

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA NOTAS PARA UM DEBATE ACERCA DOS LIMITES AO CONTROLE JUDICIAL DE “POLÍTICAS PÚBLICAS”

Kaline Ferreira Davi

Advogada da União

Professora de Direito Administrativo

Mestra em Direito Público – UFBA

Doutoranda em Direito Público pela Université Montesquieu Bordeaux IV- France

SUMÁRIO: Introdução; 1 Separação de Poderes e Atividade de Controle dos Atos Políticos Da Administração Pública Exercida Pelo Poder Judiciário; 2 Baixa Densidade Normativa Vinculativa - Reserva Do Possível Como Matéria de Defesa - Mínimo Existencial; 3 As “Políticas Públicas” - Dimensão e Controle; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Utilizando-se de recente jurisprudência de Tribunal Superior pretende-se analisar e criticar o posicionamento do Ministério Público e principalmente do Poder Judiciário Brasileiro em relação ao controle de uma mal compreendida categoria jurídica denominada política pública.

PALAVRAS-CHAVE: Controle. Política Pública. Classificação. Categoria Jurídica.

ABSTRACT: Using itself of recent jurisprudence of Superior Court it is intended to mainly analyze and to criticize the positioning of the Public Prosecution service and of the Brazilian Judiciary in relation to the control of one badly understood legal category called public politics.

KEY WORDS: Control. Public Politics. Classification. Legal Category.

INTRODUÇÃO

Em recente acórdão publicado em 16.09.09, o A Egrégia 2. Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão unânime, negou provimento ao Recurso Especial N° 1.041.197 - MS (2008/0059830-7), da relatoria do Ministro Humberto Martins, interposto pelo Estado do Mato Grosso do Sul contra decisão que o obrigava a fornecer ao Hospital Universitário de Dourados os equipamentos necessários ao seu regular funcionamento. A decisão recorrida foi obtida em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público.

A ementa do acórdão ficou assim redigida:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.
2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico.
3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava

vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.

Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.¹

Como pode ser observado apenas da análise da ementa, a decisão do STJ prega a plena efetividade das normas constitucionais e afasta o discurso de alguns juristas que ainda consideram os atos praticados

1 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1041197 /MS. Ministro HUMBERTO MARTINS, T2 - SEGUNDA TURMA, data do julgamento: 25/08/2009, Publicação: DJ 16.09.2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 18 Set. 2009.

pelo governo como atos insindicáveis em virtude de forte conotação política. A decisão chega a mencionar o controle judicial de políticas públicas, como se realmente fosse esse o objeto da Ação Civil Pública e da decisão proferida.

O acórdão em comento evidencia três questões básicas nas quais se funda e que merecerá análise acurada ao longo desse texto:

1. Separação de poderes e atividade de controle dos atos políticos da Administração Pública exercida pelo Poder Judiciário;
2. Baixa densidade normativa vinculativa, Reserva do Possível como matéria de defesa e mínimo existencial;
3. As “Políticas Públicas”, sua dimensão e controle.

1 SEPARAÇÃO DE PODERES E ATIVIDADE DE CONTROLE DOS ATOS POLÍTICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EXERCIDA PELO PODER JUDICIÁRIO

Na lição de Fábio Konder Comparato² esse sistema de *checks and balances* entre os diversos ramos do poder, se consegue impedir o Estado de fazer o mal, também o impede de fazer o bem, pois retira dele a capacidade de empreender. No modelo de Estado Liberal, essa inação do Estado era até desejada, mas, assim que a consciência jurídica universal passou a reconhecer, ao lado dos direitos individuais, também os direitos sociais, esse modelo de freios e contrapesos tornou-se embaraçoso e até mesmo incongruente do ponto de vista ético.

Com o crescimento da sociedade industrial, passou-se a exigir dos poderes políticos tarefas de direção e empreendimento que somente o Executivo - na tripartição clássica - tinha condições de exercer, o que gerou o agigantamento do Executivo, que se apoderou parcialmente até da atividade normativa.³

Em verdade a repartição de funções idealizada por Montesquieu, por inspiração aristotélica e lockiana, tem que ser analisada no contexto

2 COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional. In: BERNARDO, Antonio C. et al. *Brasil, o desenvolvimento ameaçado: perspectivas e soluções*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1989. p. 61-101. p. 71.

3 COMPARATO, 1989, p. 73.

histórico em que foi idealizada por seu autor, num momento em que o principal objetivo era frear as arbitrariedades do poder absoluto. O que se queria era salvaguardar as liberdades individuais por meio da limitação do poder.⁴

Observemos que a motivação central daquela época foi intensamente centrada no controle, tanto que o Poder Judiciário foi considerado por Montesquieu como um poder nulo. Fruto da idéia inspiradora do princípio de que poder detém poder, ao Judiciário caberia tão somente a função típica de conter ou reparar as violações praticadas pelos outros dois Poderes, sendo mais adequado mantê-lo politicamente neutro.

As críticas atuais lançadas ao sistema de separação de poderes advêm dessa herança absolutista que privilegia as potestades em detrimento dos deveres funcionais; e da preocupação em controlar acima de tudo, o que não poderia ser diferente no contexto em que se vivia. Ocorre que a história prosseguiu e o Estado hoje sofre as conseqüências dessa má-formulação político-estrutural no que tange ao desempenho das funções estatais, no que é incongruente e responsável por várias distorções.⁵ Ressaltamos que é impossível subsumir todas as funções do Estado a apenas três principais espécies classificatórias e, mais ainda, atribuir cada uma dessas funções com exclusividade a um desses distintos órgãos-poderes. Para ilustrar, podemos citar o Ministério Público⁶ que, embora seja um órgão estatal, não integra nenhum dos poderes; de outro lado temos a própria atividade de governo que, na condição de suprema atividade diretiva, também não se encaixa perfeitamente em nenhum desses três poderes, ou melhor, está presente nos três poderes indistintamente.⁷

Em seu voto o Min. Humberto Martins demonstra claramente a adoção de posicionamento coerente com a doutrina menos conservadora, que embora respeite a concepção da separação montesquiana de poderes,

4 SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. 2006. p. 159-160.

5 COMPARATO, 1989, p. 70.

6 Não defendemos a idéia de que o Ministério Público formaria um quarto poder, mas sim que sua existência comprova a insuficiência e inadequação da tripartição de poderes, já que a função desempenhada pelo *parquet* ficaria de fora, não se enquadrando exatamente em nenhuma dessas três funções, sem, no entanto, deixar de ser típica função de Estado.

7 ARAGÃO, Alexandre Santos. Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 225, p.109-129, jul./set. 2001. p.111.

percebe a necessidade premente de conciliar essa concepção com os anseios do Estado contemporâneo, assim posicionando-se:

[...] Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

Outro ponto importante a ressaltar é que se prevalecesse o entendimento de que em face do princípio da separação dos poderes estaria o Judiciário impedido de corrigir distorções em matéria de políticas públicas, a efetivação de outros princípios igualmente constitucionais ficaria comprometida, o que contraria a hermenêutica atual que privilegia a harmonização das normas e princípios constitucionais conflitantes, de modo a buscar a máxima eficácia possível de ambos, e assim evitar que a aplicação de um implique na exclusão de total de outro.

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o conteúdo.[...]

Do excerto acima retiramos importantes pontos a destacar: separação de poderes como óbice ao controle judicial de distorções em matéria de atividade política do Estado; a máxima efetividade da força normativa da Constituição.

Cabe esclarecer sobre esses dois aspectos em destaque que a política pressupõe escolha entre alternativas possíveis para alcançar o fim do Estado, cabendo a Administração Pública implementar programas e ações das mais diferentes espécies em busca dessa concretização, o que, num Estado Democrático de Direito Constitucional, terá na Constituição a confluência entre o jurídico e o político.

Afirma Maria Cristina Queiroz⁸ que a pertença da política ao domínio constitucional resolve o problema de sua natureza normativa e de sua titularidade, já que é uma atividade partilhada por *todos os órgãos constitucionais* sem exceção:

8 QUEIROZ, Cristina M.M. *Os atos políticos no Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 112-113.

A todos os títulos, uma atividade de realização da constituição, que se concretiza e atualiza, além do mais, no contexto das normas diretivas e programáticas como normas jurídicas determinativas dos fins e tarefas gerais do Estado. Estas por seu turno não dizem respeito apenas ao legislador *tout court*, antes se dirigem a todos os órgãos constitucionais chamados à importante tarefa da sua concretização e atualização.

Isso quer dizer que a política não se circunscreve apenas a atividade administrativa do Estado, mas também está presente nas funções desempenhadas por todos os outros órgãos constitucionais. Além disso, por estar impregnada da força normativa da Constituição, obriga o Estado.

Analisando o papel desempenhado pela Constituição, Lênio Luiz Streck⁹ considera-a espaço no qual se fundamenta o sentido jurídico do político. Ferdinand Lassale¹⁰ ensina-nos que a Constituição é o espaço em que se fundamenta o sentido jurídico dos fatores reais de poder. Com esta definição, o autor faz referência à existência de duas constituições: a real, caracterizada pelo resultado dos clamores sociais; e a escrita ou jurídica, que precisa refletir os ideais da primeira para ter valor.

Embora pareça um paradoxo sintetizar o pensamento de Ferdinand Lassale e de Lênio Streck, já que o primeiro foi acusado por alguns doutrinadores como um autor que esvaziou o sentido normativo da Constituição e o segundo, ao contrário, é um defensor aguerrido da constituição dirigente¹¹, não consideramos opostas as posições defendidas por cada um deles.

Ferdinand Lassale não acreditava numa norma escrita divorciada da realidade política do povo que é seu destinatário; o que o aproxima de Lênio Streck, que defende uma Constituição dirigente sem afastá-la do nível do quotidiano e também da interação social. Ferdinand Lassale rejeita a possibilidade de uma folha de papel determinar mudanças no mundo fático;

9 Este e outros juristas, a exemplo de Ferdinand Lassale e Lênio Streck, participaram de uma vídeo-conferência coordenada por COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 83.

10 LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 23.

11 Titula-se dirigente a Constituição que não se resume a enunciar competências e regular processos, mas, principalmente, estabelece diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade, como se fosse um plano global normativo da sociedade e do Estado brasileiro. COUTINHO, op. cit.

Lênio Streck considera a Constituição como documento que *constitui-a-ação* do Estado, estabelecendo uma nova feição para o direito, que não mais protege o cidadão ante o Estado, mas sim implementa mudanças sociais que deverão ser protagonizadas por esse próprio Estado.

A linha comparativa traçada entre esses dois modelos de pensamento supostamente antagônicos permite-nos observar que eles se identificam muito mais do que se contrariam. Quando Lênio Streck defende o papel da Constituição como documento que constitui-a-ação do Estado, não se refere a uma norma que, sozinha e como num passe de mágica, realizará todas as transformações necessárias para que o Brasil tenha toda a sua população vivendo com dignidade humana. Ele acredita que a Constituição pode não se limitar ao que está mais próximo e lançar-se para além da realidade como condição de possibilidade do novo, da emancipação da sociedade, do resgate das promessas da modernidade. Essa é a perspectiva *dirigente-compromissária*, que vincula a atividade estatal em todas as suas expressões.

Essas considerações nos permitem entender que a idéia de uma Constituição Dirigente não transforma a Constituição em uma norma auto-executória que prescinde da vontade política e administrativa e da atuação humana, únicas capazes de por em prática as disposições normativas. Ao contrário, valendo-nos da lição de Konrad Hesse¹², verificamos que a força normativa da constituição não se resume apenas à adaptação de uma realidade. A constituição jurídica tem como objetivo converter-se ela mesma em força ativa, ou seja, ela não deve ser apenas um repositório de forças, mas deve representar uma força propulsora para o desenvolvimento. Para isso, ela tem que contar com a consciência dos responsáveis pela ordem constitucional, que terão que fazer presente não só a vontade do poder, mas também essa vontade da constituição.

Reforçando esse entendimento, Gilberto Bercovici¹³ afirma que a força normativa da Constituição não depende apenas de seu conteúdo, mas também de sua prática, que não é nada mais do que a expressão da vontade da Constituição, entendida como integração entre a ordem normativa e a conduta humana.

12 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 43.

13 BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999. p. 44.

No mesmo sentido, Paulo Ricardo Schier¹⁴ admite que a Constituição não pode por si só realizar nada, mas pode impor tarefas que somente serão transformadas em ação se existir uma vontade destinada a sua realização. Esta vontade, entretanto, precisa estar presente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional.

Sem pretender simplificar a complexidade do tema, mas querendo emprestar um cunho didático à questão relativa à política e sua relação com o jurídico, deduzimos, com base na doutrina revisada, que a Constituição é uma norma e tudo o que ela prescreve tem sua mesma natureza, que é normativa, portanto, tudo o que se relaciona à política e foi absorvido pela Constituição passa a ter natureza normativa. Este é um lado da moeda: a natureza jurídica das opções políticas incluídas na Constituição. Contudo as políticas não se iniciam e se finalizam nas normas jurídicas. Admitimos que a política tem suas bases erigidas, num Estado democrático de direito, pelas normas, mas essas são concretizadas mediante processos que contêm atos de diversas categorias e naturezas, unificadas apenas por sua finalidade.

As normas constitucionais estabelecem as premissas materiais, o fundamento e a direção permanente da atuação estatal, mas não substituem as políticas. Segundo Gilberto Bercovici¹⁵, o programa constitucional não tolhe a discricionariedade do governo, “[...] nem impede a renovação da direção política [...]”, mas exige adequação dessa definição de linhas de direção política com os “[...] fins que uma república democrática constitucional fixou em si mesma”.

Nesse sentido, cabe festejar a decisão do STJ. A separação de poderes tenta apartar funções e estabelecer controles recíprocos e equilibrados, jamais servindo para diminuir a força normativa da Constituição que deverá ser plena e impor obrigações passíveis de sanção no caso de descumprimento, não importando quem seja o seu destinatário, o particular ou o Estado. A natureza política das obrigações, quando absorvidas no texto constitucional, conviverá com a natureza jurídica que a Constituição lhe atribuirá, pesando sobre elas todos os ônus, encargos e características de qualquer outra norma de Direito.

14 SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 74-75.

15 BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, p.35-51, abr./jun. 1999. p. 40.

2 BAIXA DENSIDADE NORMATIVA VINCULATIVA - RESERVA DO POSSÍVEL COMO MATÉRIA DE DEFESA - MÍNIMO EXISTENCIAL

Na atualidade, o Estado é o principal destinatário das normas constitucionais programáticas, exigindo-se dele ora ação, ora omissão. Tratando-se especificamente das ações estatais para a realização desses direitos, o ponto mais crítico do tema são as decisões acerca de dispêndio de recurso público.¹⁶

A implementação de ações e programas visando efetivar os comandos gerais da ordem jurídica envolve gasto de recursos públicos que são limitados - constatação fática e não jurídica; assim, será preciso priorizar onde gastar o dinheiro público, o que, embora contenha forte caráter político, deve sofrer incidência das normas constitucionais.¹⁷

Sobre a escassez de recursos públicos e a infinidade de carências humanas e sociais, define-se o problema central das escolhas políticas, que é estabelecer critérios racionais para justificar a promoção desigual de distribuição de ativos sociais, que não deve resultar apenas de uma relação de dominação.¹⁸ Desse modo, as políticas devem ter caráter redistributivo compatível com a relação entre os benefícios particulares e gerais, tomando por referência um padrão - para nós a Constituição e o devido processo. Caso essa adequação não se efetive, deverá ser acionado o controle judicial.

Na Constituição Federal Brasileira de 1934 e 1937 constava regra no art. 68 e 97, respectivamente, que impedia o Poder Judiciário de conhecer questões exclusivamente políticas, o que, para Fábio Konder Comparato¹⁹, nunca representou um amesquinamento do poder de julgar a constitucionalidade de certos atos, o que somente poderia ocorrer para aqueles que efetuavam uma hermenêutica pobre do texto constitucional. Apoiando-se em Pontes de Miranda o autor afirma que a declaração de guerra ou a licença para julgar um deputado são atos que

16 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 240, p. 92-93, 2005.

17 *Ibidem*, p. 11.

18 DIAS, Jean Carlos. *O Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Método, 2007. p. 56.

19 COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre Juízo de constitucionalidade das Políticas Públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo de Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 46.

refogem inteiramente à competência funcional do Judiciário, mas não estão a salvo do juízo de constitucionalidade para sua prática.²⁰

Ressaltamos que a vedação constante das Constituições de 1934 e 1937 não foi repetida no atual texto constitucional, o que torna desnecessário um esforço hermenêutico para alimentar a idéia de que nossa Constituição não afasta nenhum ato da apreciação do Poder Judiciário.

Oportuno aludir ao Acórdão proferido na ADIn 293-7/600, que negou a reedição de medida provisória rejeitada pelo Congresso Nacional, mediante o qual o STF, unanimemente, sustentou a sindicabilidade judicial de todos os atos estatais que repugnem à Constituição, firmando incontestavelmente sua própria competência, sem fazer qualquer ressalva em relação a atos praticados no exercício de competências políticas.²¹

Deduz-se de pensamento por nós defendido²² que a atividade administrativa é toda aquela praticada pela Administração em sentido amplo, esteja ela executando uma lei ou a Constituição; esteja ela lançando as metas superiores do Estado ou executando atos rotineiros; esteja ela representada pelos órgãos de cúpula do Executivo ou pelos órgãos subalternos. A diferença reside apenas numa diversidade de graduação ou intensidade do vínculo estabelecido entre a atuação e a juridicidade.

Observemos que, quando se trata de atos corriqueiros da Administração Pública, cogita-se daqueles vinculados à lei infraconstitucional, cujo grau de vinculação da atuação é maior em razão do menor espaço de jogo estabelecido pelas normas hierarquicamente inferiores à Constituição. Quando se trata dos atos de superior gestão da vida pública, cogita-se daqueles vinculados diretamente à Constituição, cujo grau de vinculação da atuação é menor, devido à maior abstração da norma constitucional, toda ela de textura aberta, permitindo um espaço de jogo muito maior.

Sobre esse espaço aberto estabelecido pela Constituição, assinala J.J. Gomes Canotilho²³ que, para além das regras da Constituição, não

20 COMPARATO, 1997, p. 46.

21 RT, 700:221. 1994, ADIn 293-7/600, rel. Min. Celso Mello.

22 DAVI, Kaline. *A dimensão política da Administração Pública*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.

23 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 222.

existe um vazio, mas sim um “[...] espaço de jogo aberto à criatividade prática e estratégica dos jogadores”. A Constituição estabelece as regras desse jogo político, cabendo a seus participantes desenvolverem práticas diversas, variando em intensidade e forma, o que torna possível falar-se em função de direção política - *indirizzo político* -, que se caracteriza essencialmente pela possibilidade de escolha.²⁴

A par dessas conclusões, que apontam para total ausência de diferença axiológica entre atividade administrativa vinculada à lei ou vinculada à Constituição, admitimos que existe uma diferença de grau de vinculação entre a atividade e a norma, o que está relacionado com a natureza dessa atividade - infralegal ou infraconstitucional.

Pra nós, a discricionarietà administrativa é um tema único, decorra ela da lei ou da Constituição. O que admitimos é uma diferença de grau, porquanto a Constituição tem maior abstração normativa, inerente a seu papel no arcabouço normativo, não descendo às minúcias da regulação de uma situação concreta; já a lei é uma norma de maior concreção, haja vista desempenhar uma função reguladora mais próxima do fato e dos agentes. Tal gradação impõe uma *escala decrescente de densidade normativa vinculativa*, iniciando com a vinculação às regras, até chegar na vinculação aos princípios.²⁵

É próprio das atuações estatais que imprimem a direção superior da vida política²⁶ esse baixo grau de densidade normativo vinculativo de suas atividades, pois a discricionarietà é elemento essencial do político; quem direciona a atividade administrativa, priorizando determinados setores em detrimento de outros, o faz exercendo um juízo de prognose, que é a antecipação do futuro diante da probabilidade lógica.²⁷

A prognose é um juízo de probabilidade, por isso mesmo não se pode falar de certeza e exatidão, quando somente o futuro poderá comprovar o que é realmente provável. Como ela representa uma previsão do que poderá vir a ocorrer, a prognose é elemento essencial em algumas áreas, como na planificação administrativa e em qualquer

24 Ibidem, p. 49-50.

25 BINENBOJM, 2006, p. 206.

26 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 480-481.

27 SOUSA, 1987, p. 115.

outra em que os efeitos das decisões administrativas a serem tomadas protraírem-se no futuro.²⁸

Diante do exposto, deduzimos que todas as decisões administrativas que envolvam baixa densidade normativa vinculativa, a exemplo das políticas públicas, programas de governo, planejamentos ou quaisquer outras atividades que concretizem normas constitucionais programáticas, exigem juízo prognóstico por parte da Administração Pública, apresentando algumas singularidades comparadas com a discricionariedade administrativa infralegal ou de mera execução da lei.

A principal peculiaridade da prognose está em seu juízo de validade. Por sua natureza especulativa, ela pode não ser comprovada no futuro, ou seja, ela pode não ter sua potencial probabilidade comprovada, o que não indica sua ilegalidade ou ilegitimidade. Assim, a revisão de um juízo de prognose não tem relação com sua exatidão ou certeza, predicados que não lhe são próprios. Sua sindicabilidade leva em conta a legitimidade em ser considerada como realmente provável, o que significa ter percorrido um caminho que possa garantir uma previsão razoável e possível do acontecimento futuro.²⁹

A título de ilustração, imaginemos um plano econômico que tenha apostado na alta dos juros para desestimular o consumo excessivo e incentivar a poupança. Pode ser que ao final não se obtenha o resultado esperado, mas isso não representará por si só a ilegitimidade da decisão, pois a validade desse juízo de prognose será aferida diante da análise que se fez dos dados disponíveis no momento da decisão, dos métodos utilizados na análise desses dados e da racionalidade, plausibilidade e consensualidade da previsão.

Observemos, neste caso, que a revisão da discricionariedade contida na prognose administrativa guarda uma sutileza muito peculiar em relação à discricionariedade administrativa comum, que é a falta de relação com a finalidade. No caso da prognose, a legitimidade da atuação será aferida diante de critérios relacionados com o procedimento obedecido, já que o resultado poderá nem ser alcançado, e isso não será levado em conta para sua censura.

²⁸ SOUSA, 1987, p. 116.

²⁹ *Ibidem*, 117.

Diante dessa especial condição da prognose António Francisco de Sousa³⁰ ensina que a problemática do controle tem sua origem no facto de a prognose acusar um *déficit em matéria de racionalidade*. Isto porque, o controle jurisdicional nada mais é do que um exame baseado em padrões racionais de decisão. Assim sendo, “[...] tudo aquilo que na prognose não é racional (défice de racionalidade) escapa ou deveria escapar ao controle jurisdicional.”

Resta evidente diante disso que não se pretende exigir para a validade da prognose a certeza e o acerto absoluto. Deverá ser exigida da Administração a obediência a um *iter* que garanta a todos a identificação da base de prognose utilizada - fatos, dados, variantes ocasionais, graus de probabilidade; também o método utilizado para a formulação do juízo de prognose - na análise científica racional, que aponte para a plausibilidade do resultado. Por fim, exige-se a projeção desse resultado ideal - o específico juízo futuro.³¹

Assim, concluímos³² que resta ao tribunal controlar os seguintes aspectos da marcha da prognose administrativa subordinada diretamente à Consituição: (i) se a autoridade considerou todos aspectos que influenciavam na decisão; (ii) a plausibilidade, a racionalidade e a consensualidade da prognose; (iii) a observância dos valores constitucionais.

Como podemos observar, a prognose e a discricionariedade nela contida não afastam o controle judicial que poderá ser exercido sobre elas, mesmo em se tratando de um juízo de probabilidade, cujo grau de erros e acertos se equivalem; a apreciação só não poderá incidir sobre os elementos que fogem à previsibilidade do agente.

Feitas essas considerações sobre a discricionariedade praticada no juízo de prognose, tão comuns nas atividades administrativas vinculadas às normas constitucionais, cabe neste momento avaliar os limites que se impõem a esta discricionariedade, quando está em jogo a satisfação de um direito fundamental inserido no núcleo intangível da dignidade da pessoa humana.

30 SOUZA, 1987, p. 121.

31 *Ibidem*, p. 117.

32 Os aspectos listados foram baseados diretamente no roteiro estabelecido por António Francisco de Sousa (*Ibidem*), que levou em conta a planificação administrativa decorrente de lei. No nosso caso, analisamos a questão da revisão pelos tribunais de prognose administrativa vinculada diretamente à Constituição.

Muitas foram as inovações impostas pelo fenômeno neoconstitucional para o direito administrativo, sendo oportuno tratar especificamente de um deles neste momento: a incorporação das opções políticas, com ênfase naquelas relacionadas com os direitos fundamentais, núcleo normativo que necessita de especial proteção, além de vincular todos dentro do Estado, inclusive os poderes públicos.³³

A promoção, bem como a proteção desses direitos fundamentais exige ações e omissões estatais. Ana Paula de Barcellos³⁴ exemplifica, citando a liberdade de expressão que, para ser exercida pelo cidadão, deverá contar com a proteção do poder público que, neste caso, terá caráter omissivo de não cercear ou submeter de alguma forma essa liberdade. Já em relação ao direito à educação formal, prestação de saúde ou condições habitacionais, a situação é bastante diversa, pois estes direitos dependem de ações do Estado.

Fixando-nos nas obrigações positivas do Estado, concluímos que todos esses imperativos constitucionais que obrigam o Estado a agir vinculam tanto o Legislativo quanto o Judiciário, mas, especialmente, a Administração Pública, a quem cabe efetivar esses comandos gerais, implementando as ações necessárias para obter o resultado esperado: a satisfação desses direitos fundamentais.

Essas implementações e efetivações concretas do comando normativo envolvem gasto de dinheiro público e os recursos financeiros são escassos. Por isso é preciso realizar uma opção, visando priorizar onde serão investidos os recursos públicos. Neste ponto reside a grande questão envolvendo o direito e a discricionariedade política, pois, embora a Constituição indique os fins a serem perseguidos prioritariamente, ainda não está completamente delimitado até onde a discricionariedade como juízo político de conveniência influencia legitimamente nessas deliberações.³⁵

Somos de opinião que num Estado republicano não existe decisão que possa ser tomada sem compromisso com obrigações jurídico-constitucionais, mesmo que essas decisões estejam atreladas a questões de superior gestão, de fixação de diretrizes ou de planejamento, pois

33 BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 240, p. 9, 2005.

34 *Ibidem*.

35 *Ibidem*, p. 11.

todas elas têm que ser passíveis de aferição quanto a sua eficiência e capacidade, ao menos potencial, para alcançar os resultados previstos constitucionalmente.

Ressaltamos que nas decisões que envolvam os meios aptos para atingir os resultados priorizados, a Administração age com elevado grau de prognose. Neste caso, portanto, não se defende a exigência de obtenção efetiva dos resultados, pois poderá não ocorrer, mas exige-se a racionalidade na escolha e o comprometimento com o estatuído constitucionalmente, para que seja possível atestar sua viabilidade.

Essa forma de aferição da legitimidade dos meios escolhidos e de sua aptidão para alcançar o resultado já foi exposta e teve como fundamento básico a obediência a procedimentos como forma de garantir tanto o acesso à informação - necessária para seu controle - quanto para comprovar sua racionalidade.

Neste momento, entretanto, não estamos tratando da escolha de meios para atingir resultados, mas sim de uma opção bem mais difícil: dentre os resultados a serem buscados pelo Estado, principalmente em matéria de direitos fundamentais, quais devem ser priorizados diante da escassez de recurso. Até onde a Administração poderá escudar sua omissão nessa impossibilidade fática e até onde poderá justificar suas escolhas trágicas - investir em determinada área e abandonar outra igualmente indispensável ou investir mais ou menos recursos nesta ou naquela área.³⁶

Em algumas áreas não há opção. Elas são definidas de maneira objetiva pela Constituição Federal de 1988, não cabendo a Administração qualquer espaço para considerações políticas. O art. 212 da CF/88 determina textualmente percentuais mínimos que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão na manutenção e no desenvolvimento do ensino; o art. 198, §2º dispõe sobre o mínimo de receita arrecadada com determinados tributos que deverão ser aplicadas anualmente pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; o art. 195 determina que as receitas obtidas pelas contribuições sociais devam ser investidas no custeio da seguridade social, objetivando assegurar o direito à saúde, à educação e à assistência social, nos termos dos arts. 194 e 195.³⁷

36 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 239.

37 BARCELLOS, 2005, p. 18.

Nos casos em que a Constituição consigna de forma clara e objetiva o *quantum* se deve investir e em quais setores, não há apenas princípios abstratos regendo a matéria, mas sim regras³⁸ de direito que impõem vinculativamente obrigações precisas ao Administrador, a quem não cabe qualquer margem de apreciação política. São essas as situações mais simples no que tange às atividades prestacionais da Administração.

Na maioria das vezes, contudo, a norma constitucional não tem esse elevado grau de vinculação, norteando as escolhas estatais mediante princípios³⁹, o que termina por gerar uma dificuldade na precisão dessas prioridades, dando margem ao exercício de uma suposta discricionariedade por parte do Administrador.

Não obstante essa falsa impressão, mesmo vinculando a atividade estatal mediante princípios, a norma constitucional é imperativa e não deve ser flexibilizada, principalmente em relação aos bens mínimos que devem ser prestados pelo Estado, verdadeiros parâmetros para a exigência de ações e programas, visando sua implementação.

A dificuldade reside em identificar os bens mínimos que não podem deixar de ser ofertados pelo Estado, o que, para Ana Paula de Barcellos⁴⁰, em nada se relaciona com atividade administrativa discricionária, “[...] envolvendo um trabalho hermenêutico que consiste em extrair das disposições constitucionais efeitos específicos, que podem ser descritos como metas concretas a serem atingidas em caráter prioritário pela ação do Poder Público”.

Ingo Wolfgang Sarlet⁴¹ considera que a existência digna está intimamente relacionada com a prestação de recursos materiais essenciais, devendo ser analisada a problemática do salário mínimo,

38 As regras são as normas que sempre só podem ser cumpridas ou não cumpridas; elas são mandamentos definitivos, exigindo como forma de aplicação a subsunção e não a ponderação. ALEXI, Robert. Direitos Fundamentais no Estado constitucional democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. p. 65.

39 Já os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado tão amplamente quanto possível; eles são mandamentos de otimização, podendo ser preenchidos em graus distintos, a depender das possibilidades fáticas ou jurídicas. ALEXI, 1999, p. 65.

40 BARCELLOS, 2005, p. 257.

41 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.322.

da assistência social, da educação, do direito à previdência social e do direito à saúde.

Ana Paula de Barcellos⁴² identifica como núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana quatro elementos retirados da própria Constituição Federal de 1988, sendo três elementos materiais e um elemento instrumental, todos exigíveis judicialmente de forma direta: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência no caso de necessidade e o acesso à Justiça.

Consideramos a garantia ao mínimo existencial como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º e 3º da Constituição Federal de 1988, que assegura existência digna, sociedade justa e erradicação da pobreza, o que de nada valeria se ao homem como sujeito de direito não fosse salvaguardado um núcleo mínimo de direitos que lhe possibilitasse a sobrevivência como pessoa humana.

A Lei Federal 8.742, de 7 de dezembro de 1993, no art. 1º, define a assistência social como política de seguridade social não contributiva, que provê os mínimos sociais, por meio de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas. Também o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, prevê que toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar sua saúde, seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e os serviços sociais necessários.

Desta forma, embora não exista um consenso doutrinário sobre as parcelas que integram o mínimo existencial, não há como negar que esse núcleo existe e que ele transforma a baixa densidade normativa imposta pela natureza das normas principiológicas, em estrita vinculação, não cabendo nenhuma formulação de juízos de oportunidade nos casos que envolvam decisão administrativa acerca da satisfação desse mínimo existencial.

Observemos que ao Judiciário cabe prestar a atividade jurisdicional, que é consectário lógico do direito fundamental de acesso à justiça - considerado inclusive integrante do mínimo existencial -, o que não se verifica apenas pelo direito de pleitear algo judicialmente, mas sim de obter uma decisão que atribua a cada um o que é seu.

42 BARCELLOS, 2002, p. 258.

Segundo ensinamento de Wilson Alves de Souza⁴³, dar a qualquer agente estatal a possibilidade de afastar lesão ou ameaça a direito do controle jurisdicional é claramente negar acesso à justiça.

A decisão do STJ contra a omissão do Estado do Mato Grosso do Sul é um exemplo a seguir em matéria de prestação jurisdicional, não resta dúvida quanto o acerto do Ministro Relator em seus argumentos contra a observância da reserva do possível como matéria de defesa do Recorrido. Nesse caso não há como se argüir insuficiência de recursos públicos para equipar dignamente um hospital universitário que se encontra aberto, prestando serviço de saúde pública à comunidade carente, sem contar com o mínimo indispensável a uma instituição hospitalar. O problema se apresenta quando efetivamente estamos tratando de controle judicial de políticas públicas, o que, *data maxima venia* não acreditamos que ocorreu no caso *sub analise*.

3 AS “POLÍTICAS PÚBLICAS” - DIMENSÃO E CONTROLE

Nesse momento, passaremos a analisar a afirmativa preambular da decisão comentada:

A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.

A afirmativa transcrita merece reparo considerando o contexto em que foi proferida. Há um profundo equívoco na decisão do STJ, e que se reitera em muitas outras decisões judiciais de tribunais superiores, diante disso, malgrado a excelência dos argumentos esposados não podemos nos esquivar de tecer crítica, ao costumeiro mau emprego do termo “política pública”.

O vocábulo *política* deriva do latim *politicus*, *politica*, *politicum*, cuja raiz vem do grego *polis*, significando cidade. A despeito da precisão na origem etimológica da palavra, nos tempos modernos tem havido uma divergência na delimitação do significado de política. Alguns adotam o conceito de política como eleição dos meios para alcançar os fins do Estado; outros acreditam que a política não se refere apenas aos meios, mas também aos fins; e terceiros relacionam a política com o exame do

43 SOUZA, 2006, p. 165.

próprio Estado; há também aqueles que pretendem seja a política uma arte; e há ainda aqueles que pretendem classificá-la como ciência.⁴⁴

Vemos, portanto, que *política* é uma palavra polissêmica e de sentido análogo⁴⁵, pois embora possa apresentar-se com diferentes significados, todos eles guardam entre si certa proporção, uma relação comum. Em todas as correntes que tentam estabelecer um sentido para o termo, há sempre um ponto convergente, que é o estabelecimento de ordem na convivência em comum, sendo a ordem nada mais do que a “[...] exata disposição das partes, pela qual se realiza a unidade na multiplicidade”.⁴⁶

Ensina-nos Celina Souza⁴⁷, PhD em Ciência Política, que não existe uma única ou melhor definição do que seja política pública, mas acrescenta a pesquisadora que todas essas definições assumem uma visão holística do tema, uma perspectiva de que o todo é mais importante do que as partes e de que as instituições, interesses, ideologias envolvidas no processo, sempre contam, mesmo que cada um desses fatores tenha importância relativa diversa. Ao final, resume a autora sobre as políticas públicas:

Em outras palavras, o processo de formulação de políticas públicas é aquele através do qual os governos traduzem seus propósitos em programas e ações, que produzirão resultados ou as mudanças desejadas no mundo real.

Partindo desses ensaios sobre a difícil definição de políticas públicas, podemos concluir que ela é um processo complexo, um todo que empresta uma conotação diversa às partes que o compõe, e, se concretizam em programas, ações, projetos. Não podemos minimizar o conceito de políticas públicas ao ponto de rebaixá-la à categoria de qualquer omissão estatal em cumprir uma determinada obrigação social.

44 BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 101-103.

45 Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 101), os termos podem ser unívocos, equívocos e análogos. Unívoco é o termo que se refere a uma única realidade. Equívoco é o termo que se refere a realidades completamente distintas, às quais se atribui significados díspares. Análogo é o termo intermediário entre os outros dois, ou seja, ele se refere a realidades diversas, porém seus significados guardam entre si uma semelhança.

46 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 110.

47 SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: questões temáticas e de pesquisa*. Caderno CRH. Jul.dez.2003, n. 39, p. 12/24.

Advirta-se que não estamos diminuindo a importância dos direitos sociais, de nenhum deles, contudo, estamos querendo reorganizar os institutos e os conceitos, para que se possa refletir com maior lucidez, e para tanto, voltaremos ao nosso caso concreto, a decisão por nós analisada.

O Hospital Universitário de Dourados estava em pleno funcionamento embora não preenchesse as condições mínimas de prestar dignamente os serviços médico-hospitalares à comunidade, em nome do Estado de Mato Grosso do Sul, vejamos:

No caso concreto, esta obrigação prioritária do estado não vem sendo prestada de forma a satisfazer o comando *constitucional e legal*. Conforme registrou o acórdão recorrido, em razão da demanda e “*da falta de equipamentos médicos-hospitalares, o Hospital Universitário de Dourados, por vezes, oferece e presta atendimento nos corredores e em cadeiras de fio, fato que, evidentemente, ofende a dignidade daqueles que precisam de um serviço adequado e eficiente*”. (grifamos)

Verifica-se do disposto que o hospital dependia da ação do Estado para continuar funcionando, ele não tinha leito, não tinha colchões hospitalares nas camas, ou seja, apresentava um quadro de precariedade comum a quase todos os hospitais públicos brasileiros, que, embora criminosamente em funcionamento, não atendem aos preceitos constitucionais nem legais, como resta explicitado na decisão acima transcrita. Existem leis infra-constitucionais que determinam as condições de funcionamento de um hospital, e com certeza, esse e outros hospitais públicos brasileiros não atendem.

Observem que o acerto dessa decisão em relação ao recurso interposto pelo Estado, para nós, esbarra nessa questão: não se trata de controle judicial de políticas públicas, e por várias razões: as condições mínimas de funcionamento de um hospital não é matéria constitucional, portanto não há que se falar nem mesmo em baixa densidade normativa vinculativa; o direito à saúde não se concretiza equipando um hospital universitário, o que se faz através de atividade administrativa rotineira; não se cogita de nenhum plano de ação, programa ou mesmo um todo onde esteja inserida a ação/omissão do Estado.

Quando falamos de políticas públicas, tratamos não apenas de ações estatais dotada de relativo grau de opção política, mas sim, de uma escolha complexa que define os caminhos a serem seguidos em

relação a metas estabelecidas na Constituição, como a saúde, educação, urbanização, cultura. Nesses casos a discussão em torno do controle judicial é polêmico e justificadamente duvidoso, pois a adoção dessas políticas públicas exige pesquisa, estudo, conhecimento e informações – diversas, e em diversos campos – político, econômico, social – ou seja, exige uma transversalidade possível para quem está dentro da máquina administrativa, mas de difícil acesso para quem está de fora e atado a limites processuais, principalmente na produção das provas, como é o caso do Judiciário.

Circunstância diferente para o Poder Judiciário, entretanto, é a possibilidade de julgar se um Estado da Federação pode ser condenado a suprir a omissão em aparelhar de maneira minimamente adequada ao funcionamento um hospital público. Não há qualquer justificativa para dúvida quanto à possibilidade, nem dúvida quanto à natureza dessa inação estatal, que em nada se assemelha com política pública de efetivação do direito à saúde, mas sim com omissão de um dever *legal*, ordinário, simples, e portanto, passível de controle judicial como qualquer outro ato ou omissão administrativa.

4 CONCLUSÃO

Percebe-se das considerações aqui tecidas, que o STJ na decisão comentada apresentou argumentos para o controle de Políticas Públicas, mas, efetivamente não exerceu controle judicial de nenhuma política pública. Tal equívoco na concepção do que é política pública é razoavelmente aceitável, pois, como advertiu Comparato⁴⁸, a política pública distingue-se completamente dos elementos da realidade jurídica sobre os quais os juristas desenvolveram a maior parte de seus estudos.

Diante da nova realidade, cabe-nos como profissionais do Direito pesquisar sobre políticas públicas buscando respostas em outras ciências, para depois darmos a essa nova categoria a roupagem jurídica e, acertadamente, depois de conhecê-la, verificar a melhor forma de acontrolá-la.

O STJ por intermédio dos argumentos suscitados, que efetivamente seriam adequados para embasar o controle judicial de políticas públicas, criou um precedente, contudo, ratificou um equívoco e gastou munição pesada contra um alvo de fácil pontaria, o que não podemos nos omitir em pontuar.

48 COMPARATO, 1997, v. 2, p. 45.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 240, p. 83-103, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, p.35-51, abr./jun. 1999.

_____. Planejamento e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 143-161.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006a.

_____. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006b.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre Juízo de constitucionalidade das Políticas Públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo de Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 49-65. v. 2.

_____. Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional. In: BERNARDO, Antonio C. et al. *Brasil, o desenvolvimento ameaçado: perspectivas e soluções*. São Paulo: UNESP, 1989. p. 61-101.

DAVI, Kaline. *A dimensão política da Administração Pública*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.

_____. *O Direito Administrativo, os atos de Governo e os Direitos Sociais: uma análise a partir do neoconstitucionalismo*. Revista do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal da Bahia, Salvador, n. 13, p. 139-154, 2002.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007.

FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos Atos Administrativos pelo judiciário. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950. Apud MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Tomo 1 e 2.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KRELL, Andréas J. *Discricionariedade Administrativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LESSA, Pedro. *Do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo de Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Jus Navigandi*. A democracia e suas dificuldades contemporâneas, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290>>. Acesso em: 13 fev. 2006.

MODESTO, Paulo. *Participação popular na administração pública: mecanismos de controle*. Jus navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2586>> Acesso em: 21 out. 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PASSOS, JJ Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

QUEIROZ, Cristina M.M. *Os atos políticos no Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

_____. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do interesses público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.217-246.

SOUSA, António Francisco de. *A estrutura jurídica das normas de planificação administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. 2006. 423 f. Tese (Pós-Doutoramento em Direito Público) – Universidade de Coimbra, Portugal, 2006.