao mandado de segurança, o art. 26 da Lei nº 12.016/2009 estabelece que o descumprimento de ordem judicial, nele decretada, configura crime, sem prejuízo das sanções administrativas ou da aplicação da Lei nº 1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.³²²

³²⁰ Art. 34 da CF: “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VI – prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial”.

Art. 35 da CF: “O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: [...] III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços de saúde; IV- o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução da lei, de ordem ou de decisão judicial”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

³²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 142.

³²² Art. 26 da Lei nº 12.016/2009: “Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis”. BRASIL. *Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

A efetividade das sanções enunciadas torna-se, muitas vezes, problemática quando a sanção imposta pela sentença consiste em obrigação de fazer.

A possibilidade jurídica da imposição jurisdicional de obrigações de fazer aos órgãos da administração pública não comporta dúvida fundada, sendo questionável, no entanto, a determinação judicial do modo de fazer.

Voltaire de Lima Moraes entende que o modo de fazer é de competência exclusiva do Poder Executivo afirmando que o Poder Judiciário pode impor ao Executivo obrigações de fazer, “mas não lhe é dado estendê-lo para alcançar a forma e o modo desse fazer, ressalvada sempre a hipótese de haver lei dispondo a respeito destas circunstâncias, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes”.³²³

Afigura-se claro que esta restrição quanto à forma e ao modo de fazer se restringe à decisão que determina a obrigação a ser cumprida, não incidindo em caso de descumprimento e eventual execução direta.

Não há previsão legal expressa para a execução direta de políticas públicas quando a decisão jurisdicional que as determina deixa de ser cumprida.

Não obstante, como o direito fundamental à prestação jurisdicional implica na efetividade do que for decidido mediante a sua realização no mundo dos fatos, não se pode descartar, em modo absoluto e apriorístico, o respaldo jurídico para a execução coercitiva das decisões referentes à implementação de políticas públicas quando as demais sanções se evidenciarem ineficazes.

Samuel Meira Brasil e Juliana Justo Botelho Castello reconhecem que é válido questionar a suficiência e adequação das tradicionais medidas de efetivação das decisões jurisdicionais relativas a políticas públicas, sugerindo que, a exemplo do sistema jurídico norte-americano, seja aberta aos juízes a ampla possibilidade de medidas operacionais para a implementação de políticas públicas e, se necessário, nomear administrador provisório para o cumprimento das decisões.

Afirmam, textualmente, os autores que:

Nesses casos, nem a imposição de uma medida punitiva, nem o estabelecimento de medidas coercitivas isoladas são suficientes para fazer cessar a conduta administrativa incompatível às metas constitucionais ou, ainda, coagir a Administração Pública à adoção das ações estatais necessárias à consecução das aludidas metas.

³²³ MORAES, Voltaire de Lima. *Ação civil pública: alcance e limites da atividade jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 159.

Demanda-se, nesse contexto, uma postura flexível, criativa e participativa do intérprete na instituição de medidas concretas e adequadas ao cumprimento das decisões judiciais, adequando-se aos complicadores sobrevividos e, ainda, avaliando os resultados conforme os parâmetros constitucionalmente exigidos.³²⁴

Cabe acrescentar que o art. 461 do Código de Processo Civil defere ao juiz, nas sentenças que determinam o cumprimento de obrigações de fazer, a adoção das “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Luiz Guilherme Marinoni anota que este dispositivo processual “evidencia de forma nítida a intenção de conferir ao juiz poder para determinar a medida adequada a cada caso concreto, ainda que ela não esteja expressamente nominada”. Acrescenta o processualista que são admissíveis com a necessária cautela, medidas de coerção direta podendo o direito ser efetivado independentemente da atuação do demandado, mediante um auxiliar do juiz ou alguém por ele designado, havendo ainda a possibilidade da nomeação de administrador provisório.³²⁵

A possibilidade jurídica de execução direta de decisões judiciais constitui, obviamente, medida extrema que somente se legitima em casos excepcionalíssimos de resistência infundada e contumaz a seu cumprimento por parte dos órgãos públicos.

Para tanto, além de outras cautelas ditadas pelas circunstâncias particulares dos casos concretos, o recurso à medida extrema pressupõe prova cabal de sua viabilidade fática e financeira, renitência contumaz dos destinatários da ordem judicial em cumpri-la e comprovada ineficiência dos outros meios de coerção cabíveis.

Não se trata, portanto, de considerar costumeiras as modalidades de execução direta do que jurisdicionalmente decidido, sustentando-se, apenas, a possibilidade jurídica da medida extrema o que não significa, obviamente, que tal procedimento possa ser utilizado indiscriminadamente ou sem o acurado exame das peculiaridades do caso concreto.

Os princípios da unidade da Constituição, da presunção de constitucionalidade, da supremacia da Constituição, da máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais, da força normativa da Constituição e da interpretação conforme a Constituição referem-se diretamente à interpretação do texto constitucional para dirimir conflitos normativos aparentes mediante critérios objetivos e controláveis.

³²⁴ BRASIL JR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 480.

³²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006. p. 230.

A utilização desses critérios de interpretação para determinar a norma de incidência nos casos concretos evita o subjetivismo na escolha da norma de regência e impede que o julgador possa optar pela decisão mais conforme a sua predileção pessoal.

Outrossim, a proporcionalidade serve para dimensionar a obrigação do Estado desobrigando-o de prestações excessivas e impondo-lhe o dever de prestação suficiente e eficaz quando não se mostrar excessivo.

O dever de prestação suficiente serve de parâmetro ao controle jurisdicional das omissões do Estado no cumprimento de suas obrigações.

Por sua vez, a razoabilidade destina-se à avaliação das pretensões dos titulares de direitos, de natureza individual ou coletiva, cotejando-as com o interesse geral e conciliando a dimensão dos direitos reclamados com os dos demais titulares.

A ponderação é utilizada para dirimir conflitos de bens jurídicos quando o deferimento de um direito resulta em negativa de outro.

A opção por um dos direitos depende da ponderação ou balanceamento dos bens jurídicos sob tensão, não em abstrato, mas em cuidadosa consideração das circunstâncias concretas em confronto para decidir qual dos direitos alcança proteção constitucional preponderante.

A ponderação, juridicamente aceitável, deve se fundamentar em dados objetivos e controláveis para não degenerar em solipsismo decisório.

3.4 Critérios de Aferição de Descumprimentos do Direito ao Saneamento Básico de Acordo com a Lei 11.445/2007 e os Limites do Respectivo Controle Jurisdicional

O direito fundamental ao saneamento básico e os mecanismos de sua efetivação mediante políticas públicas específicas é objeto de legislação própria.

A Lei Federal do Saneamento Básico (Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007) é fruto de longa tramitação e discussão do Projeto de Lei respectivo, cuja aprovação foi retardada não só por divergência técnicas e políticas, mas, também, por fatores culturais e deficiência de conscientização coletiva.

Édis Milaré ensina, a respeito da questão do saneamento básico na terra brasileira, que a prolongada tramitação do Projeto de Lei do Saneamento Básico se deve, não só, a deficiências do Poder Legislativo e a divergências políticas, mas ao próprio contexto histórico do País, cujos colonizadores, preocupados em explorar os recursos da nova terra descoberta com o desejo de voltarem abastados para a metrópole, deixaram de implantar infraestrutura e benfeitorias de natureza permanente, além dos malefícios à saúde pública pelas doenças trazidas de Portugal e da

África. Diversamente, na Europa, se desenvolvia a conscientização pública e comunitária em torno das necessidades sanitárias, mesmo nas cidades pequenas em que os burgomestres, com a cooperação dos habitantes, se esmeravam em atendimento de qualidade às necessidades da população.

Observa o ambientalista que, no Brasil, ainda durante o século XIX e parte do século XX, as populações urbanas, mesmo nas grandes cidades, tinham o seu modo de vida dependente da visão e boa vontade dos governantes municipais, sendo o saneamento considerado de ‘peculiar interesse do município’. As comunidades municipais e seus dirigentes não dispunham de recursos para obras de grande porte, e, culturalmente, a população vivia no conformismo com a própria sorte, pela tradição fatalista advinda da colonização.

Este estado de apatia dos governantes e governados experimentou modificações positivas a partir dos anos 20 do século passado, quando os serviços de saúde pública comprovaram que o simples fornecimento de água tratada reduzia drasticamente a mortalidade infantil. Mas, por muitas décadas, a consciência sobre a água de consumo humano não foi acompanhada por uma conscientização sobre o tratamento dos esgotos e a drenagem urbana, o que persiste, ainda, em muitas localidades, com todos os males decorrentes³²⁶

Aprovada, finalmente, em janeiro de 2007, a Lei Federal nº 11.445³²⁷ estabeleceu as

³²⁶ MILARÉ, Édis. *Direto do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 771-772.

³²⁷ Art. 1º Esta Lei estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico.

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

I - universalização do acesso;

II - integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados;

III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente;

IV - disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado;

V - adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais;

VI - articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante;

VII - eficiência e sustentabilidade econômica;

VIII - utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções graduais e progressivas;

IX - transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados;

X - controle social;

XI - segurança, qualidade e regularidade;

XII - integração das infra-estruturas e serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos.

XIII - adoção de medidas de fomento à moderação do consumo de água. BRASIL. *Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007*. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico, sendo que, no seu art. 2º, encontramos os princípios fundamentais que devem nortear a prestação dos serviços de saneamento no Brasil. Entre os principais, Carolina Mota cita: a universalização do acesso, a prestação dos serviços em sua integralidade, a eficiência e a sustentabilidade econômica, o respeito à capacidade de pagamento dos usuários, a observância das especificidades locais e regionais, a utilização de tecnologias adequadas e, ainda, o controle social.³²⁸

Embora a mencionada Lei nº 11.445 tenha por objeto específico a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, seu conteúdo é indissociável do direito ambiental, eis que não se limita a traçar e normatizar procedimentos administrativos, mas fixa diretrizes e objetivos gerais que se inserem numa política mais ampla de proteção ao meio ambiente e à saúde pública.

A execução dos serviços de saneamento básico, enquanto componente fundamental da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, está sujeita à incidência das mesmas normas jurídicas, que a esta regem.

Fábio Ribeiro dos Santos assevera que “os serviços públicos de saneamento apresentam uma necessária interface com as normas de proteção ambiental, submetendo-se a seu campo de abrangência”, acrescentando que “a própria atividade de saneamento se justifica pela necessidade de proteção ao meio ambiente, de manutenção da qualidade de vida dos assentamentos urbanos e de garantia do direito à saúde, indissociável da proteção ambiental”.³²⁹

Da inserção do saneamento básico na tutela constitucional do meio ambiente infere-se que os respectivos procedimentos de execução estão vinculados ao cumprimento de direitos fundamentais da população e, sob esta perspectiva, extrapolam o campo da discricionariedade administrativa, erigidos que estão em obrigações do Poder Público, juridicamente exigíveis e, por via de consequência, sujeitos a controle jurisdicional em casos de manifesto descumprimento.

No caso brasileiro, o art. 225, “caput”, da Constituição impõe, expressamente, tanto ao Poder Público como à coletividade, o dever de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Há uma “dupla funcionalidade” da proteção ambiental que, no dizer de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, “toma a forma simultaneamente

³²⁸ MOTA, Carolina. Nota introdutória. In: MOTA, Carolina (Coord.). *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da lei federal nº 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 19.

³²⁹ SANTOS, Fábio Ribeiro dos. Aspectos ambientais da lei do saneamento básico. In: MOTA, Carolina (Coord.). *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da lei federal nº 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 199-200.

de um objetivo e tarefa estatal e um direito (dever) fundamental do indivíduo e da coletividade, implicando todo um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico”.³³⁰

Portanto, constitucionalizado, em nosso ordenamento jurídico, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, por força do art. 225 da Carta Republicana, a atuação do Estado passa a ser obrigatória, não sendo mera faculdade.

Ana Maria Marchesan et al. denominam tal obrigação como o princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente. Assentam tal postulado tanto no Princípio Dezessete da Declaração de Estocolmo³³¹, como no disposto no art. 225 da Constituição Federal, o qual preceitua a natureza indisponível do meio ambiente como bem de uso comum do povo.³³²

A Lei Fundamental Brasileira, portanto, legitima e impõe, para a tutela efetiva do meio ambiente, na qual se inclui necessariamente a existência de um sistema adequado de saneamento básico, uma ação estatal interventiva permanente e geral, e não apenas episódica e pontual.

Antônio Herman Benjamin ensina que a positivação constitucional do direito fundamental ao meio ambiente ocasiona, por consequência, a legitimação constitucional da função estatal reguladora, isto é, “[...] da intervenção excepcional e pontual, típica do modelo liberal, passa-se à intervenção imposta e sistemática. Em tal cenário, já não se requer apelos a desastres naturais [...], nem catástrofes econômicas [...] para justificar o protagonismo ecológico do Estado.”³³³

A preservação ambiental, generalizada e permanentemente acautelada, constitui obrigação constitucional dos Administradores Públicos, cujo cumprimento exige ações específicas e eficazes.

Sob esta perspectiva, Orci Paulino Bretanha Teixeira assevera não só o dever do Poder Público em promover a proteção ambiental, deixando claro que não se trata de simples

³³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado sociambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Advogado, 2010. p. 14.

³³¹ Deve ser confiada às instituições nacionais competentes a tarefa de planejar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com a finalidade de melhorar a qualidade do meio.

³³² MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Silvia. *Direito ambiental*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 42-43.

³³³ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 74.

faculdade, mas também imposição ao Estado da adoção de políticas públicas para garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.³³⁴

Todos os Poderes do Estado, no âmbito de suas peculiaridades competenciais, são responsáveis em assegurar efetividade à proteção ambiental e ao saneamento básico que lhe é inerente.

Neste sentido, Anizio Pires Gavião Filho sustenta que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental da pessoa humana, “sendo norma que vincula juridicamente a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário”.³³⁵

O direito fundamental ao saneamento básico, enquanto pressuposto da possibilidade de vida humana digna e de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, represente ainda, tanto nacional como globalmente, um dos maiores desafios do nosso tempo, a reclamar medidas urgentes de solução.

José Renato Nalini observa a necessidade do mundo jurídico se aperceber da urgência no trato adequado das questões ambientais, que inclusive foram elevadas a um patamar diferenciado pelo constituinte brasileiro. Ensina o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

O imobilismo já não se compadece com as urgências de uma sociedade em continua mutação. A ecologia é o campo em que as transformações do mundo se tornam trágicas, muito mais do que meramente perceptíveis. Juristas antenados com essa nova realidade e dispostos a se antecipar aos entraves de inviável atualização legislativa compreendem o significado da nova hermenêutica. Esta é que vai conferir sentido *à vontade do constituinte*, de maneira a extrair de um preceito como do art. 225 da Carta Política, toda sua potencialidade (r) evolucionária. (grifo do autor).³³⁶

Embora manifesta a impossibilidade fática da manutenção de uma vida saudável e digna sem o acesso universalizado da população aos serviços de saneamento básico, e não obstante os avanços tecnológicos verificados neste setor, clamorosas deficiências ainda persistem, tanto a nível mundial como nacional, particularmente no que se refere ao acesso igualitário das populações a tais serviços.

Léo Heller³³⁷ e José Esteban Castro asseveram que:

³³⁴ TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Advogado, 2006. p. 91-92.

³³⁵ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Advogado, 2005. p. 37.

³³⁶ NALINI, José Renato. Ética e sustentabilidade no Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 98, v. 884, p. 10- 11, jun. 2009.

³³⁷ O brasileiro Leo Heller a partir de dezembro de 2014 passou a exercer o mandato de Relator Especial da Assembléia Geral das Nações Unidas sobre o Direito Humano ao acesso a água potável e ao saneamento.

A provisão adequada de serviços de saneamento é reconhecidamente um requisito essencial para a proteção da saúde pública e para a manutenção de condições de vida básicas, e a universalização sustentável desses serviços em escala global constitui um dos maiores desafios do início do século XXI. Embora o ritmo do progresso tecnológico no setor tenha sido enorme nas últimas décadas, o acesso aos benefícios desse progresso continua vedado para uma parcela significativa da população mundial. As prolongadas desigualdades no acesso a esses serviços essenciais continuam a representar um dos mais importantes dilemas éticos com que se depara a comunidade internacional.³³⁸

A indissociável inter-relação existente entre os serviços de saneamento básico e as consequências que o mesmo produz à salubridade do meio ambiente e à da saúde da população, bem como a dificuldade de prestação de serviços de saneamento universalizados e, sobretudo, com acesso igualitário, foi igualmente reconhecida por parte dos administradores públicos brasileiros.

Leodegar da Cunha Tiscoki, então Secretário Nacional de Saneamento Ambiental do Ministério das Cidades, no ano de 2008 reconheceu que :

O alcance de bases técnico-institucionais sólidas e a busca da universalização dos serviços de saneamento são de inquestionável relevância para a salubridade ambiental, o desenvolvimento econômico-social e a melhoria da qualidade de vida de nosso povo. **Os déficits no atendimento de água potável e ,sobretudo, de coleta e tratamento de esgotos sanitários, representam uma das maiores dívidas sociais do País, principalmente, com as camadas mais pobres da população, normalmente não atendidas pelos serviços. Esse enorme desafio exige que se acelere o crescimento do atendimento de forma a se alcançar a universalização no menor tempo possível.** (grifo nosso).³³⁹

A incongruência entre o que está constitucionalmente preceituado e o que ocorre de fato deixa a descoberto a possibilidade, em tese, de omissões administrativas, capazes de gerar lesão a direito fundamental, hipótese em que será inafastável o acesso à jurisdição.

Por via de consequência, não se pode negar, genérica e aprioristicamente, a legitimidade do controle jurisdicional no que concerne a políticas públicas de saneamento básico, como, também, não se pode pretender que o Judiciário possa substituir os órgãos políticos e administrativos na realização desta tarefa.

³³⁸ HELLER, Léo; CASTRO, José Esteban. Apresentação. In: HELLER, Léo; CASTRO, José Esteban (Org.). *Política pública e gestão de serviços de saneamento*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013. p. 25.

³³⁹ TISCOSKI, Leodegar da Cunha. Apresentação. In: MELO, José Carlos Rodrigues de. *Sistema condominial: uma resposta ao desafio da universalização do saneamento*. Brasília, DF: Gráfica Qualidade, 2008. Disponível em: <<http://www.pmss.gov.br/pmss/PaginaCarrega.php?EWRerterTERTer=325>>. Acesso em: 23 maio 2014.

Se aos integrantes do Poder Executivo incumbe administrar e aos juízes compete a função de julgar, resulta lógico que a intervenção jurisdicional somente cabe em casos concretos de lesão a direitos.

Esta é a diretriz básica que deve delimitar os âmbitos de competência dos dois Poderes de Estado, cuja aplicação, no entanto, precisa ser complementada por critérios auxiliares, mormente quando estão em jogo direitos fundamentais, de formulação normativa genérica, cuja esfera de incidência somente pode ser precisamente delimitada em função de casos concretos e cujo cumprimento demanda procedimentos complexos, multifacetários e onerosos, o que torna delicado o diagnóstico de inadimplementos desarrazoados.

No caso do saneamento básico, a Lei nº 11.445/2007 fixa diretrizes e objetivos que implicam em condutas concretas da Administração Pública que podem, assim, servir de vias de explicitação do critério genérico e auxiliar na identificação de condutas efetivamente lesivas a direitos.

Com este objetivo, cabe análise exemplificativa de alguns critérios normativos estatuídos pela Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabeleceu diretrizes nacionais para o saneamento básico, e pelo Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010, que a regulamentou.

Dentre as diretrizes fixadas pela Lei e Regulamento mencionados para balizar os procedimentos administrativos de escolha e realização das políticas públicas de saneamento básico, prestam-se para análise em separado de cada uma delas: a universalização do acesso; a integralidade da prestação dos serviços; a adequação dos procedimentos às exigências da saúde pública e à preservação do meio ambiente; a utilização de critérios objetivos na escolha e realização das políticas públicas pertinentes e o controle social das ações administrativas referentes ao saneamento.

A universalização do acesso à prestação dos serviços de saneamento básico está prevista no art. 2º, inc. I, da Lei do Saneamento Básico, sendo definida, no art. 3º, inc. III, como a extensão progressiva dos serviços a todos os domicílios.³⁴⁰

³⁴⁰ Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: I- universalidade do acesso.[...].

Art.3º Para os efeitos desta Lei, considera-se: III - universalização: ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico. BRASIL. *Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007*. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato/2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 23 maio 2014.

A previsão em lei da universalização do acesso de todos os domicílios ao saneamento básico, como meta a ser progressivamente atingida, constitui comando concreto de políticas públicas, necessárias para evidenciar que o processo de realização deste objetivo se encontra em efetivo andamento.

A universalização do acesso aos serviços de saneamento básico envolve, principalmente, o desenvolvimento de políticas públicas para disponibilizar, à população inteira, o fornecimento de água potável, bem como, a coleta de esgoto e de seu adequado tratamento.

Vinicius Marques de Carvalho afirma que:

A universalização exige, para sua própria eficácia social, estratégias planejadas e concertadas, porque universalizar os serviços de saneamento básico significa garantir a todos o acesso à rede de distribuição de água e coleta de esgoto, assegurar que ninguém seja excluído do serviço devido à incapacidade de pagamento e, por fim, garantir o tratamento do esgoto coletado. Enquanto os dois primeiros relacionam-se diretamente com a dimensão social e espacial, o último envolve diretamente a proteção da qualidade do insumo básico desses serviços: a água.³⁴¹

Considerando-se, assim, em determinado território, a extensão dos serviços de saneamento implantados, as áreas ainda não devidamente atendidas, os recursos públicos existentes e a forma como vem sendo aplicados tem-se parâmetros concretos para diagnosticar omissões ou procedimentos inadequados dos administradores públicos.

Além do princípio da universalização gradativa do acesso ao saneamento básico, a Lei em comento prescreve, no art. 2º, inc. II, c/c o art. 3º, inc. I, a integralidade dos serviços de saneamento, de acordo com as necessidades da população, mediante ações eficazes com resultados satisfatórios.³⁴²

A integralidade do saneamento básico requer, além dos esgotos sanitários e do tratamento adequado dos resíduos, a coleta do lixo doméstico, a drenagem e manejo das águas

³⁴¹ CARVALHO, Vinicius Marques de. *Cooperação e planejamento na gestão dos serviços de saneamento básico*. In: MOTA, Carolina (Coord.). *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da lei federal nº 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 58.

³⁴² Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais. [...] II - integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e dos resultados. BRASIL. *Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007*. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 23 maio 2014.

pluviais e, ainda, o fornecimento de água potável à população, consoante definido no art. 3º, I, da lei sob análise:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

- a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;
- b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;
- c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza dos logradouros e vias públicas;
- d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.³⁴³

A transcrição integral desse artigo de lei no texto do presente trabalho visa a demonstrar que a obrigação jurídica da prestação dos serviços de saneamento básico e o correlato direito da população ao respectivo cumprimento deixa de ser um princípio genérico, de conteúdo não determinado, para configurar obrigação e direito a procedimentos concretos e claramente definidos.

A concretude das condutas administrativas legalmente obrigatórias permite o diagnóstico de adimplementos inadequados ou omissões injustificadas em seu cumprimento, que, assim, se tornam passíveis de impugnação judicial pelas partes legitimadas.

A lei em questão preceitua, ainda, que, na implantação progressiva da integralidade dos serviços que integram o conceito de saneamento básico, seja dada prioridade às ações que favoreçam a equidade social e territorial e as que se destinam a áreas ocupadas por populações de baixa renda.³⁴⁴

³⁴³ BRASIL. *Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007*. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 23 maio 2014.

³⁴⁴ Art.48. A União, no estabelecimento de sua política de saneamento básico, observará as seguintes diretrizes: I – prioridade para as ações que promovam a equidade social e territorial no acesso ao saneamento básico; Art. 49. São objetivos da Política Federal de Saneamento Básico:[...] II – priorizar planos, programas e projetos que visem à implantação e ampliação dos serviços e ações de saneamento básico nas áreas ocupadas por populações de baixa renda. Ibid.

Os critérios estabelecidos para as prioridades mencionadas consistem em fatos verificáveis, que fornecem base empírica para estruturar juízos de ponderação acerca do cumprimento adequado, ou não, das obrigações impostas à administração pública, podendo ensejar, assim, o seu questionamento em Juízo.

Outro aporte à sindicabilidade das políticas públicas de saneamento básico pode inferir-se da necessidade, imposta pela lei, de os serviços devidos nesta área de atuação administrativa se adequarem aos requisitos da saúde pública e da preservação ambiental.

Neste sentido, a lei comentada, em seu art. 2º, incs. III e IV, elenca, entre os princípios fundamentais da prestação dos serviços públicos de saneamento básico, que o abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana e seus resíduos, bem como, a drenagem das águas pluviais, sejam realizados de forma adequada à saúde pública e à proteção do meio ambiente, e, no mesmo passo, no art. 48, inc. V, erige em diretriz obrigatória da Política Federal de Saneamento Básico a melhoria das condições ambientais e de saúde pública.³⁴⁵

E, ainda, a mesma lei, no art. 9º, caput e inciso III, torna obrigatória a formulação de política pública contendo a explicitação de parâmetros que possam assegurar o atendimento essencial dos fatores necessários à saúde pública, inclusive no que se refere ao volume do abastecimento de água, observando o mínimo necessário para o consumo per capita, bem como as normas nacionais relativas à potabilidade da água.³⁴⁶

A exigência legal de adequação dos serviços de saneamento básico aos requisitos da saúde pública e à proteção do meio ambiente, por igual às questões já consideradas, propicia base fática à ponderação sobre o cumprimento, ou não, desta obrigação estatal, ensejando controle jurisdicional quando devidamente provocado.

³⁴⁵ Art.2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: [...] III – abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequados à saúde pública e à proteção do meio ambiente; IV - disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais adequados à saúde pública e à proteção do meio ambiente.

Art.48. A União, no estabelecimento de sua política de saneamento básico, observará as seguintes diretrizes: [...] V – melhoria da qualidade de vida e das condições ambientais e de saúde pública. BRASIL. *Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007*. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 23 maio 2014.

³⁴⁶ Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto: [...] III – adotar parâmetros para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, inclusive quanto ao volume mínimo per capita de água para abastecimento público, observadas as normas nacionais relativas à potabilidade da água. Ibid.

Poder-se-ia pensar que, em relação à saúde pública, qualquer discussão sobre a intervenção jurisdicional estaria superada ante as já corriqueiras decisões judiciais sobre o fornecimento de medicamentos, internações de pacientes, prestação de serviços médicos através de planos de saúde e outros.

É preciso ter em conta, porém, que, em todos os casos referidos, trata-se, em princípio, de demandas individuais que tutelam direitos subjetivos, sem alcance coletivo e não interferem diretamente na realização de políticas públicas, cujo conceito envolve programas gerais de ação em prol de interesses coletivos.

Samuel Meira Brasil Jr. e Juliana Justo Botelho Castello observam, a respeito dos casos citados, que se trata de pretensões extremamente limitadas que não colocam em questionamento as políticas públicas como tais. Aduzem os autores:

Cogita-se se Tício faz jus a determinado medicamento, não previsto na portaria do SUS. Cogita-se se Mélvio faz jus à transferência para outra unidade prisional, devido à superlotação da unidade atual. Cogita-se se Caio faz jus a uma vaga na escola de seu bairro, a qual não admite mais matrículas etc.

Raramente se discute – embora não se exclua a possibilidade – a completude da lista de medicamentos constantes da portaria do SUS, a forma de gestão do sistema educacional, a atenção e os investimentos destinados à segurança pública.

Enfim, o cerne da preocupação dos juízes e Tribunais restringe-se, muitas vezes, aos aspectos marginais das políticas públicas, tangenciando o verdadeiro escopo das mesmas.³⁴⁷

Não obstante as decisões pontuais, de eficácia individualizada, a possibilidade de controle judicial sobre o efetivo cumprimento, pelo Estado, do direito fundamental à saúde, continua controvertido, mesmo, quando de alcance individual e, muito mais, em sua dimensão coletiva e global.

A respeito, Ingo Sarlet, consigna que:

Por outro lado, é no campo do direito à saúde, em função da natureza do próprio direito e de sua relevância para a vida e dignidade humana, mas especialmente em virtude do impacto das decisões sobre o sistema de políticas públicas e o orçamento público (sem prejuízo de outros aspectos de relevo), que se verifica ser mais aguda a controvérsia em torno da exigibilidade dos

³⁴⁷ BRASIL JR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 474.

direitos sociais e de sua dupla dimensão objetiva e subjetiva, notadamente quanto aos efeitos que dela decorrem.³⁴⁸

Ainda no que concerne a obrigações jurídicas concretas, que permitem a aferição de seu descumprimento, a Lei do saneamento básico, articula entre os princípios fundamentais da prestação dos serviços o controle social (art. 2º, X) e impõe, ao titular dos serviços, a obrigação de estabelecer mecanismos para assegurar-lhe efetividade (art. 9º, V).³⁴⁹

Nos termos da lei, os mecanismos de controle social consistem, além da prestação de informações por parte dos titulares dos respectivos serviços, em procedimentos que asseguram a participação da sociedade civil na escolha e modo de realização das políticas públicas de saneamento básico, bem como, na participação de representantes técnicos nos processos de formulação, planejamento e avaliação das políticas de saneamento (art.3º, IV).³⁵⁰

A lei em foco, também, faculta a participação, no controle social, de órgãos colegiados de caráter consultivo, assegurada neles a representação dos titulares do serviço, dos órgãos governamentais relacionados ao saneamento básico, dos prestadores dos serviços e dos usuários e de entidades técnicas, organizações da sociedade civil e de defesa do consumidor relacionadas ao setor de saneamento básico.³⁵¹

O controle social das ações governamentais de prestação dos serviços de saneamento básico institui um novo modelo de política pública, diferente da tradicionalmente concebida como de titularidade exclusiva do Poder Público, na medida em que confere legitimidade aos integrantes da sociedade civil para participar da escolha, planejamento e execução das políticas públicas de saneamento básico.

Carolina Mota ressalta esta nova característica da ação governamental:

³⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 583.

³⁴⁹ Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:[...] X – controle social; Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo para tanto:[...] V – estabelecer mecanismos de controle social, nos termos do inciso IV do caput do art. 3º desta Lei. BRASIL. *Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007*. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 23 maio 2014.

³⁵⁰ Art. 3º Para os efeitos desta lei, considera-se:[...] IV – controle social: conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem à sociedade informações, representações técnicas e participações nos processos de formulação de políticas, de planejamento e de avaliação relacionados aos serviços públicos de saneamento básico. Ibid.

³⁵¹ Art. 47. O controle social dos serviços públicos de saneamento básico poderá incluir a participação de colegiados de caráter consultivo, estaduais, do Distrito Federal e municipais, assegurada a representação de: I – dos titulares dos serviços; II – de órgãos governamentais relacionados ao setor de saneamento básico; III – dos prestadores de serviços públicos de saneamento básico; IV – dos usuários de serviços de saneamento básico; V – de entidades técnicas, organizações da sociedade civil e de defesa do consumidor relacionadas ao setor de saneamento básico. Ibid.

Nesse sentido, verifica-se que, além de exigir a elaboração de política pública, a Lei nº 11.445/07 aponta para um modelo de política pública que não resulta apenas da atividade de uma autoridade investida de legitimidade governamental; ao contrário, **trata-se de um novo modelo de política pública** que se caracteriza pela diversidade de agentes e pela pluralidade de mecanismos, possibilitando, dessa forma, melhorar a qualidade da ação estatal (inclusive a prestação de serviços públicos), ampliar a transparência e aumentar a participação da sociedade. (grifo nosso).³⁵²

O controle social das políticas públicas de saneamento básico deixa de ser um princípio genérico e indeterminado, delineadas que estão na Lei nº 11.445/07 modalidades concretas de participação da sociedade civil nos processos de escolha, formatação e execução das políticas neste relevante setor dos serviços públicos.

As formas de participação social na elaboração e desenvolvimento das políticas públicas de saneamento básico ministram critérios objetivos de avaliação da legitimidade da atuação governamental e permitem aferir se o direito da sociedade civil, neste particular, está, ou não, sendo cumprido.

Em suma, os vários procedimentos administrativos, determinados pela Lei nº 11.445/07 para a realização das políticas públicas de saneamento básico, fornecem conteúdos concretos ao respectivo direito fundamental, ministrando critérios para controlar o efetivo cumprimento das obrigações estatais, como também os casos em que omissões desarrazoadas da Administração Pública se fazem manifestas.

Neste contexto normativo, legitima-se, em princípio, a intervenção jurisdicional sempre que se mostrar necessária para a proteção, em casos concretos, de direitos, principalmente, os de eficácia coletiva.

A possibilidade jurídica da atuação judicial em relação a políticas públicas limita-se, portanto, ao exercício da função de julgar, cujo desencadeamento pressupõe a ocorrência, em tese, de lesão a direito e a iniciativa de ação pelas partes juridicamente interessadas.

Além disso, as decisões a serem proferidas nesse campo têm sua legitimação jurídica limitada à decretação de medidas que, além de necessárias, sejam adequadas e possíveis no contexto geral das obrigações governamentais e dos recursos orçamentários disponíveis.

O controle jurisdicional das políticas públicas de saneamento básico, como, também, o exercível sobre outros setores da atividade governamental, não pode ser entendido como

³⁵² MOTA, Carolina. O controle social no setor de saneamento básico: principais aspectos da lei federal nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007 – lei de saneamento básico. In: MOTA, Carolina (Coord.). *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da lei federal nº 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 267.

deferimento, aos juízes, da atribuição de formularem os juízos de conveniência e oportunidade em relação à implantação e formas de execução das medidas administrativas concernentes.

O que cabe ao exercício da jurisdição é o de decidir, em casos de questionamento de possíveis lesões a direitos, mormente os fundamentais, se os juízos de conveniência e adequação, que estão implicados nos procedimentos ou nas omissões da administração pública, guardam, ou não, conformidade com os postulados constitucionais e disposições legais.

O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa na realização ou omissão de políticas públicas se fundamenta basicamente na aferição de sua conformidade, ou não, com o interesse público.

Hermes Zanetti Jr explicita alguns requisitos que a observância do interesse público exige, nos termos seguintes:

Para análise da margem de discricionariedade existente, em cada caso, pelo juiz, destacam-se alguns corolários do princípio da ‘prossecação’ do interesse público, quais sejam, em síntese: a) vedação de desvio de poder do agente administrativo; b) vedação da perseguição de ‘interesses privados’ por parte do administrador em detrimento do interesse público definido em lei ou na Constituição; c) dever de boa administração, que impõe ao poder público a procura do máximo de eficiência com o mínimo de custo na gestão dos recursos disponíveis.³⁵³

Esta tarefa judicial, assim delineado o seu alcance, não constitui nenhuma inovação substancial no conceito de jurisdição, mas corresponde por inteiro ao paradigma estabelecido pelo artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, que impõe, incondicionalmente, o pronunciamento jurisdicional diante de qualquer alegação de lesão ou ameaça a direitos.

Sob esta ótica, não se afigura apropriado qualificar o emergente controle judicial das políticas públicas como indevido ativismo dos juízes, sendo que, em realidade, o conceito de jurisdição e os limites a seu exercício, tal como formatados na Constituição, permanecem inalterados.

O que mudou foi a realidade sobre a qual o direito incide (e sobre a qual a jurisdição deve se pronunciar), em razão do surgimento de novas e mais complexas situações de fato, juridicamente protegidas, alargando o campo das obrigações governamentais e o correlato repertório de direitos da população.

³⁵³ ZANETTI JR, Hermes. A teoria da separação dos poderes e o estado democrático. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 54-55.

Um novo paradigma normativo, decorrente da evolução do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito, com o reconhecimento de direitos de segunda e terceira geração, de eficácia coletiva, ampliaram e tornaram mais complexos os fatos sujeitos à jurisdição, alterando-lhes a configuração e modificando também, por consequência, as relações entre governo e governados com repercussão inevitável sobre a delimitação da discricionariedade administrativa.

Todas estas alterações, embora paradigmáticas, em nada inovaram o conceito de jurisdição, ainda restrita, como antes, a somente intervir ante lesões ou ameaças a direitos.

Se a função dos juízes remanesce essencialmente a mesma, as alterações substanciais dos fatos, objeto do julgamento, exigem, contudo, novos e mais complicados procedimentos decisórios, tornando o controle das políticas públicas um exercício diferenciado da jurisdição.

O exercício da jurisdição, nas demandas que questionam políticas públicas, apresenta peculiaridades decorrentes da natureza interdisciplinar dessa modalidade de atividade estatal, que envolve matérias tradicionalmente reservadas à esfera administrativa, tornando a decisão dependente de conhecimentos e informações que vão além da formação jurídica.

Conforme Voltaire de Lima Moraes, a jurisdição prestada na ação civil pública se diferencia da tradicional, obrigando o juiz a examinar matérias específicas da atividade administrativa e ainda, auscultar os anseios da coletividade e verificar suas reais necessidades.

Neste sentido ressalta o autor que:

Com efeito, de um exame mais minudente da ação civil pública, mormente levando em conta o provimento jurisdicional nela buscado e ainda o seu objeto mediato, advém a constatação de que essa atividade não fica circunscrita à jurisdição tradicional. O juiz vai além. Para atender ou desatender as pretensões deduzidas em juízo, há necessidade de um exame mais acurado de matérias que, em regra, até então costumam ser enfrentadas e decididas no âmbito da atividade administrativa.³⁵⁴

As peculiaridades do exercício jurisdicional no controle do cumprimento, pelos órgãos administrativos, dos direitos fundamentais, positivados pela Constituição Federal, decorrem da complexidade e das características específicas das políticas públicas que os realizam.

Dentre as especificidades das políticas públicas, referidas no capítulo 2.1 do presente trabalho, servem ao presente tópico, a natureza interdisciplinar dos respectivos procedimentos, sua inserção num conjunto mais amplo de ações político-administrativas, a exigência de

³⁵⁴ MORAES, Voltaire de Lima. *Ação civil pública: alcance e limites da atividade jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 142-143.

participação social nas suas escolhas e realizações e a sua vinculação ao cumprimento de direitos fundamentais de eficácia coletiva.

A natureza interdisciplinar das políticas públicas decorre do fato de que os procedimentos que as implantam e desenvolvem se integram, mais do que os fatos jurídicos tradicionais, de componentes regradados pelas ciências administrativas, financeiras, econômicas, sociais, ambientais e outras.

Esta complexidade maior dos fatos, objetos do julgamento, exige do julgador valer-se de outros conhecimentos, além dos jurídicos.

Não é possível ao juiz o domínio de todas essas áreas do conhecimento e, por isso, quando os rudimentos, que dessas ciências possui, não são suficientes para a plena compreensão da causa ‘sub judice’ deve socorrer-se de laudos técnicos, ouvir especialistas e promover audiências públicas.

Neste sentido, Voltaire de Lima Moraes observa que:

Em tais situações, antes de conceder a tutela definitiva, deve ser permitido ao magistrado, em face do direito posto em causa, e da amplitude eficaz de sua decisão, realizar uma audiência em que procure ouvir não somente os demandantes, mas chamar todos os *experts*, em busca de esclarecimentos e ouvir segmentos da população, considerando as repercussões que sua decisão possa causar não somente às partes, mas a todas as pessoas por ela atingidas. (grifo do autor).³⁵⁵

Sob este aspecto, o exercício da jurisdição deve ser diferenciado não só no plano objetivo, pela complexidade dos fatos, mas, principalmente, pela consciência do julgador de suas limitações e da necessidade de superar quaisquer solipsismos, mantendo-se disponível ao recebimento de contribuições alheias.

A inserção das políticas públicas em programas mais amplos de atuação político-administrativa importa em que sejam avaliadas em seu contexto, requerendo do julgador, tradicionalmente acostumado a decidir questões isoladas, perceber e considerar as consequências da decisão sobre o conjunto das ações governamentais e sobre a preservação dos direitos fundamentais de outras coletividades.

A consideração da totalidade em que estão inseridas as questões sob decisão confere uma especial dimensão holística à jurisdição, tornando-a diferenciada da tradicionalmente exercida.

³⁵⁵ MORAES, Voltaire de Lima. *Ação civil pública: alcance e limites da atividade jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 147.

Voltaire de Lima Moraes ressalta que a vinculação das decisões à consideração da totalidade social em que o objeto do julgamento está inserido imprime dimensão nova à tarefa jurisdicional.

Afirma o autor que:

Aqui o juiz passa a examinar não somente aspectos relacionados com a ordem jurídica vigente, mas vai além; avalia e projeta sua decisão também no rumo do que é melhor para a sociedade e pondera qual dos interesses em conflito, se preservado, atende as reivindicações da maioria da sociedade, tarefa tradicionalmente própria de quem exerce atividade administrativa.³⁵⁶

Outro aspecto em que as decisões judiciais, em questões relacionadas com políticas públicas, se diferenciam do modo tradicional de julgar decorre de que os respectivos procedimentos de escolha e execução devem, obrigatoriamente, admitir e fomentar a participação social.

O controle social, inerente ao próprio conceito de política pública, foi normativamente explicitado em relação às políticas de saneamento básico pela Lei 11.445/2007.³⁵⁷

Cabe, por conseguinte, aos juízes, não só controlar a observância desta obrigação pelos agentes da administração pública, como também ele próprio levar em consideração os reclamos da coletividade nas decisões que profere.

A vinculação das políticas públicas à satisfação dos direitos fundamentais de eficácia coletiva, mais do que fator de diferenciação do exercício da jurisdição, ministra a diretriz básica que delimita o âmbito do controle judicial, já que o Poder Judiciário somente pode agir, devidamente provocado, frente a lesão ou ameaça a direitos.

A aplicação deste critério geral para a determinação dos limites entre a discricionariedade dos administradores públicos e o controle jurisdicional de seus atos se torna complexa, por um lado, pelo conteúdo genérico dos direitos positivados e, por outro, pelo grande número dos benefícios assegurados.

O caráter genérico dos direitos fundamentais deixa em aberto a delimitação dos casos concretos de sua incidência e a vasta multiplicidade das outorgas constitucionais faz com que

³⁵⁶ MORAES, Voltaire de Lima. *Ação civil pública: alcance e limites da atividade jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 145.

³⁵⁷ Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: [...] X – controle social. BRASIL. *Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007*. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 23 maio 2014.

nem todos possam ser integralmente satisfeitos ao mesmo tempo exigindo o estabelecimento de prioridades no atendimento das necessidades coletivas.

Além disso, os muitos direitos fundamentais positivados dão ensejo a situações de conflito quando a satisfação de uns impede o cumprimento de outros.

Esta complexidade do processo de cumprimento dos direitos fundamentais subsiste também no setor de saneamento básico, embora a lei federal respectiva, como visto, tenha definido diretrizes de conteúdo mais determinado para as políticas públicas pertinentes, não eliminando, todavia, nem a gradualidade na satisfação das necessidades da população, obedecendo a critérios de prioridade, nem a ocorrência de conflitos entre o atendimento a uns e a outros.

Remanesce, assim, em larga escala, a indeterminação do conteúdo do direito fundamental ao saneamento básico e, por consequência, a inviabilidade de um critério teórico do controle jurisdicional, além do princípio básico, antes enunciado, de que a intervenção judicial somente é cabível em casos concretos de lesão ou ameaça a direitos.

A identificação de ocorrência efetiva de lesão ou ameaça a direito por descumprimento desarrazoado por parte da administração pública só é possível, caso a caso, principalmente, pela ponderação dos valores contrapostos e pelo critério da razoabilidade.

Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover, após referir decisões do Supremo Tribunal, fundamentadas no princípio da razoabilidade, afirma que:

Conclui-se daí, com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que, por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o legislador ou o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição. E, assim, estará apreciando, pelo lado do autor, *a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público*. E, por parte do Poder Público, *a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada*. (grifo do autor).³⁵⁸

A ausência de um critério geral para definir, em contornos precisos, as hipóteses de descumprimento estatal da obrigação jurídica de assegurar saneamento básico eficiente à população torna necessário ao julgador construir, a partir do contexto normativo geral, a caracterização de inadimplemento injustificável com base nas circunstâncias singulares de cada caso.

³⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 137.

A tarefa de construir as soluções normativas concretas, a partir de premissas genéricas e com base em conjunto de condicionantes sociais, financeiros e políticos, envolvendo a formulação de juízos de adequação ao interesse público e a observância de critérios de prioridade no atendimento das necessidades coletivas, requer do julgador, além do preparo funcional, a clara conscientização dos novos contornos da jurisdição e a disponibilidade para exercê-la de modo diferenciado do tradicional.

Maria Tereza Sadek observa que a efetiva implementação do novo modelo de exercício da jurisdição depende “de impulsos provenientes da própria magistratura e daqueles resultantes da atuação dos demais atores, já que se trata de uma arena pública”, acrescentando, mais adiante, que:

Devem igualmente ser levadas em conta características dos próprios magistrados, ou seja, traços idiossincráticos, relacionados à mentalidade, à cultura, à percepção de seu papel. Esta última variável é crucial, particularmente em uma estrutura que garante a independência e a autonomia do Juiz.³⁵⁹

No plano teórico, a necessidade de construir, no contexto dos casos concretos, as soluções normativas, incidentes sobre a adequação das políticas públicas ao cumprimento dos direitos fundamentais, implica em que a qualificação jurídica da conduta estatal, comissiva ou omissiva, somente pode ser feita com fundamento nas circunstâncias peculiares dos casos singulares, esvaziando-se, por inteiro, a possibilidade jurídica de estabelecer a delimitação, *a priori*, do que é de competência privativa dos órgãos da administração pública e do que compete à jurisdição.

Não existe base jurídica, portanto, para predeterminar, em tese, condutas sujeitas exclusivamente à discricionariedade administrativa e torná-las impermeáveis ao controle jurisdicional.

É somente pelo esmiuçamento das singularidades dos casos concretos que é possível aferir se os critérios de oportunidades e adequação, utilizados pelos agentes governamentais para realizar ou deixar de realizar determinadas políticas públicas, importaram, ou não, em descumprimento desarrazoado de direito fundamental.

Carece, por isso, de respaldo jurídico a negativa de acesso à jurisdição ou o impedimento ao exame do mérito em casos de alegados descumprimentos de direitos fundamentais, pelo

³⁵⁹ SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 19.

entendimento de se tratar de questão inerente, exclusivamente, à discricionarieidade administrativa, supostamente indevassável pela atividade jurisdicional.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito tem como objetivo regular, não somente, as relações entre os particulares, mas também garantir o respeito às liberdades e aos direitos fundamentais dos cidadãos frente ao exercício do Poder Estatal.

A proteção dos direitos da pessoa humana em face dos atos governamentais e administrativos restou subordinada, quase totalmente, à vontade dos soberanos durante largo período de monarquias absolutistas.

O regime de governo absolutista não subsistiu imune, totalmente, a regras de legitimação, caracterizando-se o ‘Estado Absoluto’ pela concentração máxima do poder no Rei, cujo exercício ficava subordinado a fatores de legitimidade indeterminados e vagos, principalmente consuetudinários e religiosos.

Com o fortalecimento do poder econômico e político dos senhores feudais na Europa, os regimes monárquicos reconheceram alguns direitos individuais, concessões que, embora parciais e restritas à nobreza, foram precursoras das subseqüentes mudanças mundiais dos regimes de governo.

Na América do Norte, a rebeldia política das colônias inglesas ensejou a ‘Declaração de Virgínia’, em 1776, afirmativa das liberdades individuais, dos direitos políticos e dos respectivos meios de proteção processual, declaração considerada como antecedente formal e direto do Estado Liberal.

Mas, foi a Revolução Francesa, com a ‘Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão’, em 1789, que representou o marco divisor entre o Estado Absolutista e o Estado Liberal.

Os direitos fundamentais inerentes ao liberalismo, denominados de primeira geração, foram concebidos para garantir o exercício pleno das liberdades individuais, gerando, para o Poder Público, a obrigação de se abster de intervenções nas atividades privadas, reduzindo as prestações devidas aos cidadãos a obrigações de não fazer.

Em decorrência, principalmente, do processo de industrialização, do aumento demográfico e da intensificação das desigualdades sociais, aflorou a conscientização coletiva acerca da insuficiência das garantias liberais para assegurar condições mínimas de vida digna a grandes parcelas da população, dando origem à superação do liberalismo e ao advento do Estado Social.

Os direitos a condições de vida humana digna, de positivação jurídica no Estado Social, passaram a impor, aos agentes do Poder, prestações positivas em favor dos governados, sendo considerados como direitos de segunda geração.

Hodiernamente, identifica-se nova dimensão dos direitos fundamentais, de terceira geração, assentados na fraternidade, que visam assegurar bens jurídicos comuns a todos os seres humanos, como a paz, a comunicação, o patrimônio comum da humanidade e, sobretudo, a preservação do meio ambiente.

A positivação, a nível constitucional, de amplo elenco de direitos fundamentais, objetivando a implementação de condições de vida, compatíveis com a dignidade humana, exige prestações positivas do Poder Público que transcendem o alcance individual, tornando necessárias medidas de eficácia coletiva a serem realizadas através de políticas públicas.

As políticas públicas têm como características a natureza interdisciplinar dos respectivos procedimentos, a integração em plano geral de ações político-administrativas, a vinculação ao cumprimento de direitos fundamentais de eficácia coletiva e a exigência de participação social em sua escolha e realização.

Integram-se, assim, por componentes de natureza diversa: políticos, econômicos, sociais, ambientais e outros de acordo com o objeto específico de sua realização, mas sua vinculação ao cumprimento de direitos fundamentais confere-lhes juridicidade, tornando-as sujeitas à Constituição e à lei e, conseqüentemente, ao controle jurisdicional.

O elemento teleológico, inerente ao conceito de política pública, resulta do paradigma contemporâneo em que se estrutura a relação entre o Estado e o cidadão, o qual, no Estado Democrático de Direito, é credor constitucional das prestações estatais indispensáveis para assegurar-lhe vida com dignidade.

Em razão disso, as escolhas e os procedimentos de realização das políticas públicas somente se legitimam quando ditadas por objetivos de real interesse público, que não se compatibilizam com motivações meramente político-partidárias ou eleitoreiras.

Além do mais, o Estado Democrático de Direito, em sua configuração contemporânea, torna imprescindível a participação popular nas decisões governamentais, em especial no que tange à destinação dos recursos públicos, outorgando legitimação jurídica aos cidadãos e aos órgãos que os representam para submeterem à apreciação judicial suas possíveis inconformidades.

O controle jurisdicional das políticas públicas para assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, mormente os de eficácia coletiva, não se ajusta à forma tradicional de controle dos atos administrativos, restrito à legalidade meramente formal, mas precisa ser amplo e

substantivo frente a lesões ou ameaças aos bens jurídicos em questão, o que implica na reinterpretação do significado e alcance do princípio constitucional da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa.

O princípio da separação dos poderes, já em sua formulação originária por Montesquieu, não comporta interpretação de uma tripartição absoluta dos Poderes do Estado em compartimentos estanques, sendo, em realidade, mais do que separação, uma harmonização dos Poderes, mediante a separação de funções, em garantia das liberdades individuais, superando o Estado Absolutista, em que o Poder Estatal se concentrava em instância única.

A própria expressão ‘separação de poderes’ não foi cunhada por Montesquieu que apenas delineou os dois componentes essenciais do conceito: a tripartição das funções do Estado entre órgãos diferentes e o controle recíproco entre os mesmos.

A interpretação mais forte do princípio no sistema francês, instaurado pela Revolução de 1789, decorreu das circunstâncias peculiares daquele regime, caracterizado pelo liberalismo radical, inteiramente voltado para a preservação das liberdades privadas, imunes a qualquer intervenção do Estado.

Neste contexto, a separação dos poderes não pode ser entendida como princípio de validade universal e imutável, devendo o seu alcance ser ajustado temporal e espacialmente em função das características vigentes, levando-se, particularmente, em conta a substituição do Estado Liberal pelo Estado Social e a evolução deste para o Estado Democrático de Direito.

A constitucionalização dos ordenamentos jurídicos contemporâneos e a decorrente positivação de múltiplos direitos fundamentais dá suporte a novo enfoque à interpretação tradicional da separação dos poderes, para, embora preservando as competências originárias dos Poderes Legislativos e Executivo para as funções que lhe são próprias, legitimar o controle jurisdicional sempre que estiverem configurados descumprimentos desarrazoados da Constituição.

A regra da discricionariedade administrativa, em sua concepção tradicional, originou-se no mesmo contexto histórico em que aflorou e se consolidou o princípio da separação dos poderes, tornando-se sujeita, também, aos mesmos ajustes em face das outorgas constitucionais.

Na própria França, onde a restrição do controle externo dos atos administrativos e sua legalidade formal, com vedação ao reexame do mérito, se originou e de onde se difundiu para a Europa Ocidental e para a América Latina, este paradigma da discricionariedade administrativa foi superado pelo advento da democracia constitucional, evoluindo em direção ao controle amplo para adequar as condutas administrativas aos postulados constitucionais, mormente em relação à efetivação dos direitos fundamentais.

As Nações da Europa Continental, em sua maioria, passaram, também, do controle restrito das condutas administrativas, para a sindicabilidade plena.

No Brasil, o acesso à jurisdição está garantido, a nível constitucional, em todas as hipóteses de lesão ou ameaça a direitos (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), restando inserido, assim, no âmbito de competência indeclinável do Poder Judiciário, como função jurisdicional típica, o julgamento dos litígios concernentes ao cumprimento, por parte dos órgãos governamentais, dos direitos fundamentais.

O redesenho da função jurisdicional em face dos direitos fundamentais, inerentes à dignidade humana e, por consequência, ao Estado Democrático de Direito, tal como configurado no Brasil pela Constituição de 1988, não constitui usurpação pelo Poder Judiciário das competências constitucionais dos demais Poderes, limitada que está a intervenção jurisdicional aos casos de efetivas lesões a direitos, constitucionalmente positivados.

Esta feição contemporânea do Estado Democrático de Direito, em particular a ampla positivação dos direitos fundamentais, não se ajusta ao modelo tradicional de controle jurisdicional dos demais Poderes de Estado, limitando-se à verificação da legalidade meramente formal, mas reclama o controle substantivo e amplo das condutas comissivas ou omissivas que se constituem em descumprimento de direitos fundamentais, configurando, assim, novas dimensões ao exercício da judicatura.

Reconhecer esta legitimação do Poder Judiciário não significa, de modo algum, subtrair aos órgãos legislativos ou executivos a competência de escolha e realização das políticas públicas, restrita que está a intervenção judicial aos casos concretos em que se configura lesão ou ameaça a direitos subjetivos.

Neste diapasão, permanece intacta a discricionariedade, legislativa e administrativa, para a escolha e execução dos atos pertinentes às respectivas competências, com destaque para as políticas públicas, superando-se, contudo, a restrição do controle jurisdicional à legalidade formal quando ações ou omissões configurem lesão a direitos para, então, legitimar-se o controle substantivo e pleno pelo Poder Judiciário.

As normas jurídicas, especialmente as de origem constitucional, vinculam a execução das políticas públicas à satisfação efetiva dos direitos fundamentais da população, o que impõe não apenas a juridicidade formal de todas as etapas de execução dessas modalidades de atividade administrativa, mas envolve a obrigação estatal de adequar suas ações, tanto as comissivas como as omissivas, à realização do que é necessário e possível para cumprir a Constituição.

Enquanto função jurisdicional típica, o controle judicial das políticas públicas não conflita com o princípio da separação de poderes, nem com a regra da discricionariedade administrativa, na medida em que não interfere diretamente na escolha e execução desta modalidade de ação governamental, intervindo, tão somente, em hipótese de manifesta lesão a direitos fundamentais, quando, então, se torna inerente à jurisdição a determinação das medidas, proibitivas ou impositivas, necessárias à prevenção ou reparação da atuação administrativa, contrária ao Direito.

Quando se trata de sanar omissões, o controle judicial das condutas governamentais ainda encontra resistência jurisprudencial, por força do entendimento de que as escolhas e os modos de realização das políticas públicas são atos administrativos discricionários dos administradores públicos a quem compete, privativamente, a gestão dos recursos orçamentários e o estabelecimento das prioridades no atendimento das necessidades da população.

A negação de legitimidade ao Poder Judiciário para determinar a realização de prestações positivas em casos de omissões dos órgãos governamentais busca justificação em interpretação rígida do princípio da separação de poderes atribuindo aos legisladores e aos administradores públicos a competência exclusiva, para a seu juízo de conveniência, realizar ou deixar de realizar políticas públicas.

Aos argumentos aduzidos, subjaz a premissa inconsistente de que as omissões administrativas não estão sujeitas à conformidade com a Constituição e com as leis.

A vedação do controle judicial dos atos administrativos omissivos desconsidera a possibilidade de que as condutas omissivas também podem lesar direitos dos governados, e, por isso, contraria o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal que veda excluir da apreciação jurisdicional qualquer lesão ou ameaça a direito.

A função política da magistratura consiste no exercício pleno e responsável da jurisdição, em estrita conformidade com a função constitucional de participação no processo da efetivação gradativa das conquistas inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Na tradição jurídica brasileira, o controle de legalidade dos atos administrativos incumbe ao Poder Judiciário, podendo variar, em conformidade com os diversos modelos constitucionais, a amplitude maior ou menor da intervenção jurisdicional, restrita ao controle de legalidade apenas formal ou estendida, também, ao controle do conteúdo material da atividade administrativa.

O vigente modelo constitucional, consubstanciado pela Constituição de 1988, reconhecida como Carta de Cidadania, assegura proteção ampla aos direitos fundamentais,

legitimando a intervenção jurisdicional quando condutas comissivas ou omissivas do Poder Público configurem violação manifesta aos parâmetros constitucionais.

A implementação dos direitos fundamentais, em especial, os relacionados às condições necessárias à dignidade da existência humana, pressupõe a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à preservação da saúde pública e indispensável para a manutenção da vida humana.

No mundo contemporâneo, a alarmante degradação ambiental e a deterioração extremada das condições de vida de grandes parcelas da população humana estimularam a progressiva conscientização global da necessidade de assegurar condições de vida digna em favor de todos os seres humanos, não só da geração atual, mas também das futuras.

A emergente consciência globalizada, inspirada em valores de solidariedade e fraternidade gerou o reconhecimento de direitos fundamentais de terceira geração, direcionados à tutela das grandes coletividades como família, sociedade e nação, colocando em destaque o direito a condições de vida digna e à preservação do meio ambiente, direitos universais, objeto de várias declarações internacionais.

Os direitos de terceira geração, mesmo envolvendo, por via reflexa, a proteção de indivíduos, tem sua titularidade desprendida do homem-indivíduo, caracterizando-se como de titularidade das coletividades humanas, destinados, primariamente, à satisfação de direitos coletivos.

A implementação das condições necessárias à vida humana digna, para geração atual e para as futuras, tem por componente basilar a preservação do meio ambiente, tutelado constitucionalmente no Brasil, e objeto de várias declarações internacionais.

A Constituição Federal Brasileira, no art. 225, erigiu em direito fundamental de aplicabilidade imediata o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado definindo o meio ambiente como bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e impondo, ao Poder Público e à coletividade, a obrigação de defendê-lo em favor das presentes e futuras gerações, além de especificar, em seus parágrafos, diretrizes para a realização das políticas públicas pertinentes.

O modelo ambiental instituído pela Carta de 1988, além de constitucionalizar, em termos genéricos, o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e impor a obrigação de seu cumprimento não só ao Poder Público, mas também, explicitamente, à coletividade, especificou, ainda, modalidades para sua efetivação, como manejo ecológico das espécies e dos ecossistemas; a preservação do patrimônio genético do país; a definição de áreas territoriais especialmente protegidas; a proteção da fauna e da flora; a necessidade de estudo

prévio do impacto ambiental para obras ou atividades potencialmente causadoras de degradação ambiental significativa; o controle de produção, comercialização e emprego de substâncias e técnicas nocivas à vida e ao meio ambiente e a promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino, bem como, da conscientização pública acerca dos problemas ambientais.

Embora o direito à preservação ambiental não esteja expressamente articulado no elenco dos direitos constantes no art. 5º da Lei Maior, sua condição de direito fundamental de aplicação imediata decorre da redação de dois dispositivos constitucionais convergentes: o art. 5º, parágrafo 2º e o art. 225.

A primeira destas normas caracteriza o rol dos direitos definidos no ‘caput’ do artigo como de conteúdo material aberto, assegurando natureza jurídica idêntica aos que decorram dos mesmos princípios constitucionais que fundamentam os expressamente arrolados.

A segunda define o direito ambiental como direito de todos, impondo ao Poder Público e à coletividade a obrigação de defender e preservá-lo especificando políticas públicas inerentes ao seu cumprimento.

As duas diretrizes constitucionais consubstanciam a natureza jurídica do direito ao meio ambiente como material e formalmente fundamental de aplicação imediata.

Fruto da conscientização, a nível mundial, da necessidade urgente de medidas eficazes para a preservação ambiental, foi editada, em 1972, a Declaração de Estocolmo que afirmou o direito fundamental do homem a um meio ambiente de qualidade, adequado a uma vida digna, incumbindo a todos a obrigação de preservar e melhorá-lo para as gerações presentes e futuras.

A constitucionalização da obrigação de o Estado garantir a proteção do meio ambiente pode ser considerada como caracterizadora de um novo paradigma estatal, o Estado Ambiental ou Socioambiental, sob o fundamento de que a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, pelos diversos componentes que o integram, representa condição indispensável da possibilidade de vida humana digna.

Em reunião realizada em Genebra em novembro de 2002, o Comité de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, através da Observação Geral de nº 15, reconheceu que a água é um bem público fundamental para a vida e para a saúde, asseverando expressamente que ‘o direito humano à água é indispensável para se viver dignamente e é condição prévia para a realização de outros direitos humanos’.

Posteriormente, em Assembleia Geral de 28 julho de 2010, a Organização das Nações Unidas, através da Resolução A/RES/64/292, declarou expressamente que ‘o acesso à água potável e ao saneamento básico é um direito humano essencial para o gozo da vida e de todos os direitos humanos.’

Na referida Resolução, a Organização das Nações Unidas manifesta expressamente sua preocupação com a circunstância de que, mundialmente, aproximadamente 884 milhões de pessoas careciam de acesso à água potável e mais de 2,6 bilhões de pessoas não tinham acesso ao saneamento básico, sendo que aproximadamente 1,5 milhão de crianças menores de cinco anos faleciam anualmente por enfermidades relativas a água e ao saneamento.

Ademais, consoante informações no sítio do Programa da Década da Água da ONU, à época da resolução, aproximadamente 40% (quarenta por cento) da população mundial não dispunha de acesso ao saneamento básico.

Em 12 de outubro de 2011, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, através da Resolução A/HRC/RES/18/1, reafirmou expressamente que o direito humano à água potável e ao saneamento é derivado do direito a um nível de vida adequado e são intrínsecos ao direito ao mais alto nível possível de saúde física e mental, assim como o direito à vida e à dignidade humana.

Em 11 de julho de 2013, foi apresentado ao Conselho dos Direitos Humanos relatório baseado na sustentabilidade do exercício dos direitos humanos à água e ao saneamento, bem como no seu caráter intergeracional, de realização progressiva e de proibição de retrocesso.

Tais características indubitavelmente demonstram que o direito ao saneamento básico possui nítidas características de direito fundamental de terceira geração.

A obrigação de preservar o meio ambiente abrange, além da preservação dos recursos naturais, a necessidade de eliminar a pobreza extrema e de assegurar condições adequadas de saúde pública, moradia, saneamento básico e água potável.

Preservação ambiental, saúde da população e erradicação da pobreza extrema estão entrelaçadas, constituindo pressuposto tríplice para o viver humano com dignidade, pois a falta de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado é causa notória de múltiplas doenças ou agravamento das derivadas de outras causas e as precárias condições de vida das populações extremamente carentes contribuem para a degradação ambiental.

A implementação destas três condições exigem saneamento básico eficiente e acessível a todos.

O direito ao saneamento básico abrange o abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário com tratamento adequado dos resíduos, a coleta do lixo doméstico, a drenagem e manejo das águas pluviais e a limpeza urbana com o manejo dos resíduos.

No Brasil, a legislação federal de saneamento básico teve origem tardia, não só por omissão e divergências políticas dos legisladores, mas também, pelo contexto histórico e político do País, cujos colonizadores lusitanos, preocupados primordialmente em extrair as

riquezas da terra descoberta para voltarem abastados para a metrópole, deixaram de implantar infraestruturas e benfeitorias permanentes.

E, ainda durante o século XIX e a primeira metade do século XX, o saneamento básico para as populações urbanas foi considerado de competência dos municípios cujos dirigentes não dispunham dos necessários recursos para implementarem as respectivas políticas públicas.

Neste contexto sócio-político, somente em 05.01.2007, foi editada a Lei Federal nº 11.445, que fixou diretrizes específicas para a realização das políticas públicas de saneamento básico, dentre as quais se destacam: a universalização do acesso, a integralidade da prestação, a adequação dos procedimentos às exigências da saúde pública e à preservação do meio ambiente, a utilização de critérios objetivos na escolha e modos de realização das políticas pertinentes e, ainda, o controle social das ações administrativas.

Embora a lei indigitada tenha por objetivo a regulação dos serviços de saneamento, seu conteúdo se mostra inseparável do direito ambiental porque, mais do que determinar procedimentos administrativos específicos, fixa objetivos e diretrizes que se enquadram em uma política mais ampla de proteção ao meio ambiente e à saúde das populações.

A inclusão do fornecimento de água potável no saneamento básico não se deve somente ao fato de ser indispensável para evitar a eclosão e disseminação de doenças, mas resulta da própria definição de saneamento básico, pela lei em comento, segundo a qual considera-se como tal também o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, desde a captação até as ligações prediais e, posteriormente, o tratamento dos respectivos resíduos.

A obrigação estatal de fornecimento de água potável a todos os habitantes necessita ser realizada progressivamente e ser mantida de modo sustentável não só para a geração atual, mas também para as futuras, não comportando retrocessos, nem restrições econômicas insuperáveis as camadas mais pobres da população.

As múltiplas prestações estatais decorrentes do direito universal ao saneamento básico integral fazem parte da garantia do mínimo existencial para o viver humano com dignidade.

O mínimo existencial em seu núcleo mais restrito não comporta limitação com base na reserva do possível, mas a satisfação integral das prestações sociais que lhe são inerentes exige a disponibilidade de recursos.

A alegação da reserva do possível, por parte da administração pública, somente se legitima, quando devidamente comprovada e a escusa não resta imune ao controle jurisdicional.

O ponto de equilíbrio entre a satisfação das prestações sociais, integrantes do conceito de vida digna, e os recursos financeiros disponíveis, não comporta definição em abstrato, devendo ser construído caso a caso com base no princípio da razoabilidade e ponderação, não só das circunstâncias individuais dos interessados, mas do contexto social e econômico em que se situa a questão, levando-se em conta sempre o interesse coletivo.

Nos casos de descumprimento dos direitos fundamentais, o exercício jurisdicional deve superar o subjetivismo solipsista e alicerçar-se nos princípios constitucionais, interpretando-os sob a visão da unidade da Constituição, realizando a ponderação dos valores nos casos de aparentes conflitos principiológicos e usando o critério da razoabilidade para a adequação das diretrizes normativas aos casos concretos.

A ação civil pública constitui o instrumento processual mais importante para efetivação dos direitos de titularidade coletiva na via judicial e a atuação do Ministério Público é preponderante para desencadear o controle jurisdicional das políticas públicas.

As sanções ao descumprimento das decisões judiciais, impositivas de obrigações a detentores do poder governamental, são: multa, responsabilização por improbidade, intervenção em estados e municípios, responsabilização criminal e, em casos especiais, execução direta das obrigações de fazer, mediante designação de quem o faça, cabendo, em casos extremos de renitência ao cumprimento, a designação de administrador provisório.

Restrito aos casos de lesão a direitos fundamentais, o controle judicial das políticas públicas não traz inovação substancial ao conceito de jurisdição, nem configura ativismo judicial, tornando diferenciado apenas o exercício jurisdicional em razão da maior complexidade dos fatos sob julgamento, a exigir do juiz, além da fundamentação jurídica tradicional, valer-se de conhecimentos peculiares a outras ciências, como as sociais, as administrativas, financeiras e outras.

O exercício jurisdicional relacionado com políticas públicas deve, também, e principalmente, ser diferenciado pela consciência do julgador da necessidade de manter-se aberto a considerações que ultrapassam as estritamente jurídicas, avaliando os fatos, não isoladamente, mas na totalidade social e política em que estão inseridos, pesando as consequências das decisões sobre o conjunto das ações governamentais e sobre a preservação dos direitos de outras coletividades, não descartando contribuições alheias especializadas e auscultando a participação da sociedade.

A diretriz básica, que delimita o âmbito do controle judicial, é a de que o Poder Judiciário somente pode agir, devidamente provocado, frente a lesão ou ameaça a direitos, critério geral cuja aplicação se torna complexa, por um lado, pelo conteúdo indeterminado dos

direitos positivados que deixa em aberto a delimitação dos casos concretos de incidência e, por outro, pelo grande número dos direitos assegurados, o que não possibilita a satisfação integral de todos, exigindo o estabelecimento de prioridades no atendimento das necessidades coletivas.

Além disto, os muitos direitos fundamentais positivados dão ensejo a situações de conflito, quando a satisfação de uns impede o cumprimento de outros.

Esta complexidade do processo de cumprimento dos direitos fundamentais subsiste também no setor de saneamento básico, embora a lei federal respectiva tenha definido diretrizes de conteúdo mais determinado para as políticas públicas pertinentes, não eliminando, todavia, nem a gradualidade na satisfação das necessidades da população, obedecendo a critérios de prioridade, nem a ocorrência de conflitos entre o atendimento a uns e a outros.

Remanesce, assim, em larga escala, a indeterminação do conteúdo do direito fundamental ao saneamento básico, e, por consequência, a inviabilidade de um critério teórico do controle jurisdicional, além do princípio básico antes enunciado de que a intervenção judicial somente é cabível em casos concretos de lesão ou ameaças a direitos.

A indeterminação normativa, aliada à plurifacialidade dos fatos, torna necessário, ao julgador, construir a solução dos casos concretos com base em conjunto de condicionantes sociais, orçamentários e políticos, envolvendo juízos de adequação ao interesse público e à observância de critérios de prioridade no atendimento das necessidades coletivas.

A necessidade de construir, no contexto de cada caso concreto, a solução normativa, para aferir a adequação das políticas públicas ao cumprimento dos direitos fundamentais, implica em que a qualificação jurídica da conduta estatal, comissiva ou omissiva, somente pode ser feita com fundamento nas circunstâncias singulares de cada julgamento, esvaziando-se, por inteiro, a possibilidade jurídica de estabelecer, *a priori*, a delimitação do que é de competência privativa dos órgãos da administração pública e do que compete à jurisdição.

Não existe base jurídica, portanto, para predeterminar, em tese, condutas sujeitas exclusivamente à discricionariedade administrativa para torná-las impermeáveis ao controle judicial, carecendo, por isso, igualmente, de respaldo jurídico a negativa de acesso à jurisdição ou o impedimento ao exame do mérito em casos de descumprimentos de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Catarina. *Perita da ONU explica a relação entre falta de saneamento e pobreza persistente*. Disponível em: <<http://www.unric.org.pt/actualidade/30970-perita-da-onu-explica-a-relacao-entre-falta>>. Acesso em: 25 abr. 2014.
- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2011.
- ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 777, p. 4, 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7177>>. Acesso em: 21 abr. 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2006.
- AYALA, Patryck de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental do Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BENETI, Sidnei Agostinho. Falam os juízes na pesquisa da AMB. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL JR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 23 maio 2014.

BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 23 maio 2014.

BRASIL. *Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007*. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 23 maio 2014.

BRASIL. *Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 45 MC/DF - Medida Cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Argdo: Presidente da República. Argte: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. p. 02. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 22.164-0/SP*, Tribunal Pleno. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 30 de outubro de 1995. p. 1176-1179. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 134.297-8/SP*, da Primeira Turma. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorridos: Paulo Ferreira Ramos e Cônjuge. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 1995. p. 689. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

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

CANELA JUNIOR, Osvaldo. “O orçamento e a ‘reserva do possível’: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas”. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, coordenado por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporâneas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 111, out./dez. 1990.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

CARVALHO, Vinicius Marques de. Cooperação e planejamento na gestão dos serviços de saneamento básico. In: MOTA, Carolina (Coord.). *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da lei federal nº 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

COLLAÇO, Rodrigo. Auto-retrato dos magistrados brasileiros. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Advogado, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. O estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. *Revista de Interesse Público*, Porto Alegre, v. 9, p. 65, 2007.

FREITAS, Juarez. A interpretação do Direito e os sistemas de pensamento. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTED)*, São Leopoldo, v. 44, n. 53, , p. 49, jan./jun 2014.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional: uma mudança de paradigma?* Tradução: Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2009.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Advogado, 2005.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HARTMANN, Analúcia de Andrade. Políticas públicas ambientais: a atuação do Ministério Público. In: D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo NERY JUNIOR, Nelson; MEDAUER, Odete (Coord.). *Políticas públicas ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HELLER, Léo; CASTRO, José Esteban. Apresentação. In: HELLER, Léo; CASTRO, José Esteban (Org.). *Política pública e gestão de serviços de saneamento*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A 'reserva do possível': obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

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

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Tribunais, 2010.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LIMBERGER, Têmis. O dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os poderes Judiciário e Executivo devido às políticas públicas de saúde no Brasil. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, v. 11, n. 57, p. 81-82, set./out. 2009. MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito ambiental*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

- LIMBERGER, Têmis. O solipsismo jurídico e o (des)controle das políticas públicas. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo da. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n. 7, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- LIMBERGER, Têmis. Políticas Públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n. 5, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel Esplugues de Llobregat, 1976.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito ambiental*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006.
- MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- MEDAUAR, Odete. Alcance da proteção do meio ambiente pela via jurisdicional: controle das políticas públicas ambientais? In: D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo NERY JUNIOR, Nelson; MEDAUER, Odete (Coord.). *Políticas públicas ambientais*: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*: a gestão ambiental em foco. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MORAES, Voltaire de Lima. *Ação civil pública*: alcance e limites da atividade jurisdicional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado*: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOTA, Carolina. Nota introdutória. In: MOTA, Carolina (Coord.). *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da lei federal nº 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

MOTA, Carolina. O controle social no setor de saneamento básico: principais aspectos da lei federal nº11.445, de 05 de janeiro de 2007 – lei de saneamento básico. In: MOTA, Carolina (Coord.). *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da lei federal nº 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

NAÇÕES UNIDAS. O direito humano à água e saneamento. *Comunicado aos Média*, p. 02. Disponível em: <<http://www.un.org/waterforlifedecade>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

NAÇÕES UNIDAS. *The human right to water and sanitation*. p. 05-06. Disponível em: <http://www.un.org/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml>. Acesso em: 30 abr. 2014.

NALINI, José Renato. Ética e sustentabilidade no Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 98, v. 884, p. 10- 11, jun. 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional*. Tradução: Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2011.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 70043412352*, da 22ª Câmara Cível. Apelante: Município de Viamão. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro. Porto Alegre, 28 de julho de 2011. p. 01. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 24 maio 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 70053964433*, da 09ª Câmara Cível. Apelante: Companhia Riograndense de Saneamento - CORSAN. Apelado: Carlos Fernando Gauterio e outros. Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler. Porto Alegre, 02 de maio de 2013. p. 01-02. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 70055386411*, da 02ª Câmara Cível. Apelante: Município de Santa Maria e Companhia Riograndense de Saneamento - CORSAN. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. João Barcelos de Souza Júnior. Porto Alegre, 04 de dezembro de 2013. p. 01-02. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 maio 2014.

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SADEK, Maria Tereza (Org.). *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SADEK, Maria Tereza. Introdução: experiências de acesso à Justiça. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 2001.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantia processuais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural ‘hipermoderno’ de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo da. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n. 7*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ISAIA, Cristiano Becker. “A paradoxal face ‘hipermoderna do processo constitucional’”. *Revista NEJ – Eletrônica*, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 10, jan./abr. 2010. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 30 jun. 2014.

SANTOS, Fábio Ribeiro dos. Aspectos ambientais da lei de saneamento básico. In: MOTA, Carolina (Coord.). *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da lei federal nº 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Apresentação. WOLFGANG, Ingo (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Sociambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Advogado, 2010. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Sociambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo. Apresentação. DEMOLINER, Karine Silva. *Água e saneamento básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. Fundamentos constitucionais da proteção ambiental. DAIBERT, Arlindo (Org.). *Direito ambiental comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia. O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.

SILVA, Vasco Pereira da. Verde direito: o direito fundamental ao ambiente. In: DAIBERT, Arlindo (Org.). *Direito ambiental comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Advogado, 2006.

TISCOSKI, Leodegar da Cunha. Apresentação. In: MELO, José Carlos Rodrigues de. *Sistema condominial: uma resposta ao desafio da universalização do saneamento*. Brasília, DF: Gráfica Qualidade, 2008. Disponível em: <<http://www.pmss.gov.br/pmss/PaginaCarrega.php?EWRerter=325>>. Acesso em: 23 maio 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

UNITED NATIONS. *Human Rights. Council resolution A/HRC/RES/18/1*. Disponível em: <http://www.un.org/waterforlifedecade/human_right-to_water.shtml>. Acesso em: 29 jun. 2014.

UNITED NATIONS. Human Rights. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966 entry into force 3 January 1976, in accordance with article 27. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

UNITED NATIONS. Human Rights. *Treaty Bodies – General Comments; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment*. n. 15, p. 02. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TBGeneralComments.aspx>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

UNITED NATIONS. O direito humano à água e saneamento. *Comunicado aos Média*, p. 01. Disponível em: <<http://www.un.org/waterforlifedecade>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

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

ZANETI JR, Hermes. A teoria da separação dos poderes e o estado democrático. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.