



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA REALIZAÇÃO DO DIREITO
Entre o Estado de Ativação Social e o Controle do Mérito Administrativo.

AMÉLIA ADRIANA DE CARVALHO CAMPELO

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Administrativo.

Orientadora: Professora Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz.

COIMBRA, 2014.

AMÉLIA ADRIANA DE CARVALHO CAMPELO

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA REALIZAÇÃO DO DIREITO
Entre o Estado de Ativação Social e o Controle do Mérito Administrativo.

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos
da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Aprovada em 18 / 11 / 2014.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz (Orientadora)

Professora Doutora Suzana Tavares da Silva (Arguente)

Professor Doutor José Carlos Vieira de Andrade (Presidente)

Dedico este trabalho a meu esposo, Edvaldo Campelo,
que guiou meus passos até Coimbra;
Aos meus filhos, Luiza, Beatriz e Gabriel com a
esperança de que possam ajudar a construir
um mundo mais justo.

Um agradecimento especial à minha orientadora, Sra.
Doutora Professora Ana Raquel Moniz.

Lista de Abreviaturas e Siglas

- ACP - Ação Civil Pública
- ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
- AGU - Advocacia Geral da União
- CDC - Código de Defesa do Consumidor
- CGU - Controladoria Geral da União
- CFB - Constituição Federal Brasileira
- CNJ - Conselho Nacional de Justiça
- CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público
- CNPG - Conselho Nacional de Procuradores Gerais
- CONAMP - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
- DF - Defensoria Pública
- DH - Direitos Humanos
- ICP - Inquérito Civil Público
- LIA - Lei de Improbidade Administrativa
- MP - Ministério Público
- MPF - Ministério Público Federal
- MPAL – Ministério Público de Alagoas
- MPSC - Ministério Público de Santa Catarina
- ONU - Organização das Nações Unidas
- PEC - Proposta de Emenda Constitucional
- RFB - República Federativa do Brasil
- SC – Estado de Santa Catarina
- STF - Supremo Tribunal Federal
- STJ - Superior Tribunal de Justiça
- TC - Tribunal Constitucional Português

Sumário

Introdução	8
PARTE I – O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....	16
Capítulo I - O Ministério Público, o Estado-Administração e a Sociedade: o sentido prático da realização do direito.....	22
1.1 O Ministério Público e sua função essencial à justiça: a tutela coletiva como prioridade.	26
1.2 O Estado-Administração e a ética da responsabilidade partilhada entre as instituições: os princípios e seus valores estruturantes, a observação e a interpretação.....	34
1.3 O papel das instituições na realização da justiça: a dignidade como fundamento da ética no direito e a escolha institucional.....	42
Capítulo II - O Ministério Público no contexto da <i>governance</i> : um órgão e duas funções.....	46
2.1 Os direitos fundamentais sociais como condição do Estado democrático de direito e a formação das políticas públicas como instrumento de sua realização.	50
2.2 O Ministério Público e os instrumentos de coesão social – a implementação da <i>governance</i> e o reforço do poder local como instrumentos de efetividade das políticas públicas.....	57
2.3. Instrumentos de fiscalização: os ajustamentos de conduta, as ações de improbidade administrativa e suas interferências no controle da atividade administrativa.	60
PARTE II - O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ATUAL CONTEXTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.	67
Capítulo III - A Administração Pública nos novos contornos do Direito Administrativo.....	67
3.1 A posição estratégica de sobrevivência do Estado-Administração no neoconstitucionalismo....	72
3.2 O agir administrativo: estabelecer prioridades através de parâmetros objetivos.	76
3.3 A persecução do interesse público: entre a legalidade e a juridicidade.	78
3.4 Acesso à Jurisdição e acesso à Administração - tutela judicial efetiva e propulsão ao debate público.	81

Capítulo IV – Limites, justificativas e caminhos para o controle da discricionariedade administrativa.....	86
4.1 Limites ao controle da decisão administrativa: o mérito.	90
4.1.1 O princípio da separação de poderes.	91
4.1.2 A reserva jurídica da Administração no âmbito dos demais poderes.....	93
4.1.3 A discricionariedade administrativa.	97
4.2. Justificativas - estagnantes - para o controle da discricionariedade administrativa.....	101
4.2.1 O problema da invasão de competências - Estado enfraquecido.....	102
4.2.2 O problema da delegação de competências - Estado pragmático.	103
4.2.3 O problema do controle de competência - Estado (ir)responsável	105
4.2.4 O problema da responsabilidade pela invasão de competência: o déficit de legitimação.	108
4.3 Caminhos para o controle da discricionariedade da atividade administrativa.....	109
4.3.1. O estado de necessidade administrativo como fundamento do controle da decisão administrativa.	110
4.3.2 O mínimo existencial como fundamento do controle da decisão administrativa.	114
4.3.3 O princípio da proporcionalidade e sua nova interpretação: a legitimidade dos fins.	119
4.3.4. O orçamento público e as prioridades como decisão política de controle da decisão administrativa no âmbito das políticas públicas.	123
4.3.5 O Estado de Ativação Social como fundamento da decisão política, fortalecimento da democracia e efetivação de direitos.	127
Conclusões	129
Bibliografia citada	131

Introdução

“Tem uma verdade que se carece de aprender, do encoberto e que ninguém não ensina: o bêco para a liberdade se fazer. Sou um homem ignorante. Mas, me diga o senhor: a vida não é cousa terrível? (...) o correr da vida embrulha tudo, a vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem”.

Guimarães Rosa, em “Grande Sertão: Veredas”.

O Ministério Público brasileiro notabilizou-se enquanto órgão de defesa da sociedade sob a égide da Constituição brasileira de 1988. Com características próprias que o diferem de modelos em outros países do mundo¹⁻², exerce funções imprescindíveis à defesa dos direitos fundamentais e ao fortalecimento da democracia, cujo engrandecimento deveu-se em muito pelas novas atribuições plasmadas na Constituição, como também pelas mudanças paradigmáticas ocorridas no direito público, notadamente após os novos conceitos trazidos pelo moderno constitucionalismo.

Além da tarefa tradicional de órgão investigativo, o Ministério Público

¹ VENTURA, Catarina Sampaio, *Direitos Humanos e Ombudsman: Paradigma para uma instituição secular*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 2007, p. 119-154, Disponível em http://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/DireitosHumanos_Ombudsman.pdf, consulta realizada em 06 de setembro de 2014.

² A figura do Ombudsman tem seu código genético marcado na Suécia e é recepcionado por diversos países europeus, com a função clássica de ser instrumento de fiscalização da atividade administrativa do Estado. Em Portugal é recepcionado pela Constituição portuguesa de 1976 como Provedor de Justiça. Na Espanha é o Defensor del Povo. Em 1992, através do Tratado de Maastricht o Ombudsman é recepcionado pela União Europeia, onde a Cidadania da União confere aos cidadãos europeus o direito de apresentar queixa ao Provedor de Justiça Europeu. Em 1993 a Organização das Nações Unidas, através da Resolução n.º 48/134 da Assembleia Geral cria os princípios relativos ao estatuto das instituições nacionais para a promoção e a proteção dos direitos humanos, no seio de onde surge o Ombudsman dos Direitos Humanos, instituição voltada à defesa dos direitos fundamentais e para a difusão dos direitos do homem, no que ficou conhecido como Princípios de Paris.

Registre-se que o Ministério Público brasileiro congrega estes leques de atribuições desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, com uma peculiar e fundamental diferença: possui no exercício de suas atribuições, poder decisório, na medida em que é legitimado ativo para a defesa judicial dos interesses sociais indisponíveis. Dentre as outras características da instituição, assemelham-se a singularidade, a função personalizadora, a acessibilidade, a autonomia e independência, a informalidade e a publicidade de atuação.

brasileiro abarcou a execução de funções que preenchem o espaço jurídico-político em que atua, entrelaçando tarefas³ das mais diversificadas e muitas das vezes inconciliáveis entre si. Some-se às funções de órgão fiscalizador, ao realizar o controle externo da atividade administrativa, no esteio da legalidade e da juridicidade de seus atos, a importante função de elemento aglutinador da coesão social⁴⁻⁵, quando impulsiona o exercício da democracia participativa e o controle social das políticas públicas, no esteio da aferição da justiça das decisões administrativas em matéria de direitos fundamentais. Para realizar seu mister, o Ministério Público move-se num espaço único, próprio e *sui generis*, enquanto recebedor dos anseios sociais e catalisador das notícias de inefetividade de direitos, funcionando quase como um “quarto poder”⁶.

Neste cenário, o desenvolvimento das atribuições constitucionais do

³ As atribuições constitucionais do Ministério Público brasileiro são vastíssimas. Relativamente à defesa dos interesses sociais indisponíveis, a Constituição Federal conferiu-lhe a obrigação de agir extrajudicialmente, quando realiza investigação procedimentada através do Inquérito Civil Público e judicialmente através das Ações Cíveis Públicas. O arcabouço legal destas obrigações está disciplinado na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm) e na Lei Complementar Federal nº 75 que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União e que é aplicável subsidiariamente aos Ministérios Públicos dos Estados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm). No Brasil, cada Estado da federação possui legislação própria para disciplinar a atuação do Ministério Público com atribuições estaduais. A regulamentação para o ajuizamento de ações coletivas pelo Ministério Público está estabelecida na Lei de Ação Civil Pública, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm). As ações que visam punir atos de agentes públicos que lesem o erário e cuja legitimação ativa, entre outras, é conferida ao Ministério Público estão disciplinadas na Lei de Improbidade Administrativa (disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm). Consultas realizadas em 25 de agosto de 2014.

⁴ SADEK, Maria Tereza, *Ministério Público - Um retrato*, em Conselho Nacional do Ministério Público, Brasília, 2013. Em tempos das mais variadas crises, inclusive crise de cidadania, falar de instrumentos de coesão social pode parecer utópico. Entretanto, a experiência do Ministério Público brasileiro em promover o discurso público que visa aprimorar a participação comunitária nos assuntos públicos deve ser reconhecida. Em recente pesquisa divulgada por ocasião das comemorações do oitavo ano de criação do Conselho Nacional do Ministério Público no Brasil, concluiu-se que a matéria extrajudicial é o coração do Ministério Público Brasileiro. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/ministerio-publico-um-retrato>, consulta realizada em 06 de setembro de 2014.

⁵ O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) realiza o controle externo do Ministério Público brasileiro. Foi criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. É instrumento de ampliação do controle social e de fortalecimento dos princípios democráticos na gestão da instituição. Revela o caráter uno e indivisível do Ministério Público.

⁶ MAZILLI, Hugo Nigro, *O Ministério Público e o Constituinte*, p. 3. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpconstituente.pdf>

Ministério Público no Brasil enquanto órgão essencial à justiça encontra dificuldades de realização, pois, enquanto por um lado é órgão defensor e propulsor dos direitos fundamentais sociais também funciona como órgão integrativo das instâncias de poder⁷. Neste ambiente, exerce atribuições para frear, delimitar ou impedir a atuação da função administrativa no âmbito do julgamento da bondade de suas ações.

Não é objetivo deste estudo avaliar de per si as formas de controle da atividade administrativa, mas questionar se o sistema de controle posto pelo sistema jurídico brasileiro em geral, e pelo Ministério Público em particular, colabora com o fortalecimento da democracia e com a efetivação dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais econômicos e culturais, no âmbito da realização das políticas públicas a eles destinadas.

Assim, para a realização material do direito⁸ através do órgão de execução do Estado que é a Administração Pública, a questão que se coloca no âmbito da presente investigação é em que medida o controle, pelo Ministério Público, da função executiva da Administração no exercício de seu poder discricionário contribui para a salvaguarda dos direitos fundamentais. Esta questão é analisada sob duas premissas essenciais: a primeira está atrelada ao conceito de mérito da atividade administrativa que não mais se cinge apenas à apreciação de critérios como de conveniência e oportunidade, mas que engloba todo um universo de decisões, as quais incidem decisivamente na vida das pessoas⁹. A outra premissa é a de que a função do Ministério Público não pode dissociar-se da ideia de prossecução de justiça que deve ser realizada difusamente e que não pode afastar-se da tarefa de se buscar reduzir desigualdades¹⁰ e injustiças sociais.

Depois, tanto a Administração Pública, quanto os órgãos fiscalizadores de sua gestão, devem ter em mente que ao desenvolverem suas funções precisam criar o

⁷ DIAS, João Paulo, *O Ministério Público no acesso ao Direito e à Justiça - "Porta de Entrada" para a Cidadania*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 157, sobre a função de coordenação cívica ou comunitária do Ministério Público.

⁸ SOARES, Rogério, "Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva", em *Boletim da Faculdade de Direito, volume LVII*, Coimbra, 1981, p. 189, onde o autor, ao discorrer sobre a Administração, afirma que; "Acredita-se que o poder público administrativo é um meio de realização da ideia material de direito e quer dar-se-lhe possibilidade de o conseguir".

⁹ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, "A discricionariedade administrativa: reflexões a partir da pluridimensionalidade da função", em *O Direito, ano 144, vol. III*, 2012, p. 611, sobre a vinculação da Administração ao direito.

¹⁰ LOUREIRO, João Carlos, A "Porta da Memória"..., *cit.*, p.16, sobre o "Estado constitucional não ser, em matéria de socialidade, um Estado de mínimos".

hábito de “pensar institucionalmente no respeito pelo direito¹¹”. Este exercício é de fundamental importância para que a prática da ética e da responsabilidade pública, do compromisso com o futuro e com o presente, possa ser pactuado entre as instituições sob a melhor forma, não apenas de dizer o direito, mas de colocá-lo em prática.

Além disso, a análise da fiscalização¹² da legalidade e da juridicidade da função executiva da administração como dever constitucional do Ministério Público não pode desprender-se da observação de dois fenômenos que delimitam e interferem na sua atuação: primeiramente os impactos funcionais criados pelas consequências trazidas com a constitucionalização de direitos, mormente do Direito Administrativo e a judicialização da política; depois, a nova apresentação do Direito Administrativo que, para adaptar-se às incríveis mudanças sociais dos últimos tempos, modificou enormemente as tarefas conferidas pela Administração Pública que, para exercer sua função de execução, necessita de uma margem de livre decisão¹³, cuja judicialização acrítica da política pode impedi-la de avançar.

Do desenvolvimento destas percepções, extraem-se as seguintes ponderações:

a) As instituições em geral - e em particular o Ministério Público - exercem um papel fundamental na realização material da justiça, no âmbito do exercício do direito. Como integrante da estrutura do Estado, mas com autonomia própria, é sua atividade precípua o controle da função executiva da administração em sua vertente decisória, notadamente quanto à efetivação de direitos fundamentais. Fixadas as atribuições constitucionais do Ministério Público brasileiro e redimensionadas as funções da atividade administrativa no âmbito do Estado, faz-se necessária uma reorganização de suas tarefas a fim de que possa compaginar as diversas funções que abarca, notadamente as que conferem a defesa de direitos fundamentais, da propulsão da coesão social¹⁴ e do interesse

¹¹ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com fundamento em invalidade*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 603.

¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa. Lições*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 81, sobre o sentido estrito de fiscalização, como sendo “o controlo de uma competência alheia”.

¹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça ..., cit.*, p. 80, sobre a “ineliminável margem de responsabilidade”, a “exigência de um conhecimento das circunstâncias relevantes” e “a ponderação entre alternativas e escolhas” que tem o autor competente pelo poder de decidir.

¹⁴ PASCUAL ESTEVE, José Maria. *Governança Democrática: Construção Coletiva para o desenvolvimento das cidades*, Editora UFJF, Belo Horizonte, 2009, p. 63, sobre a mudança de

público.

b) Por realização material da justiça entenda-se que é a busca pela justiça que é vivida e sentida no dia a dia das pessoas: aquele sentimento do que é justo e que passa necessariamente pelos valores adquiridos pelo corpo social ao longo do tempo, fruto das relações sociais e correspondentes à igualdade necessariamente relativizada, porquanto estabelecida mediante critérios finalisticamente comparativos¹⁵. Assim, compreender que a realização material da justiça pressupõe comparações entre distribuição de bens e valores, entre critérios e condições de acesso a estes mesmos bens e valores é fundamental para o entendimento do conceito de realização da justiça. Assente-se que não se trata somente de uma justiça distributiva¹⁶, mas do direcionamento material do princípio da igualdade¹⁷, como decorrência da ideia embrionária dos ideais libertários e que nas modernas democracias transformou-se em justiça social. O cerne de todas estas questões está na premissa de que o homem cidadão dotado de capacidades e de potencialidades é o destinatário de todas as funções institucionais que buscam efetivar a justiça. O papel do Ministério Público neste cenário ultrapassa a orientação constitucional que lhe atribui a função ideária de defensor dos direitos fundamentais. Isto porque perseguir o ideário de justiça não pode dissociar-se do sentido concreto de justiça almejado pelas pessoas e pelas comunidades onde estão inseridas. Neste passo, o desenvolvimento do poder local das comunidades e a instrumentalização do Ministério Público enquanto *interface*¹⁸ entre as instituições poderão configurar um novo modelo de Estado de ativação social articulador e promovedor desta mesma justiça social.

c) Por controle da função executiva da Administração entenda-se a possibilidade de se submeter as decisões administrativas a *testes de juridicidade*, onde os parâmetros fiscalizatórios abarcam a observância da Administração ao Direito, tanto

conceito de coesão social, que, a partir da sociedade do conhecimento, passou a ser entendida como requisito prévio ao desenvolvimento econômico e social sustentável.

¹⁵ GARCIA, Maria da Glória, “O Princípio da Igualdade - Fórmula vazia ou fórmula 'carregada' de sentido?”, Em: *Estudos Legislativos, Boletim do Ministério da Justiça*, 1986, p. 10.

¹⁶ SEN, Amartya, *A Ideia de Justiça*, trad. Nuno Castello-Branco Bastos, Almedina, Coimbra, 2010, p. 67, onde o autor afirma que “bradar por justiça não significa bradar por um humanitarismo mínimo”.

¹⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 65, sobre o equívoco de se ligar “indissolavelmente a justiça social à igualdade”.

¹⁸ DIAS, João Paulo, *O Ministério Público no acesso ao Direito e à Justiça. “Porta de Entrada” para a Cidadania*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 95.

funcional como substancialmente¹⁹. Esta observância encontra limites no respeito às decisões de mérito, reflexo que são da intransferível função de decidir e conseqüentemente de governar²⁰. As tarefas materiais da Administração Pública refletem o exercício legítimo do Poder Executivo no desenvolvimento de sua função administrativa, cuja fiscalização realizada através dos órgãos de controle esbarra na difícil tarefa de julgamento desta mesma realização.

d) O constitucionalismo moderno e a globalização trouxeram para os países em desenvolvimento, como o Brasil, a importação de pensamentos jurídicos dissonantes com o grau de maturidade política da sociedade, ensejando, evidentemente, uma clara e necessária abertura democrática, mas possibilitando uma juridicização da política e uma dissociação entre os parâmetros normativos anteriormente estabelecidos e sua construção concreta pela Administração Pública.

e) O Direito Administrativo é o espelho da organização político-administrativa de um Estado. No caso do Estado brasileiro, que não logrou atingir o bem-estar social, este espelho reflete o domínio do poder econômico em detrimento dos interesses sociais. Some-se a isto a cópia europeia do Estado social e o enfraquecimento de suas bases para a realização da justiça. Os pilares sobre o qual foi fundado mostram-se também enfraquecidos: sociedade incumpridora da observância de deveres fundamentais e descrente do modelo jurídico-constitucional apresentado como solução para a efetivação de direitos fundamentais.

f) A Administração Pública está adstrita à observância da efetiva realização do direito e, para tanto, deve ter reservada a si um núcleo de livre decisão, a fim de responder aos reclamos sociais de um novo tempo, no qual a presença do Estado é vital para a manutenção do modelo social, político e jurídico instalado e denominado Estado democrático de direito. Por outro lado, a ineficiência das ações com vistas à salvaguarda dos direitos fundamentais do Estado-Administração em países periféricos, como o Brasil, cria um vácuo entre o positivismo jurídico e o sentido de justiça que emana da lei, vácuo este que vem sendo necessariamente preenchido pelo Ministério Público em sede de controle da decisão administrativa. Tal assertiva é necessária para a observância de um

¹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça ...*, cit., p. 80.

²⁰ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “A discricionariedade administrativa...”, cit., p. 638, sobre a diferença entre exercício da função política e exercício da função administrativa.

redirecionamento das funções do Ministério Público em termos deste controle, a fim de se estabelecer um equilíbrio na realização das funções afetas a cada instituição, com vistas a dividirem-se responsabilidades pelas decisões e respeitar-se o princípio democrático, base do Estado de direito. Tal controle de decisão deve ser conferido pelo Poder Judiciário, através do Ministério Público (como legitimado ativo) nas hipóteses de estado de necessidade administrativo, ou seja, quando a ausência do Estado é refletida na ausência de prioridades estabelecidas para a concretização de direitos fundamentais.

g) Não há dúvidas de que na legislação brasileira os direitos fundamentais sociais são normas constitucionais, e, portanto auto executáveis²¹⁻²², da mesma forma que a ausência de prestações mínimas básicas por parte do Estado aos seus cidadãos é sindicável ao julgamento das instâncias judiciais. Entretanto, em que pese o arcabouço jurídico de proteção, a dúvida crescente na sociedade brasileira, hoje, é que, em que pese todo um sistema de reconhecimento de tais direitos, a formação organizacional do Estado não é capaz de resolver questões básicas em sede de concretização de direitos fundamentais difusamente considerados, notadamente os direitos sociais.

h) A realização do direito e a concretização da justiça no Brasil não podem mais servir de instrumento de uma idealização para o futuro. É a construção no presente do que é justo e a efetiva prossecução de sua concreta realização, através do estabelecimento

²¹ Na doutrina brasileira concordam com a auto executoriedade dos direitos fundamentais sociais: BONAVIDES Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 211. KRELL, Andreas J., *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um “direito constitucional comparado”*, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 2002, p. 20.

GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1998*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 341.

Contra a a eficácia imediata dos direitos fundamentais sociais no Brasil:

BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 244.

SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 274.

²² Na doutrina portuguesa, a maioria dos autores não adota a posição de concordância da auto exequibilidade dos direitos fundamentais sociais. Por todos, ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais...*, cit. p. 176, sobre o conteúdo principal dos direitos sociais que é de uma prestação positiva que impõe um custo social tanto em função quer de sua prestação material quanto em função das prestações jurídicas face ao limite do poder estadual nas sociedades democráticas. Para o autor, o conteúdo principal dos direitos econômicos, sociais e culturais depende essencialmente da determinação de opções pelo legislador ordinário, ao qual a Constituição afere poderes de concretização. Assim, para sair do campo das pretensões jurídicas e tornar-se um direito subjetivo é necessária a determinação de um direito social pelo Poder Legislativo, o que impossibilita sua auto exequibilidade.

de prioridades, que determinará a construção futura do direito realizado. Neste contexto, a função do Estado de ativação social é imprescindível na busca da realização do Estado social, onde a divisão de responsabilidades das escolhas deixa de ser um planeamento para o futuro e passa a ser uma construção no presente entre Estado e sociedade. Para tanto, o desenvolvimento do poder local, através da *good governance* e a construção da ética pública são os pilares deste novo modelo de congregação.

PARTE I – O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.

Como ponto de partida para o desenvolvimento do presente trabalho, fixar-nos-emos na inafastável ideia de que as instituições desempenham um importante papel²³ no debate público acerca da efetivação de direitos fundamentais e de suas formas de concretização, assim como na importância que deve ser dada ao controle dos gastos públicos e do estabelecimento das prioridades para ditas efetivações em uma determinada sociedade. Tais discussões não podem estar desvinculadas de uma preocupação maior com os princípios éticos a que estamos dispostos a perseguir²⁴, num conjunto de valores²⁵ expressos neste emaranhado de coisas.

De início, é importante fixar a atenção sobre as considerações acerca da realização material da justiça, notadamente da justiça social²⁶ enquanto realização do direito. Problema este que deve ser posto com a finalidade de se buscar diminuir injustiças e desigualdades sociais²⁷. Para além disto, é necessário um olhar acerca das teorias que

²³ SEN, Amartya, *A Ideia...*, cit., p. 16, sobre o papel instrumental das instituições na busca da justiça.

NEVES, Castanheira, “Coordenadas de uma Reflexão sobre o Problema Universal do Direito - ou as Condições da Emergência do Direito como Direito”, em *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 3º, Coimbra, Coimbra, 2008, p. 29, sobre não apenas o sentido instrumental das instituições, mas como a “segunda natureza do homem”.

²⁴ Como exemplos de valores éticos que são o mote de campanhas institucionais no Brasil, podemos citar a campanha "O que você tem a ver com a corrupção?" (disponível em: <http://portal.mp.sc.gov.br/portal/servicos/campanhas.aspx>), que foi iniciada pelo Ministério Público de Santa Catarina (MPSC) em 2004. Hoje é nacionalmente conduzida pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Estados e da União (CNPGE) e pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). A Controladoria Geral da União, instituição que fiscaliza a aplicação de recursos federais no Brasil, protagonizou uma campanha que busca conscientizar os cidadãos para a necessidade de combater atitudes antiéticas e ilegais, que, por fazerem parte do cotidiano, são culturalmente aceitas ou tem a gravidade ignorada. As imagens utilizadas buscam chamar a atenção e promover a reflexão sobre práticas comuns no dia a dia dos brasileiros, como falsificar carteirinha de estudante; roubar TV a cabo; comprar produtos piratas; furar fila; tentar subornar o guarda de trânsito para evitar multas; entre outros. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Imprensa/Noticias/2014/noticia01214.asp>.

²⁵ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Trad. Laura T. Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 208, sobre os debates públicos permitidos pelas liberdades políticas e seu papel fundamental na formação de valores.

²⁶ OTERO, Paulo, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2009, p. 32 sobre uma concepção personalista do Direito Constitucional.

²⁷ SEN, Amartya, *A Ideia...*, cit., p. 132.

versam sobre escolha institucional como objetivo para a prossecução da justiça numa perspectiva tanto da realização das tarefas públicas, quanto da fiscalização desta realização, numa premissa maior de que a resolução a bom termo dos assuntos públicos constitui-se a agenda prioritária das instituições incumbidas deste encargo²⁸.

Neste contexto, é preciso refletir acerca do controle da função executiva da Administração no exercício de seu poder discricionário através do Ministério Público brasileiro enquanto instituição erigida à categoria de órgão essencial à justiça. Bem assim, acerca do desenvolvimento de suas funções precípua de guardião da Constituição e catalisador dos anseios sociais, numa perspectiva de se aferir qual sua efetiva colaboração no âmbito da concretização dos direitos fundamentais, cuja irrealização constitui-se no maior óbice à realização da justiça social.

Para tanto, ter-se-á que se fazer uma análise prático-efetiva dos instrumentos jurídicos postos à disposição do Ministério Público para o controle ético-político das tarefas desenvolvidas por outras instituições, notadamente o Estado (em suas variadas funções) em geral e, em particular, sobre as possibilidades do controle da atividade administrativa na sua vertente discricionária e, portanto, no exercício de seu poder de decisão. Tais preocupações são consentâneas com as indagações acerca de como as tarefas ministeriais podem adquirir maior eficácia na busca pela realização dos direitos fundamentais. Some-se a isto a possibilidade de se inserir em tal controle a efetiva, necessária e indispensável participação popular, enquanto instrumento de realização da justiça material²⁹ e desenvolvimento da capacidade humana de perseguir a justiça³⁰.

Nesta ordem de ideias, reconhecer que a Constituição brasileira de 1988, democrática e compromissária, inspirada em modelos sociais europeus do pós-guerra, afigura-se ainda insuficiente para fazer valer a força normativa³¹ que dela emana, constitui-

²⁸ SEN, Amartya, *A Ideia...*, cit., p. 130, em uma contraposição à Teoria de John Rawls acerca de “uma visão idealizada dos comportamentos e das instituições”.

²⁹ RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, Tradução de Carlos Pinto Correia, Presença, Lisboa, 2013, p. 90.

SEN, Amartya, *A Ideia...*, cit., p. 321-322.

³⁰ NEVES, Castanheira, “O Direito hoje e com que sentido? O Problema atual da Autonomia do Direito”, em *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 3º, Coimbra, Coimbra, 2008, p. 69, sobre o sentido dos direitos fundamentais. Para o autor este sentido consiste em se conferir a “comunidade o dever de reconhecer a cada pessoa a possibilidade de sua pessoal participação e realização”.

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 1150.

se na primeira dificuldade que enfrentaremos para abordar o tema que nos propomos estudar.

Antes de mais, as consequências do neoconstitucionalismo³² no Brasil trouxeram a reboque a imbricação de variados fenômenos no sistema jurídico brasileiro. A Constituição cidadã buscava criar um espaço de garantia de direitos até então irrealizáveis através de um Poder Legislativo clientelista e de um Poder Executivo servível a uma base de sustentação do poder político do Parlamento.

Entretanto, os variados fenômenos criados a partir de um novo Direito Constitucional - notadamente aqueles que densificam a abertura da interpretação de normas constitucionais através de princípios, a constitucionalização do Direito em geral e em especial do Direito Administrativo e a judicialização da política, com o fortalecimento do Poder Judiciário³³ - com vistas a concretizar os direitos constitucionais fundamentais ainda não materializariam as aspirações de uma sociedade livre, justa e igual. Ditos fenômenos em certa medida e apesar dos avanços, expõem o abissal fosso de interação entre os poderes do Estado brasileiro em matérias tanto de defesa destes direitos fundamentais quanto de fortalecimento da democracia.

Ressalte-se que a saída constitucional, ao tempo em que reacendia esperanças do fortalecimento de um Estado democrático de direito³⁴, instrumentalizava a atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público, erigidos à categoria de guardiões: o primeiro, guardião da Constituição³⁵, o segundo, guardião da sociedade. Era premente a

BARROSO, Luís Roberto, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito, o Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil”, em *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXI, Coimbra, 2005, p. 239, a força normativa da Constituição como um dos marcos teóricos do neoconstitucionalismo.

ATIENZA, Manuel. “Constitucionalismo, Globalización y Derecho”, em *El Canon Neoconstitucional*, Miguel Carbonell & Leonardo Garcia Jaramillo (eds), Trotta, Madrid, 2010, p. 265.

³² STRECK, Lênio Luiz, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, Saraiva, São Paulo, 2012, p. 36, chama a atenção para “as contradições patológicas provocadas pelo neoconstitucionalismo” que, no caso do Brasil (país de modernidade tardia) deposita “na loteria do protagonismo judicial a esperança de concretização do direito”.

³³ SARMENTO, Daniel, *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*, p. 4. Disponível em <http://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.doc> Consulta em 11/04/2014.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto, “Neoconstitucionalismo...”, cit., p. 235.

³⁵ SILVA, Suzana Tavares da, “O Tetralema do Controlo Judicial da Proporcionalidade no Contexto da Universalização do Princípio: Adequação, Necessidade, Ponderação e Razoabilidade”, p. 12, sobre a posição de não considerar o Tribunal Constitucional português o “guardião da boa-governança”.

necessidade de se encontrar um arrimo salvador³⁶, uma vez que o retrato do país mostrava uma democracia nascente de um regime ditatorial, uma sociedade emudecida pela violência e com uma representatividade política inexpressiva.

De fato, em matéria de controle, à época da promulgação da Constituição brasileira de 1988, a constitucionalização de direitos, instrumentalizada através da expressividade do poder político de controle, configurava-se como instrumento de reforço de fundamentalidade de direitos e, para os seus operadores era argumento para sua imediata aplicação.

Entretanto, a judicialização dos direitos não implementados pelas Administrações Públicas, notadamente os direitos fundamentais sociais decorrentes das formulações ineficazes de políticas públicas, apresenta-se, atualmente, como o calcanhar de Aquiles a estes mesmos operadores, que cansados de bradar que a consagração constitucional de direitos é a última linha para sua concretização, veem ressoar a impotência de suas próprias vozes³⁷.

É inegável que as demandas judiciais que discutem implementação de políticas públicas por parte da Administração Pública³⁸ não asseguram a concretização de direitos fundamentais sob a ótica de uma amplitude democrática³⁹: fornecer o serviço essencial e garantir o direito fundamental para todos os que querem e para todos os que precisam⁴⁰, em tempo razoável e sob uma gradação de prioridades⁴¹.

³⁶ SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra, Coimbra, 2011, p. 11.

³⁷ Pense-se, por exemplo, no ajuizamento de ações civis de improbidade administrativa, cujo exame de mérito não é, na maioria das vezes, apreciado pelos Tribunais brasileiros. O Conselho Nacional de Justiça no Brasil (CNJ) estabeleceu metas para julgamento das ações de improbidade administrativa e de crimes contra a Administração. Em um levantamento feito sobre o número de processos julgados, o judiciário brasileiro proferiu 50.435 decisões em 2012 e 2013, dentre as 113.798 ações distribuídas até 2011, ou seja, 55% das ações ajuizadas. Também do CNJ, fala-se em um total de julgamentos (corrupção, lavagem de dinheiro e improbidade) de 1.637 ações (em 2012 - que teriam resultado em 205 condenações definitivas), além de 2.918 ações prescritas (em 2010/2011) e 25.799 em tramitação. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24270-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-e-improbidade-em-2012>

³⁸ BARROSO, Luís Roberto, “Neoconstitucionalismo...”, cit., p. 280-286, sobre o déficit democrático do Poder judiciário no controle das políticas públicas.

³⁹ OTERO, Paulo, “*Instituições...*”, cit., p. 487, no sentido de Constituição estar “a serviço da pessoa humana como fim em si mesmo, da sua dignidade e dos inerentes direitos fundamentais”.

⁴⁰ LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado social?* Coimbra, Coimbra, 2010, p. 74.
ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais...*, cit. p. 357 ss.

Consideradas a baixa produtividade brasileira e a má distribuição de renda (problemas que não serão desenvolvidos neste trabalho), há que se refletir se ainda, sob este modelo, é possível conseguir criar condições⁴² para que a sociedade possa usufruir do essencial em matéria de direitos fundamentais sociais. Afinal, não basta a consagração constitucional de direitos para sua real efetividade; entre a garantia de direitos e sua real concretização existe um caminho que o Estado de direito brasileiro ainda não logrou percorrer, apesar dos debates e das determinações judiciais sobre temas de relevante interesse público.

Assim, a sobrevivência das normas constitucionais enquanto conjunto de regras norteadoras da vida em sociedade, assim como a conformação do Estado constitucional enquanto socializador e garantidor⁴³ dos anseios sociais, depende da percepção de que há um nítido vazio entre o mundo jurídico com suas imposições e determinações e o mundo real com seus ajustes e meandros de consenso⁴⁴, onde as regras jurídicas de normatividade superestadual⁴⁵ já hoje exercem forte influência na forma de vida para além da força e do poder do Estado.

O homem, enquanto ser individual, considerado como único em dignidade e igual em direitos, ainda não experimentou o modelo ideal de justiça, o modelo ideal de distribuição de bens, o modelo ideal de solidariedade consagrado em normas postas como absolutas. Forçoso é reconhecer tão grande desconexão. Constatar que o mundo jurídico-constitucional está cada vez mais distante do mundo real pode causar o impacto de constitucionalidade que não estamos preparados para enfrentar.

⁴¹ Sob esta ótica, as instituições jurídico-políticas com funções de controle de políticas públicas, a exemplo do Poder Judiciário – guardião da Constituição e do Ministério Público - guardião da sociedade, precisam redimensionar o exercício da função de controle, sob uma vertente de tornarem-se “Tribunais catalíticos das demandas”, como forma de reequilibrar as funções de Estado encarregadas da concretização dos direitos fundamentais.

⁴² Sobre criar condições para que a sociedade possa adquirir e usufruir de instrumentos essenciais a uma existência condigna, é de fundamental importância a discussão acerca do papel que tem o Estado em disseminar e fomentar a aquisição destas capacidades. É o conceito de Estado de ativação social, aquele através do qual as possibilidades são construídas e as responsabilidades são divididas. Não somente na economia, no fomento ao trabalho e à aptidão profissional, mas nas práticas direcionadas ao desenvolvimento da ética social e do desenvolvimento do ser pessoa individual.

⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional...*, cit., p. 335, sobre o princípio da socialidade.

GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 50, sobre o Estado de garantia.

⁴⁴ NEVES, Castanheira, em “O Direito Como Validade...”, cit., p.171.

⁴⁵ SILVA, Suzana Tavares, *Um Novo Direito Administrativo*, Coimbra, 2010, p. 19.

Entretanto, a busca de soluções para um modelo de sociedade menos injusta deve passar por tal reconhecimento e estabelecer uma ruptura com o formalismo exacerbado do pensamento jurídico, que ao sobrepor a vontade política de alguns em um projeto constitucional, mitiga, interrompe e adormece a vontade política de muitos⁴⁶ que não sabem, não querem ou simplesmente não exercitam seus próprios direitos fundamentais tais quais programados em uma carta política⁴⁷.

Atribuir a (in) realização do direito à (in) eficácia das normas constitucionais e de sua categoria de direitos constitucionais positivados seria transformar o sentido operacional do direito a meras proclamações formais, dissociadas do fenômeno vital que o cria e transforma para além do que socializa os acontecimentos, matéria prima na formação e na produção deste mesmo direito.

A questão que se coloca desde logo é a percepção de que uma carta política e dirigente como a brasileira, em que pese os avanços sociais alcançados após sua promulgação, causa ainda um sentimento de descrédito, de justiça não distribuída, de ausência de continuidade e de vácuo intertemporal⁴⁸. Há aqui uma clara cisão entre sociedade e direito, entre poder e legitimidade, entre compromissos e resultados, cuja ausência do elemento de coesão social é claramente identificável⁴⁹. Tal coesão só poderá ser composta através de um Estado que antes de tudo seja um Estado de ativação social a fim de que a sociedade possa encontrar o caminho de fortalecimento necessário ao exercício de direitos e ao controle dos seus legitimados para o exercício do poder, que em um Estado democrático de direito, só ela pode conferir.

⁴⁶ NEVES, Marcelo, *A Constitucionalização Simbólica*, Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 187, sobre a intocabilidade das “estruturas sociais e das relações de poder” e sobre a necessidade de “constitucionalização da realidade jurídica e juridificação das relações políticas”.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel, “*O Neoconstitucionalismo...*”, cit., p. 11.

⁴⁸ NEVES, Marcelo, *A Constitucionalização...*, cit., p. 188, sobre o descrédito da “autoridade pública”.

⁴⁹ SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais...*, cit., p. 16, sobre a crise do constitucionalismo.

Capítulo I - O Ministério Público, o Estado-Administração e a Sociedade: o sentido prático da realização do direito.

Abordar o tema do controle da função executiva da Administração no exercício de seu poder discricionário no Brasil não é uma tarefa fácil⁵⁰. São inúmeros os argumentos que podem ser elencados para demonstrar a aridez e as dificuldades que esta problemática conduz⁵¹. Entretanto, é a inafastável busca pela coerência na aplicação prática do sentido do direito⁵² que deságua na presente abordagem. Tal premissa precisa necessariamente estar inserida num contexto político, social e cultural que deve ser

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz, *Verdade...*, cit., p. 41, sobre o problema da insindicabilidade do mérito administrativo e o não enfrentamento do problema pela doutrina administrativista brasileira.

⁵¹ O tema veio a lume no Brasil após o ajuizamento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 45) em 2004 e cujo objeto de discussão era a possibilidade do Poder Judiciário controlar políticas públicas ao encargo dos Poderes Executivo e Legislativo. A ação restou assim ementada: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)”.

A referida ADPF foi proposta em razão de veto do presidente da República sobre o parágrafo 2º do art. 55 da proposta legislativa que se converteu na Lei Federal n. 10.707/03, que versava sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias da União, destinada a fixar as diretrizes à elaboração da lei orçamentária para 2004. O dispositivo vetado determinava o que se entendia por ações de serviços públicos na área da saúde, a saber, a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. O autor da ação explicitou que o veto implicou desrespeito ao preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional n. 29, de 2000, promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. A ação foi julgada prejudicada em razão do envio ao Congresso Nacional, pelo presidente da República, da Lei Federal n. 10.777/03, versando sobre o mesmo tema e incluindo o dispositivo vetado. Suprimiu-se, com isso, a omissão que motivou o ajuizamento da ação de descumprimento de preceito fundamental em comento. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de provocar a situação de prejudicialidade da arguição, o ministro Celso de Mello, em seu voto, enfatizou não poder deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência é instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto constitucional, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias das determinações plasmadas na própria Constituição da República.

⁵² NEVES, Castanheira, “O Direito hoje...”, cit., p. 71, sobre a necessidade da “prática cumprida” e não somente “intencionalmente pensada”.

abarcado pelo pensamento jurídico, tanto quanto ideal de justiça a ser perseguido, quanto enquanto instrumento de sua realização.

Sendo assim, há que se considerar que o direito e a realidade se aproximam e se afastam num movimento cíclico de ir e vir inacabado e a todo tempo reconstruído. Não se discute a autonomia⁵³ do direito enquanto ciência, mas é preciso aceitar que tal autonomia do direito não o pode dissociar das constantes mudanças na realidade social⁵⁴, o que se constitui em material vivo para sua transformação. Dessa forma, o direito apresenta-se hoje, como apresentou-se outrora, como lume a ser seguido e, ao mesmo tempo, como reflexo da luz encontrada através de sua direção.

Tal premissa serve de parâmetro para se averiguar qual o sentido prático do direito enquanto instituição de validade e enquanto instrumento de institucionalização⁵⁵, ou seja, para ser direito há que se reclamar uma atitude de validade que confira autonomia frente à realidade, mas que dela não se dissocie. Por outro lado, enquanto instrumento de institucionalização, como o direito pode reger a formação, o desenvolvimento e os objetivos daquelas instituições que foram criadas para desempenharem no corpo social a sua primordial função: reconhecer e garantir a dignidade da pessoa humana e, ao mesmo tempo, oferecer os parâmetros referenciais para a coesão do corpo social.

Assim, é de se questionar qual o papel exercido pelas instituições enquanto conformadoras do sentido do direito e condutoras de princípios éticos fundamentais⁵⁶ necessários ao desenvolvimento do homem, do cidadão e do corpo social. Como delegar tais tarefas às instituições e em que medidas elas estão aptas a perseguir tais objetivos, são indagações imprescindíveis quando se está em causa a prossecução da justiça⁵⁷.

⁵³ NEVES, Castanheira, “O problema da Universalidade do Direito – ou o Direito hoje, na diferença e no encontro humano dialogante das culturas”, em *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3^o, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 115, sobre a autonomia do direito “enquanto realidade histórico-cultural de nossa civilização”.

⁵⁴ HABERLE, Peter, *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*, Trad. Carmen Zavala, Almedina, Coimbra, 2001, p. 49.

⁵⁵ NEVES, Castanheira, “Coordenadas...”, cit., p. 39, sobre a autenticidade do direito como “*instituição de validade*” e não como “*mero instrumento social de institucionalização e de organização*”.

⁵⁶ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “Direito, Ética e Estado – Brevíssimas Reflexões em Diálogo com Barbosa de Melo”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Barbosa de Melo*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 37, sobre o ponto de intersecção entre direito e ética, disciplinas que têm em comum versarem sobre fatos e incidirem sobre validade.

⁵⁷ HABERLE, Peter, *La imagen...*, cit., p. 55, onde o autor chama a atenção para a necessidade do

Tais objetivos e compromissos foram desenhados e redesenhados nos textos constitucionais⁵⁸ ao longo do tempo e como reflexos das lutas políticas e das tensões entre Estado e sociedade, o que se transformou no modelo político-organizacional do atual Estado democrático de direito: a divisão e a distribuição entre poderes do Estado, a criação de instituições colaborativas na edificação da prossecução da justiça e da fiscalização de sua realização (como o Ministério Público) e a observância de sempre: a premissa maior e a causa primeira, que é a preocupação com o homem, dotado de dignidade e, portanto, de direitos⁵⁹.

Assim, no tocante à posição Estado-Administração, enquanto instituição criada para executar materialmente o direito pensado e elaborado para reger a vida em sociedade⁶⁰, é certo que se apresenta como ente de fundamental importância nesta realização: primeiro porque lhe foi conferida a tarefa de fazer, de realizar, de responder às demandas sociais, o que, de logo, já exige um sentido prático mais acurado, uma visão do todo mais aguçada, um sentido ético condutor diuturnamente vigiado e um poder-dever de decidir que suscita maiores responsabilidades⁶¹. Depois, porque serve de propulsor de um programa político e social aglutinador de muitos e conflitantes interesses com vistas à criação dos meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais.

De outra banda, a posição do Ministério Público neste contexto enquanto órgão fiscalizador da bondade das ações do Estado-Administração lhe confere uma posição de *garante ideal* da efetivação dos direitos perseguidos, numa premissa de que lhe cabe a tarefa de averiguar o cumprimento das obrigações abarcadas pelo Estado-Administração. Tais ideias necessariamente devem passar por uma análise criteriosa acerca de uma delimitação no exercício das funções, de modo a evitar que o direito se apresente institucionalmente ineficiente⁶², tanto sob o âmbito do executar, quanto na dimensão da fiscalização de sua execução.

jurista, aplicador do direito positivo conhecer as máximas da justiça e os elementos essenciais do Estado Constitucional.

⁵⁸ OTERO, Paulo, “*Instituições*”..., cit., p. 32, sobre uma concepção personalista do Direito Constitucional.

⁵⁹ NEVES, Castanheira, “O problema da universalidade...”, cit., p. 115, sobre o papel das constituições enquanto instrumentos de “fundação” e de “refundação” da história e do Estado.

⁶⁰ HABERLE, Peter, *La imagem...*, cit., p. 50, o autor chama a atenção para o trabalho do jurista no nível do *dever*, mas numa perspectiva do *ser*.

⁶¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça...*, p. 80.

⁶² NEVES, Castanheira, “O Direito hoje...”, cit., p. 44.

Nesta seara, o fortalecimento da atuação do Ministério Público conduz a uma preocupação com a eficiência⁶³ no desenvolvimento de suas funções. Isto porque, seja quando atua precipuamente em sua função de aglutinação de vontade social (quando realiza atividades informais de atendimento ao público, promove audiências públicas ou medeia ajustamento de condutas entre os cidadãos e entre estes e o Estado) seja quando defende interesses difusos e coletivos (através da interposição de ações judiciais resultantes da fiscalização da atividade executiva da administração), o certo é que o caráter intrínseco da atividade ministerial enseja uma atuação político-social que está imbricada nas relações entre os cidadãos e as instituições. O fortalecimento dos órgãos de controle em qualquer seara, administrativa, legislativa ou judicial, pode refletir uma ausência de coesão social tão necessária ao fortalecimento da democracia e à luta pela efetivação de direitos enquanto responsabilidade de todos e não apenas das instituições consideradas como sendo a última trincheira da justiça.

Neste sentido constitui-se de inafastável preocupação o papel que desempenha a sociedade neste contexto. Se, acima de tudo, é para se conferir dignidade ao homem, enquanto ser individual e social⁶⁴, que foram criadas as instituições numa dimensão político-organizativa (para realizar) e numa dimensão estruturante (para pensar o direito), mister que este ser pessoa⁶⁵ seja inserido nesta ordem de valores, não apenas como destinatário, mas como sujeito de direitos⁶⁶.

A função essencial do Ministério Público enquanto agente *garante* dos interesses sociais e individuais indisponíveis neste contexto é o fomentar que este protagonismo encontre espaço no *locus* social em movimento, de onde nascem as demandas e de onde devem partir as propostas para as respectivas soluções. A dimensão estruturante do pensar o direito e a dimensão político-organizativa de realizar o direito

⁶³ SILVA, Suzana Tavares, “O princípio (fundamental) da eficiência”, p. 521, sobre o atraso na autonomização do princípio da eficiência em razão “da bondade das soluções legais ditadas pelo princípio democrático”. Disponível em: http://sigarra.up.pt/fdup/pt/publs_pesquisa.show_publ_file?pct_gdoc_id=5682.

⁶⁴ HESSEL, Stephane, *Não Vos Rendais*, Santillana Editores, S.A., 2013, p. 30, sobre a capacidade do homem em 'bastar-se a si mesmo' e não necessitar de 'um guia supremo'.

⁶⁵ NEVES, Castanheira, “Uma reflexão filosófica sobre o Direito – 'O deserto está a crescer... ou a recuperação da filosofia do Direito?'”, em *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 3º, Coimbra, Coimbra, 2008, p. 96.

⁶⁶ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “Direito, Ética e Estado...”, cit., p. 38.

pensado passam por um ponto de intersecção que é a priorização da tutela coletiva⁶⁷, obrigação constitucional do Ministério Público brasileiro e razão basilar de sua existência.

1.1 O Ministério Público e sua função essencial à justiça: a tutela coletiva como prioridade.

O Ministério Público brasileiro, nas últimas décadas, notabilizou-se enquanto órgão representativo dos interesses sociais. Isto porque a Constituição brasileira o erigiu à categoria de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁶⁸. Este status constitucional o conduz a ocupar uma posição *sui generis* em relação aos demais órgãos da estrutura administrativa do Estado brasileiro de modo a exercer um indispensável papel no fortalecimento da democracia no país⁶⁹.

⁶⁷ A característica distintiva da ação coletiva em face da ação individual é a possibilidade de maior amplitude do acesso à justiça, a celeridade e a economia processual e a uniformidade de julgamentos. Ressalte-se que tramita no Legislativo Brasileiro o Código de Processos Coletivos através do Projeto de Lei de nº 5139/2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>. Consulta realizada em 16 de setembro de 2014.

⁶⁸ Constituição Federal, artigo 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”. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_13.07.2010/art_127_shtm. Consulta realizada em 25/08/2014.

⁶⁹ O Ministério Público brasileiro é uno e indivisível e funcionalmente independente. A Lei 8.625/1993 de 12/02/1993 institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público Brasileiro e dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério dos Estados. Seu artigo 1º, parágrafo único aduz: “São princípios institucionais do Ministério Público: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”. No Brasil, a autonomia funcional do Ministério Público permite-lhe a ampla fiscalização da Administração Pública notadamente no que concerne à realização das políticas públicas para concretização dos direitos fundamentais sociais e à defesa da probidade na Administração.

Muito se tem discutido acerca da atribuição conferida ao Ministério Público brasileiro no que concerne à sua capacidade de exercer a fiscalização da Administração Pública em defesa da moralidade e da probidade administrativas, haja vista a necessidade de combater a prática corrosiva da corrupção no país. Em represália a esta atuação do Ministério Público, em 2013, a Câmara dos Deputados votou a Proposta de Emenda Constitucional de número 37, conhecida como PEC da Impunidade. A proposta retirava do Ministério Público os poderes investigatórios na seara criminal. O artigo 144 da Constituição Federal teria o parágrafo décimo acrescido para definir a competência para a investigação criminal, delegando esta competência exclusivamente às polícias (Polícias Federal e Cíveis dos Estados e do Distrito Federal), retirando-a das atribuições do Ministério Público. A proposta foi rejeitada após grande pressão popular ocorrida nos meses de junho e julho de 2012 no Brasil. Disponível em

O artigo 127 da Constituição brasileira de 1988 amplia o leque de responsabilidades do Ministério Público, convolvendo-o à defesa do regime democrático e dos interesses sociais⁷⁰. Assim, enquanto defensor da ordem jurídica do Estado brasileiro, a instituição do Ministério Público é responsável pelo controle da legalidade e da juridicidade administrativa, na esteira da busca pela efetivação das políticas públicas que conduzam à satisfação dos interesses sociais plasmados na Constituição.

Entretanto, tendo em consideração a busca pelo sentido do direito, é que devemos nos afastar da ideia simplista de que este controle é condição suficiente para salvaguardar a manutenção da ordem jurídica plasmada na Constituição.

Em primeiro lugar porque a tutela coletiva de tais direitos abrange um universo de muitos interesses impossíveis de serem tutelados somente através da instrumentalização das ações coletivas interpostas pelo Ministério Público. Por tutela coletiva entenda-se a) a defesa dos interesses difusos – aquelas posições transindividuais pertencentes a vários indivíduos, de natureza indivisível e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato⁷¹⁻⁷²; b) a defesa dos direitos coletivos stricto sensu (direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo,

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>. Consulta realizada em 08 de setembro de 2014.

⁷⁰ O artigo 129, III da Constituição brasileira preceitua: São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. A Lei de Ação Civil Pública de número 7.347/1985 de 24/07/1985 é a maior expressão da missão constitucional do Ministério Público no Brasil na defesa dos interesses sociais indisponíveis: Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio ambiente; II - ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística; VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; VIII – ao patrimônio público e social. Disponível em http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf127a130.htm. Consulta realizada em 05 de setembro de 2014.

⁷¹ Ressalte-se a contradição existente na expressão “direitos difusos”. Considere-se que os direitos possuem titulares determinados, ou, ao menos, determináveis. Assim, a expressão “direitos difusos” torna-se ambígua e de difícil margem interpretativa em termos de análise de defesa de tutela coletiva, especialmente no que se refere às posições jurídicas substantivas decorrentes, no caso delimitador do presente estudo, dos direitos prestacionais do Estado social.

⁷² ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, Coimbra, 2011, p. 57, sobre a delimitação entre posições jurídicas substantivas e os interesses simples ou de fato. As primeiras como sendo aquelas que trazem uma intenção normativa de proteção (em primeira linha, os direitos subjetivos e, em segunda linha, os interesses legalmente protegidos). Já os segundos como sendo aqueles que representam vantagens genéricas e ocasionais para os administrados.

categoria ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis, enquanto grupo, categoria ou classe e ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base); e, c) a defesa dos direitos individuais homogêneos (direitos com natural dimensão coletiva, fruto da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes)⁷³⁻⁷⁴.

Depois, porque o atingimento a bom termo dos objetivos plasmados na Constituição Federal brasileira depende de uma articulação entre Estado e sociedade na busca pela realização material do direito através da eleição do que é prioridade nacional em termos de concretização de direitos fundamentais. O controle desta competência é justificável quando a ausência do Estado em realizar a busca material pelo sentido do direito provoca em Estado de necessidade administrativo (tema que desenvolveremos na segunda parte do trabalho) tal, que exige a responsabilidade de outras instituições⁷⁵.

Portanto, enquanto órgão legitimado ativo na defesa dos interesses sociais⁷⁶, sua função não se restringe a uma observância estática da manutenção da ordem jurídica,

⁷³ Ver definições na Lei 8078/90, Código de Defesa do Consumidor, artigo 81, parágrafo único e seus incisos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm.

⁷⁴ Observe que o Código de Defesa do Consumidor brasileiro em seu artigo 81 não estabelece diferença entre direitos e interesses. O operador jurídico em geral e o agente do Ministério Público em particular, ao tratarem sobre tutela coletiva, precisam estar atentos à interpretação desta norma específica do direito brasileiro. Interpretação esta que deve buscar averiguar se há ou não necessidade de uma norma de direito objetivo que proteja determinados interesses particulares. Esta ponderação poderá delimitar a linha de fronteira entre as posições jurídicas substantivas (as quais abarcam direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos) e os meros interesses de fato. A ausência desta limitação produz uma infinidade de pretensões com variáveis essencialidades, mas estabelecidas no mesmo diploma legal e portanto consideradas com o mesmo grau de importância em termos de defesa. Ver ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...cit.*, p.56 sobre as posições jurídicas administrativas dos particulares perante a Administração.

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi, "El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo e su divergencia de la realidad", em *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p. 20.

⁷⁶ A legitimidade ativa do Ministério Público para a defesa dos interesses sociais é concorrente. Ao seu lado são também legitimadas as instituições elencadas no Art. 5 da Lei de Ação Civil Pública: Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I- o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Consulta realizada em 08 de setembro de 2014.

mas apresenta-se como elemento aglutinador de interesses⁷⁷ na formação e na manutenção desta mesma ordem. Atente-se para o fato de que, na Constituição brasileira, o Ministério Público, apesar de compor a estrutura organizacional do Estado, situa-se, ao lado da Defensoria Pública e da Advocacia Geral da União, em capítulo apartado, como órgão essencial à justiça⁷⁸⁻⁷⁹.

Nesta ordem de ideias é que, ao lado de uma função meramente formal do controle da legalidade administrativa, ao Ministério Público cabe a defesa dos interesses sociais, o que o coloca numa posição de também responsável pela realização material dos direitos fundamentais, notadamente os sociais.

No Brasil, onde a concretização dos direitos fundamentais sociais ainda não se realizou e as desigualdades desafiam a força normativa da Constituição, o trabalho desenvolvido pelo Ministério Público no sentido de fazer cumprir os ditames constitucionais⁸⁰ cria, desde logo, duas situações por vezes inconciliáveis: a primeira é que a juridicização da política (e, portanto, o controle da discricionariedade administrativa) não logrou obter o sucesso esperado com a constitucionalização de direitos⁸¹. Depois, a defesa dos interesses sociais aproxima o Ministério Público da sociedade, na medida em que este constitui-se no receptor dos anseios sociais, funcionando como um elo de ligação entre a sociedade e as instituições⁸².

Ditas situações apresentam-se às vezes inconciliáveis por que a função última do Ministério Público é a defender os interesses sociais. Para exercer este mister, possui à sua disposição variados caminhos dentre os quais aqueles que não levam

⁷⁷ DIAS, João Paulo, *O Ministério...*, cit., p. 157.

⁷⁸ Ao Ministério Público brasileiro é vedada a representação judicial do Estado ou a prestação de consultoria jurídica a entidades públicas, conforme dispõe o artigo 129, inciso IX da Constituição Federal. O Estado brasileiro em nível federal e os Estados da federação em níveis estaduais possuem procuradorias jurídicas, órgãos criados para exercerem a defesa dos interesses estatais. Assim, após a Constituição de 1988 o Ministério Público brasileiro deslocou-se da submissão ao Estado e possui autonomia funcional para exercer suas funções fiscalizatórias no âmbito da função executiva do Estado e precipuamente em defesa da moralidade e da probidade administrativas.

⁷⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça...*, cit., p. 143, sobre o desempenho de funções incompatíveis do Ministério Público português no mesmo processo, ora como defensor dos interesses do Estado, ora como defensor dos interesses do administrado, o que configura um “conflito virtual” entre a “autonomia do Ministério Público e a representação do Estado-parte”.

⁸⁰ OTERO, Paulo, *Instituições...*, cit., p. 491.

⁸¹ SARMENTO, Daniel, *O Neoconstitucionalismo...*, cit., p. 24.

⁸² DIAS, João Paulo, *O Ministério...*, cit., p. 169, sobre o Ministério Público enquanto interface do sistema jurídico.

necessariamente à adoção de providências judiciais para realização do direito.

Neste passo, ressalta-se a observância de realizar atendimentos individuais, audiências públicas, firmar termos de ajustamentos de conduta⁸³⁻⁸⁴, fomentar o desenvolvimento comunitário para aquisição de conhecimentos que traduzam as aspirações sociais nas mais diversas áreas como saúde, educação, meio ambiente, planejamento urbano e que chancelam a atividade ministerial voltada para o desenvolvimento do bem estar coletivo como prioridade. Sobre este âmbito de aproximação entre o Ministério Público e a sociedade, na medida em que este constitui-se no recebedor dos anseios sociais, temos que a Constituição lhe outorga o dever de funcionar como catalisador das demandas e como elemento de ligação entre a sociedade e a Administração Pública no sentido de se descobrir e estabelecer prioridades com vistas a efetivar a justiça social.

Por outro lado, para exercer a função de defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o Ministério Público brasileiro recebe ainda a função de representar os interesses comunitários, através de sua atividade processual, funcionando como legitimado ativo para obter provimento jurisdicional em áreas cujo interesse coletivo demande a necessária intervenção⁸⁵. Nestas circunstâncias é a defesa do interesse público,

⁸³ O Ministério Público tem como instrumento de consenso público a possibilidade de realizar ajustamentos de conduta entre as partes. É uma forma extrajudicial de resolver conflitos e tem natureza jurídica de título executivo judicial. Seu descumprimento possibilita ajuizamento de ação judicial. O termo de ajustamento de conduta foi inicialmente previsto no artigo 211 da Lei 8069/90, Estatuto da criança e do Adolescente. Depois foi regulamentado nos termos do artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor, instrumento que veio a introduzir o parágrafo 6º no artigo 5º da Lei 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Tal dispositivo passou a ser aplicável aos direitos coletivos lato sensu (direitos difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos, conceituados no artigo 81, parágrafo único, inciso I do CDC). A norma do artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor acrescentou o artigo 21 à Lei da Ação Civil Pública. O termo de ajustamento de conduta é previsto também nos parágrafos 1 ao 4 da Lei nº 8.884/94, diploma sobre a ordem econômica, e nos parágrafos 1 ao 8 do art. 79-A da Lei nº 9.605/98, que cuida das infrações contra o meio ambiente. Está disciplinado ainda no artigo 14 da Resolução número 23 do Conselho Nacional do Ministério Público brasileiro. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/resolucoes/2814-resolucao-23>. Consulta realizada em 08 de setembro de 2014.

⁸⁴ TESHEINER, José Maria e PEZZI, Sabrina, “Inquérito civil e compromisso de ajustamento de conduta”, em *Revista de Direito Administrativo*, v. 263, Rio de Janeiro, maio/ago. 2013, p. 67-94, sobre a natureza jurídica dos termos de ajustamento de conduta. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/10645/9650>

⁸⁵ A Lei Complementar número 75/93 em seu artigo 6º, inciso VII disciplina os instrumentos de atuação postos à disposição do Ministério Público brasileiro quando atua na defesa da coletividade: VII - “promover o inquérito civil e a ação civil pública para: a) a proteção dos direitos constitucionais; b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; c) a proteção dos

do patrimônio público, da eficiência e da probidade administrativa as principais causas de ajuizamentos de ações coletivas tendentes a salvaguardar os interesses sociais da coletividade.

Assim, relativamente aos direitos constitucionais positivados e irrealizados, considere-se que sua irrealização pela Administração Pública, em razão da ausência de políticas públicas, leva o Ministério Público a exercer o controle da função de execução da atividade administrativa, através do ajuizamento de ações civis públicas com obrigação de fazer, em diversas áreas de proteção de direitos, mas cuja efetividade não acontece no ritmo e com o alcance esperado pelos destinatários da política.

Entretanto, esta dubiedade de atribuições necessita de delimitações claras, no sentido de se evitar que a sobreposição de funções e o desvirtuamento das responsabilidades que cabem a cada órgão crie uma aparência de poder, que só será concretizado através de uma verdadeira inter-relação de forças com a sociedade. Ressalte-se que poder sem força é poder ineficaz⁸⁶. Entenda-se por força a expressão do poder enquanto capacidade de ser agente transformador de realidades, o que, ao fim e ao cabo, é função de todos que se imbuem no objetivo da realização do direito.

Daí então a necessidade de se dar maior importância à tutela coletiva dos direitos fundamentais pelo Ministério Público. Esta necessidade radica em dois fundamentos: um de ordem material e outro numa perspectiva de funcionalidade. Quanto ao primeiro, é a razão de ser da defesa de direitos da coletividade que reforça a ideia do homem enquanto ser social. Ao tempo em que é considerado como ser individual, único e irrepetível, o homem é destinado a viver em coletividade e essa assertiva deve estar associada à forma como se vive em comunidade. A socialidade enquanto dimensão da essência humana deve ser uma preocupação das instituições em geral, e do Ministério Público em particular, quando se discute concretização de direitos.

De outra banda, quanto à perspectiva da funcionalidade do sistema jurídico, a preocupação com a tutela coletiva dos direitos fundamentais deve residir na escolha

interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor; d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Consulta realizada em 08 de setembro de 2014.

⁸⁶ ARENDT, Hannah, *A Condição Humana*, trad. Roberto Raposo, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2014, p. 250.

pública que se faz para a concretização de tais direitos. Assim, a preocupação primeira do Ministério Público deve ser a de assegurar que este discurso público acerca das garantias de direitos fundamentais, em termos difusos e coletivos, possa ser assegurado e a de que os instrumentos legais para sua efetivação possam ser utilizados como garantia de amplo acesso à justiça e de uniformidade de ações.

Por conseguinte, se discute a defesa coletiva de direitos subjetivos pelo Ministério Público em razão de uma argumentação que diz respeito à necessidade das ações fiscalizatórias de controle se coadunarem com a denominada macro-justiça⁸⁷. É o que se considera como sendo o conjunto de políticas públicas destinadas à concretização de direitos fundamentais e deve estar aliada à forma como a Administração Pública elegeu seu programa, com base no orçamento previamente estabelecido, de forma que a fiscalização esteja direcionada ao cumprimento dos fins encetados, com a necessária participação popular como instrumento desse controle.

Obviamente, a ausência de uma atividade administrativa imbuída destes fins obriga a uma interferência necessária dos órgãos de fiscalização e controle no tocante à função de execução da Administração, dado o caráter omissivo e incumpridor do órgão responsável pela política. Dessa forma, as ações direcionadas à efetividade dos direitos fundamentais devem ser pensadas para toda a coletividade, de modo que a tutela coletiva desses direitos constitua-se a obrigação primeira do Ministério Público, através (como última *ratio*) das ações civis públicas, expressão maior de instrumentalização conferido ao Ministério Público em sede de controle da competência administrativa.

Duas últimas notas relacionadas à observância da imperatividade da tutela coletiva dos direitos fundamentais pelo Ministério Público são necessárias. Elas assentam-se no fundamento jurídico encontrado nos princípios da universalidade e da igualdade dos direitos fundamentais enquanto direitos de todos.

Quanto à universalidade temos que os direitos fundamentais são direitos de todos conforme preceitua o artigo 5º da Constituição Federal brasileira. Assim há que se indagar se são direitos de todos, de todos que querem ou de todos que precisam. Pergunta-se: a universalidade do acesso a direitos deve respeitar uma ordem de prioridades? Em

⁸⁷ BARCELOS, Ana Paula, “Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático”, em *A Constitucionalização do Direito, Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Claudio Pereira de SOUZA NETO e Daniel SARMENTO (coordenadores), Lumen Juris, 2007, p. 614.

sendo assim, quais os critérios estabelecidos para se chegar a essa ordem? Deve-se levar em conta aqueles que mais precisam, em detrimento daqueles que menos precisam, com base no critério valorativo do vetor econômico? Os critérios de participação social, de expressividade de demandas e de construção coletiva deveriam ser levados em conta quando se discute estabelecimento de prioridades?

Todas essas questões pairam sobre os operadores do Direito, mormente em tempos de grandes aspirações e de profundas mudanças sociais. O princípio da universalidade de direitos deve ser observado e tutelado com uma preocupação adicional: o respeito às crenças e preferências das comunidades locais como condição da necessária coesão social, enquanto instrumento da realização material do direito.

É certo que os instrumentos de defesa dos direitos fundamentais são claramente universalistas e primam pela proteção e pela manutenção da salvaguarda do mínimo ético que proteja a dignidade humana. Entretanto, é necessária a busca de equilíbrio entre a defesa dos direitos em caráter universal e o respeito pelas experiências e diversidades das comunidades locais (ademais em países de dimensões continentais como o Brasil) como pressuposto desta efetivação de direitos através das políticas públicas⁸⁸. O desenvolvimento da confiança gerada entre o responsável pela política e seu destinatário pressupõe a oitiva de demandas locais, o aproveitamento de soluções pensadas pelas pessoas e a interação entre o planejamento e a execução da política destinada à realização do direito fundamental, de modo a que o que se quer se transforme no que se realiza na prática.

Esta nova concepção do mundo jurídico que alinha a preocupação da defesa universalista dos direitos com o respeito ao multiculturalismo propicia o antigo debate sobre o tema da igualdade enquanto princípio geral do Direito. Aqui é a finalidade da política pública, ou melhor, o fim a ser atingido através da função executiva da Administração que delimitará o quanto deverá ser relativizada a igualdade.

Para tanto, conceitos valorativos que relativizam o princípio da igualdade não podem ser desconsiderados, uma vez que as desigualdades sociais exigem instrumentos diferenciados para o alcance de saídas que precisam ser encontradas com o escopo cimeiro de se reduzir as desigualdades que afrontam e desafiam o sentido de

⁸⁸ SANTOS, Boaventura, *Por uma concepção Multicultural de Direitos Humanos* em reconhecer para Libertar- Os Caminhos do Cosmopolitismo Cultural, Afrontamentos, Porto, 2004, p. 333.

alcance material da justiça. Não pode ser considerada sob este prisma a igualdade formal de origem aristotélica, mas a igualdade que possui um conteúdo delimitado pela própria justiça⁸⁹.

Portanto, estabelecidas as bases de ponderação para escolha pública em matéria de políticas para concretização dos direitos fundamentais há que se considerar a importância do princípio da igualdade de oportunidades⁹⁰ em matéria de planejamento de políticas públicas para o alcance do desenvolvimento do homem enquanto ser social e apto a possuir a autodeterminação e o conhecimento⁹¹ necessários a influir criticamente nos processos decisórios que afetam sua vida em particular e sua relação com os membros da comunidade onde está inserido.

Registre-se, por fim, principalmente em tempos de crise econômico-financeira, que os sacrifícios de ordem material (econômica) podem até ser suportados pela sociedade, quando este entendimento de vida comunitária é apreendido e vivenciado em suas práticas rotineiras. É através da coesão social que se distribuem as responsabilidades pelo sucesso ou pelo insucesso das escolhas públicas. Aproximar-se do cidadão significa possibilitar que ele se utilize dos instrumentos que legitimam suas escolhas comunitárias e este exercício de defesa de direitos começa pela prática realizada pelas instituições que têm a obrigação de fomentar, partilhar e defender a ética pública enquanto pressuposto da realização da justiça.

1.2 O Estado-Administração e a ética da responsabilidade partilhada entre as instituições: os princípios e seus valores estruturantes, a observação e a interpretação.

No Brasil, passado o momento de euforia pós-Constituição de 1988 e verificadas as persistentes violações de direitos fundamentais, emerge um fenômeno social decorrente do abissal fosso entre Estado e sociedade: é o descrédito social nas instituições públicas⁹². É, portanto, perceptível a inexistência de um elemento de agregação entre a

⁸⁹ GARCIA, Maria da Glória, “O Princípio...”, *cit.*, p. 9.

⁹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito...*, *cit.*, p. 430.

⁹¹ PASCUAL ESTEVE, José Maria. *Governança Democrática...*, *cit.*, p. 40, sobre capital cultural.

⁹² A Fundação Getúlio Vargas avaliou em 2012 o grau de confiabilidade nas instituições

sociedade (o que queremos) e Estado (como fazemos) que possa conduzir aos mesmos objetivos, cuja coesão só pode ser reestabelecida através de uma refundação da ética partilhada entre as instituições e a sociedade com vistas à prossecução da justiça através do direito.

Sobre a partilha da ética entre as instituições, há que se observar quais os valores públicos que devem expressar os fins de cada instituição de per si e de todas em conjunto na busca dos objetivos a serem perseguidos pelo Estado democrático de direito. Em sendo assim, em especial no modo de se executar materialmente o direito através da função administrativa, são o interesse público - e sua indisponibilidade - os cânones dos princípios⁹³ a serem observados pelas instituições na pluridimensionalidade da prática jurídica.

A supremacia do interesse público e a indisponibilidade pela Administração destes mesmos interesses foram criadas como consequência lógica das bases do Direito Administrativo, surgidas no ambiente propulsor do Estado democrático de direito⁹⁴. Tais princípios, em última medida, quando observados, demonstram a inter-relação positiva entre o agir administrativo na persecução de seus fins e o respeito à Constituição como norte do sistema jurídico.

Assim é que a função administrativa, no âmbito de realização das tarefas que compõem o agir administrativo, não pode ser exercida em dissonância com os princípios constitucionais e os princípios administrativos, uma vez que deve observar critérios de valoração e sopesamento no exercício de suas tarefas concretamente realizadas. Tal premissa conduz-nos a dois problemas cuja conexão é indubitável: um problema de observação de princípios e um problema de interpretação de princípios.

brasileiras pela população. O Ministério Público foi a terceira instituição mais confiável pelo povo brasileiro. A primeira foi as Forças Armadas e a segunda, a Igreja Católica. Disponível em <http://fgvnoticias.fgv.br/pt-br/noticia/pesquisa-do-icjbrasil-avalia-confianca-nas-instituicoes-do-estado>. Consulta realizada em 25/08/2014.

⁹³ NEVES, Castanheira, “O Direito hoje...”, *cit.*, p. 67, sobre a recepção dos valores éticos pelos princípios jurídicos.

⁹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, “O Direito constitucional passa, o Direito administrativo passa também”, em *Estudos em Homenagem ao Professor Rogério Soares*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Jurídica, n. 61, Coimbra, 2001, p. 707. O autor assevera que “Os princípios do Estado de direito (proporcionalidade, não retroatividade, confiança, segurança) e os princípios constitucionais da administração (legalidade, imparcialidade, justiça) forçam a reconstrução do direito administrativo à luz do direito constitucional”.

i) Quanto ao problema da observação de princípios⁹⁵ pelo Estado-Administração no Brasil, temos que a preocupação com a refundação da ética é de fundamental importância na prossecução da realização material da justiça, pelo menos através de dois valores que se revelam atualmente indispensáveis: o respeito pela dignidade humana, enquanto valor fundante do Estado brasileiro e expresso no artigo 1º da Constituição, e a observância do princípio da verdade que deve prevalecer nas decisões que envolvem assuntos públicos, como forma de legitimação mais eficaz destas mesmas decisões.

Relativamente à dignidade humana enquanto valor, as graves e reiteradas violações aos direitos fundamentais demonstram que se revela insuficiente utilizar apenas o princípio da dignidade humana como fundamento para determinar (através do controle da função executiva da Administração no exercício de seu poder discricionário) o cumprimento das obrigações pela Administração Pública em termos de concretização dos direitos fundamentais.

De fato, a dignidade humana enquanto princípio e enquanto valor fundante do Estado democrático de direito, assim como todos os princípios que dele decorrem, situa-se no âmbito do *dever ser*, enquanto fim a ser perseguido, enquanto objetivo maior da humanidade. Entretanto o debate sobre os fins e os objetivos das instituições acerca do reconhecimento de direitos não esgota as inúmeras possibilidades em termos de sua concretização. O compromisso dos juristas com a persecução da realização da dignidade humana deve situar-se para além desta perspectiva. É a construção do que fazer e de como fazer (numa perspectiva do ser) que corresponde ao pensar o respeito pelo sentido de validade do direito.

Portanto, como esta abordagem busca o sentido prático da realização do direito, impende considerar que as instituições têm a responsabilidade pela melhor decisão quanto à aplicabilidade dos princípios enquanto valores éticos, dado o caráter geral e abstrato que possuem⁹⁶. Esta perspectiva deve fundar-se na busca pelas soluções concretas

⁹⁵ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “O Administrative Constitutionalism - Resgatar a Constituição para a Administração Pública”, em *Estudos em Homenagem ao Professor Joaquim José Gomes Canotilho*, p. 402, sobre o princípio da constitucionalidade da administração, segundo o qual cabe à Administração, no exercício de suas tarefas, observar, aplicar e conformar os princípios constitucionais atinentes, a fim de evitar descumprir, não observar ou afrontar as normas constitucionais.

⁹⁶ ALEXY, Robert, *Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular*, Trad.

que conduzam à redução de injustiças e não à prossecução de um modelo idealizado⁹⁷.

Tal aplicabilidade perpassa pela defesa de valores que reconduzem à observância da ética numa dimensão prático-realizadora do direito, a qual encontra no interesse público a expressão primeira desta realização. Entenda-se por interesse público⁹⁸ o sentido de se indagar o que a sociedade em geral e as comunidades em particular fariam se governantes fossem⁹⁹, quais as opções que elegeriam como prioritárias no que se refere aos seus interesses públicos primários¹⁰⁰⁻¹⁰¹, sob a ótica de sua maior dignidade.

É neste sentido que as discussões acerca das inúmeras possibilidades de realização e de controle do poder discricionário administrativo encobrem o principal sentido do direito. Na verdade, revela-se de somenos importância a dogmática jurídica expressa - *no quem pode o que* - numa tensão de forças que se antagonizam, apesar de buscarem os mesmos objetivos.

Assim, na realização material do direito é vital a preocupação com a destinação prioritária e eficaz dos recursos públicos em matéria de concretização de direitos fundamentais, com o acompanhamento do resultado final da política pública escolhida e bem ainda com o atingimento dos fins estabelecidos no ambiente do realizar, funções que não podem ser sobrepostas ou discutidas no mundo do *dever ser*, sob pena de se dissociar cada vez mais o direito da realidade que o conduz.

O segundo valor ético que deve ser observado pelas instituições em geral e pelo Estado-Administração em particular diz respeito à moralidade (probidade)¹⁰²⁻¹⁰³ na

Thomas da Rosa Bustamante, em *A Constitucionalização do Direito, Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, coordenadores: Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 295 ss. Aqui o autor acentua que os critérios de correção, objetividade e justificação são compatíveis com o modelo de ponderação na interpretação dos princípios constitucionais.

⁹⁷ Veja-se, por exemplo, a ideia da posição original em RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, Tradução de Carlos Pinto Correia, Editora Presença, Lisboa, 2013, p.109.

⁹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, Coimbra, 2011, p. 10, sobre a designação tradicional de interesse público primário como sendo a segurança, a justiça e o bem-estar.

⁹⁹ É o que se verificou com os movimentos sociais que assolaram o Brasil no último ano sobre os gastos públicos com construções de estádios para a realização do Mundial de futebol de 2014 em detrimento de maiores investimentos em políticas públicas de saúde e educação. Sobre a origem dos movimentos sociais ver http://pt.wikipedia.org/wiki/Protestos_no_Brasil_em_2013, em 25/08/2014.

¹⁰⁰ Sobre interesse público primário, por todos, SOARES, Rogério, *Direito Administrativo I*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1981, p. 3.

¹⁰¹ SOARES, Rogério, *Interesse Público,...cit.*, p. 101 e ss.

¹⁰² O artigo 5º, inciso LXXIII e o artigo 37 da Constituição Federal brasileira albergam o princípio

condução dos assuntos públicos. As discussões em sede de controle da atividade discricionária administrativa estão em torno da destinação que é dada aos recursos públicos numa dimensão de eficiência e de transparência¹⁰⁴, valores indispensáveis à concretização da justiça social.

No Brasil a reforma administrativa de 1998 constitucionalizou o princípio da eficiência¹⁰⁵, fundamento utilizado para responsabilização dos gestores públicos incumpridores da satisfação dos interesses públicos, seja pelo desperdício de recursos (ineficiência de gestão) seja pelo desvio (prática corrosiva da corrupção)¹⁰⁶.

É esta ausência de responsabilidade do poder público no sentido de prestar contas das suas atividades fornecendo as informações necessárias ao controle social e ainda ao controle político, bem assim, o desvirtuamento ético na condução deste mesma atividade - o que no Brasil é diuturnamente expresso através da corrupção e do clientelismo - que conduz à discussão moral¹⁰⁷ acerca do não atingimento dos fins propostos em matéria de concretização de direitos fundamentais. Tal inconcretude provoca um vazio entre lei e realidade, o que conduz ao controle da atividade administrativa discricionária (mormente no que concerne às políticas públicas) pelo Poder Judiciário através das ações propostas pelo Ministério Público¹⁰⁸.

da moralidade administrativa. O artigo 5º prevê o cabimento de ação popular contra ato lesivo à moralidade administrativa. O artigo 37, por sua vez, erige à categoria de normas constitucionais os seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

¹⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, São Paulo, 2012, p. 122. Para o autor, do princípio da moralidade administrativa, decorrem os princípios da lealdade e da boa fé, cuja observância demonstra a probidade da administração. Ressalte-se que o artigo 85, V da Constituição Federal brasileira elenca os crimes de responsabilidade dos agentes públicos que atentem contra a probidade da administração.

¹⁰⁴ SILVA, Suzana Tavares da, “O Tetralema...”, cit., p. 13, sobre o direito de acesso à verdade enquanto legitimação do poder.

¹⁰⁵ O princípio da eficiência é o que a doutrina denomina de boa administração na condução dos assuntos públicos, o que implica na escolha dos aportes necessários ao estabelecimento de prioridades, aliado ao gerenciamento destes mesmos aportes que são cada vez mais escassos. Sobre o princípio da boa administração, por todos, ver SOARES, Rogério, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, Coimbra, 1955, p. 198.

¹⁰⁶ BARCELOS, Ana Paula, “Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático”, em *A Constitucionalização do Direito, Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, coordenadores Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, Editora Lumen Juris, 2007, p. 614.

¹⁰⁷ BARCELOS, Ana Paula, “Constitucionalização...”, cit., p. 614.

¹⁰⁸ No Brasil, o Poder Judiciário realiza o controle das políticas públicas com vistas a garantir a concretização dos direitos fundamentais notadamente os direitos sociais prestacionais. Relativamente à garantia do direito à educação, por exemplo, o provimento jurisdicional ocorre

É assim que é imperiosa a observância dos princípios da participação e da transparência, através dos quais à Administração cabe agir em conformidade com a expressão popular, seja nas decisões atinentes a programas e políticas públicas, seja na tomada de decisões que atinjam o seio social de forma mais abrangente. Relativamente ao princípio da transparência, é imperativo legal que a Administração preste conta de seus atos – *accountability* – chamado de princípio da responsabilização constitucional¹⁰⁹, principalmente utilizando-se dos meios informáticos e tecnológicos postos à sua disposição.

Portanto, para além do interesse público e sua indisponibilidade, princípios sedimentados nas bases da construção do Estado democrático de direito, as novas exigências sociais e os novos rumos do Direito Administrativo global conduzem também ao surgimento de novos princípios, como o da abertura, da eficácia, da eficiência e da democracia participativa¹¹⁰.¹¹¹ É o Estado da *good governance*, como também a Constituição e a Administração da *good governance*¹¹². Tais denominações expressam a necessidade de observância da transparência¹¹³ das decisões públicas, como instrumento de

para a contratação de professores, a construção de escolas, a criação de vagas em escolas. Cf. Acórdãos: TJRS, AC nº70021648290, de 23/10/2008; TJRJ, AI nº2008.002.02378, de 20/05/2008; no tocante à garantia do Direito à saúde o provimento jurisdicional é conferido para a aquisição de medicamentos, a realização de exames e cirurgias. Cf. Acórdãos: STJ, MC 14.015/RS; STJ Ag RG no AG 1044354/RS.

¹⁰⁹ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “O Administrativo...”, cit., p. 402.

¹¹⁰ A Constituição portuguesa tem como princípios estruturantes no âmbito da atividade administrativa os princípios da juridicidade, da constitucionalidade, da legalidade da administração, da proteção da confiança e o princípio da divisão de poderes (artigo 2º). Em seu artigo 266, nº 2 preceitua a observância do atuar administrativo através de seus órgãos e agentes, os quais devem estar vinculados à observância dos princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

¹¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra, 2011, pp. 49 e ss.

¹¹² CANOTILHO, J. J. Gomes, “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 330.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “O Administrativo...”, cit., p. 402.

¹¹³ Na Constituição Federal brasileira, o princípio da transparência decorre do artigo 5º, inciso XIV, do artigo 5º, XXXIII, e do artigo 37 da Constituição brasileira que asseguram o princípio da publicidade dos atos do poder público. Para além destes dispositivos constitucionais, a legislação ampliou as possibilidades do cidadão ao acesso às informações públicas. Ver Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), artigo, 48, parágrafo inciso II, que determina a realização de audiências públicas para elaboração de projetos de leis orçamentárias. Ver também a Lei Complementar 131/2009, que ampliou os mecanismos de publicidade da gestão fiscal para Estados e municípios através de respectivos Portais de Transparência (bases de dados disponíveis na internet), através das quais o cidadão tem a possibilidade de acompanhar diariamente a execução do orçamento e a transferência de recursos públicos e sua respectiva aplicação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm

coesão social e de desenvolvimento de uma cultura de confiança¹¹⁴ entre Estado e sociedade, numa perspectiva de prossecução de objetivos comuns, vértices da busca pela dignidade. O princípio constitucional da transparência reflete-se no dever de publicidade das decisões públicas em cujo valor intrínseco está o princípio da verdade como direito fundamental a obter todas as informações que sirvam de base para uma tomada de decisão pública sobre a opção que se revele mais justa no exercício da cidadania responsável.

ii) Relativamente ao segundo problema, o da interpretação dos princípios constitucionais em matéria de direitos fundamentais, partiremos da premissa de que a vinculação da Administração ao Direito¹¹⁵ amplia e reforça sua ligação ao princípio da juridicidade e não apenas à mera legalidade. O fato é que a observância pela Administração das regras da boa governação transformou-se na interpretação de princípios jurídicos¹¹⁶, os quais são aplicados tanto sob a ótica de quem administra e, portanto decide quanto sob a ótica de quem fiscaliza a Administração e, portanto, também decide. Surge então a preocupação com a responsabilidade pela decisão, uma vez que tanto a atividade executiva do Estado, quanto os órgãos que a controlam acabam por emitir juízos valorativos em decisões que avaliam oportunidade e conveniência da medida. Tais verdades jurídicas são cada vez mais reforçadas, principalmente quanto se busca cumprir a normatividade constitucional inerente aos direitos fundamentais.

Este sistema de normas constitucionais principialistas¹¹⁷, que aporta inclusive os valores culturais existentes em uma sociedade, reflete um conjunto de objetivos partilhados e perseguidos por todos que fazem a Constituição: operadores e destinatários.

Consulta realizada em 14 de setembro de 2014.

Ver ainda Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação Pública), marco regulatório da transparência na gestão pública brasileira. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Consulta realizada em 14 de setembro de 2014.

¹¹⁴ STIGLITZ Joseph E., *O Preço da Desigualdade*, Trad. Dinis Pires, Lisboa, Bertrand, p.194.

¹¹⁵ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “Os Princípios Normativos são Parâmetro de Vinculação dos Regulamentos?” Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª Seção) de 30.09.2009 em *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 80, Coimbra, Coimbra, 2010, p. 15, sobre o requisito de validade dos princípios suprapositivos e transpositivos. A autora chama a atenção para o fato de que a vinculação da Administração ao direito lhe impõe a observância de princípios (enquanto “fundamentos axiológicos”) ainda que não estejam escritos na Carta constitucional.

¹¹⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça...*, cit., p. 79.

¹¹⁷ OTERO, Paulo, *Legalidade...*, cit., p.164 ss.

Este é o reflexo da natureza compromissária dos textos constitucionais ocidentais, os quais conformando uma promessa futura de realização do direito, sacrificam o direito impositivo, determinante e silogístico presente no conteúdo da lei¹¹⁸ e optam por um sistema de termos gerais, cuja concretização fica ao encargo do aplicador do direito. Por tal razão, este fenômeno amplia-se também para o ambiente da atividade administrativa que, para adequar os inúmeros interesses conflitantes, também necessita interpretar os princípios constitucionais à luz do desenvolvimento de sua atividade.

Entretanto, por outro lado, é inegável que as questões oriundas de uma maior abertura à interpretação baseada em premissas principiológicas pode produzir maior insegurança jurídica, uma vez que a certeza decorrente da prática silogística da subsunção é substituída pela possibilidade de interpretações graduais entre princípios conflitantes. Neste contexto, há um maior reflexo de tensões entre grupos sociais insatisfeitos com decisões interpretativas, o que leva a uma maior juridicização das decisões políticas sob o mote do controle em razão da ausência de realização de direitos fundamentais sociais. Este movimento reforça o protagonismo do controle judicial em matéria de decisão da melhor política acerca desta concretização e pode comprometer o princípio democrático em termos de legitimidade de ação.

Ocorre que o sistema jurídico não poderia funcionar se estivesse constituído apenas através dos critérios estabelecidos na lei, tendo em vista que a sociedade cada vez mais pluralista necessita de uma zona de conformação e estabilidade que só uma interpretação fundamentada em princípios valorativos pode conferir. Não há critérios legais impositivos e aplicados silogisticamente que confirmem segurança jurídica sem que permitam discussão e estabelecimento de pontos convergentes entre as variadas dissonâncias típicas da sociedade em ascensão. Outrossim, um sistema baseado apenas em princípios conduziria a um mundo de opiniões e interpretações divergentes que só o parâmetro da lei é capaz de delimitar.

Assim, o desafio da modernidade é conformar o sistema jurídico administrativo-constitucional assente em normas principialistas e respeitantes do pluralismo político (necessário ao amadurecimento social e conseqüentemente democrático), com a certeza e a segurança jurídicas das decisões tomadas em consonância

¹¹⁸ OTERO, Paulo, *Legalidade...*, cit., p. 167, o que o autor denomina de “diluição do conteúdo material da legalidade vinculativa da Administração Pública”.

com a legitimidade conferida a cada poder.

Tal finalidade poderá ser alcançada através do desenvolvimento de ações concretas com vistas a fomentar no corpo social o compromisso ético e fundamental de escolhas prioritárias em matéria de concretização de direitos fundamentais, cujo desiderato pode ser difusamente alcançado através de uma partilha ética entre a sociedade e as instituições, convolada em valores principiológicos os quais constituem deveres fundamentais que todos devem observar¹¹⁹.

1.3 O papel das instituições na realização da justiça: a dignidade como fundamento da ética no direito e a escolha institucional.

Ao partir do pressuposto de que a posição do homem no contexto social e político em que se desenvolve não é uma posição isolada, de início é importante refletir acerca do papel que desempenham as instituições na busca pela concretização do direito, através da forma como estão estruturadas e da disposição com que tomam suas decisões.

É importante refletir sobre a influência que exercem as instituições no fomento à aquisição das capacidades individuais e como esta aquisição de capacidades reflete-se na sociedade enquanto expressão do todo social. Assim, reconhecendo que uma sociedade reflete os valores éticos sobre os quais fundou-se, é de indagar-se em que medida as instituições, enquanto modelos de estabilização¹²⁰ e de desenvolvimento sociais, podem contribuir para a concretização material do direito através da realização pessoal de cada um, em particular e, em geral, para a integração do todo social.

Sobre valor ético como instrumento fundante do ser individual e social é a dignidade humana sua maior expressão. Dignidade humana considerada não apenas como princípio estruturante do Estado democrático de direito¹²¹, mas como objetivo a ser perseguido pelo próprio homem e pelas instituições criadas para fomentar as condições de realização desta mesma dignidade. Ter eticamente dignidade pressupõe realizar uma vida de valores concertados à prática de uma contribuição pessoal e social na comunidade onde

¹¹⁹ NABAIS, José Casalta, *Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra, Coimbra, 2007, p. 170 e ss.

¹²⁰ NEVES, Castanheira, “Coordenadas...”, cit., p. 29.

¹²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1184 e ss.
ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., p. 80.

se está inserido. Para tanto, só a partilha de objetivos e a divisão de responsabilidades¹²² entre homens e instituições poderão criar as estruturas necessárias para estas realizações.

Faz-se ainda necessário ressaltar a importância da escolha institucional para a concretização dos direitos fundamentais e a realização do direito, considerando-se que estas atribuições são conferidas a diversos órgãos, todos com missões constitucionalmente delimitadas.

Tal escolha não se limita a uma instituição única determinada para a condução dos caminhos de prossecução da justiça, mas a uma interação recíproca entre várias instituições, cujos objetivos comuns conduzem a dois caminhos inafastáveis: o primeiro situa-se na escolha dos princípios norteadores e dos valores éticos encetados para uma contribuição efetiva na busca pela justiça. Nesta ordem de ideias, o Estado e as instituições que o compõem, enquanto referentes na escolha de princípios éticos de organização social aptos a integrarem a ordem jurídica¹²³, estão indissociavelmente atrelados à dignidade humana enquanto valor e enquanto fundamento do Estado democrático de direito¹²⁴.

Um segundo caminho necessário à busca da realização do direito através das instituições localiza-se na divisão de responsabilidades que devem ter em mente quando atuam na pluridimensionalidade desta mesma busca por realização. A partilha ética de atribuições entre as instituições advém do necessário “pensar institucionalmente o respeito pelo direito”¹²⁵, o que conduz a uma responsabilidade no sentido de evitar a invasão de competências e de contribuir para a propulsão da prática do que é justo, por cada um individualmente (através de suas conquistas pessoais), e por cada instituição (coletivamente), tendo como fio condutor o discurso público indispensável à condução da solução que melhor conduza a esta realização.

Numa outra perspectiva, atribuir às instituições um papel de congregação entre as muitas tensões sociais é de fundamental importância na discussão¹²⁶ sobre a prossecução da justiça. Tal afirmação deve estar imbuída de um sentido categórico da

¹²² JONAS, Hans, *El Principio de Responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Traducción: Javier M^a Fernández Retenaga. Herder, Barcelona, p. 213.

¹²³ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “Direito, Ética e Estado...”, cit., p. 39.

¹²⁴ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “Direito, Ética e Estado...”, cit., p. 39, sobre a dignidade humana “enquanto *fundamento, legitimação e limite* da atuação dos poderes públicos”.

¹²⁵ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “A Recusa...”, cit., p. 603.

¹²⁶ SEN, Amartya, *A Ideia...*, cit., p. 143, sobre a necessidade de se “admitir” que a “robustez” das teorias sobre a justiça passa pelos “contributos que derivam da discussão e do discurso”.

importância que elas exercem na busca pela promoção da justiça, o que leva também a duas conclusões inafastáveis: a primeira é a de que as instituições possuem uma missão congregadora dos anseios e das muitas tensões sociais, no modo de perseguir a justiça e buscar estabilizar as relações e os objetivos sociais. Tal assertiva leva-nos a perceber que este mister pode, muitas vezes, levar a uma escolha que não se adegue às reais necessidades sociais, cuja ideia desenvolvida *ante* não consegue de todo abarcar.

A segunda é a de que, por possuírem uma missão tão fundamental na busca pela justiça, as instituições não podem dissuadir-se da ideia de que perseguir a justiça não significa encarná-la como se ela fosse¹²⁷, sob pena de se desprezarem as contribuições pulsantes do corpo social em movimento e contribuírem para uma visão totalitária e impositiva do que é justo¹²⁸.

Por outro lado, há ainda que se considerar que há um sério problema em se repousar nas instituições a solução do alcance da justiça. Para além de se criar uma postura do direito dito¹²⁹ como verdade universal, cria uma estagnação entre os integrantes do corpo social, os quais esperam que as instituições (verdadeiras incorporações da justiça) ditem as soluções para os casos comuns da vida, sem esforçarem-se para colaborarem com a resolução dos problemas que lhe são afetos. Outrossim, tal apatia convola à espera futura e distante da concretização de direitos a serem realizados pelo “Estado zorro”¹³⁰, pelo “Estado salvífico”¹³¹ e paternalista e em cujas instituições se representam e se reproduzem tão grandes expectativas¹³².

Entretanto, partir do princípio de que as instituições podem conduzir padrões de comportamentos sociais aptos a apontarem um referencial¹³³ para os integrantes de uma comunidade significa dizer que tal mister conduz à percepção de que o homem plenamente realizado e consciente de seu papel no mundo não é apenas reflexo de seu

¹²⁷ SEN, Amartya, *A Ideia...*, cit., p. 134.

¹²⁸ SEN, Amartya, *A Ideia...*, cit., p. 48, no sentido de se questionar sobre “*os diferentes tipos de vida que, na realidade, as pessoas conseguem levar perante determinadas regras e instituições*”

¹²⁹ LINHARES, José Manuel Aroso, “O dito do direito e o dizer da justiça - Diálogos com Levinas e Derrida”, em *Entre discursos e culturas jurídicas*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Jurídica, n.º 89, Coimbra Editora, 2006, p. 181.

¹³⁰ OTERO, Paulo, *Legalidade...*, cit., p.157.

¹³¹ LOUREIRO, João Carlos, *Adeus...*, cit., p.16.

¹³² SEN, Amartya, *A Ideia...*, cit., p. 138.

¹³³ HABERLE, Peter, *La imagem...*, cit., p. 35, sobre a imagem do ser humano no Estado Constitucional e a tarefa constante dos juristas em “integrar o novo com imagens antigas”.

desenvolvimento individual, mas também reflete a conexão que logrou ter num corpus social onde se desenvolveu. Queira com isto afirmar-se que o desenvolvimento do homem passa necessariamente pelo aprendizado social na comunidade onde foi inserido¹³⁴, cujo tributo deve ser dado também, mas não somente, às instituições que influenciaram nesta formação.

Nesta ordem de ideias partimos da premissa de que a realização da justiça social e o desenvolvimento humano andam em consonância com a efetiva busca institucional pela justiça. Ou seja, o desenvolvimento humano através da aquisição de comportamentos socialmente éticos é o reflexo de um amadurecimento das instituições na busca pela justiça, de modo que o papel destas instituições vai muito mais além do que a simples organização estrutural de uma sociedade, em termos de distribuição e fiscalização de poder.

As instituições são também o reflexo dos homens que a compõem no sentido de que uma sociedade é composta de seres individualmente considerados, mas também e principalmente, pela forma como estes seres se agrupam, se relacionam e coexistem¹³⁵ num ambiente aberto a infinitas possibilidades, tanto pessoais, quanto culturais¹³⁶.

¹³⁴ NEVES, Castanheira, “O Direito como validade”, em *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 2014, p. 163, sobre a “autonomia de um eu pessoal e a autonomia de um ser social”.

¹³⁵ NEVES, Castanheira, “Coordenadas...”, cit., p. 30.

¹³⁶ NEVES, Castanheira, “Coordenadas...”, cit., p. 21, sobre “a existência humana como condição vital para a viabilidade da vida”.

Capítulo II - O Ministério Público no contexto da *governance*: um órgão e duas funções.

*Good governance*¹³⁷, em termos literais, significa boa governação. Por boa governação entenda-se condução responsável dos assuntos públicos no sentido de centrar esforços para a garantia dos direitos fundamentais em bases sustentáveis e pressupor uma administração transparente e direcionada para o reforço das capacidades destinadas especificamente a combater a corrupção¹³⁸.

A governança é um conceito que emerge a partir do surgimento de um novo padrão de Estado. A tentativa de rompimento com formas tradicionais de governar, aliada a novos parâmetros de democracia participativa no contexto da implementação das políticas públicas fez surgir o conceito de governança como um direito com múltiplas fontes¹³⁹ e como instrumento de divisão de responsabilidades das decisões e dos efeitos e propósitos que estas mesmas decisões causam na vida das pessoas.

As transformações sociais na era da pós-modernidade¹⁴⁰ obrigam o surgimento de novas formas de governar, o que, de fato, redirecionam as funções de execução do Estado em funções múltiplas a exemplo da delegação e da regulação. As *entidades privadas - investidas de poderes públicos*¹⁴¹ - passam a reger e a exercer funções públicas e a tarefa primordial do Estado passa a ser de garantia e não de realização de atividades primárias. Dito isto, partimos da ideia de que a governança é a capacidade do governo de planejar, formular, implementar políticas e cumprir funções, fortalecendo o poder local através das relações entre os cidadãos¹⁴².

Assim, não é possível falar de *good governance* sem reportar-se ao Estado

¹³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Brançosos...*, cit., p. 327 ss, onde o autor elenca os pontos fulcrais acobertados pelo conceito de *good governance*: “a condução responsável dos assuntos do Estado; as questões do governo como problema de multilateralismo dos estados e de regulações internacionais; a boa governança como mecanismo de articulação de parcerias público-privadas; e, ainda questões politicamente fortes como as da governabilidade, da responsabilidade (*accountability*) e a legitimação”.

¹³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Brançosos...*, cit., p. 329.

¹³⁹ GARCIA, Maria da Glória, *Direito das Políticas Públicas*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 19.

¹⁴⁰ GIDDENS, Anthony, *As Consequências da Modernidade*, Trad. Raul Fiker, Unesp, São Paulo, 1991, 5ª reimpressão, p. 45.

¹⁴¹ GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas...*, cit., p. 139.

¹⁴² PASCUAL ESTEVE, José Maria. *Governança Democrática...*, cit., p. 142 ss.

de regulação¹⁴³. Isto porque aliada às reformas administrativas ocorridas nos anos oitenta, com a emergência das desconcentrações e as descentralizações administrativas, as características de um Estado baseado em funções menos intervencionistas e mais contratualistas, com ações desregulamentadoras e privatizadoras, necessitam obviamente de instrumentos de concertação pública que viabilizem o arrefecimento das tensões e propiciem o aprimoramento da legitimação que não acontece única e exclusivamente na democracia participativa¹⁴⁴. Tais conceitos conjunta ou separadamente nos conduzem à ideia de *good governance*.

Para além disso, no continente europeu, em 2000, a União Europeia lançou o denominado Livro Branco da Governança Europeia¹⁴⁵, o que de fato ajudou a disseminar o conceito de *governance* no ambiente da Europa. A intenção era a de buscar instrumentos eficazes de fomentar a abertura dos cidadãos¹⁴⁶ à participação na formulação das políticas públicas e a responsabilização, de modo a aproximar o cidadão europeu da União e a criar um conjunto de regras norteadoras do exercício do poder na comunidade europeia.

Neste sentido, as novas formas de Estado, redimensionadas em uma fragmentariedade de grupos de poder e distribuídas em entidades independentes, em organismos internacionais ou em associações locais, trazem no bojo de suas ações contribuições para a adaptação da vida em sociedade e representam demonstrações de busca por interesses comuns¹⁴⁷ evidenciados em interesses públicos. O conceito da boa governação e os princípios que agrega vem dar suporte a esta nova forma de administração reinventada¹⁴⁸, participada e pulverizada.

¹⁴³ GARCIA, Maria da Glória, *Direito das Políticas...*, cit., p. 43, sobre o desenvolvimento das políticas públicas em um ambiente de “poder de governança” de um lado e de “regulação distinta da lei formal” de outro.

¹⁴⁴ Registre-se que em épocas de assuntos cada vez mais complexos, é indubitável a necessidade da Administração em partilhar conhecimentos, valendo-se de peritos e de especialistas para decidir acerca da melhor política pública a ser desenvolvida no caso concreto.

¹⁴⁵ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, *Governança Europeia, Um Livro Branco*, Bruxelas, 2001, p. 7, sobre o conceito de governança no Livro Branco temos que: “governança” designa o conjunto de regras, processos e práticas que dizem respeito à qualidade do exercício do poder a nível europeu, essencialmente no que se refere à responsabilidade, transparência, coerência, eficiência e eficácia.

¹⁴⁶ ARAGÃO, Maria Alexandra, “A Governança na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida?” em *A Constituição Europeia. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Lucas Pires*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005, p.110.

¹⁴⁷ PRATS, J. “Gobernabilidad democrática para el desarrollo humano: Marco conceptual y analítico”, em *Instituciones y Desarrollo*, n° 10, 2001, p. 103 ss.

¹⁴⁸ GARCIA, Maria da Glória, *Direito das Políticas...*, cit., p. 41.

Em sendo a *good governance* um fenômeno de alcance mundial, que convola participação e responsabilização, o que nos interessa no presente estudo é saber como devem funcionar os parâmetros de controle pelos órgãos de fiscalização acerca da bondade das opções administrativas e que estão abarcadas pelo núcleo das suas decisões, ou seja, do mérito de suas escolhas.

De outra forma, a cumulação de funções do Ministério Público brasileiro enquanto garante da boa administração, ao tempo em que auxilia a prossecução da justiça, reclama uma adaptação no desenvolvimento de suas funções, mormente em tempos de surgimento destes novos conceitos como da *good governance* e do Estado regulador¹⁴⁹.

Assim, a preocupação reside no fato de a legitimidade alcançada através dos processos de escolha evidenciados em determinados setores da regulação estar a refletir uma visão individualizada de determinados grupos de interesses e que podem não refletir os reais interesses públicos. A captura de tais grupos de interesses¹⁵⁰ pode conduzir a um arremedo de democracia, especialmente em questões estritamente técnicas que envolvem alta complexidade e questões estritamente políticas que envolvem muitas intencionalidades.

Desta forma, desenvolver capacidades individuais e conscientes é o desafio da busca pela legitimidade de resultados. O equilíbrio entre o apelo do domínio econômico e a prossecução do interesse público refletido na *vida vivida*¹⁵¹ do cidadão comum é a tônica dos princípios da *good governance* e da realização material do direito.

Ao desempenhar a dupla função de órgão fiscalizador, ao realizar o controle externo da atividade administrativa, no esteio da legalidade e da juridicidade, e, de propulsor da democracia participativa através do controle social das políticas públicas, no esteio da aferição da justiça das decisões administrativas em matéria de direitos fundamentais, o Ministério Público brasileiro encontra limites e novos desafios para o

¹⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Brançosos...*, cit., p. 330, sobre a teoria do Estado da “*good governance*”.

¹⁵⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Grupos de Interesse, Pluralismo e Unidade Política”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, suplemento XX*, Coimbra, 1977, p. 18.

¹⁵¹ SOARES, Rogério, *Interesse Público...*, cit., p. 82, onde o autor, por exemplo, ao discorrer sobre a necessidade da Administração ganhar “elasticidade de movimentos” e do Legislador “fixar uma solução geral até os últimos detalhes”, afirma: “Por isso em medida cada vez maior vai o legislador remeter à Administração a tarefa de individualizar o direito, de achar, ela, que está em contato com a vida vivida e não só com a vida pensada, a solução que o interesse público impõe em cada caso”.

desenvolvimento de suas funções.

Isto porque o redimensionamento no processo de execução das tarefas públicas por parte do Estado-Administração com a reordenação de papéis entre Estado e sociedade, notadamente no que se refere à conferência de tarefas públicas por entidades privadas, de privatização de responsabilidades públicas¹⁵² demonstram uma retração do Estado em função destas novas formas de administrar.

O Ministério Público enquanto órgão componente da estrutura do Estado busca um espaço para o exercício de seu mister entre o controle eficiente da atividade executiva da Administração e o fomento à participação da sociedade no que se refere à busca de instrumentos que possibilitem o desenvolvimento de suas próprias capacidades de escolher conscientemente.

Ressalte-se que esta reordenação de papéis entre tarefas públicas exercidas por entidades privadas, sob a égide da boa governação, é fruto do agigantamento das demandas sociais, aliada à facilidade em se produzir conhecimento e em responder em tempo hábil à satisfação de tais demandas.

Este pragmatismo deste novo modelo de Estado convoca a uma reflexão acerca das funções do Ministério Público no Brasil sob duas importantes premissas: a primeira é a de que o trabalho de fomento à democracia participativa através do desenvolvimento do controle social é condição para a realização material do direito e sua potencialização diminui a necessidade de intervenção no controle da atividade administrativa.

Depois, o fortalecimento da sociedade no tocante à busca e à aquisição de suas próprias capacidades é diametralmente oposto ao fortalecimento dos seus órgãos de controle. Neste diapasão, o fortalecimento da democracia participativa, como elemento indispensável à realização do direito arrefece a atuação do Ministério Público em países periféricos como o Brasil. Resta saber se os agentes do Ministério Público estão dispostos a abrir mão do protagonismo jurídico que cultuam de modo a permitir que o exercício de suas funções seja a de instrumento colaborativo nesta forma de apropriação social.

¹⁵² GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas...*, cit., p. 1087 ss.

2.1 Os direitos fundamentais sociais como condição do Estado democrático de direito e a formação das políticas públicas como instrumento de sua realização.

As discussões sobre a defesa dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais¹⁵³ -¹⁵⁴ datam de tempos deveras longínquos e estão pacificadas na moderna

¹⁵³ Sobre os modelos de positivação dos direitos sociais, ver CANOTILHO, J. J. Gomes, em *Direito Constitucional...*, cit., p. 475, onde o autor descreve as quatro teorias doutrinárias sobre a conformação jurídica dos direitos sociais, econômicos e culturais: seriam normas programáticas, seriam normas de organização, seriam garantias institucionais, ou ainda, em uma quarta vertente seriam direitos subjetivos públicos. O autor ainda explica que a “inequívoca” dimensão subjetiva dos direitos sociais, objetivamente conduzem a duas situações: *imposições legiferantes e fornecimento de prestações aos cidadãos*.

Sobre os direitos sociais como direitos a prestações por pretensões jurídicas, ver ANDRADE, José Carlos Vieira de, em *Os Direitos Fundamentais...*, cit., p. 362. Para o autor, os direitos sociais são mais que interesses juridicamente protegidos, mas questiona se estão aptos a produzir posições jurídicas subjetivas substantivas, dada a imprecisão de seu conteúdo. Para que se consolidem como plenos direitos subjetivos necessitam de legislação que possa executar os preceitos constitucionais em opções políticas que estabeleçam uma ordem de prioridades, em um quadro de escassez de recursos. São *normas impositivas de legislação* as quais definem o conteúdo concreto de tais direitos. Por outro lado, as imposições constitucionais trazem critérios para a determinação do conteúdo mínimo dos direitos sociais, apesar de sua especial força jurídica atrelada à ideia de dignidade da pessoa humana.

Sobre o mínimo existencial para uma existência condigna ver ANDRADE, José Carlos Vieira de, O “Direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional: anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02. *Jurisprudência Constitucional*. n.º 1, jan/mar, 2004, p. 21.

Sobre o reconhecimento jusfundamental dos direitos sociais, ver NOVAIS Jorge Reis, em *Direitos Sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra, 2010, p. 10/12, onde o autor refere que a “opção pela ausência dos direitos sociais na Lei Fundamental de Bona, na segunda metade do século XX, marcando o neoconstitucionalismo europeu, afetou decisivamente a sorte dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais”. Anota ainda que “em Estados com sérios problemas de exclusão social, a consideração dos direitos sociais enquanto questão constitucional assume uma importância vital”. E, depois, “nos países desenvolvidos, a chamada crise do Estado social colocara, de há muito, o tema dos direitos sociais- ou melhor, o tema das prestações sociais- no centro do debate político na perspectiva discussão da respectiva viabilidade, eliminação, conservação ou reconfiguração”. Para o autor os direitos sociais são direitos fundamentais, embora não estejam consagrados no mesmo título da Constituição Portuguesa.

¹⁵⁴ No Brasil, ver a classificação de SILVA, José Afonso da, em *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 136/142 e 150/155, onde o autor assevera que as normas que conferem direitos econômicos, sociais e culturais têm eficácia limitada e conteúdo programático e portanto dependentes da implementação de políticas públicas pela administração ou ainda, pela elaboração de leis pelo legislador, o que não retira sua carga de eficácia, nem tampouco deixam de constituir-se em direito subjetivo.

Ver também BONAVIDES Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 211, onde o autor afirma que “O Estado de direito do constitucionalismo social precisa absorver a programaticidade das normas constitucionais”.

doutrina. A importância da jusfundamentalidade dos direitos sociais ganha outra dimensão e está atrelada atualmente, de um lado, ao reconhecimento de direitos subjetivos dotados de uma ordem fundada na dignidade da pessoa humana¹⁵⁵, e, de outro lado, à obrigação de proteção que exsurge aos poderes públicos como consequência desta opção jurídico-constitucional.

Apesar da diferenciação jurídico-dogmática entre dignidade humana e núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, o fato é que a implementação de ações concretas direcionadas à salvaguarda de tais direitos gera discussões intermináveis acerca do que deve ser realizado (conceito de deverosidade¹⁵⁶ pública) e o que pode ser feito (conceito de sustentabilidade - em contexto de crise econômico-financeira, sustentabilidade fiscal e custo de prestações positivas)¹⁵⁷.

Entretanto, em um ambiente de tão vastas discussões, a abordagem que se pretende realizar diz respeito àquela indissociavelmente ligada à dignidade da pessoa humana enquanto direito do *ser-pessoa*, inserido em uma sociedade democrática, apto a entender as opções jurídicas e políticas que irão refletir em seu contexto social e determinado a construir sua própria existência condigna¹⁵⁸.

O sentido de democracia está indissociavelmente ligado à ideia de liberdade e de igualdade material¹⁵⁹ direcionada a uma justiça distributiva que possa garantir o acesso a bens fundamentais a uma existência condigna que possibilitem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e lhe garanta igualdade de chance de adquirir dignidade.

No caso do Brasil, onde os direitos sociais ainda não fazem parte das

¹⁵⁵ Sobre o tema ver: BARROSO, Luís Roberto. “Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial” em *Revista Jurídica UNIJUS* - V. 11, n. 15. Uberaba-MG, 2008, p. 13.

Ver também BARCELLOS, Ana Paula, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 103 e ss.

Ver ainda SARLET, Ingo Wolfgang, “Princípio do Retrocesso Social, Pessoa Humana e Direitos Sociais”, em *Boletim da Faculdade de Direito, Volume LXXXII*, Coimbra, 2006, p. 254 ss.

¹⁵⁶ LOUREIRO, João Carlos, A “Porta da Memória”..., *cit.*, p. 8.

¹⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, “Para uma Revisão da Dogmática da Jusfundamentalidade”, em *Estudos em Homenagem a Antônio Barbosa de Melo*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 537.

¹⁵⁸ LOUREIRO, João Carlos. “A “Porta da Memória”...cit., p. 109-126, sobre “a experiência dramática de um mal estar por ausência de condições materiais para uma existência condigna”.

¹⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, “Para uma Revisão...”, *cit.*, p. 552, sobre a “igualdade em direitos fundamentais e direito geral de desenvolvimento da personalidade”.

“conquistas constitucionais”, as chamadas políticas afirmativas de inclusão social e de resgate de desigualdades sociais praticadas ao longo do tempo são conferidas no âmbito da função de não discriminação dos direitos fundamentais - que abrange todos os direitos, inclusive os sociais, a partir de um critério de liberdade igual aos cidadãos¹⁶⁰.

Jorge Reis Novaes, ao ampliar a teoria dos direitos como trunfos (de Dworkin¹⁶¹), defende que, quando interpretada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, a teoria não se limita aos direitos políticos, mas se estende aos direitos fundamentais sociais (para os países que fizeram esta opção, como é o caso do Brasil), defendendo inclusive que é um instrumento adequado para a defesa de direitos de grupos marginalizados, excluídos e portanto em posição de vulnerabilidade à discriminação¹⁶².

Assim, no Brasil, as políticas afirmativas mais discutidas são as que garantem cotas para negros nas universidades. Entretanto, há outras: resgatar o indivíduo da exclusão social, através da erradicação da pobreza (uma opção constitucional)¹⁶³ é

¹⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional...*, cit., p. 410, sobre a função de não discriminação.

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald, *Talking Rights Seriously*, London, 1977, p. 194.

¹⁶² NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, Coimbra, 2012, p. 62.

¹⁶³ A Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 3º, III tem como objetivo erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais como um de seus objetivos fundamentais. Na busca da erradicação da pobreza, o Estado brasileiro criou o Bolsa Família, um importante programa de transferência direta de renda para famílias situadas abaixo da faixa de rendimento mínimo, que tem atraído a atenção da comunidade internacional e de outros governos (sendo reproduzida na América Latina, África e Ásia), inclusive por ser uma política associada ao incentivo à educação, investindo no capital humano com o objetivo de romper o ciclo intergeracional de pobreza. Em 2010 o programa representou 0,38% do PIB, tendo alcançado 0,46% em 2012. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/05/31/extrema-pobreza-tera-reducao-de-40-em-junho>. Consulta realizada em 14 de setembro de 2014.

O país tinha uma ambiciosa proposta de erradicação da fome e da desnutrição até o ano de 2007, que não obteve tal êxito, mas provocou uma grande redução no enorme contingente de pessoas há muitas décadas abaixo da linha da pobreza. Apesar da relativa imprecisão dos números, estima-se que neste período tenha ocorrido uma migração de cerca de trinta milhões de pessoas, que deixaram as classes D e E (pobreza e extrema pobreza). Atualmente, esta opção política tem continuado, inclusive com programas como o Brasil sem Miséria, que se destina a atender promessa de extinção da pobreza extrema. É certo que há falhas nas condicionalidades do programa. Em troca da renda recebida, a contrapartida da família é que evitem a evasão escolar ou que não permitam o trabalho infantil. Contudo, em face das dificuldades de operacionalização e de fiscalização do programa, garantir que haja uma efetiva frequência escolar não é tão simples, requerendo aprimoramentos. Ressalte-se que, apesar da supracitada melhoria dos índices, parte da opinião pública não comemora os avanços, entendendo que o Estado brasileiro estaria meramente realizando políticas assistencialistas e paternalistas. Apesar disso, o programa é referência no combate à pobreza, sendo reconhecido pela comunidade

também, por exemplo, uma forma de desenvolver ação afirmativa de acesso aos direitos sociais, e portanto, de acesso à igualdade de oportunidades.

Numa outra ótica, diametralmente oposta e necessariamente interligada, a exigência de prestações positivas por parte do Estado através de formulação, apresentação e gerenciamento de políticas públicas atinentes à realização material dos direitos sociais provoca a todo tempo uma incômoda percepção de inefetividade de direitos e de inconstitucionalidade de normas¹⁶⁴. Isto porque a implementação dos direitos sociais está sempre atrelada à ideia de custos financeiros¹⁶⁵. Ressalte-se que são incipientes as pesquisas que se baseiam nos custos financeiros e sociais que emergem da ausência de tais prestabilidades¹⁶⁶.

Por conseguinte, a afirmação de que a concretização dos direitos sociais está atrelada à economia e às finanças públicas¹⁶⁷ nos leva, em épocas de crises¹⁶⁸, à séria preocupação de que a ordem jurídica consagrada para garantir direitos, pela via do fio

internacional. A ONU, em 2014, retira o Brasil do mapa da fome, reconhecendo que o Brasil reduziu em 75% a pobreza extrema em 10 anos. Disponível em <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-reduz-a-pobreza-extrema-em-75-entre-2001-e-2012-diz-fao,1560931>. Consulta realizada em 14 de setembro de 2014.

¹⁶⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de, em *Os Direitos Fundamentais...cit.*, p. 382 ss., sobre a tutela dos direitos sociais. A proteção dos direitos sociais ao nível legislativo está jungida à fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão. No que pertine à atividade administrativa este dever de proteção está ligado a obrigação de observância ao princípio da juridicidade e o da igualdade de tratamento consubstanciados na proibição de discriminação e de arbítrio.

¹⁶⁵ STEPHEN HOLMES & CASS SUNSTEIN, *The cost of rights*, New York, Norton, 1999, p. 20 ss.

NABAIS José Casalta, “A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: Os Deveres e os Custos dos Direitos”, em *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 737 – 767.

¹⁶⁶ Pense-se, por exemplo, na geração de crianças adolescentes excluídos no Brasil, sem acesso à educação básica e à formação profissional que lhes possibilite a inserção no mercado de trabalho. O Brasil tardou a universalizar a educação (somente em 1930 foi criado o Ministério da Educação, que também englobava a saúde pública). Durante os tempos imperiais, a mera alfabetização era um fator distintivo de classes sociais. Em 1900, 65% da população era analfabeta. Em termos relativos, este índice decresceu continuamente ao longo do século XX, mas só diminuiu em termos absolutos a partir da década de 80. Em 1950 este índice ainda era de 50%. Em 1970, o analfabetismo ainda alcançava um terço da população com 15 anos de idade ou mais. Somente na década de 90 o índice se torna inferior a 20%, mas em 2000 (quando o índice relativo foi de 13%), ainda havia 16 milhões de analfabetos, valores em números absolutos superiores aos apresentados em 1950.

¹⁶⁷ SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais...*, cit., p. 101.

¹⁶⁸ LOUREIRO, João Carlos, A “Porta da Memória”..., cit., p.12.

condutor do direito constitucional, está indubitavelmente ameaçada¹⁶⁹.

Em épocas de escassez de recursos e de má distribuição de riqueza, em uma lógica perversa de exclusão e de políticas econômicas catastróficas, não é difícil perceber que o Estado garantidor dos direitos sociais agoniza. É clara sua impossibilidade de financiar as garantias constitucionais há muito conquistadas, seja por impossibilidade material de recursos, seja por inabilidade administrativa, ou ainda, pelas constantes aspirações das pessoas como destinatários de direitos constitucionalmente tutelados¹⁷⁰. A irracionalidade do Estado-providência¹⁷¹ provoca a conformação com a manutenção de realidades injustas e estagnação da capacidade de autodeterminação, numa lógica perversa e de manutenção de desigualdades¹⁷².

De outra banda, a realização do Estado Social através da multiculturalidade, identidade vincada por valores desenvolvidos em comunidades – solidariedade – por um lado, e pela sustentabilidade (sustentáculo econômico-financeiro) por outro, parece ser um caminho para a proteção efetiva do núcleo essencial dos direitos fundamentais e a consequente conquista da dignidade humana enquanto valor fundante do Estado democrático de Direito.

Por fim, o postulado básico do respeito à dignidade da pessoa humana não pode dissociar-se de determinadas programações voltadas às políticas públicas que ensejem uma preocupação prioritária com a conformação do domínio econômico-social e a redução das desigualdades¹⁷³, através dos esforços em eliminar ações ou omissões estatais que atentem contra a liberdade¹⁷⁴ dos cidadãos, e em fomentar a igual oportunidade¹⁷⁵ de

¹⁶⁹ Sobre a crise dos direitos sociais e segurança jurídica, ver SARLET, Ingo Wolfgang, “Princípio do Retrocesso...”, cit., p. 254/255.

¹⁷⁰ SILVA, Suzana Tavares da, *Um Novo Direito...*, cit., p. 100, onde a autora portuguesa refere a “incapacidade financeira do estado para sustentar o atual sistema legal que substantifica o modelo de Estado Social pretensamente consagrado na nossa Constituição”.

¹⁷¹ LOUREIRO, João Carlos, A “Porta da Memória”..., cit., p. 7

¹⁷² LOUREIRO, João Carlos, *Adeus...*, cit., p. 108, sobre a desresponsabilização das pessoas em razão da obesidade do Estado Providência.

¹⁷³ PIÇARRA, Nuno. “A reserva da Administração”, em *Revista O Direito*, Ano 122, Coimbra 1990, p. 326.

¹⁷⁴ URBANO, Maria Benedita, “Globalização: Os Direitos Fundamentais sob stress”, em *Estudos em Homenagem ao Professor Jorge de Figueiredo Dias*, Organização: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João & SOUSA, Susana Aires. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 1034, onde a autora refere a necessidade de “arquitetar uma nova dimensão do princípio da igualdade, a ideia de igualdade como aceitação” e ainda a “função de não discriminação pode ser cumprida pelos, ou por alguns dos direitos econômicos sociais e culturais, por exemplo, nos cuidados de acesso à saúde educação, etc.”

acesso aos bens essenciais, requisitos indispensáveis à aquisição desta mesma dignidade.

São as políticas públicas, portanto, os instrumentos concretos à disposição do Estado-Administração para a prossecução destas finalidades, quais sejam, refletir os interesses sociais de modo a alcançar a justiça social e o desenvolvimento sustentável. São as ações e os programas que devem ser implementados pela Administração a fim de se fazer cumprir os *comandos gerais* contidos na ordem jurídica¹⁷⁶.

Entretanto, em épocas de grandes incertezas e de conflitos oriundos dos cada vez mais poderes sociais pulverizados, o atingimento dos fins colimados através da execução da política pública escolhida dota-se também de incertezas e indefinições. Por tais razões, o ambiente em que se realizam as políticas públicas está em constante movimento. Para além dos custos envolvidos em sua realização (o que envolve uma necessária preocupação com a sustentabilidade¹⁷⁷), abarca um processo de legitimidade, agora não mais e tão somente através do órgão idealizador, mas dos resultados alcançados com sua implementação.

Assim, o atingimento dos fins estabelecidos com a implementação de determinada política pública percorre vários caminhos até a concretização do direito pleiteado: a) a compreensão da necessidade de determinada política; b) a definição das estratégias a serem implementadas; c) a realização do que ficou estabelecido em um plano de ação; e, d) a avaliação dos resultados.

Sobre a compreensão da necessidade de implementação de determinada política pública temos que esta compreensão está fundada na apreensão da realidade como se apresenta. Esta realidade problematizada através das demandas sociais é o norte sistemático da execução das políticas públicas tendentes à efetivação dos direitos fundamentais. Note-se que esta tendência a efetivação do direito decorre do movimento cíclico tanto das mudanças sociais, quanto das novas descobertas de instrumentos modificativos para sua execução.

A definição das estratégias a serem implementadas em termos de políticas públicas englobam a formulação e a escolha da política. A participação social no âmbito

¹⁷⁵ SEN, Amartya, *Desenvolvimento como Liberdade*, tradução Laura Teixeira Motta, Companhia das Letras, São Paulo, 2010 p. 10.

¹⁷⁶ BARCELOS, Ana Paula, “Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas”, em *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, Rio de Janeiro, 2005, p. 90.

¹⁷⁷ BRAITHWAITE, John, *Restorative, Justice and Responsive Regulation*, New York, Oxford Universit Press, 2002, p. 211 ss.

deste iter procedimental é de fundamental importância para o empoderamento necessário ao sucesso no alcance dos fins colimados. Isto porque as decisões administrativas em sede de políticas públicas que são tomadas sem o conhecimento prévio de seus destinatários finais funcionam como ordens impositivas, carentes de legitimidade. Conhecer a necessidade e socializar a busca pela sua resolutividade são instrumentos de reforço de fundamentalidade cuja ausência provoca a quebra do vínculo de coesão social tão importante na relação entre Administração e administrados.

A realização da política é o momento de sua implementação, o que ocorre através de planos e programas normativos destinados a formar um plano de ação a ser executado pelo Estado Administração. É a realização do planejamento para o atingimento da finalidade pública almejada.

Relativamente à avaliação do sucesso ou insucesso das políticas públicas em geral e em particular aquelas destinadas à efetivação de direitos fundamentais, temos que um sistema de conferência da bondade da política (e, portanto, o controle de sua efetividade) pode ser feito sob variadas matizes.

Primeiramente existe um controle de feição eminentemente política que se resvala nas escolhas políticas dos dirigentes que irão responsabilizar-se pela condução dos assuntos públicos durante um determinado período de tempo. É o que se expressa em países democráticos nas escolhas de representantes, através da chamada democracia representativa. Depois, o próprio controle interno da Administração, através de seus órgãos internos, possibilita os ajustes e consertos de determinadas políticas, através de sua própria autocorreção.

Outra forma de controle é aquela advinda de forma externa, no âmbito da fiscalização entre os poderes e que é realizada, por um lado através do Legislativo, e por outro, através do Poder Judiciário. De uma forma ou de outra, a efetividade de tais controles em matéria de políticas públicas é tanto maior quanto mais forem desenvolvidos os instrumentos de concertação pública e de coesão social como procedimento prévio necessário ao sucesso na realização da política. Neste passo, o Ministério Público pode funcionar como agente incentivador destas práticas, no ambiente das comunidades locais, na busca pelo desenvolvimento de uma cidadania participativa e responsável.

2.2 O Ministério Público e os instrumentos de coesão social – a implementação da *governance* e o reforço do poder local como instrumentos de efetividade das políticas públicas.

Os princípios da governança democrática buscam no desenvolvimento humano a principal fonte de valor, cuja interação entre as pessoas e as equipes profissionais numa organização disposta em rede atinge a sua máxima relevância. A tecnologia – e, em especial, a tecnologia da informação¹⁷⁸ – converte-se no suporte necessário para que as pessoas e equipes produzam conhecimentos.

Ao centrar nas pessoas, o desenvolvimento e os parâmetros de consenso se aproximam das múltiplas dimensões das necessidades e demandas, e, portanto, ampliam as possibilidades de resolução de conflitos. É neste contexto que governança surge como o modo de governar próprio do governo relacional, que é o adequado à nova sociedade em rede¹⁷⁹.

O conceito de *governance* global das *policies*¹⁸⁰ possibilita a interação dos diversos atores e a conformação de diversos interesses, o que transforma o conceito de governabilidade política¹⁸¹. Tais modificações e conformações redirecionam a forma de confecção das políticas públicas, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais. Há uma limitação à liberdade de conformação¹⁸² causada pela forma relacional de governar.

Observe-se, outrossim, que, relativamente aos direitos fundamentais, os conceitos de *good governance* podem arrefecer sua determinabilidade, uma vez que a observância dos direitos fundamentais é imperativa e independe de acordos ou de consensos previamente estabelecidos¹⁸³. Esta imperatividade de valores acaba por

¹⁷⁸ CASTELLS, Manuel, *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. A Sociedade em Rede*. Vol. 1, São Paulo, Editora Paz e Terra, 1999, p. 50.

¹⁷⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições... cit.*, Coimbra, Coimbra, 2011, p. 24.

¹⁸⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, “A Governance do Terceiro capitalismo e a Constituição Social”, *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Jurídica, 2006, p. 145.

¹⁸¹ GARCIA, Maria da Glória, *Direito das Políticas...*, cit., p. 23.

¹⁸² SILVA, Suzana Tavares da, “O Tetralema...”, cit., p. 13, onde a autora pondera que ditas limitações à formação das políticas públicas não ensejam uma redução da discricionariedade em razão do reforço de justiciabilidade.

¹⁸³ SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais...*, cit., p. 16, onde afirma que “Aplicado às normas de direitos fundamentais, o modelo da *governance* revela seus perigos: a força dos direitos fundamentais não resulta do consenso, mas sim da universalidade dos valores que

necessitar de novos contornos em época de globalização e modernidade, cuja tolerância¹⁸⁴ e consenso são formas de conformação com esta nova realidade.

No Brasil, se as previsões compromissárias advindas do pacto constitucional ocorrido em 1988 ainda não são a força motriz para o desenvolvimento das muitas aspirações sociais, o desafio é o de localizar a existência de um efetivo elo de ligação entre Estado e sociedade que ao tempo em que reforce as aspirações constitucionais, distribua o exercício do poder entre os variados grupos de interesses¹⁸⁵. Tais grupos acabam por dividir os encargos e as tarefas desta nova forma de administrar. Para tanto, faz-se necessário localizar o exercício da função ministerial neste novo contexto.

A análise desta busca não será feita nos contornos estabelecidos através do controle da atividade administrativa no âmbito do Poder Judiciário, mas em momento anterior à análise judicial. Na hipótese de atuação do Ministério Público, enquanto legitimado ativo para avaliar em sede de tutela coletiva a bondade da decisão administrativa.

De logo, surge um aspecto considerado extremamente relevante neste contexto: o papel social desenvolvido pelo Ministério Público brasileiro e o inarredável exercício de uma função catalisadora dos anseios sociais e seus reflexos perante a Administração Pública num contexto de interresponsabilidades. Ressalte-se que esta característica é tipicamente encontrada no Ministério Público brasileiro, cujo *enforcement* foi adquirido após as atribuições advindas com a Constituição brasileira de 1988.

Neste compasso, o papel do Ministério Público enquanto elemento de coesão social pode ser o de funcionar como catalisador da busca pela dignidade humana, ao exercer a função de buscar caminhos de fortalecimento social através da formação consciente de que a dignidade é condição peculiar e intransferível de cada ser humano em si, dotado de suas próprias capacidades e anseios e de que o papel do Estado não é o de protagonizar, mas o de fomentar a aquisição destas mesmas capacidades. Tais buscas não estão dissociadas da dupla função de responsabilidade entre Estado e sociedade, numa premissa de divisão de sentido comum¹⁸⁶.

incorpora”.

¹⁸⁴ SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais...*, cit., p. 16.

¹⁸⁵ GARCIA, Maria da Glória, *Direito das Políticas...*, cit., p. 23.

¹⁸⁶ BERCOVICI, Gilberto, “A Crise e a Atualidade do Estado Social para a Periferia do capitalismo”, em *Estado Providência, Estudos do Século XX, nº 13*. Coimbra, Coimbra, 2013, p. 143, sobre o fenômeno da modernização ocorrida nos países periféricos com a reprodução do

Logo, temos que ainda não é dada a devida importância aos papéis de aglutinação social, através dos instrumentos de concertação públicas e de coesão, como as atividades de reforço do poder local, através de consensos¹⁸⁷ e discussões democráticas¹⁸⁸ sobre necessidades e prioridades.

Sobre reforço do poder local entenda-se a possibilidade de a Administração Pública promover a participação da comunidade em processos decisórios os quais refletem substancialmente na forma de vida das pessoas. Possibilitar o acesso à tomada de decisões promove alternativas para solução de problemas comuns, fomenta a criatividade em optar por soluções racionais e acima de tudo, permite a construção coletiva na gestão de conflitos sociais. É certo que tais opções só podem ser viabilizadas de dentro para fora do corpo social em movimento, de modo que ocorre uma revisitação do que era denominado de governança medieval¹⁸⁹, onde o exercício do poder era compartilhado por pequenos grupos locais.

Ressalte-se que a presença do Ministério Público no fortalecimento destes vetores (dentro de um contexto político-social) pode constituir-se num caminho fértil para o desenvolvimento da sociedade brasileira, enquanto elemento de empoderamento de valores éticos necessários à prossecução da justiça num contexto de universalidade. Bem assim, pode constituir-se em elemento importante na necessária filtragem de demandas que hoje passam pelo controle do Poder Judiciário, onde para além da manutenção de uma situação de permanente ineficiência, provocam desequilíbrio entre as atribuições inerentes a cada poder e enfraquecimento do princípio democrático.

subdesenvolvimento, uma vez que mantidas ainda estão as amarras das estruturas socioeconômicas.

¹⁸⁷ HABERMAS, Jurgen, *Fundamentação Linguística da Sociologia*. Tradução Lumir Nahoil, Edições 70, Lisboa, 2010, p. 39 sobre a ação comunicativa e sua interação simbolicamente mediada.

¹⁸⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa, *A Gramática do Tempo, para uma nova cultura política*, Afrontamentos, Porto, 2006, p. 204 e 345.

¹⁸⁹ GARCIA, Maria da Glória, *Direito das Políticas...*, cit., p. 46.

2.3. Instrumentos de fiscalização: os ajustamentos de conduta, as ações de improbidade administrativa e suas interferências no controle da atividade administrativa.

Neste ambiente pluridimensional de realização das tarefas públicas, com vistas a concretizar os direitos fundamentais, a função do Ministério Público revela-se de fundamental importância enquanto agente político de transformação social. De início, por duas razões conceituais que estão intrinsecamente ligadas às missões constitucionais que lhe foram conferidas: a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, como preceitua o artigo 127 da Constituição Federal brasileira e a busca pela responsabilização do agente público incumpridor de suas obrigações, como preceituam o artigo 37, parágrafo 4 da Constituição Federal e artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, enquanto órgão legitimado ativo para judicializar a referida ação civil, sem prejuízo das ações criminais correlatas.

Assim, de um lado, o Ministério Público é órgão agente (legitimado ativo) para a defesa de interesses difusos e coletivos que não estejam salvaguardados pelo Estado-Administração através de sua função executiva. Por consequência, este órgão, apresenta-se, inicialmente, como “termômetro social” porquanto é receptor das queixas e das violações de direitos as quais são trazidas por um sem número de desvalidos. É nesta fase que são utilizados instrumentos de *soft law* funcionando o Ministério Público como mediador e conformador da realização da política pública para a concretização do direito.

A questão que se aventa é a possibilidade normativa que é conferida ao Ministério Público no Brasil do exercício de um controle anterior (prévio) ao controle judicial, da discricionariedade administrativa em matéria de opções políticas de concretização de direitos fundamentais. Tal confrontação ocorre através do espaço aberto para as discussões públicas com os cidadãos sobre as opções administrativas em matéria de efetivação de tais direitos, onde a participação da comunidade é baseada na busca da eficiência das decisões, na luta pelo estabelecimento de prioridades, no acompanhamento da gestão dos recursos e na interferência objetiva no planejamento da opção da política.

Tais formas de controle no Brasil, apesar de existirem no plano normativo, são timidamente exercitáveis por seus cidadãos. No plano da participação social são os

conselhos de controle social¹⁹⁰ no âmbito da saúde, da educação, assistência social, alimentação escolar, elementos de forte expressividade popular que servem de filtro às demandas judiciais e redimensionam os interesses coletivos gerais no âmbito da formulação e da concretização material da justiça social alcançada através da realização de direitos.

Para tanto, o Ministério Público tem ao seu dispor interessantes instrumentos de participação social, como audiências públicas, termos de ajustamento de conduta, recomendações, os quais, ao fim e ao cabo, constituem-se instrumentos de *soft law*, cuja legitimidade pelos resultados configura o exercício de fortalecimento de uma cidadania responsável na aprendizagem sobre concretização de direitos fundamentais.

Assim, a avaliação dos fins legítimos para a opção política das medidas constitui um filtro às demandas judiciais, assegura o respeito à separação de poderes e pode configurar uma oportunidade de realização material da justiça através de instrumentos de democracia participativa num contexto social e de escolha pública a cuja função constitucionalmente delimitada não pode prescindir.

As ações do Ministério Público são, portanto, direcionadas a um só objetivo primordial consubstanciado no desenvolvimento de suas tarefas: a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Todavia, ditas ações são dúplices e prestam-se à salvaguarda destes mesmos direitos: a primeira, uma ação preventiva, que está ligada indissociavelmente ao exercício de um aprendizado social voltado para a defesa dos próprios direitos do cidadão. Os ajustamentos de conduta, as recomendações e as audiências públicas, para além de fortalecerem o exercício da cidadania responsável, constroem uma cultura de dispensabilidade de Poder Judiciário, que somente deve ser buscado, como última *ratio* na composição de conflitos.

¹⁹⁰ Os conselhos gestores de políticas públicas são canais efetivos de participação, que permitem o fortalecimento da participação democrática da população na formulação e implementação de políticas públicas. Os conselhos são espaços públicos de composição plural e paritária entre Estado e sociedade civil, de natureza deliberativa e consultiva, cuja função é formular e controlar a execução das políticas públicas setoriais. Os conselhos são o principal instrumento de participação popular e, apesar de terem formação nas instâncias federal, estadual e municipal, é no âmbito dos municípios que possui sua maior expressividade como instrumento de reforço da atuação do poder local. No Brasil, a Constituição de 1988, no título VII (CRFB, artigos 170 a 232) elencou as diversas formas de realização de políticas públicas. Além disso, permitiu a criação e atuação dos conselhos de controle social, tais como os Conselhos da Saúde (CRFB, artigo 198, III), da Educação (CRFB, artigo 206, VI), da Assistência Social (CRFB, artigo 204, II).

A segunda, uma ação repressiva, corporizada na ação de improbidade administrativa, através da qual o Ministério Público exerce a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, valendo-se da tutela judicial para fazer garantir o direito lesado. É esta duplicidade de atribuições que confere ao Ministério Público a tarefa de ser agente de transformação social, através dos instrumentos de controle da atividade administrativa, ainda que para atingir seu primordial objetivo tenha que percorrer diferentes caminhos. O consenso e o dissenso são opções constitucionais que refletirão a eficácia da medida escolhida, através da concretização do direito perseguido.

Por tais razões, ultrapassadas as fases de negociação e de ajustes e verificado o incumprimento por parte da Administração Pública, cabe ao mesmo órgão (Ministério Público representado pelo mesmo órgão agente) responsabilizar o ente administrativo pela incúria. É o que no Brasil denomina-se ação de improbidade administrativa, uma ação civil de danos a fim de obter provimento jurisdicional no sentido de se obter condenação cível do órgão da Administração incumpridor, sem prejuízo das ações criminais correlatas. Ressalte-se que, para além do instrumento jurídico da ação civil pública com obrigação de fazer e que possibilita a tutela de direitos coletivos irrealizados pela Administração, o Ministério Público vale-se da ação de improbidade administrativa que objetiva sancionar civilmente o responsável pela incúria¹⁹¹.

Assim, ao refletir sobre as duas missões constitucionais do Ministério Público brasileiro, instrumentalizadas através do exercício do livre convencimento do agente ministerial (independência funcional) que lhe é conferido no exercício de suas funções, a questão que se coloca é a de se saber se tais missões são complementares entre si ou se cada uma delas assume diferentes caminhos em busca da realização material do direito.

A opção pela judicialização de demandas que envolvam a realização dos direitos fundamentais pode não ser, em termos objetivos, mais eficaz que as alternativas buscadas através dos acordos e consensos, com vistas a se obter uma finalidade instrumental de se realizar o direito, no contexto da *governance*. A continuidade do

¹⁹¹ A Lei de Improbidade Administrativa, Lei 8.429/1992, impõe penas civis ao agente improbo que vão desde o ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Consulta realizada em 14 de setembro de 2014.

exercício das suas missões constitucionais pelo Ministério Público brasileiro encontra-se nesta encruzilhada, mormente em épocas em que as grandes transformações do Direito Administrativo estão a se reorganizarem a fim de se compaginarem com os ditames constitucionais¹⁹² de uma nova ordem global.

Neste passo, a cumulação de funções entre o Ministério Público com feições preventivas (quando consensua e ajusta condutas) e o Ministério Público com feições repressivas (quando interpõe ações civis de responsabilização), ao tempo em que o aproxima, também o distancia do órgão de execução do Estado. Esta diversidade de funções ministeriais pode criar embaraços ao exercício das missões constitucionais. Neste passo, não resolve a questão de fundo, a designação de diferentes agentes para exercerem funções distintas no mesmo processo¹⁹³. Isto porque a convolução de interesses muitas vezes depende de uma unidade de atuação e de convencimento.

É certo que o controle da atividade administrativa no Brasil é efetuado interna e externamente por diversos órgãos. Em sede de controle externo, a atividade administrativa é fiscalizada pelo Poder Legislativo¹⁹⁴ e também é submetida ao crivo de avaliação autônoma dos Tribunais de Contas, com a finalidade de realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial¹⁹⁵.

Em sede de controle interno, no âmbito da Administração Pública federal, a CGU (Controladoria Geral da União) foi um órgão criado com o objetivo de modificar a relação do contribuinte com a Administração, com vistas a fortalecer o controle social, em que pese todos os desafios técnicos e culturais. Trata-se, portanto, de mais um instrumento de legitimação da ação e de fortalecimento da cidadania criado a partir do dever de transparência dos atos do poder público¹⁹⁶.

¹⁹² HABERLE, Peter, “*Hermenêutica Constitucional, A Sociedade Aberta e os Interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*”, Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Coimbra, Coimbra, 2002, p. 43.

¹⁹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça ...*, cit., p. 143.

¹⁹⁴ Constituição Federal brasileira, artigo 49, incisos V e X.

¹⁹⁵ Constituição Federal brasileira, artigo 70, caput e artigo 71, inciso IV.

¹⁹⁶ O controle interno brasileiro, realizado através da Controladoria Geral da União, funciona em duas vertentes: a fiscalização da execução orçamental federal nos municípios, onde a Administração federal não está muito presente e o fomento da transparência das informações, através de instrumentos como o portal eletrônico. Em 2004, foi lançado o Portal da Transparência do governo federal que oportunizou a divulgação de informações pormenorizadas sobre planejamento e execução orçamental efetivada, incluindo detalhamento de gastos diretos do governo (por órgão, programa/ação ou favorecido), volume de recursos transferidos para outros entes federativos ou até consultas temáticas de beneficiários diretos de

No que toca à atuação do Ministério Público brasileiro no âmbito do exercício de suas funções constitucionais, há uma aproximação entre o órgão de fiscalização e a Administração Pública na seara da prevenção, haja vista que as recomendações, os termos de ajustamento de conduta, as audiências públicas são poderosos instrumentos de soft law que colaboram na avaliação das tarefas administrativas em matéria de direitos fundamentais.

Neste contexto, a formação, a execução e a realização das políticas públicas são acompanhadas pela fiscalização do Ministério Público, que não possui atribuição de garantir, mas de colaborar com a formação consciente do cidadão que participa deste processo de formação, e contribuir, de um lado, com o fortalecimento democrático através da legitimação pelos resultados e por outro lado com a divisão de responsabilidade¹⁹⁷, através da construção de um processo que abarca a todos os envolvidos numa dimensão jurídica, social e cultural.

No Brasil, o exercício da atividade extra jurisdicional do Ministério Público é hoje maior do que sua atividade jurisdicional. Ou seja, os pactos consensuais denominados ajustamentos de conduta e as recomendações, ao tempo em que reforçam a atuação do cidadão na participação do ajuste, forçam a atuação da Administração a coadunar-se com os termos deste mesmo ajuste. Considere-se que todos os implicados na implementação de determinada política pública são chamados a consensuar, de forma que não há ajuste sem consenso dos envolvidos.

Esta aproximação, entretanto, arrefece-se quando há uma atuação no âmbito do controle repressivo, ou seja, quando há proposituras de ações civis por ato de improbidade administrativa, notadamente em circunstâncias de desvios e de má gestão dos recursos públicos. Ocorre que não há no Ministério Público brasileiro em tais circunstâncias, quer preventivas, quer repressivas, uma padronização de condutas a serem observadas pelo agente ministerial, nem limites que estabeleçam em quais situações é possível consensuar e em quais circunstâncias é admissível não judicializar as questões.

É certo que o movimento dinâmico social e as inúmeras situações que

ações. Na sequência, em 2008 surge o Observatório da Despesa Pública (ODP), mais uma iniciativa de aumento da transparência da gestão e de prevenção da corrupção por meio do uso de tecnologia da informação. Sobre a legislação federal que abarca o portal da transparência, ver considerações na nota de nº 99.

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra, Editora Almedina, 2012, p. 25.

exigem uma intervenção do Ministério Público dificultam uma procedimentalização que abarque o exercício destas duas funções. Atente-se para o fato de que em pequenas cidades do Brasil, o agente ministerial é incorporado em um único órgão que tem a hercúlea missão de ser ao mesmo tempo, a voz que apazigua e a mão que condena. O limite entre o consenso e o dissenso desta missão fica reservado à garantia constitucional conferida ao agente ministerial e consubstanciada em sua autonomia funcional.

Entretanto, este poder de livre convencimento que é conferido ao Ministério Público pode não contribuir para o aprimoramento da instituição, na medida em que pode expor pessoalmente o membro da instituição mais aguerrido e retirar de evidência as possíveis incúrias administrativas passíveis de controle judicial. Atente-se para o fato de que a tutela coletiva dos direitos fundamentais não pode ser realizada individualmente, mas também coletivamente pelos órgãos responsáveis por tal controle. O sentido de macro justifica que é pensado coletivamente não pode dissuadir-se de uma fiscalização que também seja coletiva.

É evidente que o antagonismo entre o órgão executor - Administração Pública e o órgão fiscalizador através do controle externo - Ministério Público - cria barreiras inseparáveis e intransponíveis, uma vez que é através da fiscalização que se deixa às escâncaras as dificuldades e os problemas existentes na Administração em suas formas de exercer sua função de execução. Outrossim, uma administração pautada nos princípios éticos e voltada para os instrumentos da boa governação não cria muros ou interpõe barreiras à atividade fiscalizatória. Ao revés, constrói pontes e estabelece formas de governar passíveis de serem avaliadas pelos órgãos de controle.

Por conseguinte, tais antagonismos não podem ensejar a criação de arenas opostas entre Estado e órgão de fiscalização, que antes de estarem em lados opostos, funcionam como instrumentos em apontar e decidir qual seja a melhor decisão possível. É a ideia de que antes de se apresentar a melhor escolha possível, o objeto da fiscalização de escolhas públicas deverá centrar-se na possibilidade de aceitar o caminho escolhido, desde que abarcado pelo manto da juridicidade, cujo respeito pela escolha possa ser observado, ainda que não se afigure a melhor opção sob a ótica de quem fiscaliza.

O papel do Ministério Público, portanto, é o de servir de filtro para a catalisação de tais demandas de modo a contribuir na formação da *consciência jurídica geral* de necessidade de participação individual e coletiva nas decisões políticas que afetam

a formulação das políticas sociais básicas e que se consubstanciam na perseguição da dignidade humana como principal vetor destas buscas.

O não atingimento destes objetivos e a quebra da confiança legítima entre fiscalizador e ente fiscalizado, é que legitimam a busca do controle judicial como última reserva de legalidade apta a fazer cumprir o direito. Neste momento não há mais espaço para o consenso. Valer-se desta última *ratio* é condição básica para a proteção do sistema jurídico e de seus operadores, da mesma forma que as instâncias anteriores de debate público sobre o melhor caminho a ser seguido configuram uma proteção ao Estado democrático de direito e à cidadania de seus membros.

PARTE II - O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ATUAL CONTEXTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.

Capítulo III - A Administração Pública nos novos contornos do Direito Administrativo.

As profundas transformações ocorridas no sistema jurídico em geral e no direito público em especial¹⁹⁸ são ao mesmo tempo causas e consequências das inovações trazidas pela pós modernidade e pelo fenômeno da globalização¹⁹⁹. O compartilhamento dos conflitos sociais em nível mundial e a busca de soluções para problemas comuns, ao tempo em que aproximam os ordenamentos jurídicos numa ordem supralegal²⁰⁰, os distanciam da realidade fática, haja vista as peculiaridades próprias de cada mundo em particular, cuja ordem jurídica sobreposta não consegue de todo atingir.

Bem assim, o encadeamento de ordens jurídicas no mundo globalizado²⁰¹ impele e provoca mudanças que nem sempre estão em consonância com a realidade concreta e a necessidade premente de cada país. Observe-se, por exemplo, que a reprodução acrítica dos modelos normativos do mundo desenvolvido pelos países periféricos tem provocado grandes mudanças no direito público interno destes mesmos países²⁰². Se por um lado, a solução de problemas que afetam a comunidade humana como um todo (ambiente, direitos humanos, sustentabilidade) espraie-se nos ordenamentos jurídicos internos, por outro a reprodução normativa em rede provoca descontinuidade de planos organizativos nacionais e respostas dissonantes com as necessidades peculiares de cada local.

O modelo jurídico tradicional do Direito Administrativo concebido como expressão da vontade constitucional, calcado numa ordem democrática superior e cujo

¹⁹⁸ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “Direito, Ética e Estado...”, *cit.*, p. 66.

¹⁹⁹ ATIENZA, Manuel. “Constitucionalismo...”, *cit.*, p. 270, sobre a globalização, a força do fenômeno e sua influência nas instituições jurídicas e políticas.

²⁰⁰ Sobre a construção de um Direito Administrativo global à margem dos Estados, ver SILVA, Suzana Tavares da, *Um Novo Direito...*, *cit.*, p. 19 ss.

²⁰¹ GIDDENS, Anthony, *O Mundo na Era da Globalização*, Trad. Saul Barata, Rio de Janeiro, Presença, 2006, p. 19.

²⁰² SÉRVULO CORREIA, José Manuel, “Acto Administrativo e Âmbito da Jurisdição Administrativa”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Jurídica, nº 61, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 1157.

controle de legalidade e de juridicidade está ao encargo dos tribunais²⁰³, acaba por sofrer transformações típicas de um mundo globalizado²⁰⁴, com consequências em cadeia e cuja legislação nacional já não atende satisfatoriamente à solução destes mesmos conflitos.

No ambiente europeu são a abertura da estadualidade com a circulação de bens e pessoas (a criação da União Europeia) as principais causas destas modificações. No ambiente de países como o Brasil, a principal causa desta tensão é a pressão internacional para adesão a pactos e acordos de alcance mundial²⁰⁵⁻²⁰⁶ a que o país se vincula de modo a observar, respeitar e cumprir metas a serem atingidas sobre os mais variados temas²⁰⁷⁻²⁰⁸.

Ditas adesões, em última análise, deixam o país aderente numa encruzilhada: ou adere aos pactos impostos em cadeia e faz parte de uma comunidade suprajurídica respeitante de interesses públicos gerais (em consonância com o direito público internacional) e deixa de cumprir seu programa doméstico pendente de realização (para isto sacrifica sua soberania interna²⁰⁹), ou, de outra banda, não adere aos apelos internacionais e fica à margem das decisões que são consideradas como de interesse global²¹⁰.

Ocorre que, para os países europeus do pós-guerra e que já experimentaram um afortunado período de paz e prosperidade decorrentes do sucesso do Estado do bem-

²⁰³ LOUREIRO, João Carlos, A “Porta da Memória”: (Pós) Constitucionalismo, Estado (Pós) Social, (Pós) Democracia e (Pós) Capitalismo. *Contributos para uma Dogmática de Escassez, em Estudos do Século XX*, p. 114, sobre a Constituição dirigente e seus “juízes profetas” e o caso brasileiro que, neste caso, é paradigmático.

²⁰⁴ OTERO, Paulo, *Legalidade...*, cit., p. 149.

²⁰⁵ No caso brasileiro, foi o processo de redemocratização, notadamente após a Constituição de 1988, que inseriu no país o tema dos direitos humanos como preocupação global. Assim, importantes tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil, dentre eles, no que nos interessa, a proteção dos direitos fundamentais: O Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1992); O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992); A Convenção Americana de Direitos Humanos (1992); O Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador de 1996).

²⁰⁶ PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 375.

²⁰⁷ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “Direito, Ética e Estado...”, cit., p. 40.

²⁰⁸ Atente-se para o fato de que a dimensão ética do direito expressada através do valor fundante da dignidade humana é a causa mais forte das pressões internacionais incorridas em países periféricos. Aqui o reconhecimento internacional dos direitos do homem, numa ordem suprallegal conduz às novas formas de organização da sociedade.

²⁰⁹ OTERO, Paulo, *Legalidade...*, cit., p. 150, sobre a abertura da legalidade a fontes externas.

²¹⁰ SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais...*, cit., p. 22 sobre a dimensão doméstica e a dimensão internacional dos direitos fundamentais.

estar social²¹¹ é mais fácil reprogramar as estruturas jurídicas modificativas de um novo Direito público assente agora num Estado regulador das tarefas públicas e negociador de interesses públicos e privados em nível mundial²¹².

Entretanto, para aqueles países cujo dever de casa do Estado social ainda está para ser cumprido, como é o caso do Brasil, as mudanças ocorrentes no Direito Público internacional²¹³ e a reprodução acrítica pelos operadores do direito no ambiente interno, longe de resolverem os conflitos normativos do Direito público do país em matéria de controle de legalidade e de juridicidade, produzem um estado de insegurança jurídica, de indeterminabilidade do direito e de dissociação entre o direito aplicado e a realidade social pulsante.

Assim, como um modelo em construção²¹⁴, o novo Direito Administrativo enquanto expressão de um novo Direito público²¹⁵ e enquanto instrumento da execução material do direito, através da atividade administrativa está atrelado às concepções indissociáveis de eficiência no gasto com recursos públicos escassos, na aplicação da racionalidade (aplicação da proporcionalidade) em decisões administrativas que tenham como conflitantes bens jurídicos diversos. Bem assim, na solidariedade social e ainda na sustentabilidade, de modo que as decisões de hoje preservem a possibilidade de escolha para gerações futuras.

Nesta ordem de ideias, os interesses públicos de carácter geral deixam de ser considerados apenas no ambiente doméstico da Administração Pública e passam a ser discutidos através dos pactos internacionais e nos espaços de organizações internacionais de direito público, as quais trazem para os ordenamentos públicos internos os *standards*²¹⁶

²¹¹ SILVA, Suzana Tavares da, *Um Novo Direito...*, cit., p. 10.

²¹² MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “Direito, Ética e Estado...”, cit., p. 68 sobre a necessária revalorização do Estado nacional.

²¹³ PIOVESAN, Flávia, “Proteção dos Direitos Sociais: Desafios dos Sistemas, Global, Regional e Sul- Americano” em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor, José Joaquim Gomes Canotilho*, Boletim da Faculdade de Direito da Faculdade de Coimbra, Vol III, Coimbra, Coimbra, 2012, p. 760 ss, sobre a aplicação do regime jurídico dos direitos humanos aos direitos sociais sob a perspectiva integral e os princípios específicos criados pela jurisprudência internacional, quais sejam: princípio da observância do *minimum core obligation*; princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais; princípio da inversão do ônus da prova; princípio da participação, transparência e *accountability*; princípio da cooperação internacional.

²¹⁴ CASSESE, Sabino, *A Crise do Estado*, Trad. Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale, Saberes, São Paulo, 2010, p. 52.

²¹⁵ SILVA, Suzana Tavares da, *Um Novo Direito...*, cit., p. 12 ss.

²¹⁶ SILVA, Suzana Tavares da, *Um Novo Direito...*, cit., p. 20.

de padrões internacionais para serem seguidos e observados pelo país aderente.

Some-se a esta pressão externa a própria pressão interna da comunidade nacional, que em contato com os efeitos da modernidade, através da disseminação rápida e assaz das informações, operadas pelo desenvolvimento tecnológico, também querem experimentar os efeitos de um mundo desenvolvido, com direitos fundamentais respeitados e efetivados e com participação efetiva da comunidade local na escolha dos caminhos para esta efetivação²¹⁷.

Assim, a Administração Pública, para fazer frente aos reclamos da pós-modernidade, passa a ser um instrumento do Direito Administrativo voltado para a prossecução do interesse público supranacional, transformando-se em uma administração privatizada (através da concessão e da delegação de serviços públicos), em uma administração de garantia (quando regula e orienta a atuação privada no exercício de poderes públicos²¹⁸), em uma Administração voltada para a eficiência (das políticas públicas), estabelecida numa lógica de resultados. Ditas atividades são conformadas com a participação da comunidade, num esquema de *good governance*²¹⁹, tendo o Estado como centro de tensão destas convergências e como expressão da convação na funcionalidade de seus poderes²²⁰.

Entretanto, partir da premissa de que a Administração Pública passou por uma extensa gama de efeitos modificativos decorrentes dos esquemas sociais, políticos e jurídicos que transformaram o mundo no último século²²¹, constitui importante percepção para o desenvolvimento das ideias subsequentes. Buscar-se-á demonstrar que as necessidades de adaptação do Direito Administrativo, enquanto ramo do direito público responsável pela execução material do direito, refletem uma premente necessidade de adaptação das formas de controle da função administrativa pelo Ministério Público no Brasil²²².

²¹⁷ OTERO, Paulo, “*Legalidade...*”, cit., p. 156, sobre o alargamento do poder político, a fim de garantir “a implementação de novas incumbências estaduais”.

²¹⁸ GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas...*, cit., p.1036

²¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Brançosos...*, cit., p. 325 ss, sobre o constitucionalismo e a genealogia da *good governance*.

²²⁰ LOUREIRO, João Carlos, A “Porta da Memória”..., cit., p. 114, sobre o Estado ativador.

²²¹ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A Recusa de Aplicação...*, cit., p. 595 ss, sobre a pluridimensionalidade da função administrativa.

²²² MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A Recusa de Aplicação...*, cit., p. 614, sobre a “submissão constitucional da atividade administrativa ao princípio da justiça”.

Ademais, não é despiciendo reforçar a afirmação de que é função precípua do Ministério Público brasileiro conjugar as tarefas de controle de legalidade e juridicidade administrativas com a missão constitucional de ser o guardião da sociedade, conforme preceito contido no artigo 129 da Constituição brasileira, enquanto órgão fomentador do controle social e instrumento de percepção entre a realidade como se apresenta e a realização do Direito.

Tais considerações estão atreladas à percepção de que, da mesma forma que é hodiernamente inconcebível uma execução formal do direito, também o é a mera formalidade de sua fiscalização. Partindo da ideia de que é necessária e indispensável a possibilidade da Administração Pública interpretar normas jurídicas e aplicá-las ao caso concreto, no universo dinâmico apresentado pela atividade de execução é que se extrai a conclusão de que o controle e a fiscalização de tal atividade devem observar esta margem de “responsabilidade decisória”²²³. Neste sentido também é necessário garantir que ela possa criar um espaço de desenvolvimento eficiente de sua atividade, através seus próprios órgãos internos.

O controle externo da atividade administrativa pelo Ministério Público não se pode afastar do objetivo maior da função jurídica, que é a realização da justiça. Tal concepção passa necessariamente pela avaliação da utilização dos instrumentos postos pela Constituição para o exercício de tal controle, de modo a manter-se incólume o princípio do Estado democrático de direito (através da harmonização entre os poderes) e satisfatoriamente atingido o princípio da dignidade da pessoa humana²²⁴ (através da concretização dos direitos fundamentais).

Ditas preocupações estão presentes na ordem do dia dos estudiosos do direito público, seja através do moderno constitucionalismo²²⁵, seja através do chamado Direito Administrativo global, os quais trazem em seu bojo a prossecução da realização da justiça através da observância dos postulados que erigiram os cânones do moderno Estado democrático de direito.

Por tais razões, apresenta-se como de menos importância a disputa pela

²²³ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A Recusa de Aplicação...*, cit., p. 600 ss, sobre o decisor pensante.

²²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional...*, cit., p. 407 ss.

²²⁵ REGLA, Josep Aguiló, “Tensiones del Constitucionalismoy concepciones de la constitución”, *El Canon Neoconstitucional*, Miguel CARBONELL & Leonardo Garcia JARAMILLO (eds). Madrid, Editora Trotta, 2010, p. 252.

proeminência do poder entre as funções do Estado, causadas pelos alegados déficits, os quais, em última análise, representam distanciamento do real centro de preocupações, que deve ser a realização do direito: déficit de legitimidade da justiça constitucional, déficit de legitimação de resultados pelo Estado-Administração ou ainda déficit de legitimidade do Legislativo através da elaboração de leis distantes da realidade.

Entender que o direito possui ao seu dispor os instrumentos necessários para sua realização e que tal realização é a efetiva concretização dos direitos fundamentais, é o primeiro passo para reconhecer que a ordem jurídica necessita ajustar-se: tal ajustamento pressupõe não uma sobreposição de forças em busca de legitimidade, mas um ajustamento entre as tensões que emanam dos poderes para o pleno exercício de suas funções e a real e concreta efetivação do direito.

3.1 A posição estratégica de sobrevivência do Estado-Administração no neoconstitucionalismo²²⁶.

A posição do homem enquanto destinatário de direitos reconhecidos e pactuados internacionalmente e detentor de dignidade suficiente para transmutar o pensamento jurídico do pós-guerra, ao tempo em que cria instrumentos de adaptação da atividade administrativa, evidenciando profundas modificações em esquemas administrativos tradicionais, produz reiteradas dúvidas acerca da posição de lume das normas constitucionais²²⁷, localizadas no topo da pirâmide do sistema jurídico²²⁸.

Também assim, o processo de democratização da sociedade, ampliado pela pressão mundial pelo respeito aos direitos humanos e pelo esforço internacional em diminuir suas graves violações, cria uma incompatibilidade visível entre as garantias dos direitos fundamentais positivados nas normas constitucionais e sua inefetiva concretização²²⁹.

Do mesmo modo, descolam do modelo jurídico-constitucional as atividades

²²⁶ CARBONELL, Miguel, “*El Neoconstitucionalismo...*”, cit., p. 153.

²²⁷ NEVES, Marcelo, *A Constitucionalização...*, cit., p. 185, sobre a ideia de que a Constituição não funciona como “instituição jurídica de legitimação generalizada do Estado”.

²²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Brançosos...*, cit., p. 185, sobre o Direito Constitucional como um “direito residual”.

²²⁹ Isto porque a construção dos valores necessários à formação de uma sociedade democrática não cabe apenas em textos constitucionais formais ou em suas intenções de concretização futuras.

desenvolvidas pelo Estado-Administração, que para dar conta de suas tarefas, necessita dialogar, consensuar²³⁰, partilhar e viabilizar com o mundo em movimento as melhores soluções e responder aos muitos e diferentes anseios da sociedade²³¹. Fatos estes que a interpretação constitucional aberta aos princípios²³² e valores também não consegue resolver.

Tais constatações decorrem de uma metódica comparativa em sociedades onde há reconhecimento, proteção e efetivação dos direitos fundamentais, como é o caso de países da Europa ocidental, mormente quando se observa que as constituições nacionais dos países europeus não conseguem responder satisfatoriamente às prementes questões sociais, num contexto de supra-estadualidade²³³ e de crise econômico-financeira²³⁴. Bem assim, em sociedades cujas constituições programáticas²³⁵ e compromissárias carecem de concretização aplicativa dos direitos fundamentais, cuja fundamentalidade não foi suficiente para sua realização, nem mesmo através da justiciabilidade destes mesmos direitos.

É certo que o déficit constitucional ainda tão presente em países que não lograram efetivar seus direitos fundamentais, mormente os direitos fundamentais sociais, expõe as fraturas de um enfraquecimento do Estado. Aqui a interferência, a sobreposição e a usurpação de atuação dos poderes, sob o argumento de convocação à proteção e asseguramento de tais direitos, cria um déficit de legitimidade e de harmonia pública necessária ao desenvolvimento e à paz social, objetivo último das sociedades democráticas dos Estados de direito.

²³⁰ OTERO, Paulo, *Legalidade...*, cit., p. 141, sobre a preocupação do autor com os riscos do totalitarismo dos diversos grupos de interesse e os mecanismos “neocorporativos” em matéria de consenso.

²³¹ OTERO, Paulo, *Legalidade...*, cit., p. 148, sobre a inevitável descentralização no Estado do bem-estar.

²³² HABERLE, Peter, “Hermenêutica...”, cit., p. 37.

²³³ SILVA, Suzana Tavares da, *Um Novo Direito...*, cit., p. 19.

OTERO, Paulo, *Legalidade...*, cit., p. 145.

²³⁴ URBANO, Maria Benedita, “Estado de Crise Econômico Financeira e o Papel do Tribunal Constitucional”, em *A Crise e o Direito Público*, VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público, p.22, sobre a possibilidade de se encontrar um fundamento jurídico constitucional para o direito de crise econômico-financeira. Disponível em: <http://www.icjp.pt/publicacoes/1/4290>. Consulta realizada em 14 de setembro de 2014.

²³⁵ NEVES, Marcelo, *A Constitucionalização...*, cit., p. 114, sobre a eficácia limitada das normas programáticas, e apesar disto, sua carga de orientação finalística para os órgãos estatais. Para o autor, é a ausência de condições estruturais que impede a concretização de normas programáticas. A realização de tais dispositivos programáticos exigiria uma “transformação radical da estrutura social e política”.

Assim, o aparente descolamento do Estado-Administração da estrutura do arcabouço jurídico-constitucional evidencia uma questão de sobrevivência interna do sistema²³⁶. Não se trata apenas de programar como dever do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, mas de concretizar direitos que só se efetivamente podem ser construídos em bases sólidas se estiverem fincados em parâmetros de justiça social e legitimidade pelos resultados.

Destas premissas decorre a necessária constatação de que a divisão de tarefas entre o Estado-Administração e a sociedade é o primeiro elemento aglutinador da efetivação dos direitos fundamentais²³⁷. Queremos com isto dizer que o esforço em recolocar a Constituição neste modelo²³⁸ passa por descobrir qual a função social (respeito à interculturalidade), política (respeito ao princípio da separação de poderes) e jurídica (respeito ao sentido do direito) que possui a Constituição no mundo real, cuja realização deve resultar de um pacto estabelecido entre Estado e sociedade.

Partindo do problema da localização do Estado-Administração no Estado democrático de direito, enquanto observador do princípio da separação de poderes, propulsor do respeito à dignidade humana e realizador do direito materialmente considerado²³⁹, através da execução de tarefas, aglutinação de vontades e respostas aos anseios sociais, deparamo-nos com a necessidade de adequar um sistema de cariz administrativo a um sistema de cariz constitucional²⁴⁰, pensado para fornecer as premissas políticas, legais e sociais de um Estado.

Entender que o modelo jurídico-constitucional é um capítulo, um instrumento a ser utilizado pelo Estado²⁴¹ para a realização do direito²⁴², constitui-se em

²³⁶ OTERO, Paulo, *Legalidade...*, cit., p. 144, sobre a constatação da marginalização do Parlamento e a ascensão do Executivo como “autor e realizador das grandes políticas nacionais”.

²³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Brançosos...*, cit., p. 22, sobre a capacidade de atuação do Estado de direito democrático “no plano político, social e econômico e suas reais capacidades de atuação, agora num contexto global”.

²³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Brançosos...*, cit., p. 196.

²³⁹ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A Recusa de Aplicação...*, cit., p. 615, sobre a vinculação administrativa pelos direitos, liberdades e garantias.

²⁴⁰ NEVES, Marcelo, *A Constitucionalização...*, cit., p. 68, sobre a Constituição como subsistema do direito positivo.

²⁴¹ NEVES, Castanheira, em “O Direito Como Validade”, em *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, 2014, p. 168. O autor, ao afirmar que a Constituição é o “estatuto jurídico do político”, ressalta que a objetividade constitucional não esgota o universo jurídico e, por conseguinte, “o direito na sua autonomia de sentido e na globalidade de sua normatividade

importante e necessária conclusão para que os Estados constitucionais possam avançar e efetivamente possam cumprir os pactos compromissários a que se obrigaram²⁴³.

Assim, forçoso é reconhecer que a consagração do Direito enquanto sistema de normas jurídicas, hodiernamente, conduz os aplicadores do direito a duas conclusões tão impertinentes quanto indissociáveis: A primeira conclusão nos dá pistas de que o sistema uniformizado de normas jurídicas, especialmente de normas jurídicas constitucionais, mostra-se ainda insuficiente para a adequada solução dos reclamos sociais, especialmente quando a expressão da necessidade de regramento não alcança a assaz velocidade com que evoluem os acontecimentos sociais²⁴⁴.

Esta vital consagração do direito enquanto sistema de normas o desapega de um conteúdo normativo-unidimensional e o transforma em sistema jurídico pluridimensional alimentado pela contínua necessidade de realização e de reconstrução²⁴⁵. Assim, o direito não é só norma, mas também intenção material, que dá suporte a sua dimensão concreta, de modo que o fenômeno social criador e transformador do direito encontra suporte na Constituição, mas também para além dela. Os movimentos criados dentro deste sistema jurídico de normas, portanto, não acompanham em ritmo e intencionalidade os fenômenos sociais objetos destas mesmas transformações.

A segunda (inexorável) conclusão leva-nos à percepção acalentadora de que, fruto de um paradoxo que nos deve conduzir à busca de novos caminhos, a organização político-social do Estado moderno sob a égide do Estado democrático de direito ainda não encontrou melhor expressão da organização do homem em sociedade, ao erigir a Constituição²⁴⁶ ao topo do sistema piramidal de normas jurídicas e ao envolver o homem dotado de dignidade²⁴⁷ passível de reconhecimento e proteção no centro deste mesmo

terá que procurar-se para além e fora da Constituição”.

²⁴² ATIENZA, Manuel. “Constitucionalismo...”, *cit.*, p. 276, sobre a existência de uma “juridicidade supra estatal e infra estatal”.

²⁴³ NEVES, Marcelo, *A Constitucionalização...*, *cit.*, p. 186, a fim de se evitar que o modelo constitucional possa ser invocado como “álibi”, como um compromisso através do qual “as emendas e reformas constitucionais seriam responsáveis pela solução dos graves problemas sociais e políticos”.

²⁴⁴ NEVES, Marcelo, *A Constitucionalização...*, *cit.*, p. 68, sobre a retórica “da realização constitucional para o futuro”, onde o Estado “apresenta-se identificado com os valores constitucionais” e sua irrealização dá-se em virtude do “subdesenvolvimento da sociedade”.

²⁴⁵ NEVES, Castanheira, “O Direito hoje e com que sentido?...” *cit.*, p. 65.

²⁴⁶ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “O Administrative...”, *cit.*, p. 381.

²⁴⁷ OTERO, Paulo, *Legalidade...*, *cit.*, p. 254, sobre o homem como fundamento do próprio sistema jurídico: “O homem e sua dignidade são a razão de ser da sociedade, do Estado e do

sistema.

3.2 O agir administrativo: estabelecer prioridades através de parâmetros objetivos.

O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais²⁴⁸ leva o Estado a incluir em suas tarefas essenciais o dever de proteção e de promoção de tais direitos, através de condutas positivas²⁴⁹, as quais revelam a estrutura organizacional da ordem jurídica e os valores a que perseguem num conjunto de forças que se somam e se completam. Por tais razões, a ação administrativa voltada para realizar a proteção e fomentar a promoção dos direitos fundamentais através destas mesmas prestações positivas convoca a um redimensionamento de suas tarefas, as quais se legitimam através da elaboração gradativa de parâmetros objetivos de prioridades.

Assim, a necessária intervenção do Estado na ordem social revela suas imprescindíveis tarefas de prestação²⁵⁰, de garantia²⁵¹⁻²⁵² ou de conformação²⁵³, expressas em um ampliado leque de atuações. Este movimento também revela um campo de trabalho aparentemente ilimitado²⁵⁴, o que desde logo ressoa em atividades tão variadas quanto complexas a exigirem cada vez mais técnica e conhecimento como pressupostos das decisões.

Por tais razões é que a tomada de decisões por parte da Administração torna-se cada vez mais complexa, mormente quando as necessidades e as vontades do corpo social em ascensão se avolumam tanto em diversidade quanto em velocidade. Considerando que é impossível corresponder a todas essas demandas (numa alusão ao

Direito”.

²⁴⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., p.109.

²⁴⁹ BINENBOJM, Gustavo, “A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um inventário de Avanços e Retrocessos”, em *A Constitucionalização do Direito*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 769.

²⁵⁰ BARCELOS, Ana Paula, “Neoconstitucionalismo...”, cit., p. 90, sobre a política pública como sendo o instrumento através do qual o Estado cumpre sua obrigação prestacional de efetivar direitos fundamentais.

²⁵¹ GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas...*, cit., p.1102, sobre o Direito Administrativo como o Direito de garantia da realização do interesse público.

²⁵² ESTORNINHO Maria João, *Fuga para o Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 2009.

²⁵³ PASCUAL ESTEVE, José Maria. *Governança Democrática...*, cit., p.192.

²⁵⁴ PIÇARRA, Nuno. “A reserva...”, cit., p. 328.

ótimo de Pareto), impõe-se que a escolha pública esteja em conformidade com a eleição de uma ordem de prioridades, especialmente no que se refere à concretização de direitos fundamentais.

Para definir prioridades, entretanto, é necessário que se estabeleçam critérios objetivos de perquirição dos bens e valores já conquistados e em vias de se alcançar. Tais critérios objetivos na eleição de prioridades não podem prescindir da racionalidade das decisões cujo parâmetro de avaliação é a efetiva concretização de direitos.

Assim, no Estado democrático, à Administração Pública é vedada a inobservância da razão pública²⁵⁵ para a tomada de decisões sejam elas políticas ou jurídicas, em subordinação aos princípios constitucionais da eficiência da atividade administrativa (sob a égide de gerenciamento de recursos escassos), e da dignidade da pessoa humana (sob a égide de sustentação ética), cuja ordem de prioridades não pode desconsiderar, sob pena de cindir a ligação entre sociedade e mundo jurídico.

No tocante ao princípio da eficiência²⁵⁶, há que se conformar a ideia de interesse público de uma Administração voltada para o gerenciamento de recursos cada vez mais escassos, numa premissa de auto sustentabilidade que confere direitos na medida em que possa assegurá-los no presente, reservando sua tutela também para gerações futuras, tendo em mente os critérios intrínsecos da igualdade da justiça intergeracional.

Dentre os critérios objetivos na escolha de prioridades que a atividade administrativa deve imperiosamente observar, podemos considerar aqueles que se direcionam: a) à concretização de direitos fundamentais; b) à observância do mínimo existencial enquanto decorrência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, não apenas adstrito ao âmbito judicial, em sede de tutela judicial individual de apreciação de direitos subjetivos, mas através de uma política universalista destinada a todos que precisem; c) à elaboração de um orçamento público honesto cuja destinação de recursos que custeiam políticas públicas contemple as áreas com maiores problemas e distorções; d) à aplicação do princípio da proporcionalidade nas decisões administrativas, como um dever jurídico de aplicar a Constituição²⁵⁷; e, e) à colocação na ordem do dia da implementação de discussões acerca da necessidade de existência um Estado administrador

²⁵⁵ ATIENZA, Manuel. “Constitucionalismo...”, cit., p. 279.

²⁵⁶ No Brasil, o princípio da eficiência foi erigido à categoria de norma constitucional, albergado no artigo 37 da Constituição Federal brasileira, após a emenda constitucional nº 19/98.

²⁵⁷ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “O Administrative Constitutionalism...”, cit., p. 387.

voltado para a ativação social, no sentido de fomentar no cidadão a aquisição de suas próprias capacidades, funcionando como agente colaborador na busca pela sua própria dignidade.

A adoção de critérios objetivos estabelecidos para eleição de prioridades pelo agir administrativo, para além de fixar metas a serem desenvolvidas e perseguidas pela Administração, adequa uma sistemática própria que imprime uma conjugação de ações voltadas para o mesmo fim: possibilita transparência das ações (o que facilita o controle social e jurídico); legitima os resultados (uma vez que envolve todos os implicados no processo de decisão); e, evita a subjetividade dos juízos de valoração sobre o que é prioritário²⁵⁸. Dessa forma, em eventual controle de juridicidade (controle de conformidade da ação administrativa com os princípios constitucionais) ou de discricionariedade (julgamento acerca de conveniência e oportunidade da decisão), os critérios objetivos refreiam a tendência à formação de uma convicção pessoal do julgador, que deve buscar, através da decisão, uma solução possível e materialmente menos injusta e não um alívio de sua própria consciência.

Por último, é importante ressaltar que a inobservância dos parâmetros prioritários voltados para a execução material do direito através do Estado Administração conduz a um tal estado de necessidade administrativa que conduz ao controle da função sua decisória, cuja incúria não pode ser óbice à persecução do interesse público pelo Estado em todas as suas formas, e que é ao fim ao cabo, a busca pela realização da justiça.

3.3 A persecução do interesse público: entre a legalidade e a juridicidade.

Definir o que é interesse público tornou-se o dilema crucial dos operadores do direito em contexto de globalização²⁵⁹ e de interestadualidade. A definição do conceito de interesse público²⁶⁰ fixa as bases do Estado democrático de direito tanto em sociedades

²⁵⁸ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “A discricionariedade administrativa...”, cit., p. 604, sobre o elemento volitivo nas decisões administrativas.

²⁵⁹ PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos...*, cit. p. 258, sobre o fato de a globalização econômica ter agravado as desigualdades sociais e aprofundado as marcas da pobreza extrema.

²⁶⁰ SOARES, Rogério, *Interesse Público...*, cit., p. 107 e ss., sobre a diferença entre interesse público primário - aquele pensado pelo legislador e deixado “indeterminado como um padrão maleável de avaliação doutros interesses” e interesse público secundário - que o autor

onde a justiça social efetivou-se e está a desequilibrar-se (como é o caso dos países europeus, após a crise do euro), quanto em sociedades onde a justiça social busca consolidar-se (como é o caso do Brasil).

Bem comum, efetivação de direitos e socialidade tornaram-se expressões repetidas e carentes de sentido público, mormente quando o Estado socorreu-se dos particulares para convolar obrigações públicas em serviços de interesse econômico geral fornecidos pelos particulares²⁶¹. Como fruto destas transformações, a lei perdeu seu caráter de verdade geral²⁶² para refletir o estado momentâneo de correspondências e conformações políticas referentes a uma ideia intrínseca de satisfação de interesses públicos coletivos.

A busca da concretização do direito através da prossecução do interesse público conduz a dois eventos tão paradoxais quanto inevitáveis. Se por um lado, a lei (enquanto expressão da vontade geral) deixa de atender silogisticamente às novas necessidades sociais e reclama uma generalidade de conceitos, por outro lado tal abstração conduz a uma indeterminabilidade do conteúdo do direito²⁶³.

É evidente que as transformações da sociedade geram efeitos modificativos tanto no modelo de Estado, que necessita reestruturar-se para atender suas multifacetadas funções, como nos modelos normativos, diante da necessidade de postular normas de textura aberta, de modo que sua generalidade possibilite a garantia da estabilidade jurídica e social²⁶⁴.

Bem assim, a ideia de interesse público²⁶⁵ também se modifica com o tempo, onde, a partir da proeminência dos direitos fundamentais no vértice do sistema constitucional, passa a funcionar com convolada ponderação não abstratamente considerada entre interesse individual e interesse coletivo. A concretização do interesse público, através da realização material da função administrativa, passa por tal juízo

denomina “interesse público típico”. Ver também SOARES, Rogério, *Interesse Público...*, cit., p. 221, no sentido de que “toda a atividade administrativa foi pensada e querida pela lei como o único processo de realização imediata dos interesses públicos secundários”.

²⁶¹ OTERO, Paulo, *Legalidade...*, cit., p. 149, sobre a perda do monopólio do exercício da função administrativa.

²⁶² OTERO, Paulo, *Legalidade...*, cit., p. 153.

²⁶³ OTERO, Paulo, *Legalidade...*, cit., p. 159.

²⁶⁴ OTERO, Paulo, *Legalidade...*, cit., p. 159 sobre “o sacrifício da perfeição da lei a um mínimo de segurança jurídica”.

²⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo, “A constitucionalização do Direito...”, cit., p. 775, sobre o princípio da supremacia do interesse público como “categoria forjada desde a origem autoritária que fundou o Direito Administrativo”.

interpretativo de ponderação nas situações exigidas pelo caso concreto.

De fato, mesmo que para conformar situações circunstanciais à sua volta, a prossecução do interesse público será sempre o objetivo primeiro e o fim último da função administrativa. Tal função, constitutiva que é, colabora na realização material do direito e, porquanto, na realização da justiça. Não se descure, portanto, da peculiar característica da função administrativa que, muito longe de perseguir o interesse público, apenas numa função executiva do que diz a lei, o faz alargando suas funções para o mundo jurídico definido na abertura de aplicação prática de princípios constitucionais para responder às diferentes e dissonantes vontades sociais.

Neste sentido, a busca pela melhor solução aplicada ao caso concreto revela a boa administração sob a qual se funda, ao perseguir o fim último de sua criação, qual seja o interesse público sob o binômio adequação/necessidade em uma ordem de prioridades e de boa gestão de recursos escassos. É assim, portanto, que se firma a superação da ideia de uma função administrativa meramente executiva para o aperfeiçoamento de uma função administrativa criadora do direito²⁶⁶ e organizadora dos muitos e variados interesses expressos em uma ordem de prioridades, onde o interesse geral possa prevalecer.

Diante de tão novas e desafiantes tarefas, o princípio da legalidade passou a moldar-se aos sinais deste novo tempo. É imprescindível perceber que o âmbito do princípio da legalidade tem que abarcar estas novas vertentes, sob pena de conduzir sua função para uma realização formal do direito. Esta realização é manifesta seja por subsunção à norma²⁶⁷ (apenas), seja porque o controle (externo) desta aplicação inviabiliza a descoberta para a solução mais justa para os casos comuns da vida (através de uma imposição sem legitimação), ou ainda pelas circunstâncias advindas de opções políticas às vezes dissonantes do bom andamento das decisões administrativas.

Por conseguinte, de uma legalidade estrita fulcrada nos primados da precedência e da primazia da lei, cabe à Administração funcionar sob as bases de um princípio da juridicidade, onde a ideia da concretização material do direito através da atividade administrativa conduz ao cerne de sua atividade.

Dessa forma, enquanto o princípio da legalidade administrativa foi concebido dentro de um prisma de vinculação à lei, o princípio da juridicidade caracteriza-

²⁶⁶ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A Recusa de Aplicação...*, cit., p. 603.

²⁶⁷ OTERO, Paulo, *Legalidade...*, cit., p. 154.

se pela vinculação da atividade administrativa ao direito, de modo que para a realização material deste mesmo direito é preciso uma vigilância irrestrita às normas e aos princípios gerais²⁶⁸ que conduzam à sua concretização.

A juridicidade administrativa apresenta-se como uma extensão da legalidade, no sentido de que é expressão da abertura da lei a fim de se buscar estabelecer um equilíbrio do sistema jurídico. A atual ponderação de interesses, muitas vezes opostos em sede de interpretação constitucional, cujos princípios trazem ínsitos valores gerais, leva a necessária adaptação da atividade administrativa a comportar-se dentro deste mesmo padrão de ponderação, sob pena de criar situações de inconstitucionalidade.

Para adaptar-se a esta nova realidade plural, a atividade administrativa reveste-se de características de informalidade no desenvolvimento de suas atividades, obrigando-se a realizar um protagonismo realizador do direito que a lei materialmente concebida não mais consegue acompanhar. São os conceitos de *soft law*, de direito mais brando, mais leve, o que leva a uma dinamização da atividade administrativa em seu contato com o mundo real.

Com efeito, a observância da juridicidade enquanto um alargamento da legalidade estrita e enquanto adaptação das novas tarefas públicas ao encargo da Administração pública, em que pese esteja subordinada ao controle judicial, lhe confere, como consequência lógica de sua própria atividade, uma margem de autonomia pública que lhe permita criar e concretizar o direito, numa perspectiva de Estado unívoco, com múltiplas funções que se tocam, se inter-relacionam e se autolimitam em volta de um objetivo único que é a garantia do melhor interesse público.

3.4 Acesso à Jurisdição e acesso à Administração - tutela judicial efetiva e propulsão ao debate público.

As condições de acesso no mundo globalizado são consonantes com o que, hodiernamente, entende-se por inclusão²⁶⁹. O sentimento de pertença a um grupo, a uma classe, a um local, tendência a tomada de decisões e define o que pode ou não pode ser excluído ou incluído, o que é devido e o que não é devido, o que é direito e o que não é

²⁶⁸ OTERO, Paulo, *Legalidade...*, cit., p. 162, obre a normatividade principialista.

²⁶⁹ PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos...*, cit. p. 269.

direito. Esta fragmentação (inclusive de normas, como consequência da conformação do direito à realidade) exige que as discussões públicas acerca dos parâmetros de inclusão ou de exclusão tenham como suporte uma base de sustentação ética capaz de conduzir a bom porto tão diferentes e difíceis escolhas.

Esta conformação (ainda que fragmentada) da legitimidade do acesso às esferas públicas é que confere a tônica entre a narrativa emancipatória da Constituição²⁷⁰ e a realização material do direito. Assim, o acesso à jurisdição²⁷¹, para além das garantias de uma tutela judicial efetiva, só existe verdadeiramente quando a pretensão do interesse é realizada no caso concreto, despidendo-se de qualquer validade as decisões judiciais que não abarquem esta realização.

De outra banda, o acesso dos administrados à Administração só tem legitimidade se for conferido direito de acesso ao debate público acerca dos problemas reais da vida. A ideia transformadora da Constituição só transforma, quando o constituir direitos é (re) colocado e passa a ocupar uma posição anterior ao constitucionalizar direitos. Em uma Administração vinculada ao direito e, portanto, aos princípios normativos, é de se indagar qual a importância da localização – *local sede* - do debate público acerca da composição dos interesses públicos em uma sociedade plural.

É certo que a garantia de amplo e irrestrito acesso à jurisdição efetiva como forma de contenção do arbítrio, constitui-se primado do Estado de direito. Por outro lado, a aplicação de princípios gerais do direito público pelas instituições em geral, fora do âmbito das discussões judiciais, pode ser instrumento destinado a evitar um ativismo judicial²⁷² disseminado acriticamente e a promover as discussões públicas indispensáveis ao

²⁷⁰ LOUREIRO, João Carlos, A “Porta da Memória”..., *cit.*, p. 12.

²⁷¹ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Pela Mão de Alice - O Social e o Político na Pós-Modernidade*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 181, sobre as alternativas a administração da justiça.

²⁷² Ressalte-se que a Constituição brasileira confere diversos instrumentos para o controle judicial da atividade administrativa: a ação civil pública, as diversas ações constitucionais, as ações específicas previstas no controle concentrado de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a ação declaratória de constitucionalidade (art. 103 da Constituição Federal), a ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental), são exemplos dos caminhos abertos para que entidades ou grupos legitimados possam questionar a omissão do legislador ou do Poder Executivo ensejando, no limite, o ajuste das condutas administrativas aos desideratos e fins previstos na Constituição. Tais ações pretendem impor ao administrador público uma atitude não só de respeito à legalidade ou à constitucionalidade de normas, programas ou políticas públicas, como também objetivam corrigir desvios ou alterar concepções ou objetivos na implantação de determinados programas governamentais, envolvendo a concretização dos direitos fundamentais.

amadurecimento das organizações sociais.

Hodiernamente, o redimensionamento do princípio da legalidade e sua convação ao princípio da juridicidade não apenas vincula a atividade administrativa ao direito, mas legitima sua atuação, numa concepção alargada da lei, que envolve critérios de ação e limite de desenvolvimento da função. Por ação entenda-se a forma de ampliar na comunidade o espaço público de discussão e decisão como forma de legitimar a atuação administrativa. Por limite, a possibilidade de controle judicial por distanciamento dos princípios normativos que representam as novas vertentes da juridicidade.

Inicialmente, a legalidade funcionava como limite à atuação do Estado, cujas bases traziam ínsitos os resquícios do poder absoluto e soberano. Depois, como garantia de posições jurídicas subjetivas frente a uma atuação administrativa prestadora, que obrigou-se a ampliar seu modo de atuação para servir de motor prestacional de uma sociedade crescente e carente de bem-estar social.

Após o surgimento do Estado social, a administração de autoridade dá lugar à administração de prestações de serviços públicos, desta feita interferindo na ordem econômica, proporcionando a abertura de canais de negociação, realizando instrumentos de regulação pública e provocando uma profusão de produção de normas jurídicas atinentes às funções de uma administração gerencial. Mais tarde ainda, com a concepção do Estado democrático de direito, passa a servir como garantia de equilíbrio entre as tensões entre Estado e sociedade e a composição das diferentes formas de expressão do interesse público²⁷³.

É através destas premissas, adaptadas à moderna concepção de Estado democrático de direito, que se amparam os conceitos básicos - tutela judicial efetiva, por um lado, e, ampliação de inúmeras possibilidades de participação social nos interesses públicos correlatos, por outro. Bem assim, estes conceitos movem-se em um contexto atual de margem de livre decisão para fornecimento de tarefas de um Estado prestador que se comprometeu a ser eficiente e sustentável.

Atente-se, porém, para o fato de que, à época do Estado liberal, o princípio da legalidade nascia da necessidade de se garantir a produção de leis a um corpo legislativo escolhido para fazer frente a uma desconfiança sempre presente dos cidadãos em relação à

²⁷³ OTERO Paulo, *Legalidade...*, cit., p. 161, sobre a legalidade administrativa mostrar-se “contingente, precária e eivada de interesses contraditórios”.

atuação administrativa, cujo poder ilimitado de outrora²⁷⁴ criava impedimentos em matérias de decisões de carácter relevante.

Este reflexo de desconfiança no Estado enquanto órgão de execução ainda é perceptível nos dias atuais, mormente quando decisões que afetam toda uma comunidade refletem uma vontade imposta e sem maturação suficiente para externalizar um consenso²⁷⁵ de decisões. Para exercer esta tarefa, bem cabe à administração possuir uma margem de livre decisão, para, ao suplantar as demandas sociais que recebe (uma vez que sua posição perante a comunidade que administra a coloca em situação privilegiada no tocante à percepção dos problemas), possa ao mesmo tempo convocar, de forma eficiente, o debate público sobre as escolhas concernentes aos melhores interesses públicos.

Por outro lado, os efeitos modificativos da atividade administrativa vinculada ao direito pode provocar uma situação de indeterminação do direito, posto que a ampla garantia de tutela aos administrados, ao tempo que garante a defesa de direitos, pode vir a impedir o pleno desenvolvimento da atividade administrativa, que passará a executar não o que dizia a lei oriunda do Parlamento, mas a lei principiológica interpretada pelos juízes²⁷⁶.

Partindo desta afirmação, não se pode deixar de considerar os riscos que a abertura da lei proporciona, em matéria de controle político²⁷⁷ das decisões de uma Administração que, ao apresentar características de maleabilidade/informalidade, submete-se aos juízos valorativos das instâncias de poder acometidas de exercer tal controle. Também assim, possibilita uma atitude de beligerância maior entre os grupos insatisfeitos com decisões contrárias a seus interesses, os quais, valem-se da tutela judicial para discutirem as mais variadas questões e impedirem a implementação das decisões.

Por tais razões, a sede de discussão dos assuntos públicos deve estar localizada primeiramente no seio da Administração pública, através de seus órgãos, como poder legitimado para o exercício deste amadurecimento social e cultural acerca do que

²⁷⁴ SOARES, Rogério, *Interesse Público...*, cit., p. 147.

²⁷⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., p. 379, sobre a necessidade de “um consenso profundo e alargado que demora seu tempo” para a formação da convicção da obrigatoriedade constitucional.

²⁷⁶ STRECK, Lênio Luiz, *Verdade...*, cit., p. 518.

²⁷⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça...*, cit., p. 74, sobre a exclusão dos atos políticos da apreciação da justiça administrativa portuguesa.

deve ser realizado²⁷⁸. É certo que tais discussões e possibilidades estão submetidas aos limites e aos caminhos para a averiguação da boa governação e da melhor condução dos assuntos públicos, de modo a legitimar pelo resultado as ações e evitar que as justificativas para o controle desta atividade decisória se sobreponham à seu processo de execução.

²⁷⁸ GARCIA, Maria da Glória, *Direito das Políticas...*, cit., p. 130.

Capítulo IV – Limites, justificativas e caminhos para o controle da discricionariedade administrativa.

O reconhecimento dos direitos sociais erigidos à categoria de fundamentais, ao passo que dimensiona, de forma geral, o âmbito de prestações positivas a que o Estado se obriga a cumprir, reclama um movimento voltado para a resolução concreta de problemas jurídicos ao encargo da Administração Pública. Tal mister centra-se na prossecução de uma justiça voltada para sua efetivação, o que nos convola à observância do que, na prática, é realizado no ambiente do agir administrativo em termos de realização das políticas públicas voltadas para a concretização desses mesmos direitos.

Neste sentido, convém admitir que a Administração Pública tem a responsabilidade inerente à sua função de planejar, fixar e executar²⁷⁹ as políticas públicas no âmbito da concretização dos direitos fundamentais, através de parâmetros que agreguem racionalidade e estratégia voltados ao atingimento de interesses públicos e privados os quais devem, por óbvio, resvalar no melhor e mais eficiente interesse público²⁸⁰. Interesse público que numa gradação de prioridades estabelecidas deve estar direcionado à proteção e à garantia dos direitos fundamentais, o que desde logo lhe conecta com uma tal vinculação direta aos princípios constitucionais que é capaz de limitar sua autonomia (às vezes, necessária) a esta indispensável convolação de interesses²⁸¹.

É esta conectividade que interliga a atuação da atividade administrativa aos princípios constitucionais do Estado de direito que lhe permite agir com uma peculiar autonomia inerente ao seu espaço próprio de funcionalidade, a fim de atingir os objetivos abstratos-jurídicos assentes na intencionalidade do legislador. A conferência desta autonomia fundamenta-se na necessidade (prática) de subsumir os diversos interesses e necessidades às exigências do mundo jurídico²⁸², mormente quando se vislumbram cada

²⁷⁹ É o que a doutrina denomina de “discricionariedade de planeamento tida como pressuposto da própria missão de planear”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “A discricionariedade Administrativa...”, cit., p. 637.

²⁸⁰ MONIZ, Ana Raquel, “A Discricionariedade Administrativa...”, cit., p. 604, sobre a discricionariedade e a vontade do decisor.

²⁸¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., p. 225.

²⁸² SOARES, Rogério, “Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva”, em *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LVII, Coimbra, 1981, p. 190, sobre a “realização da ideia material de direito, através do poder público administrativo”.

vez mais expectativas, riscos e possibilidades de conformação destas transformações²⁸³ ao encargo de novas formas de administrar.

Por tais razões, transpor tais assertivas público-normativas para o mundo da vida vivida²⁸⁴ não é tarefa que se apresente de forma assim tão simplista. Neste sentido, é questão amplamente discutida na doutrina aquela que avalia o surgimento de novos fenômenos jurídicos ligados à conferência de um núcleo de autonomia (através dos poderes discricionários) e, bem assim, nas possibilidades de realização de controle valorativo destas atividades pelos demais poderes, no âmbito da realização da função administrativa²⁸⁵.

Ressalte-se que a análise feita através da valoração da decisão administrativa em matéria de direitos fundamentais está indissociavelmente ligada à realização administrativa do direito²⁸⁶, por um lado, e, ao princípio da juridicidade, por outro, aos quais a Administração não pode se demitir de observar, ainda que no exercício desta reserva jurídica dotada de autonomia.

Neste passo, em sede do controle da função executiva da Administração no exercício de seu poder discricionário impõe-se refletir acerca dos fundamentos legais que estabelecem os limites para o exercício de tal controle, os quais, desde logo, centram-se na reserva jurídica conferida à Administração no ambiente de suas funções de realização e na observância do princípio da separação de poderes. Ressalte-se que, em Estado democrático de Direito, tais limites constituem a premissa necessária e atual da conformidade entre exercício de poder e compartilhamento da ética pública voltada ao direito.

Por outro lado, a reflexão acerca destes limites legais conduz a uma ineliminável interrogação acerca da razoável medida que autoriza o controle da decisão administrativa, quando seu fundamento incide na existência da prática de vícios recorrentes pela Administração, os quais, sob diversos matizes, apresentam-se desconformes com as exigências legais e constitucionais. Tais vícios, quando observados em grandes proporções, denunciam um permanente estado de necessidade administrativo e conduzem a uma árdua e ineficaz tarefa de controle.

²⁸³ LOUREIRO, João Carlos, A “Porta da Memória”..., *cit.*, p.14.

²⁸⁴ SOARES, Rogério, *Interesse Público...*, p. 82.

²⁸⁵ NEVES, Castanheira, “O problema da discricionariedade”, em *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, Vol. 1º*, Coimbra, Coimbra, 2008, p.596, sobre a impossibilidade da discricionariedade “reduzir-se a uma subsunção”.

²⁸⁶ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “A discricionariedade Administrativa...”, *cit.*, p. 601.

Neste passo, considere-se a aclarada percepção que em países periféricos, como o Brasil, a ausência do Estado em realizar políticas públicas de concretização de direitos fundamentais apresenta o exercício da função executiva disforme em sua origem o que conduz a ciclo interminável de interferência e sobreposição dos poderes, sem o necessário equilíbrio e cujo exercício formal cria esperanças de resolutividade e apresenta soluções e julgamentos estanques e dissonantes da realidade.

O fato é que, partindo-se dos princípios da boa fé e da verdade que devem reger a função administrativa, temos que a conveniência e a oportunidade enquanto razões de mérito conferidas à função de executar foram criadas para conformar a intenção do legislador, em termos abstratos, com as constantes mudanças decorrentes do processo de dinamização social.

O espaço de autonomia conferido à decisão administrativa exige que esta decisão seja jurídico-normativa e esteja voltada para o direito. Qualquer anomalia ou desvirtuamento deste pressuposto constitui abuso de direito e desvio de finalidade²⁸⁷. Por tais razões, as justificativas de controle da função executiva da Administração no exercício de seu poder discricionário, fundadas nas premissas de Estado ineficiente, Estado incapaz, Estado enfraquecido, podem conduzir à manutenção de uma situação que se protraí no tempo e não permite a necessária mudança de paradigma que convoca à separação e ao equilíbrio entre os poderes.

É certo que a vinculação das decisões administrativas ao direito, por um lado, e o princípio constitucional da ampla e irrestrita tutela judicial, por outro, conduzem à possibilidade de serem sindicáveis no âmbito do controle judicial, enquanto instância avaliadora e fiscalizadora desta mesma submissão ao direito. Entretanto, forçoso é reconhecer que a vertente judicativa, lastreada na irrealização material do direito e direcionada a produzir um juízo de valor acerca da escolha do caminho a ser perfilhado pela administração, pode conduzir a um redobrado arbítrio que também não se coaduna com o princípio democrático do Estado de direito.

No que concerne à atribuição do Ministério Público em exercer o controle da decisão administrativa em matéria de políticas públicas atinentes à concretização de direitos fundamentais, temos que tal atribuição apresenta-se com uma tônica diferente e com um suporte material importante para a efetividade da ação proposta. É que, conquanto

²⁸⁷ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “A discricionariedade Administrativa...”, cit., p. 207.

legitimado ativo para propor ações judiciais decorrentes de vícios perceptíveis no desenrolar da atividade de execução, o Ministério Público pode e (deve) exercer uma função objetiva e catalisadora na promoção de demandas judiciais para o controle da função executiva da Administração no exercício de seu poder discricionário, as quais estejam fundamentadas nos caminhos jurídicos possíveis para tal controle e que possibilitam a necessária conexão do caso concreto ao direito.

Diga-se ainda, que no Brasil a inconcretude das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais e a consequente irrealização material do direito pela Administração gera uma crise jurídica²⁸⁸ de consequências nefastas para o Estado social de direito expresso na insegurança jurídica que produz incerteza e descrédito no conceito e no sentido de Estado.

Por tais razões, analisados os limites para o controle da decisão administrativa, bem como as possíveis ilegitimidades dos fundamentos que possam vir a justificar uma interferência e um desequilíbrio entre os poderes, é necessário refletir em que situações o controle da atividade administrativa se impõe, como uma exceção à regra de sua insindicabilidade e com a invasão de seu limite, que é o mérito da decisão. Para tanto, não que ser considerados pressupostos objetivos que possam conduzir a uma efetiva realização do direito em matéria de fundamentalidade.

Para o controle da decisão administrativa, com interferência em seu limite de mérito pelo Poder Judiciário em geral e pelo Ministério Público em particular, enquanto legitimado ativo para ajuizar ações que determinem ao Estado a programação e execução de ações voltadas para a concretização de direitos fundamentais, deve estar presente uma situação de irrealização tal que configure um estado de necessidade administrativo, onde os caminhos para este controle estejam situados: a) na incapacidade administrativa de realizar os direitos fundamentais sociais como condição do Estado de Direito através do estabelecimento de prioridade para sua concretização, que levem em conta o gerenciamento de recursos escassos; b) na inobservância pela Administração Pública do mínimo existencial como direito fundamental a uma existência condigna; c) na inexistência de elaboração de um orçamento público honesto cuja destinação de recursos que custeiam políticas públicas contemple as áreas com maiores problemas e distorções; d) na inobservância da aplicação plena e irrestrita do princípio da ponderação e da racionalidade

²⁸⁸ BINENBOJM, Gustavo, “A constitucionalização do Direito...”, cit., p. 775.

na escolha pública da decisão que se afigure mais apta a satisfazer os interesses públicos; e, e) na inaptidão para buscar na facilitação e na abertura da ativação social uma forma de legitimar as escolhas públicas, em um imbricamento entre Estado e sociedade que encontram na divisão de responsabilidades a tônica para a realização do direito.

Neste passo, a “normalização do estado de necessidade administrativo”²⁸⁹, através da comprovação fática da ausência do cumprimento dos deveres legais situados nos campos de atuação acima descritos justificaria, teoricamente, o controle do espaço de autonomia conferido à Administração. Isto no que se refere à sua liberdade de mérito esboçado em critérios não apenas de conveniência e oportunidade, mas de decisões que afetam a forma de vida da comunidade em geral e das pessoas em particular. Registre-se que esta inobservância, viola a juridicidade, compromete o Estado de direito e põe em constante situação de inconstitucionalidade as normas voltadas para a concretização de direitos fundamentais, o que pode por em causa toda a estruturação do sistema jurídico enquanto sistema de normas.

4.1 Limites ao controle da decisão administrativa: o mérito.

Realizar o controle da decisão administrativa com a limitação de eximir-se de valorar seu mérito significa permitir, em razão do “princípio da deferência”²⁹⁰, que a administração possa exercer sua função de execução com uma certa margem de liberdade e autonomia, própria das exigências de uma sociedade técnica e global, cujo movimento contínuo e ininterrupto faz surgir novas descobertas e novos interesses. Partir do pressuposto inicial de que o desenvolvimento desta nova forma de administrar é consentâneo com uma vinculação ampla e irrestrita ao direito, através do princípio da juridicidade, é imperativo e necessário para que esta limitação se imponha.

A relação entre a Administração e os demais poderes nunca necessitou de tamanho redimensionamento no sentido de buscar equilíbrio entre as funções, tendo em vista que hodiernamente, exige-se, de um lado, a proibição do arbítrio como forma do poder imposto e, de outro, a observância dos princípios enquanto valores éticos gerais que devem ser observados pelas instituições, mormente o Estado em todas as suas vertentes, em busca da realização da justiça.

²⁸⁹ LOUREIRO, João Carlos, A “Porta da Memória”..., *cit.*, p. 18, sobre a normalização do estado de exceção em caso de emergência econômico- financeira.

²⁹⁰ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “A discricionariedade administrativa...”, *cit.*, p. 626.

Sendo assim, a observância dos limites ao controle do mérito da atividade administrativa, ao passo em que permite um aprimoramento de suas funções, mormente em um Estado transformado em garantidor dos interesses gerais, possibilita a construção de um primado de divisão de responsabilidades entre Administração e administrados.

4.1.1 O princípio da separação de poderes.

O desbravar social da humanidade sempre produziu como consequência o pôr em causa modelos organizativos do Estado enquanto ente estruturador de grupos. A organização político-jurídica do Estado ocidental encontra nos anseios sociais, no mais das vezes, suas limitações e seus maiores desafios.

A justa medida entre enunciar normas de conduta, estabelecer estruturas organizacionais e dirimir conflitos de forma justa, tendo como princípio e norte o asseguramento do maior e melhor interesse público, continua a ser o maior desafio do Estado. É indubitável que a teoria de separação de poderes de Montesquieu²⁹¹ constituiu-se (à época de sua criação) e continua a constituir-se na forma mais completa da delimitação de tais atribuições.

É importante ressaltar que a proclamação formal do princípio da separação dos poderes e sua enunciação doutrinária ocorrem em concomitância com a limitação do governo e com a criação de um modelo específico de Estado²⁹². Depois, as transformações subsequentes do Direito Administrativo, notadamente em função da socialidade²⁹³, estabelecem um novo contexto institucional de poder²⁹⁴.

Entretanto, a observância da socialidade entronca com as exigências da dinamização social, cuja busca pela satisfação de interesses ressoa em toda atividade administrativa. A função executiva prestadora e intervencionista do Estado social, e mais adiante garantidora do Estado regulador, obriga a uma reformulação do desempenho da função Administrativa que antes de equilibrar-se com os demais poderes, necessita

²⁹¹ SOARES, Rogério, *Direito Público...*, cit., p. 147 ss.

²⁹² ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, cit., p. 18.

²⁹³ OTERO, Paulo, *Legalidade...*, cit., p. 159.

²⁹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, cit., p. 21, onde o autor assevera que “em vez da relação exclusiva com a lei, instaura-se uma relação tripolar Lei/Administração/Juiz, caracterizada pelos princípios da precedência da lei, da discricionariedade e da justiciabilidade administrativa - um entendimento ponderado da Juridicidade administrativa num Estado de Direito Misto”.

estabelecer seus parâmetros de atuação a fim de fazer valer a estrutura organizacional criada para este fim.

É o que se denomina “a realização administrativa do direito²⁹⁵”, através da qual a atividade administrativa aplica o direito ao caso concreto, sente (ou ao menos devia sentir) as necessidades mais prementes do cidadão e escolhe dentre muitas possibilidades as que se avizinham mais capazes de atingir a justa medida entre interesse público e conformação de interesses privados.

De qualquer modo, é importante ressaltar que a teoria da separação de poderes surge em dois momentos distintos, primeiramente como garantia de liberdade dos cidadãos, tendo a lei como sua maior expressão, e, num segundo momento, de conteúdo político, “*que se traduz num problema de repartição do poder por vários pretendentes*²⁹⁶”.

Como garantia de liberdade dos cidadãos, são as ideias liberais do Estado constitucional, expressas principalmente no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que demonstram toda a racionalidade do pensamento político doutrinário da época²⁹⁷.

Tal repartição, contextualizada à época de sua criação, mormente quando da transição do Estado absoluto para as monarquias constitucionais, encontrou (e continua atualmente cada vez mais a encontrar) muitas dificuldades de equilíbrio de funções, especialmente quando se considera o Estado a partir de uma vertente de unicidade.

Partindo da premissa já referida, de que o princípio do Estado de Direito constitui-se no nascedouro do Direito Administrativo²⁹⁸, cabe assinalar que esta premissa transporta para o mundo jurídico as convergências necessárias para o controle e a estabilização do poder distribuído entre as diversas funções do Estado²⁹⁹. Tal estabilização pressupõe a aceitação de que a dinamização social do mundo moderno exige que o exercício da função administrativa esteja apto a compaginar-se com esta nova realidade, propriamente dinâmica e particularmente complexa.

A ideia de divisão de poderes associa-se a um critério de distribuição do

²⁹⁵ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A Recusa de Aplicação...*, cit., p. 595.

²⁹⁶ SOARES, Rogério, *Direito Público...*, cit., p. 148.

²⁹⁷ MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra, Coimbra, 2002, p. 471.

²⁹⁸ AYALA, Bernardo Diniz, *O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*, Lisboa, 1995, p. 59.

²⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, São Paulo, 2012, p. 49.

poder estadual em um esquema racional que considere tanto a diversidade de tarefas, quanto a legitimação para o exercício de cada uma destas funções do Estado³⁰⁰. É o que entendemos funcionar como uma expansão da ideia de equilíbrio de funções em busca do mesmo fim, qual seja, a persecução do interesse público.

Sob a ótica da busca de equilíbrio entre os poderes conformadores do Estado, o princípio da separação de poderes com base na tripartição de Montesquieu para além de permitir a aplicação do sistema de freios e contrapesos, também legitima e reforça a ideia de que cada Poder do Estado traz ínsito em seu corpo de atribuições um “núcleo essencial³⁰¹” próprio de suas atividades e que não é passível de interveniência de qualquer outro poder, sob pena de incumprimento de seus deveres e responsabilidades enquanto órgão executor.

4.1.2 A reserva jurídica da Administração no âmbito dos demais poderes.

A moderna concepção do Direito Administrativo e as diversificadas tarefas a que a Administração Pública obrigou-se constitucionalmente a realizar³⁰², especialmente em um contexto de pós-modernidade e globalização, expuseram as existentes tensões entre os poderes do Estado, especialmente entre Poder Executivo e Poder Judiciário, sob uma ótica de execução da legalidade da Administração para o primeiro e controle da legalidade da Administração para o segundo.

Em se considerando que a persecução do interesse público³⁰³ enuncia um princípio de observância geral e fim último do Estado de direito, as tensões acerca da distribuição e realização do poder enquanto instrumento de realização e controle da atividade administrativa, em última análise, não deveriam situar-se em campos opostos, nem em sobreposição ou usurpação de poderes.

Após a cisão entre Estado e sociedade, estabelecidas as bases de limitação do poder, a lei estabeleceu que ao Estado, antes absoluto, só era permitido fazer o que

³⁰⁰ COSTA, José Manuel Cardoso da. “A Jurisprudência Constitucional portuguesa em Matéria Administrativa”, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nº 61, p. 179.

³⁰¹ AYALA, Bernardo Diniz, *O (Défice de)...*, cit., p. 52.

³⁰² Sobre os fundamentos constitucionais da reserva da administração, AYALA, Bernardo Diniz, *O (Défice de)...*, cit., p. 65.

³⁰³ MONIZ, Ana Raquel, “A discricionariedade Administrativa...”, cit., p. 609.

efetivamente estivesse previsto: era a reserva da lei, base do surgimento do Direito Administrativo contemporâneo. A ação administrativa deveria estar, portanto, consubstanciada em um ato pré-determinado³⁰⁴, o que vincularia a atividade administrativa a um controle prévio na realização de suas tarefas.

Por outro lado, considerando que a dinamização na realização das tarefas administrativas passou a exigir criação, decisão e adaptação da lei ao caso concreto, fez-se necessária uma margem de autonomia para legitimar a decisão a ser tomada, o que, na dimensão atual do princípio da separação de poderes³⁰⁵, canaliza para maior abertura das normas administrativas³⁰⁶, no sentido de criar um espaço entre a lei e o ato administrativo. Assim, a realização do direito através da atividade administrativa poderá ser materialmente concretizada, evidentemente consubstanciada na anterior permissão normativa, ainda que de caráter geral.

É a ideia que se reforça no sentido de comprovar que a norma jurídica administrativa de caráter geral não abarca todas as situações que pretende regular, cabendo à Administração um espaço de “autonomia pública administrativa³⁰⁷”, ou seja, uma margem de livre decisão.

Abarcadas por esta margem de livre decisão estão a discricionariedade administrativa – fundada em autorização legislativa onde se estabelecem possíveis alternativas juridicamente amparadas e valoradas diante do caso concreto - e a margem de livre apreciação- onde o legislador possibilita à Administração a interpretação de fatos anteriores à decisão de modo a viabilizar a melhor opção possível, cuja deferência está associada à análise de conceitos indeterminados³⁰⁸.

³⁰⁴ AYALA, Bernardo Diniz, *O (Défice de)...*, cit., p. 30.

³⁰⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, cit., p. 43, sobre o contexto de “Estado de Direito Misto” contraposto ao “Estado Legislador”, ao “Estado Administrativo” e ao “Estado dos Juízes”.

³⁰⁶ AYALA, Bernardo Diniz, *O (Défice de)...*, cit., p. 33. O autor conceitua a reserva da administração “como aquela parcela em larga medida imune às ingerências do legislador e do juiz”.

³⁰⁷ AYALA, Bernardo Diniz, *O (Défice de)...*, cit., p. 34.

³⁰⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, cit., p. 45, alguns exemplos de indeterminações legais, como sendo aquelas referentes a conceitos de “valor”: aptidões pessoais, avaliações técnicas especializadas; referentes a “juízos de prognose”: justo receio, perigo para o trânsito, ameaça de ruína. Ou que abarcam “ponderação de interesses complexos”, como por exemplo, a instalação de um aterro sanitário ou de um aeroporto; também que abarquem “decisões com consequências políticas”: recusa de um visto para entrada no país de uma personalidade importante. Ou ainda “decisões estruturais de caráter organizativo”, como por exemplo,

Tais situações constituem os núcleos de autonomia administrativa protegidos de interferências ou juízos apreciativos porque fundados em razões de mérito que dão suporte à escolha de decisões baseadas em análises de conveniência e oportunidade, os quais fundamentam a legitimidade da ação executiva e dão sentido à sua existência.

Com efeito, tal margem de livre decisão conferida à Administração é uma garantia constitucional tanto em face do Poder Legislativo quanto em face do Poder Judiciário, numa perspectiva de que ao primeiro cabe estabelecer os limites da vinculação da Administração à lei e ao segundo cabe observar os critérios também legais estabelecidos para a realização de tal controle³⁰⁹.

Relativamente à margem da livre decisão administrativa em face do Poder Legislativo tem-se que esta vinculatividade constitui-se em uma natural necessidade de conformar os acontecimentos à lei. Entretanto, considerando-se que não é possível serem anteriormente previstas sob o abarcamento da lei todas as situações que ensejem uma influência na decisão administrativa, é que faz-se necessária a autonomia da função administrativa, cuja finalidade precípua é a realização do direito no caso concreto.

Nesta ordem de ideias, mormente quando se observa uma transformação do Estado- Administração no tempo, absolutamente vinculado a uma administração por objetivos³¹⁰, no sentido de transformar-se do Estado do bem-estar social num Estado regulador de tarefas e ainda em Estado de ativação social, é que os parâmetros mais fechados da legislação podem tornar-se um obstáculo à realização do direito.

Neste sentido, os parâmetros legais fixados pelo Poder Legislativo através da lei passam a tornar-se um ponto de convergência ampla, onde todos esses interesses possam ser abarcados e a realização do direito, numa premissa de prossecução do interesse público, possa efetivamente acontecer. Assim, a abertura legal enseja uma imposição pelas

abertura ou encerramento de serviços ao público, escolas, centros de saúde ou unidades hospitalares.

³⁰⁹ Registre-se, entretanto, que no caso brasileiro, após a Emenda Constitucional 19, de 04/06/1998, em razão da instituição do princípio constitucional da eficiência, o controle da legalidade administrativa abarca também a apreciação do mérito da decisão administrativa, o que, evidentemente, amplia o bloco de controle dos atos administrativos e dificulta a aplicação prática do princípio da separação de poderes, vértice do princípio do Estado democrático de direito.

³¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional...*, cit., p. 733.

circunstâncias práticas do caso concreto³¹¹.

Outrossim, relativamente à margem de livre decisão administrativa em face do Poder Judiciário, temos que esta enseja um necessário sopesamento entre os princípios constitucionais da separação de poderes e do controle judicial das decisões administrativas³¹². É evidente que a submissão da administração ao direito e a tutela judicial efetiva conferida aos administrados permitem a submissão da atividade administrativa ao julgamento de seus atos pelo Poder Judiciário.

Entretanto, o controle judicial só pode ocorrer em casos de normas vinculadas às quais possuam padrões jurídicos passíveis de controle e não àqueles casos em que a lei contemple conceitos indeterminados os quais exigem um preenchimento interpretativo por parte da própria administração. É o que Vieira de Andrade denomina de “prerrogativa de avaliação em razão das indeterminações conceituais³¹³”.

Isto porque o assecuramento do princípio democrático sob o qual se funda o Estado de direito passa necessariamente pelo respeito aos limites de competências ínsitos no núcleo de cada poder deste mesmo Estado. Muito já se discutiu sobre o perigo de se permitir aos juízes uma margem ilimitada de controle da função administrativa, não em função de ausência de legalidade do ato praticado, o que, como é óbvio, é absolutamente sindicável, mas, em torno dos limites políticos que ensejam as decisões de caráter administrativo e que aos juízes e aos órgãos de controle é ponderável um certo grau de abstenção.

O chamado governo dos juízes³¹⁴ absolutizou-se no último quadrante do século passado em razão da constitucionalização de direitos, da abertura de princípios para interpretação³¹⁵, critério determinante para a justificativa legal e prática das decisões, bem assim, após uma clarividente necessidade de se procurar garantir os direitos fundamentais, através da ocupação de um vácuo deixado por Administrações desastrosas e ineficientes, mormente no que diz respeito à sua efetivação.

Entretanto, muito mais do que uma tensão entre forças que emanam dos poderes de Estado, o desequilíbrio entre elas enseja um afastamento cada vez maior entre a

³¹¹ Sobre a vontade do legislador como fundamento origem da margem de livre decisão administrativa, AYALA, Bernardo Diniz, *O (Défice de)...*, cit., p. 44.

³¹² AYALA, Bernardo Diniz, *O (Défice de)...*, cit., p. 86.

³¹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, cit., p. 45.

³¹⁴ AYALA, Bernardo Diniz, *O (Défice de)...*, cit., p. 87.

³¹⁵ STRECK, Lênio Luiz, *Verdade...*, cit., p.518, sobre o “panprincipalismo...”.

intencionalidade da lei e sua realização, uma vez que as garantias legais apenas ditas e não efetivadas criam expectativa de concretização, futura e incerta. Tais consequências, para além de enfraquecer a atuação administrativa que fica ao sabor das determinações e embargos judiciais, expõem a democracia ao arbítrio de decisões que padecem de legitimidade e de fundamentação fulcrada na técnica e no alcance geral que somente o órgão administrativo, em razão da peculiaridade da função, é capaz de realizar.

Some-se a isto o fato de que a bondade das decisões administrativas possui um necessário caráter de mutabilidade, amparada pela revogabilidade de seus atos, por razões de conveniência³¹⁶, através da salvaguarda de sua autotutela, o que é impossível de se compaginar com a verdade³¹⁷ imutável de uma decisão judicial determinante de caminhos administrativos a serem percorridos.

Tais considerações põem em discussão a tensão entre legitimidade democrática e legitimidade judicial na apreciação da decisão administrativa, que longe de ser apenas uma tensão entre poderes, enuncia um desequilíbrio amplo entre os pilares que constituem a sociedade e a própria democracia.

Entretanto, a superação da imutabilidade dos atos, baseada nos critérios estanques e silogísticos das leis, e a observância do princípio da juridicidade propiciam a subsunção das decisões administrativas ao direito, ainda que carreguem uma margem de livre apreciação ou que possuam um conteúdo discricionário. Tal assertiva possibilita o controle judicial destas decisões, desde que emanadas através de “juízos jurídicos, mas já não considerações de mérito³¹⁸” como forma de controle dos atos praticados através da função administrativa.

4.1.3 A discricionariedade administrativa.

Sendo a discricionariedade administrativa o espaço de liberdade conferido à administração para prosseguir e conformar o melhor interesse público, temos, com Ana Raquel Moniz, que “o poder discricionário equivale ao poder de decidir à luz de critérios

³¹⁶ PIETRO, Maria Silvia Zanela Di, *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2003, p. 73, sobre o princípio da autotutela.

³¹⁷ HABERMAS, Jürgen, *Teoria da Racionalidade e Teoria da Linguagem*. Tradução Lumir Nahoil, Edições 70, Lisboa, 2010, p. 190, sobre o significado da verdade de uma proposição como sendo a “promessa de alcançar um consenso racional sobre aquilo que é dito”.

³¹⁸ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “A discricionariedade Administrativa...”, cit., p. 612.

de mérito³¹⁹”.

Crerios de mérito são aqueles aferidos em situações que pressupõem uma análise conformadora da realidade do caso concreto com a realização material do direito³²⁰. A exigência desta conformidade possibilita a valoração de conveniência e oportunidade que só pode ser realizada por quem está em proximidade real com a situação que demanda a análise. Neste caso, a Administração, que, através de seus órgãos, apreende a realidade e, dentro um parâmetro de validade preestabelecida na lei³²¹, escolhe a opção de maior vantagem para o interesse público. Para tanto, precisa conformar critérios econômicos, sustentáveis, duráveis e consonantes com a justiça da decisão.

Entretanto, algumas dificuldades vêm à tona quando se confrontam diferentes possibilidades de avaliação de critérios de mérito da atividade administrativa abarcados no exercício de poderes discricionários³²², seja pela concessão legislativa que permite esta conformação, quando textualmente confere à administração esta possibilidade (discricionariade de decisão), ou elenca na própria lei um conjunto de alternativas possíveis (discricionariade de escolha), seja através de uma aplicação interpretativa de conceitos legais indeterminados. Tais dificuldades sobrelevam-se principalmente no âmbito do controle judicial das decisões administrativas em matéria de mérito, quando há interferência judicial em tais decisões administrativas, denominada pela doutrina de dupla administração³²³.

Em sendo assim, os poderes discricionários conferidos à Administração, para além de uma função conformadora do direito, possuem uma função limitadora do seu controle pelos demais poderes, posto que as escolhas de mérito realizadas em um universo de opções possíveis não podem estar sujeitas às críticas e valorações de uma apreciação sob a ótica apenas do atingimento dos fins, sob pena de se impossibilitar a realização material do direito ao caso concreto (que obviamente centra-se na ótica da finalidade aliada

³¹⁹ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “A discricionariade Administrativa...”, cit., p. 609.

³²⁰ SOARES, Rogério, *Direito Público...*, cit., p. 153, onde o autor, tratando do tema da organização pluralística da sociedade técnica, afirma que “do que agora se trata é de organizar o Estado de modo a que ele possa apresentar uma garantia contra o abuso do próprio poder e, simultaneamente, uma cautela contra as forças sociais divergentes”.

³²¹ ANDRADE, José Carlos Vieira, *Lições...*, cit., p. 42, onde o autor afirma ser a discricionariade um espaço decisório que resulta da concessão administrativa.

³²² SOARES, Rogério, *Interesse Público...*, cit., p. 217, no sentido de ser a “discricionariade o meio, o mérito, o resultado”.

³²³ ANDRADE, José Carlos Vieira, *Lições...*, cit., p. 43.

aos meios de sua realização³²⁴).

Estando a decisão abarcada por elementos de validade juridicamente conformes a uma ótica racional dentre as possibilidades também juridicamente possíveis é que esta escolha imuniza-se ao controle realizado pelos demais poderes.

Pontuada a necessidade da presença do poder discricionário no âmbito das decisões administrativas como critério conformador da realidade da vida ao direito, é importante anotar que esta acomodação exige o cumprimento de critérios legalmente pré-fixados que vinculam o decisor à medida que as decisões são tomadas e eliminam a possibilidade do agir baseado em análise subjetiva ou vontade pessoal. Acentue-se que, em sendo a atividade administrativa uma atividade dotada de normatividade³²⁵, afigura-se necessária a observância de que o processo de escolha realizado pelo administrador – pessoa física ou órgão administrativo- possui como norteamento os fins concretamente perseguidos com a decisão, cuja motivação demonstrará claramente a intenção que permeou a referida escolha.

Neste passo é a justificação (motivação) da decisão fulcrada em poderes discricionários que dará o ritmo de sua legitimidade: desde logo, a análise prévia dos elementos que exigem uma intervenção (delimitação do problema); a fixação das opções possíveis dentro do quadro jurídico-normativo; a apreciação racional da decisão que melhor se adequa ao caso concreto (perseguição dos fins encetados); desta última tarefa decorre um dever de ponderação, onde se faz um balanceamento entre valores através do estabelecimento de *standards*, o que para além de lhe conferir maior legitimidade no processo de escolha, confere também maior discricionariade³²⁶.

Entretanto, é preciso admitir-se que o exercício de poderes discricionários envolve uma ineliminável vertente subjetiva do órgão decisor³²⁷, considerando-se que as opções jurídico-administrativas envolvem um leque de possibilidades possíveis e legitimamente configuráveis ao quadro do direito. Sobre vertente subjetiva entenda-se a responsabilidade pela decisão cujo tributo será conferido após a constatação do

³²⁴ HABERMAS, Jürgen, *Ética do Discurso*. Tradução Lumir Nahoil, Edições 70, Lisboa, 2010, p. 327, sobre a racionalidade orientada para os fins.

³²⁵ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “A discricionariade Administrativa...”, cit., p. 604.

³²⁶ SILVA, Suzana Tavares da, “O Tetralema...”, cit., p. 8.

³²⁷ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “A discricionariade administrativa...”, cit., p. 605, sobre a impossibilidade do exercício do poder discricionário está submetido a uma escolha volitiva do titular do órgão.

asseguramento dos fins colimados, evidentemente alcançados após um evidente e indissociável somatório de esforços comuns.

Por somatório de esforços comuns entenda-se a divisão de responsabilidades que deve estar presente entre Estado e Sociedade quando da decisão em assuntos públicos que atingem a forma de vida de todos. É claro que esta construção social depende de um compartilhamento ético entre as instituições³²⁸ sobre as causas e as consequências motivadoras da melhor decisão. Neste passo, a subjetividade decisória do *decisor pensante* é legitimada pela divisão responsável e participação na escolha social. Tais critérios, em Estado de ativação social, encontram a real legitimidade dos fins perseguidos como melhor interesse público.

É sob esta ótica que se convoca a necessária legitimação pelos resultados, não sob um prisma posterior à decisão administrativa escolhida, sob a avaliação dos efeitos, mas em uma premissa anterior, onde a legitimidade da escolha passa pela discussão pública acerca dos instrumentos a serem utilizados e das possíveis consequências da escolha, tendo uma divisão de responsabilidades sobre o efeito da decisão. Tais *standards* dão suporte à decisão e conferem maior espaço de discricionariedade, para além de convocar a responsabilidade pelos assuntos públicos que são de interesse de todos.

Por tais razões é que a referência à vinculação da Administração ao direito através do princípio da juridicidade não significa que aquela está somente vinculada aos valores e princípios constitucionais³²⁹, mas também à motivação (fundamentação) de seus atos à luz da razoabilidade da escolha, com vistas a convencer, prática e objetivamente, os destinatários da medida sobre a melhor decisão, tendo em vista a prossecução do interesse comum.

Portanto, da decisão administrativa fundada através do exercício de poderes discricionários, fruto consequente do desenvolvimento da construção da atividade administrativa, decorre, evidentemente, a responsabilidade do decisor, uma vez que tal exercício exige o dever legal de prestar contas e de dar respostas às escolhas. A avaliação dos resultados desta deferência discricionária e sua repercussão prática, agora sim vinculada aos resultados da opção escolhida, é a tônica da responsabilidade decisória da administração.

³²⁸ O Trabalho do Ministério Público brasileiro nesta vertente é um exemplo deste modelo de congregação.

³²⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça...*, cit., p. 82.

4.2. Justificativas - estagnantes - para o controle da discricionariedade administrativa.

É inegável a necessária intervenção na esfera de autonomia própria da Administração no exercício de seus poderes discricionários, quando se detecta, por parte dos órgãos de controle, a ausência de critérios objetivos e eficazes na realização material do direito.

Ocorre que as consequências jurídicas, políticas e sociais desta ausência da Administração provoca uma tal desarrumação na esfera pública e na sociedade que transforma um problema jurídico objetivo em um problema de análise valorativa por parte dos órgãos de controle. É que a desarrazoada inefetividade na concretização de direitos fundamentais básicos produz um clamor público expresso em indignações e descrenças, que as demais instituições acometidas de promoverem a justiça buscam, no âmbito de suas atribuições, esta promoção.

Também ocorre que, como em qualquer sistema, o sistema jurídico está imbricado em conjunto de engrenagens próprias acometidas a cada um de seus órgãos, com funções delimitadas, ou ao menos definidas no ambiente do dever ser. Esta vinculação (jurídica) impõe que se cumpra um programa adremente preparado e pensado para a realização da justiça, fulcrado nos objetivos e nos fins a que se destina a organização político-administrativa do Estado e não nas consequências (por mais apelativas que sejam) deste incumprimento.

Desta forma, as justificativas de controle de mérito da atividade administrativa fundadas nas premissas de Estado enfraquecido, Estado ineficiente, Estado incapaz, podem conduzir à manutenção de uma situação que se protraí no tempo e não permite a necessária mudança de paradigma que convoca à separação e ao equilíbrio entre os poderes vinculados que estão à realização material do direito.

Quando o agir administrativo é entregue nas mãos de um Estado enfraquecido em suas bases, este sofre invasão de suas competências; quando é entregue nas mãos de um Estado por demais pragmático, este postula a delegação de suas competências a grupos de interesses dos mais diversos. Quando estas percepções são realizadas através de uma fiscalização acrítica e formalmente vinculada (através do controle), o resultado é uma crise de instância de difícil resolução. Para além disto, quando os órgãos de controle dizem o que deve ser feito, assumem a responsabilidade pelo

insucesso da ação administrativa e impossibilitam o necessário avanço social e democrático, somente alcançado com a delimitação e o desenvolvimento de cada função.

4.2.1 O problema da invasão de competências - Estado enfraquecido.

A divisão e o equilíbrio entre os poderes no Estado democrático de direito constituem os pilares de sua moderna concepção. Conformar as tensões entre a salvaguarda das tarefas e as limitações de cada uma delas no âmbito do núcleo de cada poder enquanto exercício humano é um problema afeto primeiramente à observância do princípio da juridicidade, enquanto limitador e enquanto fixador deste âmbito de atuação em cada poder.

Estabelecidos formalmente tais limites, o equilíbrio no exercício dos poderes constituídos depende, para além da fixação de competências, de uma pactuação de caráter geral que, ao identificar as dificuldades de auto-organização em matéria de desenvolvimento de suas tarefas precípua, crie condições para que cada um deles possa resolver seus próprios problemas de modo a evitar que um usurpe da competência ao outro atribuída, o que muitas vezes pode por em causa o princípio democrático que o criou. Este exercício de repartição humana de obrigações e responsabilidades encontra bom porto no exercício da busca pelo equilíbrio entre forças que se entrelaçam em torno do alcance de objetivos comuns.

A crise de legitimidade de um poder acaba por ensejar o fortalecimento do outro, numa guerra tensa pelo dizer formal do direito que, para além de fragilizar as escolhas, contribui para a estagnação do poder usurpado, que antes de realizar sua tarefa vê-se obrigado a cumprir determinações de outro poder, num ciclo vicioso, que reforça o seu enfraquecimento e busca cumprir as exigências formais as quais, numa convocação para a observância do que é legal, deixa de fomentar a busca pelo que é justo.

Nesta ordem de ideias, as indignações provenientes da descoberta de incapacidades não podem servir de justificativa para uma legitimação pelo incumprimento. Antes de mais nada, devem servir para expor as fraturas e as fraquezas da Administração, no sentido de que o controle da função administrativa, por exemplo, deve estar apto a verificar a sua ineficiência e determinar sua própria autocorreção.

O sistema de freios e contrapesos³³⁰ dos poderes estabelecidos no Estado democrático de direito, a delimitação material das funções do Estado, antes de criarem um ciclo vicioso de fortalecimento do poder em detrimento de um Estado-Administração enfraquecido, devem vislumbrar a possibilidade de, através do controle, suscitar as formas de realização possíveis do direito, não determinando como deve ser feito, mas identificando a ausência de realização e através dela impondo esta autocorreção.

A forma como o controle externo da atividade administrativa deve ser exercido deve passar necessariamente por este entendimento, a fim de se evitar que os ajustes necessários ao bom funcionamento das funções administrativas possam ser pensados no ambiente do agir, do fazer e do executar, como uma construção diária de autocorreção.

4.2.2 O problema da delegação de competências - Estado pragmático³³¹⁻³³².

A expansão da função administrativa calcada na necessidade de conformar as crescentes mudanças sociais e suas correlatas necessidades ao Estado-Administração criou, ao longo do tempo, vários modelos de Estado, expressos, por exemplo, nas concepções de Estado do bem-estar social e Estado de garantia em uma tentativa de acompanhar a evolução da modernidade. Que modelo de Estado seria então capaz de responder a tantas e tão urgentes questões da atualidade?

É a percepção de que à Administração foram conferidas inúmeras tarefas indispensáveis à realização do Direito no seu sentido concretamente considerado, as quais ultrapassam uma mera função de executividade, mas convolam diversas funções, tanto de gestão, quanto de prestação e de normatização.

Evidentemente que, com o objetivo de adaptar-se às novas exigências,

³³⁰ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *Casos Práticos Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 21-23, onde a autora, ao discorrer sobre a vocação pluridimensional do princípio da separação de poderes, refere a uma divisão de poderes e funções (e aqui reside a sua dimensão negativa, no sentido de limitação ao poder). Para além disso, a autora ainda enuncia o princípio de uma organização de poderes e racionalização do respectivo exercício (dimensão positiva - freios e contrapesos); uma separação vertical e horizontal de poderes (descentralização e unidade do Estado); e, ainda uma separação pessoal de poderes e funções.

³³¹ GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas...*, cit., p.15.

³³² ATIENZA Manuel, *O Direito como Argumentação*. Tradução: Manuel Poirier Braz. Escolar Editora, Lisboa, 2014, p. 74 e ss, sobre o pragmatismo jurídico.

notadamente aquelas aliadas às grandes complexidades dos problemas atuais, coube ao Estado-Administração a tarefa de amoldar sua obrigação de prestador a uma nova forma de administrar, através da garantia que suas obrigações serão cumpridas, não mais por si, mas por entidades privadas.

A busca por uma administração eficiente e promissora, com prevalência de capacidade técnica, gerencial e estrutural na prestação de determinados serviços, levou um Estado obsoleto a entregar às entidades privadas a delegação para a realização de determinadas atividades públicas.

De uma forma ou de outra, quando o Estado-Administração encontra dificuldades em auto organizar-se, enquanto ente realizador do direito aplicado ao caso concreto, seja por si próprio, seja por delegação, o vácuo deixado com esta ausência, especialmente aquela atinente aos serviços públicos essenciais que devem ser prestados à população, não pode servir de justificação para usurpação de outro poder, sob pena de se comprometer o necessário equilíbrio que deve existir entre eles.

A avaliação da bondade de tais decisões perpassa por esta análise em matéria de controle da atividade administrativa, mas antes disto, serve para reforçar a ideia de que só uma administração com características de volatilidade pode conferir e repartir tais atribuições. Bem assim, ao núcleo duro e irrestrito de autonomia administrativa cabe a possibilidade de avaliar e decidir à luz do melhor interesse público como melhor compor uma administração de prestações e de regulação.

Tais decisões não podem estar dissociadas do dever de eficiência de justiça, atreladas à obrigação da realização de boa administração³³³, o que determina o atingimento de objetivos as tarefas de delegação, desconcentração e descentralização.

Some-se a tudo isso o necessário controle popular, maior fonte de legitimação democrática. Esta tarefa pode ser possível através da realização de um Estado de ativação social, onde a comunidade recebedora da ação pública participe do processo de decisão, envolva-se na gestão e assuma ativamente a responsabilidade pela realização, pela manutenção e pela preservação do bem ou do serviço público para aquele local destinado.

Entenda-se por comunidade recebedora das ações públicas as pessoas em geral, os destinatários finais das decisões, na verdade os maiores interessados, financiadores e detentores do poder político de decisão. A salvaguarda desta participação

³³³ SOARES, Rogério, *Interesse Público...*, cit., p. 201.

dos cidadãos evita a captura por grupos de interesses que estão dissociados do interesse público, os quais sob um arremedo de consenso público adquirem uma legitimidade para agir em nome de todos, mas com vista à satisfação de seus próprios interesses.

Dissociar-se desta ideia de corresponsabilidade pública entre Estado e sociedade é inviabilizar a realização material do direito através da Administração. Ao Estado-administrador não cabe a busca pelo seu fortalecimento, mas o objetivo cimeiro de fortalecer a sociedade, tarefa para a qual foi legitimado e que deve ser a tônica de uma administração participada.

Relativamente às formas de controle pelo Ministério Público destas atividades substanciais, devem situar-se após tais tentativas de realização por parte da Administração e não anteriormente, através de um juízo de valor anterior à execução da ação. A motivação para este controle advém do apelo público de sua irrealização. Entretanto, a ausência desta corresponsabilidade entre as instituições, no sentido de respeitar o princípio da deferência³³⁴ da obrigação de realizar a quem possui legitimidade para tal, enquanto pilar do Estado democrático de direito, pode conduzir todos ao fracasso na prossecução da justiça.

4.2.3 O problema do controle de competência - Estado (ir)responsável

A responsabilização do administrador pelo insucesso ou ainda pelo incumprimento de suas funções perante os administrados, traz como consequência uma sanção que pode ser de natureza político-social (não mais ser escolhido, quando submetido ao voto popular) ou de natureza jurídico-sancionatória (responder a ações judiciais) - notadamente, no caso do Brasil, em ações civis de improbidade administrativa³³⁵ por ineficiência ou desvio de recursos públicos, sem prejuízo das ações criminais correlatas.

Independentemente da natureza destas sanções, a função administrativa, ao possuir certa margem de autonomia pública para realizar³³⁶, submete-se a diversas formas de controle quando deixa de realizar suas obrigações precípua. De todo modo, controle

³³⁴ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “A discricionariedade Administrativa...”, cit., p. 326.

³³⁵ As ações que visam punir atos de agentes públicos que lesem o erário e cuja legitimação ativa, entre outras, é conferida ao Ministério Público estão disciplinadas na Lei de Improbidade Administrativa, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Consulta realizada em 25 de agosto de 2014.

³³⁶ AYALA, Bernardo Diniz, *O (Défice de)...*, cit., p. 53.

realizado antes do cumprimento da função administrativa obscurece a margem de autonomia administrativa e cria um sério problema de divisão de responsabilidade pelo insucesso.

No Brasil, o necessário equilíbrio de funções através do sistema de freios e contrapesos e da observação da separação de poderes adquire peculiares dificuldades. Tais dificuldades são perceptíveis tanto em razão da complexidade na aplicação das normas jurídicas administrativas e seus particulares meandros, no ambiente da execução material do direito, quanto porque a atuação do controle judicial da atividade administrativa tem se expandido para a apreciação da realização de políticas públicas, sob o argumento de não observância dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, econômicos e culturais³³⁷.

Ressalte-se que tais interferências valorativas sobre a decisão administrativa estão fulcradas nas premissas de total ausência do Estado em áreas fundamentais de organização e funcionamento, cuja irresponsabilidade cria inúmeras situações de inconstitucionalidade e expande cada vez mais a necessidade de controle³³⁸. Ressalte-se que, no Brasil, a interpretação aberta dos princípios constitucionais da moralidade e eficiência amplia o controle da legalidade administrativa para o controle da juridicidade, entretanto, permite uma análise mais subjetiva do que técnica do julgador, em face de um estado de necessidade administrativo que se protraí no tempo.

De qualquer forma, não é despidendo observar que a apreciação valorativa do mérito administrativo também pode levar a outra forma de imposição, neste caso, o arbítrio judicial, o que seria, de igual forma, perigoso, uma vez que as sentenças têm a

³³⁷ Cfr. decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de julgamento da discricionariedade administrativa na realização de políticas públicas: RMS 24.699 de 2004 RE 149.659 de 1995 e RE 344.331 RE-AgR 410.715.

³³⁸ Veja-se, por exemplo, a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário RE 482611/SC, onde o relator, Ministro Celso de Melo chama a atenção para a necessidade do Poder Judiciário controlar as omissões estatais em matéria de implementação de políticas públicas. O relator, categoricamente enfatiza a irresponsabilidade da Administração pública no Brasil em garantir os direitos sociais básicos ofertados ao cidadão, *in verbis*: “Em tema de implementação de políticas governamentais, previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de educação infantil (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213), a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal”. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8548112/recurso-extraordinario-re-482611-sc-stf>. Consulta realizada em 25 de agosto de 2014.

pretensão de estabelecer verdades jurídicas imutáveis e diametralmente opostas à volatilidade das decisões administrativas.

No caso do Ministério Público, enquanto órgão situado na estrutura do Estado, o controle da legalidade administrativa pode ser realizado tanto numa vertente judicializada, através da propositura de ações civis públicas para efetivação de direitos, quanto através do consenso estabelecido com a Administração nos pactos de ajustamentos de condutas com força de título executivo extrajudicial no âmbito da proteção aos direitos fundamentais.

Tais deveres constitucionais são fundamentais para uma apreciação objetiva das decisões que envolvam razões de mérito da decisão administrativa nas hipóteses de permanência de um estado de necessidade administrativo incumpridor de suas obrigações básicas de garantir a efetivação de direitos fundamentais, notadamente os sociais.

É certo que a exata medida que autoriza o controle da decisão administrativa tem fundamento na existência da prática de vícios recorrentes pela Administração, os quais apresentam-se desconformes com as exigências legais e constitucionais ao tempo em que denunciam este dito estado de necessidade administrativo, permanente, onde, conforme já referido na introdução da segunda parte do presente trabalho, os caminhos para o controle da decisão administrativa estejam situados: a) na incapacidade administrativa de realizar os direitos fundamentais sociais como condição do Estado de Direito através do estabelecimento de prioridade para sua concretização, que levem em conta o gerenciamento de recursos escassos; b) na determinação de observância do mínimo existencial pela Administração Pública como direito fundamental a uma existência condigna; c) na inexistência de elaboração de um orçamento público honesto cuja destinação de recursos que custeiam políticas públicas contemple as áreas com maiores problemas e distorções; d) na inobservância da aplicação plena e irrestrita do princípio da ponderação e da racionalidade na escolha pública da decisão que se afigure mais apta a satisfazer os interesses públicos; e, e) na inaptidão para buscar na facilitação e na abertura da ativação social uma forma de legitimar as escolhas públicas, em um imbricamento entre Estado e sociedade que encontram na divisão de responsabilidades a tônica para a realização do direito.

Entenda-se, por estado de necessidade administrativo³³⁹, portanto, as

³³⁹ GARCIA, Maria da Glória, *Direito das Políticas...*, cit., p. 41.

situações em que o Estado deixa de cumprir sua função precípua de concretização de direitos fundamentais, notadamente os sociais, e o faz deixando de observar a ordem de prioridades estabelecidas para o gasto público e a alocação de recursos com vistas a criar condições para a salvaguarda do interesse coletivo em geral e da dignidade da pessoa humana antes de tudo, utilizando-se para tanto dos parâmetros objetivos de racionalidade e dos instrumentos de ativação social, indispensáveis ao atingimento de seus objetivos.

4.2.4 O problema da responsabilidade pela invasão de competência: o déficit de legitimação.

Sintomática é a percepção do silente incômodo que acomete os representantes pela fiscalização da atividade administrativa³⁴⁰ pelo insucesso decorrente de programas criados pelo Estado-Administração e que são ineficientes e dissonantes da realidade para a qual foram criados.

Tal desconforto reflete um sentimento geral de divisão de responsabilidade pelo insucesso, o que leva muitas vezes a um baixo grau de tolerância pelos titulares e representantes legítimos do poder de realização material do direito, que é a Administração. Não se queira com isto afirmar que se passa despercebida, muitas das vezes, a irresponsabilidade de gestores públicos que transformam a coisa pública em instrumento de satisfação pessoal dos próprios interesses e de seus apaniguados³⁴¹.

Entretanto, é preponderante o necessário distanciamento que deve ocorrer entre fiscalizar o insucesso e dizer o que deve ser feito. Tracejar (através da fiscalização) o caminho de ações voltadas para a concretização de direitos em busca de um possível sucesso da ação administrativa pode acrescer um nível de responsabilidade concorrente por um provável insucesso de quem não tem legitimidade para partilhá-lo. Isto, para além de deslegitimar a obrigação de fazer, de quem tem legitimidade para tanto.

Assim, a invasão de competência entre os poderes no Estado democrático de direito cria duas inafastáveis consequências: a primeira é a da crise de legitimidade e a segunda é a divisão de responsabilidade pelo insucesso, pois, ao determinar o conteúdo da

³⁴⁰ URBANO, Maria Benedita, *Estado de Crise...*, cit., p. 23. Disponível em: <http://www.icjp.pt/publicacoes/1/4290> Consulta realizada em 25 de agosto de 2014.

³⁴¹ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “Direito, Ética e Estado...”, cit., p. 70.

ação, o poder determinante cria para si um espaço de responsabilidade que o integra e o aproxima da busca pela realização material do direito, ainda que para o futuro, posto que pendente de concretização.

No caso do Poder Judiciário, foi a interpretação constitucional baseada em princípios de textura aberta e a necessidade de se buscar caminhos para nortear um Estado-Administração fraco e desagregado que levou à enorme expressividade das decisões judiciais.

Desta forma, em que pese a importância de atendimento à resolução concreta do direito em garantir posições subjetivas materiais dos direitos fundamentais, tal interferência, entretanto, não é suficiente para a realização do direito em situações de concretização difusamente considerada. Atente-se para o fato de que, com base no princípio da igualdade, não só é titular do direito invocado quem tem acesso à justiça, mas quem tem acesso à Administração enquanto realizadora do conceito material do direito.

4.3 Caminhos para o controle da discricionariedade da atividade administrativa.

A possibilidade do controle de atos discricionários estaria, em regra, associada à prática de vícios materiais³⁴² pela Administração, os quais ferem o sistema jurídico como um todo unívoco e pressupõem uma realocação das atribuições administrativas através das instâncias judiciais.

Em particular no caso do Estado e da sociedade brasileiros, tais tensões avolumam-se em razão de um presente estado de necessidade administrativo, onde a concretização dos direitos fundamentais mais prementes encontra-se pendente de realização e entregue a muitos que sabem dizer como se faz, mas muitos poucos sabem como fazer.

Entretanto, é a proibição do arbítrio³⁴³ que justifica uma intervenção judicial mais intensa, considerando-se como tal o silente comportamento da Administração pública em promover e realizar o Estado de respeito ao direito que todos almejam encontrar. Esta realidade não é alcançada quando o Estado negligencia o acesso mínimo aos direitos

³⁴² MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “A discricionariedade Administrativa...”, cit., p. 619.

³⁴³ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*, cit., p. 372.

fundamentais de seus cidadãos, de modo que a intervenção judicial em matéria de controle se justifica.

Assim, em uma situação de violação de direitos, alargada no tempo e reproduzida na prática da vida cotidiana, inclusive pela própria Administração, é que as acomodações de realização material do direito buscam no controle judicial sua mínima efetividade.

As distorções causadas por esta prática, elencadas no presente trabalho, não retiram a importância da necessária intervenção judicial, que, conseqüentemente, se fortalece não a partir de um Estado de direito idealizado, com suas funções juridicamente delimitadas, mas em um ambiente de retração administrativa (por incúria ou por má-fé) e de desconfiança legislativa. A esperança depositada na carta constitucional, e refletida no âmbito do controle judicial, enseja a premente reorganização desta fiscalização, de modo que permita uma sistematização objetiva, fulcrada no controle do mérito da atividade administrativa, que condense em sua atividade a eleição de prioridades para o atingimento dos específicos fins de realização material do direito, sua precípua função.

4.3.1. O estado de necessidade administrativo como fundamento do controle da decisão administrativa.

A convivência com as inúmeras desigualdades sociais tendencialmente crescentes na sociedade brasileira e a incapacidade do Estado brasileiro em evidenciar respostas na mesma velocidade com que se apresentam os problemas sociais, leva-nos a uma reflexão sobre o exercício do poder político em suas variadas vertentes e sua capacidade de gerir os interesses públicos no presente, assim como seu planejamento para o futuro³⁴⁴.

As divergências entre os interesses públicos primários dos cidadãos e as políticas públicas básicas para sua concretização no âmbito da busca de efetividade dos direitos fundamentais demonstram uma situação de permanente estado de necessidade administrativo, o qual, longe de pontuar uma situação temporária, protraí-se no tempo e

³⁴⁴ SILVA, Suzana Tavares da, “Sustentabilidade e Solidariedade em Tempos de Crise”, em *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, coordenação: SILVA, Suzana Tavares & NABAIS, José Casalta, Almedina, 2011, p. 24 ss, sobre sustentabilidade econômica, ecológica e social.

conduz a uma situação permanente de inefetividade de direitos e, portanto, de inconstitucionalidade de normas.

Por estado de necessidade administrativo entenda-se uma situação de excepcionalidade e de anormalidade³⁴⁵, mas com caráter de transitoriedade, cujas disposições legais podem passar a ser inobservadas³⁴⁶. São as hipóteses configuráveis de suspensão ou de descontinuidade de observância das normas legais em razão da preservação de interesses maiores os quais refletem-se na própria sobrevivência do Estado.

No caso do estado brasileiro, onde esta situação de anormalidade se eterniza, o direito como expressão da busca pela justiça encontra dificuldades de associar-se aos objetivos comuns e apresenta-se descolado da realidade. As consequências são invasões de atribuições entre os poderes constituídos e a grave desconfiança dos cidadãos no poder de resolutividade do Estado. Pode se afirmar que tais consequências resvalam em conflitos entre os princípios jurídicos da governabilidade e da segurança jurídica e da eficiência administrativa.

A questão que se coloca presentemente é se é possível considerar que o Estado-Administração no Brasil vive um estado de necessidade administrativo que permita a inobservância aos limites (ou seja, a permanente valoração sobre o mérito) impostos ao controle desta atividade em sua vertente discricionária em suas mais variadas atividades, notadamente aquelas que concernem à implementação de políticas públicas que efetivem os direitos fundamentais.

E mais ainda, se este controle de mérito particularmente proposto pelo Ministério Público brasileiro às vias judiciais, através de ações civis públicas que tutelam interesses difusos, serve de instrumento para esta material realização. Ressalte-se que tal configuração dar-se-ia na dimensão do controle jurídico e não do controle político, considerando-se que a eleição de prioridades objetivas para o controle do mérito administrativo possibilita o exercício deste controle através de uma vertente

³⁴⁵ URBANO, Maria Benedita, Estado de Crise..., cit., p. 13. Disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes/1/4290>, sobre o estado de crise econômico-financeira em Portugal e os instrumentos jurídicos para sua regulação, notadamente a possibilidade de suspensão de direitos fundamentais.

Sobre a posição do Tribunal Constitucional em Portugal acerca da suspensão de pagamento de subsídios de férias e de natal, ver Acórdão 353/2012, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>. Consulta realizada em 25 de agosto de 2014.

³⁴⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, cit..., p. 42.

constitucionalizada e não simplesmente idealizada.

É a ponderação que se reflete no que Gomes Canotilho denomina de gradualismo entre o que é constitucionalizado, o que é densificado e o que é verdadeiramente protegido, como instrumento de justificação para demandas judiciais.

O fato é que se são consideradas legitimadoras de inobservância de normas jurídicas aquelas situações excepcionais que condicionam um estado de necessidade, o que poderia ser dito de situações que ensejem graves violações de direitos fundamentais protraídas no tempo³⁴⁷, muitas vezes decorrentes de ações e omissões do próprio Estado brasileiro, as quais comprometem gerações presentes e futuras em razão da ausência de prestações positivas e prioritárias na arena dos direitos fundamentais?

Este presente estado de necessidade reflete-se, por exemplo, nas dificuldades de gerenciamento das atribuições ínsitas entre os poderes, em geral e não só atinentes ao Poder Executivo, observadas, por exemplo: a) no fato de o Legislativo não estabelecer através da lei do orçamento as prioridades das políticas públicas atinentes à concretização dos direitos fundamentais³⁴⁸, o que constitui uma grave violação constitucional passível de controle de constitucionalidade por omissão³⁴⁹; b) o fato de o Judiciário controlar o mérito da atividade administrativa, de forma acrítica e desarrazoada, o que também gera uma crise de instância de difícil solução. Nestes casos, não há quem faça o *check and balance* relativamente ao exercício dos poderes no âmbito do Poder Judiciário, e a última *ratio* fica prejudicada em face de um ativismo sem medidas tendente a exercer poderes de administração, ao invés de juridicização; e, c) o fato de o Executivo

³⁴⁷ Como exemplos graves de violações aos direitos fundamentais sociais no Brasil, podemos citar: a) Marcante situação de inefetividade de direitos e de ineficiência administrativa é a questão da falta de acesso à água na região Nordeste do Brasil. Local castigado pela seca, o semi-árido nordestino não luta apenas contra as adversidades climáticas. Tem que romper a barreira da miséria absoluta refletida na ausência do maior bem vital, que é a água, ao lutar contra o descaso e a ausência do Estado em fornecer minimamente condições de acesso à água à população local. Cfr. reportagem em <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/12/vitimas-da-seca-recebem-agua-contaminada-em-caminhoes-pipa.html> b) Outro exemplo de flagrante violação ao direito humano à alimentação é o que retrata a ineficiência administrativa na aquisição e distribuição de gêneros alimentícios para alimentação escolar nas escolas de ensino fundamental no Brasil. Em inúmeros casos, o Programa de Alimentação Escolar não é cumprido, seja por desídia, seja por desvios dos recursos públicos destinados. Cfr. reportagem em <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,pf-descobre-nova-mafia-da-merenda-em-jandira-e-10-sao-indiciados,1144901>

³⁴⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais...cit.*, p. 365.

³⁴⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., p. 376. Para o autor, esta omissão pode ensejar inclusive responsabilidade civil da própria função legislativa.

não formular e executar as políticas públicas básicas tendentes a concretizar os direitos fundamentais, gerando um permanente estado de inconstitucionalidade.

Por outro lado, não podemos nos afastar da ideia (que não pode retroceder) de que a juridicização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais decorre da obrigação de boa governação a que todos os poderes estão vinculativamente obrigados a observar³⁵⁰.

Sobre boa governação entenda-se a obrigação de racionalidade na implementação e na efetivação das políticas públicas, bem assim da eficiência no uso dos recursos públicos destinados. Tal obrigatoriedade conduz necessariamente à *judicial review*, notadamente num contexto de globalização econômica e de internacionalização dos direitos humanos, o que, à medida que expõe as situações de violações (extremamente graves e permanentes em muitos países) obriga os ordenamentos jurídicos a realizarem uma metódica de direito comparada, a fim de utilizarem-se de instrumentos razoáveis - e adaptáveis à sua realidade, em um movimento global de interesses e sinergias.

Neste sentido, é preciso questionar-se em quais situações é possível concretamente justificar a possibilidade do controle do mérito da atividade administrativa de modo que a possibilidade de juridicizar os problemas não se transforme apenas em uma mudança paradigmática. Mais ainda, em que não se transfiram para os órgãos de controle a obrigação de comprometer-se com um futuro incerto, cuja voz não é suficiente para a garantia do direito pleiteado.

Tais situações perpetuam uma situação de inefetividade e impossibilitam a construção rotineira do exercício de direitos, uma vez que vincados na existência de um guardião maior e inatacável que irá salvaguardar interesses e distribuir justiça, o que de fato não é de possível existência no mundo real.

Todavia, em que pese a constatação de todas estas dificuldades, tal apreensão da realidade não *significa desistir do jurídico*³⁵¹, mas de reorganizar os instrumentos legais que possam reposicionar o poder público como um dos agentes de prossecução de justiça e não como proclamador soberano de uma solução idealizada. O necessário equilíbrio destas tensões e disputas entre poderes é imperativo num Estado que se pretende ser democrático de direito, de modo que cada poder possa observar suas tarefas

³⁵⁰ SILVA, Suzana Tavares da, “O Tetralema...”, cit., p. 13.

³⁵¹ SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais...*, cit., p. 126.

precípuas e agir nos limites estabelecidos pela Constituição. Desta forma, busca-se evitar que instrumentos de violações de direitos e justificativas excepcionais se transformem em lugar comum e se convertam em um meio habitual tanto da boa governação³⁵² quanto da sua fiscalização.

4.3.2 O mínimo existencial como fundamento do controle da decisão administrativa.

O sistema de controle da função executiva da Administração no exercício de seu poder discricionário pelo Ministério Público ganha especial relevância em matéria de políticas públicas dos direitos fundamentais, notadamente os direitos fundamentais sociais. No Brasil esta discussão ganhou também especial relevo após a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) de número 45³⁵³, que vislumbrava a possibilidade de controle de tais políticas pelo Poder Judiciário no Brasil quando se está em causa a garantia do mínimo existencial para uma existência condigna. Nestes casos, o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto pilar do Estado democrático de direito é o elemento justificador da apreciação de tais políticas adensadas pelo poder público.

A abordagem deste tópico é feita na dimensão positiva dos direitos fundamentais sociais, ou seja, na obrigação que cabe ao Estado de promover, de prestar e de fornecer as condições necessárias para garantir o acesso a bens e valores econômicos que possam conduzir à real efetivação destes direitos.

No caso brasileiro, este conceito obrigacional do Estado (globalmente considerado), e sua evidente incapacidade em cobrir todas as demandas decorrentes das dimensões subjetivas (individuais e coletivas) que nascem destas obrigações, levou à busca da teoria alemã do mínimo existencial como substrato teórico para salvaguardar as decisões judiciais de controle (na maioria dos casos em ações civis públicas propostas pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública), que ainda assim, minimamente determinadas, de forma geral não são cumpridas em tempo razoável.

A teoria do mínimo existencial foi concebida na jurisprudência do direito alemão, que não possui em sua carta constitucional o elenco dos direitos sociais, na

³⁵² URBANO, Maria Benedita, “Estado de Crise...”, cit., p. 32.

³⁵³ Ver informações sobre a referida Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental na nota de número 43.

tentativa de assegurá-los juridicamente. A expressão ‘*mínimo*’ foi reconduzida em outras dimensões jurídicas – como a brasileira - com alguma deformidade de seu significado intrínseco³⁵⁴. Assim, no Brasil, a maioria das decisões que se ancoram no mínimo existencial como fundamento de controle do mérito administrativo não consideram parâmetros objetivos de determinação jurídica, o que cria uma crise de instância de difícil resolução.

Antes de adentrarmos nas justificativas que convolam na tolerabilidade do controle da função executiva da Administração no exercício de seu poder discricionário no que pertine à ausência de políticas destinadas ao estabelecimento do mínimo existencial para uma existência condigna, algumas notas necessitam de especial consideração, em que pese estarem situadas na órbita do núcleo essencial de tais direitos.

Assim, há que se considerar algumas questões de ordem pragmática: primeiramente, i) a análise do que é tecnicamente mínimo existencial³⁵⁵ enquanto elemento densificador de dignidade³⁵⁶, sob a perspectiva da imensa variedade de direitos fundamentais e dos discurso retórico sobre sua fundamentalidade, cuja aquisição toca indissociavelmente não só à observância, mas à permanência da dignidade humana; e, ii) há que se considerar o que é prioridade em matéria de direitos fundamentais, a fim de se estabelecer o mínimo necessário a uma existência condigna, não apenas sob um prisma de reconhecimento do direito, mas de delimitação de seu conteúdo³⁵⁷.

i) No primeiro ponto, um elemento de importante consideração é o que reproduz, em sede de controle, um discurso formal e retórico sobre o que seja dignidade e o que seja mínimo existencial para sua realização, cuja elaboração depende da análise de fatores que envolvem o núcleo essencial do direito em causa, principalmente com a forma como o titular do direito o relaciona com os bens da vida e da forma como o Estado o garante enquanto necessidade para sua aquisição.

Por outro lado, as discussões sobre o asseguramento do mínimo existencial para uma existência condigna não podem estar dissociadas da análise da escassez³⁵⁸ de

³⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais...*, cit., p. 198.

³⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes, “Para uma Revisão...”, cit., p. 334.

³⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, “Para uma Revisão...”, cit., p. 334.

³⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais...*, cit., p. 193, sobre uma margem significativa de opção política, como “reserva do politicamente adequado e oportuno que afeta os direitos positivos”.

³⁵⁸ LOUREIRO, João Carlos, A “Porta da Memória”..., cit., p. 15, sobre a escassez como “um problema fundamental para o Estado social e o Estado ambiental”. Note-se que não se trata

recursos públicos, numa premissa de que o Estado-Administração permite ser sindicado pelas vias judiciais, quando não prioriza as políticas públicas necessárias, demonstrando a escassez não de valores econômicos (no caso brasileiro a crise é contracíclica), mas de valores éticos, culturais, e solidários, cuja observância é fundamental quando se discute dignidade.

Assim, sobre o problema do discurso constitucional acerca da teoria judicializante do mínimo existencial, enquanto entrave ao desenvolvimento das capacidades humanas³⁵⁹ temos que, de um lado, há um problema metodológico de aplicação do direito que está situado no princípio da separação de poderes; mas, de outro lado, há ainda um problema de resolutividade prática do acesso aos direitos fundamentais: é que em sede de controle judicial das políticas públicas³⁶⁰, à medida que a ausência administrativa de tais políticas justifica uma interferência em sede de controle, vislumbra-se uma incompatibilidade funcional entre a ordem judicial (no mais das vezes incumprida) e a inefetividade dos programas criados para assegurar o cumprimento destas mesmas ordens. Isto, porque, a justiciabilidade dos direitos fundamentais resvala na limitação do acesso (posto que muitas decisões englobam posições jurídicas subjetivas)³⁶¹, o que é feito através de uma visão limitada do conteúdo universalizante que abrange os direitos fundamentais. Tais fatores redundam em uma situação de ineficácia tanto administrativa (num contexto de execução) quanto judicial (num contexto de fiscalização).

Há ainda que se considerar que tais garantias fundamentais, ao tempo em que propiciam segurança jurídica e norte do sistema jurídico, colaboram com o reforço da ideia de que a garantia constitucional de um direito fundamental é suficiente para assegurá-lo³⁶² quando na verdade não o é³⁶³. Ao revés, criam uma situação de exigência paralisante, onde o cidadão, preso a uma obrigação do Estado, espera sua salvação, seja através de

somente da obrigatoriedade de se garantir um mínimo para uma existência condigna, mas de suportar os desejos de uma sociedade cada vez mais complexa e exigente, o que põe em causa os recursos materiais (tanto financeiros quanto ambientais) destinados às futuras gerações.

³⁵⁹ BERCOVICI, Gilberto, “A Crise e a Atualidade...”, *cit.*, p. 139, sobre a ampliação do ativismo judicial e a preservação dos mercados em detrimento da ampliação dos direitos fundamentais.

³⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais...*, *cit.*, p. 193.

³⁶¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais...*, *cit.*, p. 368 e ss.

³⁶² ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais...*, *cit.*, p. 368, sobre a “obediência ao princípio da realidade”, a fim de não se “minimizar as dificuldades de concretização dos direitos sociais” (nota 34).

³⁶³ Mesmo na Europa Ocidental que viveu um longo período de paz e prosperidade social, o atual contexto de escassez e de crise econômico-financeira demonstra que garantias não são suficientes para efetivação de direitos.

discursos e princípios constitucionais, seja através de formulações interpretativas criadas para os garantir, mas sem a fórmula mágica para os realizar.

O discurso jurídico-constitucional no âmbito da proteção de tais direitos não pode estar dissociado do sentido de justiça de forma amplamente considerada (sob o prisma de redução de desigualdades) haja vista critérios de distribuição de recursos e de alocação destes mesmos recursos, em orçamentos realística e anteriormente estabelecidos e pactuados.

Assim, o controle da ausência de políticas públicas que estabeleçam prioridades para a observância do mínimo existencial para uma existência condigna em matéria de direitos fundamentais deve passar pela análise do discurso e da prática, da realidade e da possibilidade, da criação de valores próprios de cada sociedade em contraponto a uma reprodução acrítica de teorias de outras realidades sociais dissonantes.

Esta aferição não pode deixar de considerar os diferentes aspectos de desenvolvimento e de capacidades humanas, bem assim, a força motriz que a uns impulsiona e a outros aprisiona num contexto de igualdade na destinação da política pública a ser realizada.

Tais preocupações fundam-se na mesma ideia de que uma concepção formal de controle de mérito não pode prosperar, da mesma forma de que conceitos teóricos-formais não conseguem expressar as reais necessidades do ser humano, mormente em decisões acríticas e dissociadas de um contexto global, especialmente no que pertine a políticas de caráter geral destinadas a todos, cujo custo que tais direitos venham a expressar num contexto econômico não podem ser desconsiderados, sobretudo quando se discute o conceito de prioridade atrelada ao conceito de sustentabilidade.

Por estas razões, para o estabelecimento de prioridades numa premissa na formulação de políticas³⁶⁴ e na destinação de recursos que assegurem o mínimo existencial para uma existência condigna, é preciso a observância de alguns critérios que ajudam na delimitação do conteúdo do direito fundamental invocado: i) a observância da presença das condições materiais necessárias ao mínimo para a sobrevivência do ser humano; ii) a capacidade de autodeterminar-se através da possibilidade de escolha e da aquisição dos bens da vida que considere indispensáveis à preservação de sua dignidade; e, ainda, iii) a

³⁶⁴ GARCIA, Maria da Glória, *Direito das Políticas...*, cit., p. 137.

possibilidade de estar inserido em um contexto político e social³⁶⁵ que o permita participar conscientemente das decisões políticas que irão influenciar e refletir em sua própria vida. Tais premissas merecem considerações próprias.

i) Sobre a presença ou ausência dos materiais para o mínimo vital, a doutrina refere-se àquelas condições imprescindíveis à sobrevivência como acesso a alimentos, vestuário, saúde básica e moradia. É a garantia mínima a uma existência fisiológica que o ser humano por incapacidade própria ou ainda por situações transitórias não consegue por si próprio alcançar. A fixação deste mínimo vital por parte das vias judiciais, no Brasil, não possui um caráter objetivo, tornando-se um ponto de crucial divergência e de necessária padronização a fim de delimitar o conceito de mínimo vital³⁶⁶, o que facilitaria a realização das políticas públicas atinentes às prioridades escolhidas para a existência condigna³⁶⁷.

ii) Sobre a garantia da autodeterminação,- enquanto liberdade pessoal, o respeito a este direito está indissociavelmente ligado às condições mínimas socioculturais que devem ser asseguradas ao ser humano, num contexto de desenvolvimento e de evolução culturais alcançados através da aquisição de valores atinentes ao desenvolvimento da personalidade e da aquisição das capacidades próprias que conferem ao indivíduo sua inserção no corpo social com possibilidades de influenciar, modificar e estabelecer parâmetros de comparação em suas relações com os outros.

Há aqui uma diferenciação entre mínimo vital e mínimo social, entretanto, não é possível dissociar um conceito do outro, em uma premissa de que a aquisição de valores socioculturais também evidencia o fomento e a estrutura necessária para que o ser humano possa autodeterminar-se e, através de sua autodeterminação, buscar os meios e as formas que considere aptas para seu desenvolvimento, inclusive referentes à sua sobrevivência (e, portanto, seu mínimo vital).

³⁶⁵ LOUREIRO, João Carlos, A “Porta da Memória”..., *cit.*, p. 11.

³⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais...*, *cit.*, p. 195.

³⁶⁷ Exemplo paradigmático no Brasil é o que diz respeito ao acesso à saúde enquanto direito fundamental. É a questão de saber se a busca pela manutenção da vida obriga, irrestritamente e em qualquer hipótese, o Estado a fornecer as condições de acesso a esta busca, como decorrência do direito fundamental ao mínimo vital nos casos onde o paciente não pode custear o tratamento e é determinado por vias judiciais que o Estado-Administração o faça. A determinação, por vias judiciais, para que a Administração pública custeie medicamentos e tratamentos para a manutenção da vida, ao tempo em que busca uma efetiva observância do direito fundamental à saúde, cria outros problemas estruturais, notadamente de universalidade de acesso e de planejamento orçamental no âmbito das políticas públicas de saúde.

iii) Sobre a possibilidade de o indivíduo participar conscientemente das decisões políticas que afetam sua vida, o centro da questão é se admitir que a manutenção do mínimo existencial a uma existência condigna é condição para a aquisição de capacidades que permitam sua inserção na vida política e social na comunidade onde está inserido.

Desta forma, constitui-se um ciclo vicioso de manutenção do status dominante o fato de a falta de acesso a bens e valores primários impedir o desenvolvimento da pessoa enquanto ser social. Se o Estado não interfere prioritariamente, através do Legislativo (enquanto elaborador de intenções previstas em ditames reais) ou da Administração (enquanto criadora e executora das políticas necessárias a esta busca pela justiça do desenvolvimento) não pode o Judiciário silenciar e deixar de controlar o mérito destas opções políticas que não estabelecem as prioridades necessárias à busca pela realização da dignidade humana e do Estado democrático de direito.

4.3.3 O princípio da proporcionalidade e sua nova interpretação: a legitimidade dos fins.

Atualmente, no Brasil e em diversos outros ordenamentos jurídicos, a invocação do princípio da proporcionalidade é metódica recorrente no âmbito da função judicial do Estado no que se refere ao controle das opções públicas em geral e em particular àquelas que estão associadas à realização dos direitos fundamentais.

A proporcionalidade é invocada a fim de auxiliar no sopesamento de diferentes bens jurídicos, os quais, em que pese o âmbito de proteção, por vezes entram em rota de colisão, sofrem restrições legislativas em razão de confrontação com o interesse público geral ou ainda sofrem constrições regulatórias em razão do surgimento de novos valores que conflituam com a expectativa legítima das pessoas, principalmente no que se refere aos denominados direitos adquiridos. Para tanto, necessitam da aplicação de ponderação, a fim de se prosseguir o caráter mais justo da decisão.

Assim, o princípio da proporcionalidade, em sua essência original, traduz uma busca de equilíbrio, tanto nas relações públicas e privadas, das quais resultam opções políticas, quanto nas decisões que influenciam estas relações e de como são recepcionadas tais influências na vida das pessoas em matéria de exercício e salvaguarda dos direitos

fundamentais.

Entretanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade em sua versão original – através dos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade - tem sofrido alterações em razão da universalização do princípio³⁶⁸ - consistindo tais alterações para a aplicação dos testes de “adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade³⁶⁹”, cuja mutação deveu-se em alguma medida às dificuldades de aplicação através do método jurídico tradicional numa ordem de valores à escala global.

Neste sentido, é que na atualidade, a moderna doutrina vem invocando a aplicação de um quarto teste anterior aos três primeiros tradicionalmente utilizados, o da razoabilidade, segundo o qual faz-se necessário uma avaliação anterior da legitimidade dos fins colimados, como requisito essencial à continuidade da aplicação do princípio da proporcionalidade em sua feição original. Ou seja, se os fins são legítimos (avaliados segundo um critério de sopesamento de valores) segue-se aos testes posteriores. Se não, inexistente hipótese de aplicação do princípio no sopesamento entre direitos fundamentais colidentes.

Tal cautela, embora disseminada no âmbito da função judicial em matéria de controle dos atos executivos ou legislativos sobre a efetivação de direitos fundamentais, encaixa-se na ideia da utilização do princípio extramuros ao controle realizado pelo Poder Judiciário. É o que concerne à observação acerca da legitimidade dos fins, em situação anterior, seja pela Administração Pública através da busca pela efetivação material do direito, seja através do controle social realizado pelo corpo social em movimento, em uma dimensão alargada de distribuição dos deveres de prossecução da justiça, através do conhecimento e do planejamento das opções políticas em matéria de direitos fundamentais, sob a esfera de responsabilidade³⁷⁰.

³⁶⁸ SILVA, Suzana Tavares da, “O Tetralema...”, cit., p. 04, sobre o Controle Judicial da Proporcionalidade no contexto da Universalização do Princípio: Adequação, Necessidade, Ponderação e Razoabilidade, onde a autora explica que a “tetralogia” desenvolvida universalmente tenta acomodar a perspectiva metódica (ponderação e balanceamento) e a perspectiva conteudística (razoabilidade). E ainda ressalta que estas modificações decorreram das dificuldades encontradas na aplicação dos testes da necessidade através do controle dos atos legislativos em matéria de direitos fundamentais, bem como da globalização dos direitos humanos e sua proteção através dos tribunais internacionais, no âmbito das restrições aos direitos, liberdades e garantias.

³⁶⁹ SILVA, Suzana Tavares da, “O Tetralema...”, cit., p. 3.

³⁷⁰ SILVA, Suzana Tavares, “O princípio (fundamental) da eficiência”, p. 536.

Disponível em http://sigarra.up.pt/fdup/pt/publs_pesquisa.show_publ_file?pct_gdoc_id=5682.

Neste sentido, é que a limitação de acesso aos bens jurídicos constitucionalmente protegidos por confronto direto com outros bens jurídicos decorrentes das situações da vida, ou ainda por atuações do poder público através de medidas que restrinjam ou frustrem expectativas legítimas dos particulares, é sindicável através dos órgãos de controle acerca da bondade de tais decisões. A eficiência deste controle depende do envolvimento de variados atores, especialmente aqueles cuja decisão administrativa é dirigida sob a ótica de uma escolha pública consciente e *racionalmente ponderada*.

Não se queira com isto desmerecer a importância da Justiça Constitucional em matéria de controle das políticas públicas de direitos fundamentais: Sedimentado está o entendimento acerca da possibilidade do controle judicial de tais políticas públicas, entretanto, a problematização das questões giram em torno, nem tanto do conteúdo de tais direitos, mas da *arbitragem institucional* em termos de seu controle, ou seja, a análise da consentaneidade das decisões não cabe a uma única instituição, mas a todos aqueles que participam dos processos decisórios em termos de conformidade de direitos fundamentais.

Assim, a maior ou menor intensidade da interferência do Poder Judiciário no controle das opções políticas referentes à efetivação de direitos fundamentais é a justa medida entre sociedade forte e estabelecimento de limites ao exercício do poder. Em sociedades onde há asseguramento dos direitos fundamentais, notadamente os sociais, observa-se uma interferência menor, quase tímida do Poder Judiciário em tais questões. Entretanto, em países periféricos, como o Brasil, a atuação mais interveniente do Ministério Público³⁷¹ é mais efetiva em razão da ausência da sociedade na compreensão e na participação das decisões administrativas ou legislativas concernentes à efetivação de direitos fundamentais.

Numa premissa de que a prossecução da justiça é tarefa individual e coletiva e bem assim, conforme já referido, é obrigação das instituições *pensar institucionalmente o respeito pelo direito*³⁷², a presente abordagem visa perquirir se é possível, às instituições em geral e, em particular ao Ministério Público, utilizarem-se do princípio da proporcionalidade para sopesar direitos e contribuir com a distribuição da justiça, em uma dupla função: catalisar problemas, evitando-os de alcançarem a via judicial acriticamente

Consulta realizada em 25 de agosto de 2014.

³⁷¹ DIAS, João Paulo & AZEVEDO, Rodrigo Chiringhelli, *O Papel do Ministério Público - Estudo Comparado dos países Latino Americanos*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 24.

³⁷² MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A Recusa de Aplicação...*, cit., p. 603.

(considerada como última trincheira na salvaguarda dos direitos fundamentais) e, ainda, colaborar com o desenvolvimento dos valores de cidadania³⁷³ responsável, através de uma reflexão acerca do uso do princípio da proporcionalidade pelas pessoas em geral, em suas relações com os outros, com a comunidade e com o Estado.

É a ideia de aplicar o princípio da proporcionalidade na opção entre os direitos fundamentais de acesso à justiça e desenvolvimento da cidadania responsável, numa premissa de que o acesso acrítico ao Poder Judiciário dificulta a busca de soluções coletivas para problemas individuais, as quais podem ser encontradas através do exercício coletivo de participação nas escolhas públicas que ditam a vida das pessoas no presente e expandem seus efeitos no futuro.

Nestas hipóteses, para sopesar interesses, compor conflitos, mediar situações que possuem dois lados de uma mesma moeda e que não são juridicamente salvaguardados através de uma solução única, é que vem o princípio da proporcionalidade socorrer o mundo jurídico³⁷⁴, seja através de decisões judiciais, seja através do consenso público. Esta tarefa é de difícil aplicação para os tribunais e se bem ditas as coisas, para os operadores de direito em geral, considerando-se que nem mesmo a garantia do amplo acesso à justiça, enquanto direito fundamental, pode resolver.

Assim, as mudanças ocorridas no último quadrante do século passado, principalmente aquelas que estão associadas às transformações sociais potencializadas pelo universo em rede e pela globalização econômica, potencializam a busca de socorro ao princípio da proporcionalidade no mundo do direito, tendo em vista que a ordem jurídica assente não acompanha ditas transformações em velocidade e em diversidade.

Nesta ordem de ideias, redimensionar o uso do princípio pelas instituições reforça sua fundamentalidade e evita sua constante alteração original, a fim de conformá-lo à sua aplicação prática. Isto porque as desconfortáveis controvérsias em termos de efetivação de direitos fundamentais, bem assim, a busca para soluções de problemas em

³⁷³ VEIGA, Paula, “Cidadania - cambiante de um conceito e suas incidências político-constitucionais”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume LXXXII*, Coimbra, 2006, p. 395.

³⁷⁴ SILVA, Suzana Tavares da, “O Tetralema...”, cit., p. 2. A autora refere-se às típicas situações onde o princípio da proporcionalidade é invocado na resolução de conflitos: a) no caso em concreto de colisão de direitos fundamentais; b) nas hipóteses em que o legislador restringe intencionalmente um direito fundamental, a fim de proteger um interesse público especialmente relevante; c) quando o Estado funciona como regulador social, restringe direitos ou frustra expectativas legítimas.

nível mundial, ganharam especial relevo após a internacionalização dos direitos humanos³⁷⁵ e a fragmentalidade da proteção jurídica interna de cada país, em razão da proteção externa realizada pelos Tribunais internacionais.

É na esteira deste redimensionamento que o método comparatista apresenta-se como sobejamente necessário entre os ordenamentos jurídicos diferentes, mas que tratam de problemas semelhantes relacionados às novas opções políticas que colidem com direitos fundamentais, trazem conformações doutrinárias à aplicação do princípio da proporcionalidade, como forma de se buscar estabelecer um equilíbrio entre as opções e as decisões.

Outrossim, a disseminação do princípio do proporcionalidade pelo mundo afora (não através da utilização de uma metódica comparatista, mas através do transplante legal de ordenamentos) expõe situações peculiares e particulares da cada país ou de cada sociedade, cuja culturalidade e características próprias dificultam a utilização do princípio em sua versão original. Some-se a isto, o fato de que a utilização acrítica do princípio da proporcionalidade, principalmente no que concerne à interpretação formal do direito, dificulta a realização da justiça e obriga a uma fiscalização também formal e dissonante da realidade a ser realizada pelos órgãos de controle.

4.3.4. O orçamento público e as prioridades como decisão política de controle da decisão administrativa no âmbito das políticas públicas.

Da compreensão nascida do senso comum é a afirmação de que o orçamento público constitui a peça fundamental na efetivação dos direitos fundamentais, notadamente os sociais, os quais decorrem da materialização concreta das prestações positivas do Estado para sua realização. As finanças públicas dirigem os critérios estabelecidos para efetividade de direitos, assertiva perceptível mormente em momentos de crise e de escassez de recursos.

É no ambiente do fazer administrativo, através do guião determinado pelo orçamento, que a alocação dos recursos públicos possibilita a definição das políticas públicas e a construção da dimensão material do direito. Neste sentido, o orçamento é, por um lado, o espelho da seriedade do Estado que se tem (refletido no âmbito de suas funções

³⁷⁵ SILVA, Suzana Tavares da, “O Tetralema...”, cit., p. 4.

executiva, legislativa e judicial) em matéria das escolhas públicas e da distribuição dos recursos em ordem de prioridades; por outro lado, também reflete a congregação de forças sociais capazes de influir decisivamente na escolha pública da política no momento anterior à sua elaboração.

Partindo do pressuposto de que a efetivação dos direitos tem custos, a alocação dos recursos públicos para a concretização dos direitos fundamentais não pode dissociar-se da importância do gerenciamento de recursos escassos, numa ordem objetiva de prioridades, bem assim ao planejamento que ponha em evidência os princípios da justiça intergeracional, enquanto compromisso da dimensão da prossecução da justiça em escala alargada.

Desta forma, discutir prioridades em termos de planejamento e execução de políticas públicas constitui-se na razão de ser da sobrevivência do sistema jurídico enquanto norteador dos princípios da justiça a serem perseguidos num Estado democrático de direito, o qual traz ínsito em seu fundamento de existência a dignidade humana enquanto princípio fundante.

Assim, constituindo o orçamento público o principal instrumento de gestão e controle das receitas e despesas ao encargo da Administração Pública para cumprimento dos ditames constitucionais, bem como das opções legislativas em matéria de prioridades, três abordagens consideradas importantes serão feitas no presente estudo do tema: i) a natureza política da decisão administrativa em matéria de escolha entre as muitas opções prioritárias na distribuição dos recursos públicos. Neste passo, a presente discricionariedade da escolha não elide a necessária vinculatividade exigível como decorrência da boa governação; ii) a necessária reformulação das decisões de poder, o que convoca a um redimensionamento do empoderamento social na participação das escolhas políticas e na divisão de responsabilidade por ditas escolhas; e, iii) a possibilidade do controle do mérito das decisões políticas que não atendam critérios objetivos no estabelecimento das prioridades em termos de concretização de direitos fundamentais.

i) Sobre a natureza política das decisões administrativas em matéria de políticas públicas que concretizem direitos fundamentais a questão premente é a de que a discricionariedade necessária à fluidez do sistema não exime a administração pública de seu dever de boa governação, o que limita suas ações em razão de tal vinculatividade.

Desse pressuposto, é que se referenda a justificação das opções³⁷⁶ (numa premissa do dever legal de fundamentação), bem assim na legitimidade que decorre dos resultados obtidos com a concretização da política, fato que só pode ser alcançado com a participação social na divisão da responsabilidade pelas escolhas (aqui o pressuposto aduz à observância da interculturalidade).

Aliás, tal vinculatividade obriga não só a Administração Pública, mas todos os poderes que exercem as funções de Estado, mormente o Poder Legislativo em termos de fixação de metas gerais prioritárias de um Estado democrático de direito.

Do dever de boa governação³⁷⁷ decorrem: i) a obrigatoriedade do gerenciamento e do planejamento³⁷⁸; à vista disso, temos que é a organização do procedimento o qual constitui a chave mestra para a distribuição dos recursos, numa visão da justa repartição territorial do rendimento. Tal organização está assente na i) formulação; ii) implementação; iii) execução; e iv) acompanhamento.

A organização do planejamento público está centrada na prossecução do interesse público o que obriga a observância da transparência das ações e as fundamentadas opções acerca das decisões políticas sob a ótica da racionalidade. Sobre a necessária reformulação das decisões de poder, temos que esta convoca a um redimensionamento do empoderamento social na participação das escolhas políticas e na divisão de responsabilidade por ditas escolhas como critério indispensável ao iter procedimental referente à prossecução dos objetivos espelhados na ação administrativa vinculada aos fins propostos.

Por outro lado, a distribuição das competências legais pode constituir um entrave à gestão eficiente das políticas públicas. No caso do Brasil, tal organização depende ainda da necessária descentralização das políticas públicas, as quais para alcançarem os objetivos propostos necessitam surgir da realidade das comunidades para as quais foram destinadas, o que em um país de dimensões continentais reveste-se de maiores dificuldades de implementação.

³⁷⁶ É certo que a arrecadação através da tributação dos contribuintes num estado intervencionista e que toma para si a obrigação de fornecer aos cidadãos os serviços essenciais ao bem estar social é legitimada através das respostas estatais à concretização dos direitos. As opções por uns em detrimento (sacrifício) de outros necessita de coesão e de demonstração da necessidade das medidas sob uma premissa de racionalidade.

³⁷⁷ Registre-se que o direito fundamental a uma boa administração tem consagração no artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

³⁷⁸ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “A discricionariedade Administrativa...”, cit., p. 633 ss.

No tocante à possibilidade de controle judicial³⁷⁹ sobre decisões políticas, em que pese as dificuldades em se diferenciar se o ato foi realizado no exercício da função administrativa ou se consubstancia-se em um ato político, o cerne da discussão transfere-se para a dimensão institucional do controle. Entretanto, é possível estabelecer-se critérios objetivos a partir do orçamento público na destinação dos recursos considerados prioritários pelo Estado de direito, erigidos substancialmente pelo legitimado democrático, a fim de que a legitimidade da interferência ocorra nos casos em que tais prioridades deixem de ser observadas. A adoção de tais critérios objetivos na aferição do estabelecimento de prioridades elimina a vertente subjetiva da decisão seja ela uma decisão política ou uma decisão administrativa tomada com base em critérios de mérito.

Neste passo, relativamente aos órgãos de controle no Brasil, é sintomático que haja uma autocontenção subdimensionada no que diz respeito ao acompanhamento de metas prioritárias e superdimensionada em questões outras, as quais embora relevantes, não estão inseridas em uma ordem de valores essenciais em termos de distribuição de justiça social e efetivação de direitos³⁸⁰. Ressalte-se que não haveria tantas críticas e desconfiças aos sistemas externos de controle da atividade decisória da administração, se suas atuações concentrassem esforços (apesar da opção política ínsita na decisão) à

³⁷⁹ O Supremo Tribunal Federal no Brasil ainda não tem em sua jurisprudência o estabelecimento de critérios objetivos para a possibilidade do controle judicial das políticas públicas. Veja-se a ADPF 45/2004, apesar de seu julgamento ter sido prejudicado, em razão da edição da Lei Federal n. 10.707/03, que versava sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias da União, destinada a fixar as diretrizes à elaboração da lei orçamentária para 2004, o fato é que expôs as dificuldades em termos de controle e distribuição de poder entre as funções do Estado, ainda mais quando estão em causa questões prioritárias referentes à observância dos direitos fundamentais. A possibilidade da interferência judicial exige: a) a constitucionalização do direito fundamental. b) a omissão administrativa da concretização do direito c) a impossibilidade de se justificar através de ausência orçamental a não prestação, exceto se houver demonstração objetiva de sua ausência.

Veja-se o recurso Agravo de Instrumento no 677274/SP de relatoria do ministro Celso de Mello, que ratificou a eficácia dos direitos básicos de índole social diante da inércia do Poder Público Municipal da Cidade de São Paulo em atender à demanda de vagas em creches e na pré-escola para crianças de até cinco anos de idade.

Ementa: “Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, ART. 208, IV). Compreensão global do Direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, ART. 211, § 2º). Recurso extraordinário conhecido e improvido”.

Após a Emenda Constitucional nº 53/2006, a creche e pré-escola devem ser oferecidas a crianças de até cinco anos de idade.

³⁸⁰ Note-se que apesar da agenda brasileira inserir a erradicação da pobreza como objetivo do Estado, o Brasil ainda possui índices muito baixos de desenvolvimento humano.

determinação de políticas públicas que estabelecessem o cumprimento das prioridades elencadas na carta constitucional.

4.3.5 O Estado de Ativação Social como fundamento da decisão política, fortalecimento da democracia e efetivação de direitos.

As dúvidas sobre o modelo de Estado que estaria apto a fazer coexistir em simultâneo interesse e sustentabilidade, liberdade e responsabilidade, equilíbrio e soberania são as preocupações mais prementes da sociedade moderna. Conferir legitimação aos detentores do poder político³⁸¹, para exercerem as funções públicas que representem os interesses sociais, transformou-se ao longo do tempo, em uma questão de relevante importância, mormente quando se projeta para as gerações futuras o atual modelo de vida que hoje adotamos. É a consciência da responsabilidade pelo futuro que fundamenta o processo de escolha no presente.

Criar condições para que a sociedade possa adquirir e usufruir de instrumentos essenciais a uma existência condigna é essencial na discussão acerca do papel que tem o Estado em disseminar e fomentar a aquisição destas capacidades. O conceito de Estado de ativação social é, portanto, aquele através do qual as possibilidades são construídas e as responsabilidades são divididas. Ressalte-se que tais conteúdos não estão direcionados somente à economia³⁸², ao fomento ao trabalho e à aptidão profissional, mas nas práticas direcionadas ao desenvolvimento da ética social e ao desenvolvimento do ser pessoa tanto individual, quanto coletivamente considerado.

Assim, no Estado de ativação social não há um protagonismo na divisão e no compartilhamento do poder³⁸³. Antes de mais, a existência do Estado enquanto instituição tem o objetivo cimeiro de fortalecer o corpus social que o legitimou, a fim de que o aprimoramento das capacidades individuais e o exercício da solidariedade social possam refletir um modelo de sociedade apto a colocar a dignidade humana como vetor

³⁸¹ NEVES, Castanheira, “O problema da universalidade...”, *cit.*, p. 125, sobre “o plano da política ser sempre o plano do poder e dos interesses”.

³⁸² LOUREIRO, João Carlos, *Adeus...*, *cit.*, p. 96, sobre a definição de Estado ativador, *no plano dogmático*, revaloriza o discurso dos deveres a fim de evitar a passividade e a dependência e cuja função está centrada na proteção social voltada para a qualificação pessoal e para a criação de incentivos voltados para o trabalho – “*welfare to work*”.

³⁸³ ARENDT, Hannah, *A Condição...*, *cit.*, p. 249. Segundo a autora, “o poder só é efetivado onde a palavra e o ato não se divorciam”.

primordial da existência do Estado democrático de direito.

Portanto, este Estado de ativação social surge como necessidade para o fundamento da decisão política, sendo o reflexo do Estado de direito em busca de legitimação. Muitos dos problemas que ancoram o exercício do poder em suas mais variadas formas repousam na ausência de pressupostos legítimos para o exercício da função executiva nas suas multifacetadas formas. A busca de legitimação é imprescindível na busca da realização do Estado social, onde a divisão de responsabilidades das escolhas deixa de ser um planejamento para o futuro e passa a ser uma construção no presente entre Estado e sociedade.

Da mesma forma, reforçar evidências através da construção social e coletiva é fundamental para que a comunidade destinatária da ação pública participe do processo de decisão, envolva-se na gestão e assuma ativamente a responsabilidade pela realização, pela manutenção e pela preservação do bem ou do serviço público para aquele local destinado.

Observe-se que neste modelo de congregação, a Constituição, enquanto sistema de normas, deixa de abarcar primordialmente seu conteúdo emancipatório, para refletir substancialmente o constituir direitos, fruto de uma dialética refletida, sentida e pensada pelo corpo social em movimento, reflexo de suas próprias aspirações, virtudes e crenças.

Conclusões

De todas as interpretações, opiniões e experiências desenvolvidas ao longo do trabalho, chegamos ao final com as seguintes conclusões:

O Ministério Público brasileiro é coparticipante das mudanças paradigmáticas ocorridas no Brasil, após a redemocratização social e a promulgação da Constituição Federal de 1988. Enquanto instituição legitimada a defender os interesses sociais indisponíveis, é também responsável pela realização material do direito através da concretização dos direitos fundamentais, notadamente os sociais.

Entretanto, em uma sociedade de profundas transformações e aspirações, o Ministério Público encontra dificuldades em desenvolver suas funções, seja sob o prisma do fiscalizar a bondade da atuação administrativa em sede de decisões sobre a efetivação de tais direitos, seja em razão dos empecilhos que giram em torno de se estabelecer modelos de coesão social voltados para a busca de uma participação coletiva e efetiva nas decisões que incidem sobre a vida das pessoas.

Tais dificuldades serão enfrentadas a partir do entendimento institucional que convoca a responsabilidade pelo sentido do direito, sentido esse que adquire validade para além do sistema jurídico de normas. Tal validade possui o objetivo maior de se buscar atingir a dignidade humana, enquanto valor ético de desenvolvimento do homem considerado como ser individual e social. O encontro com esta dignidade é que confere a justiça almejada e idealizada por todos.

Registre-se, porém, que a busca pela justiça está consubstanciada nos instrumentos necessários à redução de desigualdades, a fim de que se possa encontrar a realização material do direito e não a prossecução de um ideal de justiça positivado e adiado para um futuro incerto que aprisiona e solidifica as esperanças de realização.

Neste passo, o Estado-Administração é a instituição responsável e legitimada para realizar materialmente o direito, o que lhe confere uma margem de livre decisão para a realização de suas tarefas, o que obviamente, deverão estar conformadas ao princípio da juridicidade e da ética pública para o atingimento de seus fins.

A legitimidade de tais fins é conquistada através dos resultados perseguidos como fruto de uma divisão de responsabilidades entre administração e administrados, cujo modelo encontra guarida nos instrumentos da *governance*, do reforço do poder local e do

*pensar institucionalmente o respeito pelo direito*³⁸⁴.

Desta forma, convalidados tais instrumentos e respeitadas tais premissas, infere-se que o modelo de Estado apto a congregar esta forma de administrar é o Estado de ativação social, onde a responsabilidade pela condução dos assuntos públicos é dever de todos, a contribuição com a diminuição das injustiças sociais é um somatório de forças que se completam e a concretização dos direitos fundamentais é uma construção no presente, fruto da partilha ética entre Estado e sociedade, que encontra no Ministério Público seu elo de ligação.

³⁸⁴ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A Recusa de Aplicação...*, cit., p. 603.

Bibliografia citada

ALEXY, Robert. “Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular”. Trad. Thomas da Rosa Bustamante. Em *A Constitucionalização do Direito, Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Souza Neto, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AMARAL, Diogo Freitas do. “O Princípio da Justiça no artigo 266º da Constituição”. Em *Estudos em Homenagem ao Professor Rogério Soares*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Jurídica, n. 61. Coimbra, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Grupos de Interesse, Pluralismo e Unidade Política”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, suplemento XX*. Coimbra, 1977.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O “Direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional: anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02*. Jurisprudência Constitucional. n.º 1, jan/mar - 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever da fundamentação expressa de atos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A Justiça Administrativa*. Coimbra: Almedina, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011.

ARAGÃO, Maria Alexandra. “A Governança na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida?” em *A Constituição Europeia. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Lucas Pires*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

ATIENZA, Manuel. “Constitucionalismo, Globalización y Derecho”, em *El Canon Neoconstitucional*, Miguel CARBONELL & Leonardo Garcia JARAMILLO (eds). Madrid: Editora Trotta, 2010.

ATIENZA Manuel, *O Direito como Argumentação*. Tradução: Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

AYALA, Bernardo Diniz. *O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão*

Administrativa. Lisboa, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula. “Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático” em *A Constitucionalização do Direito, Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARCELOS, Ana Paula, “Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas”, em *Revista de Direito Administrativo*, v. 240. Rio de Janeiro, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito, o Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil”, em *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXI. Coimbra: 2005.

BARROSO, Luís Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf/view.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. “A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos”, em *A Constitucionalização do Direito*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do Nada)”, em *A Constitucionalização do Direito*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. “A Crise e a Atualidade do Estado Social para a Periferia do Capitalismo”, em *Estudos do Século XX, nº 13*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição. Para uma Crítica do Constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRANCO, Manuel Couret. *Economia Política dos Direitos Humanos*. Lisboa: Sílabo, 2012.

BRAITHWAITE, John. *Restorative, Justice and Responsive Regulation*. New York: Oxford University Press, 2002.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo, Vol. I*. Coimbra: Almedina, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes, “O Direito constitucional passa, o Direito administrativo passa também”, em *Estudos em Homenagem ao Professor Rogério Soares*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Jurídica, n. 61. Coimbra, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição, 12ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes, “A Governança do Terceiro capitalismo e a Constituição Social”. *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*, em Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Jurídica, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade*. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “Para uma revisão da dogmática da jusfundamentalidade” em *Estudos em Homenagem a Antônio Barbosa de Melo*, Coimbra: Almedina, 2013.

CARBONELL, Miguel. “El Neoconstitucionalismo: significado e análises” em *El Canon Neoconstitucional*. CARBONELL, Miguel & JARAMILLO, Leonardo Garcia (eds). Madrid: Trotta, 2010.

CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Trad. Ilse Paschoal Moreira & Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010.

CASTELLS, Manuel, *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. A Sociedade em Rede*. Vol. 1, São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Governança Europeia, Um livro branco*. Bruxelas, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, José Manuel Cardoso da. “A Jurisprudência Constitucional Portuguesa em Matéria Administrativa”. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica, nº 61, em Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,

2005.

DIAS, João Paulo & AZEVEDO, Rodrigo Chiringhelli (coord.). *O Papel do Ministério Público - Estudo Comparado dos países Latino Americanos*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Talking Rights Seriously*. London, 1977.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiza Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

ESTORNINHO Maria João. *Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. “El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo e su divergencia de la realidad”. Em *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996.

GARCIA, Maria da Glória. *Direito das Políticas Públicas*. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

GARCIA, Maria da Glória. “Governança local, Política e Direito” em *Revista do Ministério Público*, nº 112. Ano 28. Lisboa, 2007.

GARCIA, Maria da Glória. “O Princípio da Igualdade - Fórmula vazia ou fórmula 'carregada' de sentido?”. Em *Estudos Legislativos, Boletim do Ministério da Justiça*, 1986.

GARCIA, Maria da Glória. *Da Justiça Administrativa em Portugal*. Lisboa: UCP, 1994.

GIDDENS, Anthony. *O Mundo na Era da Globalização*, Trad. Saul Barata. Rio de Janeiro: Presença, 2006.

GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*, Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GONÇALVES, Pedro. *Entidades Privadas com Poderes Públicos*. Coimbra: Almedina, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos Direitos do Homem*. Trad. Armando Pereira da Silva.

Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

HABERLE, Peter. *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*. Trad. Carmen Zavala. Coimbra: Almedina, 2001.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta e os intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

HABERMAS, Jurgen. *Fundamentação Linguística da Sociologia*. Tradução Lumir Nahoil, Lisboa: Edições 70, 2010.

HABERMAS, Jurgen. *Teoria da Racionalidade e Teoria da Linguagem*. Tradução Lumir Nahoil. Lisboa: Edições 70, 2010.

HABERMAS, Jurgen. *Ética do Discurso*. Tradução Lumir Nahoil. Lisboa: Edições 70, 2010.

HESSEL, Stephane. *Não Vos Rendais*. S.A.: Santillana Editores, 2013.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um “direito constitucional comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

JONAS, Hans. *El Principio de Responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Traducción: Javier M^a Fernández Retenaga, Herder, Barcelona.

LOUREIRO, João Carlos. “Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência - algumas questões juspublicísticas”. Em *Estudos em Homenagem ao Professor Rogério Soares*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Jurídica, n. 61. Coimbra, 2001.

LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado social?* Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

LOUREIRO, João Carlos. “A “Porta da Memória”: (Pós) Constitucionalismo, Estado (Pós) Social, (Pós) Democracia e (Pós) Capitalismo. Contributos para uma Dogmática de Escassez”. In *Estudos do Século XX, n.º 13*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013.

LINHARES, José Manuel Aroso. “O dito do direito e o dizer da justiça - Diálogos com Levinas e Derrida”, em *Entre discursos e culturas jurídicas*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Jurídica, n.º 89. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MAZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público e o Constituinte*. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpconstituente.pdf>

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “Os Princípios Normativos são Parâmetro de Vinculação dos Regulamentos?”. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª Secção) de 30.09.2009. Em *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 80. Coimbra: Coimbra, 2010.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com fundamento em invalidade*. Coimbra: Almedina, 2012.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. “O Administrative Constitutionalism - Resgatar a Constituição para a Administração Pública” (387-420). Em *Estudos em Homenagem ao Professor Joaquim José Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Casos Práticos de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2012.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. “A discricionariedade Administrativa” em *Revista O Direito*, Vol. III, Ano 144, 2012.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. “Direito, Ética e Estado – Brevíssimas Reflexões em Diálogo com Barbosa de Melo”, in *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*. Coimbra: Almedina, 2013.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Trad. Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011.

NABAIS, José Casalta. “A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: Os Deveres e os Custos dos Direitos”. Em *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NABAIS, José Casalta. “Da sustentabilidade do Estado fiscal”. Em *Sustentabilidade em tempos de crise*. NABAIS, José Casalta & SILVA, Suzana Tavares da. Coimbra: Almedina, 2011.

NEVES, António Castanheira. *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento*

Jurídico, da sua Metodologia e Outros, Vol. 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, António Castanheira. *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, Vol. 3º. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.*

NEVES, António Castanheira. *O Atual problema metodológico da interpretação jurídica – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.*

NEVES, António Castanheira. *O Direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2012.*

NEVES, António Castanheira. “O Direito como validade”, em *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 3984, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007.*

NEVES, Marcelo. “Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana” em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais, Vol. I. Coimbra: Almedina, 2007.*

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2011.

PASCUAL ESTEVE, Josep Maria. *Governança Democrática: Construção Coletiva para o desenvolvimento das cidades*. Belo Horizonte: Ed. UFJF, 2009.

PIÇARRA, Nuno. “A reserva da Administração”. Em *Revista O Direito*, Ano 122, 1990.

PIETRO, Maria Silvia Zanela Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

- PIOVESAN, Flávia. “Proteção dos Direitos Sociais: Desafios dos Sistemas, Global, Regional e Sul- Americano” em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Boletim da Faculdade de Direito da Faculdade de Coimbra, Vol. III. Coimbra: Coimbra, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PRATS, J. “Gobernabilidad democrática para el desarrollo humano: Marco conceptual y analítico”. Em *Instituciones y Desarrollo*, nº 10, 2001.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Carlos Pinto Correia. 3ª edição. Lisboa: Editorial Presença, 2013.
- REBELO, Marcelo & SALGADO, André. *Direito Administrativo Geral, Tomo III*. Alfragide: Dom Quixote, 2006.
- REGLA, Josep Aguiló. “Tensiones del Constitucionalismo y concepciones de la constitución”, *El Canon Neoconstitucional*, Miguel Carbonell & Leonardo Garcia Jaramillo (eds). Madrid: Trotta, 2010.
- RODRIGUES, Maria de Lourdes & SILVA, Pedro Adão e. *Políticas Públicas para Reforma do Estado*. Coimbra: Almedina, 2013.
- SADEK, Maria Tereza. *Ministério Público - Um retrato*. Conselho Nacional do Ministério Público, Brasília, 2013. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/ministerio-publico-um-retrato>
- SANDEL, Michel J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Matias & Maria Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. “Por uma concepção Multicultural de Direitos Humanos”. Em *Reconhecer para Libertar - Os Caminhos do Cosmopolitismo Cultural*. Porto: Afrontamentos, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Gramática do Tempo, para uma nova cultura política*. Porto: Afrontamentos, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. “Princípio do Retrocesso Social, Pessoa Humana e Direitos Sociais” em *Boletim da Faculdade de Direito, Volume LXXXII*. Coimbra, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. “O Neoconstitucionalismo no Brasil: Possibilidades e Riscos” (233-272), em *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. Trad. Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2010.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Trad. Laura T. Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. “Acto Administrativo e Âmbito da Jurisdição Administrativa”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica, nº 61. Editora Coimbra, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

SILVA, Suzana Tavares. *Direito Administrativo Europeu*. Universidade de Coimbra, 2010.

SILVA, Suzana Tavares da. *Um Novo Direito Administrativo?* Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011.

SILVA, Suzana Tavares. “O princípio (fundamental) da eficiência”. Disponível em http://sigarra.up.pt/fdup/pt/publs_pesquisa.show_publ_file?pct_gdoc_id=5682.

SILVA, Suzana Tavares da. “O Tetralema do Controle Judicial da Proporcionalidade no contexto da Universalização do Princípio: Adequação, Necessidade, Ponderação e Razoabilidade”.

SOARES, Rogério. *Interesse Público, Legalidade e Mérito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1955.

SOARES, Rogério. *Direito Público e Sociedade Técnica*. Coimbra: Atlântida, 1969.

SOARES, Rogério. *Direito Administrativo I*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1981.

SOARES, Rogério. *Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*. Boletim da

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano 57, Vol. LVII, 1981.

STIGLITZ, Joseph E.. *O Preço da Desigualdade*. Trad. Dinis Pires. Lisboa: Bertrand, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais*. Coimbra: Editora Almedina, 1995.

TESHEINER, José Maria e PEZZI, Sabrina, “Inquérito civil e compromisso de ajustamento de conduta”, em *Revista de Direito Administrativo*, v. 263, Rio de Janeiro, maio/ago. 2013. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/10645/9650>

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da Democracia na América*. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água, 2008.

URBANO, Maria Benedita. “Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional” em *A Crise e o Direito Público*, VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público. Disponível em: <http://www.icjp.pt/publicacoes/1/4290>

URBANO, Maria Benedita. “Globalização: Os Direitos Fundamentais sob stress”. Em *Estudos em Homenagem ao Professor Jorge de Figueiredo Dias*, Organização: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João & SOUSA, Susana Aires. Coimbra: Coimbra, 2010.

VEIGA, Paula. “Cidadania - cambiante de um conceito e suas incidências político-constitucionais”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXXXII. Coimbra, Universidade de Coimbra, 2006.

VENTURA, Catarina Sampaio. *Direitos Humanos e Ombudsman: Paradigma para uma instituição secular*. Lisboa: Provedoria de Justiça, 2007. Disponível em http://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/DireitosHumanos_Ombudsman.pdf.