

A ação civil pública e o controle judicial de políticas públicas

Antonio Januário do Rêgo Filho

Assessor no Ministério Público da União, lotado na Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Norte; bacharel em Direito.

Resumo: O presente artigo, cujo objeto de estudo é a ação civil pública e o controle judicial de políticas públicas, visa a analisar a possibilidade de utilização da mencionada ação cível como instrumento para coibir os administradores públicos a darem cumprimento às normas constitucionais programáticas e aos princípios constitucionais. Buscou-se demonstrar que a intervenção judicial na formulação de políticas públicas, embora possa parecer – para aqueles contrários à ideia – uma violação ao princípio da separação dos Poderes, expresso no art. 2º da Carta Magna, é, em verdade, uma manifestação de um ativismo judicial inovador que tem por objetivo maior a materialização dos direitos fundamentais, a partir da concepção do caráter normativo da Constituição e do poder vinculante dos princípios constitucionais. O estudo tem por base o método dedutivo, haja vista que se principiou a partir de conceitos jurídicos e pesquisa bibliográfica. Analisou-se a teoria da reserva do financeiramente possível e suas implicações na implementação de políticas públicas, com enfoque no problema das dotações orçamentárias. Por fim, abordou-se o papel do Ministério Público (MP) na implementação de políticas públicas, fundamentando sua legitimidade para provocar o Judiciário para tal finalidade. Concluiu-se que, diante da supremacia da Constituição sobre os três Poderes da República, é de se admitir que o Estado tem o dever de cumprir os mandamentos constitucionais, materializando os direitos fundamentais e que, em caso de ação ou omissão que se afigurem inconstitucionais, deve o Poder Judiciário intervir na formulação de políticas públicas que os tornem efetivos.

Palavras-chave: Ação civil pública. Políticas públicas. Controle judicial.

Abstract: This article whose subject matter is the public civil action and judicial review of public policies, aimed at examining the

possible use of the above civil action as a tool to curb public officials to comply with constitutional rules and program of constitutional principles. We tried to demonstrate that judicial intervention in public policy formulation, though it may seem – to those hostile to the idea – a violation of the principle of separation of powers as expressed in art. 2º of the Constitution, is in fact a manifestation of an innovative judicial activism which aims at the materialization of the most fundamental rights from the normative conception of the Constitution and the power of binding constitutional principles. The study is based on the deductive method, considering that it began from legal concepts and literature. We analyzed the theory of financial reserves and possible implications for public policy implementation, focusing on the problem of budget allocations. Finally, we dealt with the role of prosecutors in the implementation of public policies, basing its legitimacy to lead the judiciary for this purpose. It was concluded that, given the supremacy of the Constitution on the three branches of government, is to admit that the state has a duty to comply with the constitutional provisions giving effect to the fundamental rights and, if the action or omission that is likely to be unconstitutional, the Judiciary must intervene in the formulation of public policies that make them effective.

Keywords: Class actions. Policies. Judicial review. Rights.

Sumário: 1 Introdução. 2 Considerações sobre a ação civil pública. 3 O conceito de política pública. 4 O controle judicial de políticas públicas. 4.1 O reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais. 4.2 Controvérsias sobre o dogma da separação dos Poderes. 4.3 Teoria da reserva do financeiramente possível. 4.3.1 O problema das dotações orçamentárias. 4.4 Legitimação da intervenção judicial. 5 O Ministério Público e o controle judicial de políticas públicas. 5.1 Autonomia institucional do Ministério Público. 5.2 Legitimação do Ministério Público para intervir em políticas públicas. 6 Considerações finais.

1 Introdução

O presente trabalho, cujo objeto de estudo é a ação civil pública e o controle judicial de políticas públicas, visa a analisar a

possibilidade de utilização da mencionada ação cível como instrumento processual para coibir os administradores públicos a darem cumprimento às normas constitucionais programáticas e aos princípios constitucionais.

A questão que ora se coloca vem gerando nos últimos anos intensos debates travados por defensores e opositores do intervencionismo judicial nas questões envolvendo a formulação de políticas públicas. A intervenção judicial na formulação de políticas públicas, embora possa parecer – para aqueles contrários à ideia – uma violação ao princípio da separação dos Poderes, insculpido no art. 2º da Constituição Federal de 1988, é, em verdade, uma manifestação de um ativismo judicial inovador que tem por objetivo maior a materialização dos direitos fundamentais, a partir da concepção do caráter normativo da Constituição e do poder vinculante dos princípios constitucionais, os quais permitirão ao magistrado intervir diante de um quadro de ação ou omissão estatal que se afigure inconstitucional.

Destarte, tornam-se pertinentes as seguintes indagações: quais os limites da interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas? A intervenção judicial na formulação de políticas públicas viola o princípio da separação dos Poderes? E, por fim, o reconhecimento do caráter normativo dos princípios constitucionais e de sua força vinculante é suficiente para legitimar a atuação do juiz na formulação de políticas públicas?

E daí advém a problemática central que é a importância do controle judicial de políticas públicas, no que se refere à concretização dos direitos fundamentais e ao respeito aos princípios constitucionais e sua efetiva aplicação na materialização de tais direitos.

O presente trabalho tem relevante importância na prática processual porque aborda um mecanismo de tutela coletiva que

prima pela economia processual, na medida em que possibilita a defesa dos interesses de toda uma coletividade de indivíduos em um único processo. Desta feita, a relevância social do estudo está no fato de que a ação civil pública é um instrumento de defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tais como meio ambiente, direitos dos consumidores e direitos das pessoas portadoras de deficiências físicas e mentais, sendo, portanto, um mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais. Do ponto de vista acadêmico, este estudo pretende apontar algumas controvérsias acerca do assunto em tela a fim de servir como fonte para futuras pesquisas científicas e acadêmicas, contribuindo de forma singela para o ordenamento jurídico brasileiro em sua busca incessante de materialização dos direitos fundamentais.

Espera-se demonstrar a importância da utilização da ação civil pública para a provocação do Poder Judiciário para que este interfira na formulação de políticas públicas, com o escopo de assegurar a supremacia da Constituição Federal, tendo por base o reconhecimento da força vinculante dos princípios constitucionais e a concretização material dos direitos fundamentais. Serão expostos, de modo sucinto, os princípios que dão suporte à intervenção judicial em políticas públicas, bem como será apresentada a concepção de políticas públicas no Direito brasileiro, além de serem identificadas as controvérsias existentes acerca da intervenção judicial em políticas públicas e suas implicações jurídicas. Demonstrar-se-á o cabimento da ação civil pública como meio processual de controle judicial de políticas públicas.

O assunto em comento vem levando doutrinadores e tribunais a se manifestarem de forma controversa, tendo por base não só a legislação, mas também a adequação do Direito à realidade ora existente.

A pesquisa é feita à luz da Constituição Federal, sendo esta o principal referencial teórico, uma vez que a Carta Magna instituiu os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil no Título I – Dos Princípios Fundamentais –, em seu art. 3º, incisos I a IV, bem como reconheceu a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais –, em seu art. 5º, § 1º.

Há, também, diversos princípios e artigos presentes na Lei Fundamental que dão embasamento à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, como o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV) e o da supremacia da Constituição.

Portanto, há um vasto campo de pesquisa no que se refere ao fundamento constitucional que assiste ao problema em comento, haja vista ser necessário que o Estado Democrático de Direito consagre o princípio que norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro: o princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto à doutrina, o assunto é recente e bastante polêmico, o que leva a um amplo debate e à formação de diversos posicionamentos acerca do assunto. Por um lado, há doutrinadores que entendem que a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas teria como consequência a violação do princípio da separação dos Poderes, gerando uma situação de indevida ingerência do Judiciário nos assuntos de competência exclusiva do Poder Executivo. A harmonia entre os Poderes seria rompida, provocando um caos político e jurídico. De tal entendimento, participa Frontini (2002, p. 742-743 e 745-746):

[...] O atributo de independência do Poder significa que, em seu âmbito de atuação, cabe-lhe tomar as deliberações que entende adequadas, segundo critério próprio, cuja apreciação é vedada aos

demais Poderes. [...] Ao Poder Executivo compete exercer a direção superior da administração federal, destacando-se, nesse ponto, a competência para remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional (art. 84, XI), exercer o comando supremo das Forças Armadas (art. 84, XIII) e enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento. Por evidente que os critérios que vão inspirar e nortear essas, entre outras providências, situam-se no âmbito interno do Poder Executivo, segundo critérios de conveniência e oportunidade que lhe são próprios e que são insuscetíveis de apreciação pelos outros Poderes. Eis aí no que se notabiliza a independência do Poder Executivo. Esses critérios constituem a matriz das políticas públicas que o Poder Executivo vai adotar e que, na democracia, hão de corresponder ao que foi apresentado ao eleito-rado como plataforma (proposta) de governo. [...] Bem se percebe, por aí, que sérias responsabilidades vêm à tona quando se coloca a hipótese de ação civil pública em face de agentes políticos, especialmente se está em causa a prática de atos que se inserem no âmbito da discricionariedade administrativa. [...] A gravidade do problema fica destacada pela circunstância de que a intromissão, por via judicial, em questões internas de alçada do Poder Executivo – o que sempre é admissível se há fraude ou desrespeito à lei – é questão altamente sensível, já que interfere diretamente numa das *cláusulas pétreas* da Constituição, como se lê no art. 60, § 4º, III.

Corroborando essa assertiva, observa-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca de um caso em que o Ministério Público do Estado de Goiás ajuizou ação civil pública em face do Estado de Goiás, na qual formulou pedido de obrigação de fazer, consistente na construção de um centro de recuperação e triagem de menores:

[...] o Executivo, constitucionalmente autônomo, goza de total liberdade para eleger as obras prioritárias a serem construídas. [...] haveria uma intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para execução da obra reclamada (STJ, Recurso Especial n. 63.128-9/GO, Sexta Turma, rel. min. Adhemar Maciel).

Contudo, apesar de tais posicionamentos, a inércia do Poder Executivo, que deixa de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos constitucionais – e aí se incluem os direitos sociais como educação, saúde e moradia –, de modo a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, configura inconstitucionalidade por omissão, uma vez que houve o descumprimento do dever de prestação que a Constituição lhe impôs, o que legitima a intervenção do Poder Judiciário, conforme já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

Ementa: Desrespeito à Constituição – Modalidades de comportamentos inconstitucionais do poder público. O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. [...] A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva

fundada na Carta Política, de que é destinatário – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário (STF, ADI n. 1458 MC/DF, T. Pleno, rel. min. Celso de Mello, j. em 23.5.1996, *DJ* de 20 set. 1996).

Nesse diapasão, o reconhecimento do caráter normativo da Constituição implica a existência de deveres a serem cumpridos pelo Estado na forma de prestações positivas e negativas. Por exemplo, ao preceituar que a saúde é dever do Estado, o constituinte originário impôs aos gestores públicos a obrigação de executarem políticas públicas que materializem o direito à saúde para a população.

Por vezes, ocorrem limitações de ordem material que impossibilitam o cumprimento imediato desse dever. É o que ocorre, v.g., na situação das pessoas que sofrem de doenças que não encontram, atualmente, nenhum tratamento médico que viabilize a cura efetiva. O Estado não pode, nesses casos, ser compelido a cumprir algo que está além do próprio conhecimento científico contemporâneo.

Por outro lado, dispondo o Estado de recursos materiais (métodos de tratamento médico eficazes, tecnologia, profissionais habilitados etc.), não pode ele se negar a dar cumprimento aos ditames constitucionais garantidores do direito à saúde.

Assim, há vários doutrinadores que defendem o controle judicial de políticas públicas como instrumento para a materialização dos direitos fundamentais, bem como para se obter a prevalência da Constituição Federal. Oportuno ressaltar as conclusões de Freire Júnior (2005, p. 128-129):

As políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se eles não vêm acompanhados

de instrumentos para efetivá-los. [...] Verifica-se, a partir da força vinculante da Constituição, bem como da aplicação imediata das normas constitucionais, que se pode falar em um direito constitucional à efetivação da Constituição. [...] A Constituição prevê peremptoriamente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Uma interpretação adequada do dispositivo leva à conclusão de que não somente a lei, mas sim atos, inclusive omissivos, do Poder Legislativo e Executivo não podem ficar sem controle, do que se constata que a omissão total pode (deve) ser apreciada pelo Poder Judiciário. [...] A reserva do possível vem sendo um dos principais óbices à efetivação de políticas públicas pelo Poder Judiciário. [...] Há vários modos de se analisar a reserva do possível: há o modo que vem prevalecendo como cláusula supralegal de descumprimento da Constituição e há o modo de enfrentar com seriedade o problema e iniciar uma postura diversa que busca o diálogo entre as funções estatais em prol do respeito aos direitos fundamentais. [...] A reserva do possível é um argumento que deve ser analisado e sopesado na hora da decisão. Não para impedir a fixação da responsabilidade estatal, mas para que seja construída uma forma de viabilização de uma Constituição compromissária com a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Destarte, a leitura que vem surgindo sobre o tema é de extrema importância, uma vez que questiona o dogma da separação dos Poderes, colocando muitas vezes em debate o seu caráter rígido em afronta à prevalência da lei fundamental que é a Constituição Federal. Corroborando o entendimento de Freire Júnior, Dias (2007, p. 160) expressa que

o controle judicial tem sua importância maximizada pelo primado da submissão do Estado à ordem jurídica e, mais precisamente, ao conteúdo dos Textos Constitucionais, notadamente no que diz respeito à consagração dos direitos fundamentais em seu bojo. [...] A produção das políticas pelo Estado parte do exercício livre da visão teleológica a respeito dos interesses e objetivos de uma sociedade e, por isso, estão referendados pelo sistema democrático e, é claro, por seu sistema de referência eleitoral de base majoritária. Essa

liberdade, contudo, não é absoluta, pois expressamente no nosso problema encontra limites na garantia da proteção dos direitos fundamentais. Em outras palavras, a linha de ação política encontra um entorno bem definido que é exatamente o respeito àqueles direitos.

Por fim, diante dos posicionamentos supra, convém ressaltar que os tribunais já vêm mudando a concepção de políticas públicas como matéria afeta ao exclusivo âmbito do Poder Executivo, sobrepondo a supremacia constitucional em detrimento dos argumentos que pretendem excluir da apreciação do Poder Judiciário a forma de sua implementação.

2 Considerações sobre a ação civil pública

Prevista na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, a ação civil pública, espécie de ação representativa, surgiu como um instrumento processual de proteção a interesses difusos da sociedade, impedindo ou reprimindo danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como infrações da ordem econômica, conforme dispõe o art. 1º da referida lei. Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), houve uma extensão da atuação desta ação, que passou a ser cabível também para proteger interesses coletivos e individuais homogêneos.

A ação civil pública encontra suas raízes históricas nas *class actions* e nas *representative actions* do Direito inglês, as quais foram criadas pelo *Bill of Peace* do século XVII, em juízos de equidade. Trata-se de ações de classe que foram criadas para proteger interesses metaindividuais, que transcendem à esfera de interesses de um único indivíduo. Segundo Dinamarco (2001, p. 25),

As representative actions, do direito inglês, eram admissíveis quando a) o número de pessoas envolvidas fosse tão grande que o litisconsórcio seria impraticável; b) todos os membros do grupo tivessem

interesse comum na questão sendo julgada; e c) as partes presentes estivessem representando adequadamente as ausentes.

O objeto da ação civil pública são os interesses ou direitos metaindividuais, que se dividem em difusos, coletivos e individuais homogêneos. Tais interesses foram conceituados pelo legislador no art. 81, parágrafo único e incisos, do CDC, da seguinte forma: a) *interesses ou direitos difusos* são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (ex.: direito a um meio ambiente sadio); b) *interesses ou direitos coletivos* são entendidos como os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (ex.: direito de um grupo de funcionários de uma determinada empresa a um meio ambiente do trabalho sadio); c) *interesses ou direitos individuais homogêneos* são entendidos como os decorrentes de origem comum (ex.: direitos dos consumidores lesados pelo produto defeituoso de uma empresa).

3 O conceito de política pública

As políticas públicas são o conjunto de medidas planejadas e executadas pelo Estado-administração com a finalidade de materializar os direitos fundamentais. Para Mânica (2007, p. 2), “Política pública é expressão polissêmica que compreende, em sentido amplo, todos os instrumentos de ação dos governos”. Mancuso (2002, p. 776-777) assim define política pública:

No atual estágio de prospecção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, pensamos que a política pública pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

4 O controle judicial de políticas públicas

4.1 O reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais

Durante o período liberal, as constituições eram documentos de organização política que disciplinavam a separação dos Poderes, organizavam a estrutura de um Estado e declaravam direitos fundamentais. Porém, nessa fase da evolução constitucional, as normas que definiam os direitos fundamentais nas constituições eram tidas como meras diretrizes, conforme assevera Jeveaux (2005, p. 15), “[...] que dependiam de lei infraconstitucional para sua concretização [...]”. O Estado Liberal de Direito, pautado no princípio da legalidade, era caracterizado pela imposição de autolimitações e de prestações negativas, que tinham por fim resguardar as liberdades individuais.

Esse absentéismo do Estado contribuiu para a criação de um sistema capitalista baseado puramente na lei da oferta e da procura e da livre contratação, o que implicou a redução de homens, mulheres e crianças a meros instrumentos de produção, que enfrentavam longas jornadas de trabalho em troca de míseros salários. Segundo pontificou Zippelius (1997, apud FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 24):

[...] fracassou a idéia otimista de um Estado que permitisse que a personalidade do indivíduo, a sociedade e a economia se desenvolvessem de acordo com as suas próprias leis. A benção de uma economia que se desenvolvesse sem restrições por parte do Estado revelou-se, para milhares de operários apanhados pela engrenagem das novas fábricas e minas, como sistema de exploração desumana. Os empresários e operários eram, sem dúvida, juridicamente livres de celebrar e rescindir contratos de trabalho, mas em termos econômicos esta liberdade consistia para o operário na escolha entre

trabalhar sob condições muitas vezes mais que indignas ou morrer de fome.

Em vista de sua insustentabilidade, o Estado Liberal de Direito deu lugar ao Estado Social de Direito (*Welfare State*). Conforme leciona Freire Júnior (2005, p. 25), “Verificou-se, então, a necessidade de uma efetiva intervenção estatal com o desiderato de materializar os sonhos de garantia de direitos como vida, saúde, alimentação e quejandos”. Nesse modelo, é responsabilidade do Estado assegurar a materialização dos direitos fundamentais por meio de sua intervenção direta na sociedade. Porém, como assevera o mencionado autor,

[...] a teoria das normas de eficácia programática contribuiu decisivamente para esvaziar a efetivação de muitos direitos de segunda geração, visto que, apesar de reconhecida a necessidade de intervenção estatal, a eventual omissão estatal na implementação desses direitos não era sancionada satisfatoriamente (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 26).

Ante a ausência de mecanismos que tornassem efetivos os direitos sociais, que ainda se encontravam no campo de programas de governo, o Estado do Bem-Estar Social entrou em crise. Em face disso, houve uma reformulação do papel do Estado, o que resultou na construção do Estado Democrático de Direito, o qual, segundo Freire Júnior (2005, p. 26-27), objetivava “[...] oferecer soluções qualitativamente superiores aos demais estádios do constitucionalismo. [...] A Constituição do Estado Democrático de Direito tem a pretensão de se fazer normativa e não meramente simbólica”.

Feita esta breve digressão histórica, impende agora abordar o tema relativo ao caráter normativo da Constituição e perquirir como essa concepção interfere nos deveres do Estado.

O reconhecimento do caráter normativo da Constituição implica a existência de uma vinculação direta dos três Poderes da República no que concerne ao dever de materialização dos direitos fundamentais declarados na Carta Magna. Como bem assevera Freire Júnior (2005, p. 38), “a principal característica do movimento constitucionalista foi, sem dúvida alguma, a afirmação dos direitos fundamentais como epicentro do sistema jurídico”. Nesse diapasão, ao reconhecer formalmente os direitos fundamentais, a Constituição não pode ser tida como uma mera carta de intenções, desprovida de cogência.

Deve, sim, ser tida como a expressão máxima do poder delegado pelo povo ao Estado. Na medida em que confere poderes, a Constituição também impõe deveres ao Estado, que devem ser cumpridos na forma de prestações positivas. Ao dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º), a Constituição Federal de 1988 impôs ao Estado o dever de efetivá-las. Nesse aspecto, pontifica Konrad Hesse (1991, p. 19):

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo-se, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Assim, coube ao Poder Executivo a tarefa de implementar as políticas públicas que materializassem tais direitos. Porém, diante

da omissão inconstitucional do Executivo, bem como da falta de resposta do Poder Legislativo, cada vez mais distante dos anseios sociais, sempre menosprezados após o término do sufrágio universal, torna-se necessária, conforme preceitua Freire Júnior (2005, p. 39), “[...] uma releitura da separação dos Poderes como forma de efetivação da Constituição no Estado Democrático de Direito”. E acrescenta que esta releitura “[...] busca, especialmente, redimensionar a função judicial na materialização da Constituição, pois a Carta Magna escrita não pode, na verdade, ser mera folha de papel tão acidamente criticada por Lassale” (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 39).

Conforme proposta do autor, o Poder Judiciário, na medida da necessidade de tornar efetivas as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, poderia intervir na formulação de políticas públicas, até então restritas ao campo do mérito administrativo. A atuação do Judiciário estaria pautada nos princípios constitucionais, que também são vinculantes. Assim, fugindo ao dogma do velho positivismo, que considerava o juiz apenas a boca da lei, os princípios constitucionais – como o princípio da dignidade da pessoa humana – revelam-se como vetores que legitimam o Judiciário a intervir na formulação de políticas públicas necessárias para a materialização de direitos fundamentais. Destrinchando o tema, Freire Júnior (2005, p. 43) arremata que “os princípios provocam irrefutavelmente uma postura distinta do juiz, uma vez que a ‘densificação’ da norma pode (deve) ocorrer diretamente por meio do juiz”.

4.2 Controvérsias sobre o dogma da separação dos Poderes

A teoria da separação dos Poderes foi exposta na obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu, que teorizou um modelo de

Estado caracterizado por uma descentralização do poder em três órgãos estatais, independentes e harmônicos.

O princípio da separação dos Poderes¹ encontra sua razão de existir na necessidade de impor limites aos detentores do poder. A concentração do poder em um único órgão representativo do Estado implicaria notável fragilidade das liberdades individuais. Isso porque o excesso de poder conduz ao abuso por parte de quem o detém. Nesse sentido, leciona Bonavides (2007, p. 555-556) que o princípio da separação dos Poderes tem como virtude

limitar e controlar poderes, refreando assim a concentração de sua titularidade num único órgão ativo da soberania. A concentração seria, sem dúvida, lesiva ao exercício social da liberdade humana em qualquer gênero de organização do Estado. Titular exclusivo dos poderes da soberania na esfera formal da legitimidade é tão-somente a Nação política organizada, sob a égide de um Estado de Direito.

Nos países que adotaram o regime de governo republicano, a Constituição divide os Poderes da República em Executivo, Legislativo e Judiciário. A finalidade precípua dessa tripartição é instalar um sistema de freios e contrapesos, inspirado na teoria do *Cheks and Balances*, originada no Direito norte-americano. Essa estruturação permite a descentralização do poder e a fiscalização de um Poder estatal sobre outro, no tocante ao cumprimento da Constituição.

A doutrina e a jurisprudência têm apresentado grandes controvérsias quando se coloca em discussão o controle judicial de políticas públicas e o princípio da separação dos Poderes.

1 Ao discorrer sobre o tema, Freire Júnior (2005, p. 37) aduz que, no modelo de Estado brasileiro, “a nomenclatura separação de poderes não deve prosperar, uma vez que, efetivamente, o poder estatal é uno. [...] Há, portanto, em nosso país uma separação de funções e não de Poderes, até porque na verdade todos os ‘poderes’ estão abaixo da Constituição”.

Parte da doutrina considera uma violação ao disposto no art. 2º da Carta Magna a intervenção judicial em políticas públicas, uma vez que estas se encontram entre as matérias afetas ao âmbito do mérito administrativo, de modo que cabe ao gestor público decidir, com base em juízos de conveniência e oportunidade, quais as políticas a serem implementadas e qual o momento mais apropriado. É o caso de Frontini (2002, p. 744), o qual argumenta que

[...] cabe ao Poder Executivo formular e executar as políticas públicas a serem desenvolvidas nos vários e amplos setores em que o Estado age. E a adoção de políticas públicas é matéria que se insere na competência interna e exclusiva do Poder Executivo. Assim, as deliberações do governo, enquanto age ele dentro do cumprimento normal e de boa-fé de sua independência constitucional, adotando decisões de conveniência e oportunidade que lhe são próprias e exclusivas, ficam resguardadas da ingerência dos demais Poderes. As decisões do Poder Executivo, assim assumidas, ficam subtraídas à apreciação ou interferência dos demais Poderes.

E prossegue, mais à frente, o mencionado autor: “[...] o desrespeito à prerrogativa de independência de um Poder envolve questão constitucional, por atentar contra o art. 2º da Constituição” (FRONTINI, 2002, p. 746). Seguindo esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça proferiu a seguinte decisão:

Administrativo. Processo civil. Ação civil pública. 1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos. 2. Impossibilidade de o juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. 4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força

de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente. 7. Recurso provido (REsp n. 169.876/SP, Primeira Turma, rel. min. José Delgado, j. em 16.6.1998, *DJ* de 21 set. 1998, p. 70)².

Não obstante os entendimentos em contrário, consideramos inexistir inconstitucionalidade na intervenção judicial em políticas, quando esta tiver por fim garantir a concretização de direitos fundamentais. Como bem observa Freire Júnior (2005, p. 38), “[...] a separação dos poderes não é um fim em si mesmo, mas um instrumento concebido com o intuito de viabilizar uma efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista”. Como destacado em momento anterior, existe em nosso país, em verdade, uma separação de funções, uma vez que o poder é uno. De qualquer modo, todo poder está abaixo da Constituição e, portanto, lhe deve obediência.

A jurisprudência vem-se abrindo à tese da judicialidade das políticas públicas, conforme se observa em trecho da decisão pro-

2 No mesmo sentido: “Constitucional – Administrativo – Ação civil pública – Poder discricionário da administração – Exercício pelo juiz – Impossibilidade – Princípio da harmonia entre os poderes. O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público. O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer. Agravo a que se nega provimento” (REsp n. 252.083, Segunda Turma, rel. min. Nancy Andrighi, unânime, j. em 31.5.2000, *DJ* de 26 mar. 2001).

ferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede da ADPF n. 45 – MC/DF, da qual foi relator o ministro Celso de Mello:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...], pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. [...] Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...] Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “*não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado*” (RTJ n. 175/1212-1213, rel. min. Celso de Mello). [...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. [...] É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a via-

bilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado³ [g.n.].

Esse novo posicionamento jurisprudencial revela a necessidade de se conferir maior efetividade às normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais. Passados mais de 20 anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, observa-se que tais direitos, especialmente os direitos sociais arrolados no art. 6º, ainda estão longe de apresentar o grau de concretude que se espera em um Estado Democrático de Direito.

4.3 Teoria da reserva do financeiramente possível

Tem-se observado que, nas demandas judiciais cujo objeto é a imposição ao Estado de uma obrigação de fazer específica em matéria de política pública, um dos argumentos comumente utilizados pelos entes federativos que ocupam o polo passivo da ação é o da reserva do financeiramente possível. Segundo o magistério de Mânica (2007, p. 13),

A teoria da reserva do possível [...] não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação. Entretanto, a interpretação e transposição que se fez de tal teoria, especialmente em solo pátrio, fez dela uma teoria da reserva do financeiramente possível, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais (i) a suficiência de recursos públicos e (ii) a previsão orçamentária da respectiva despesa.

Sobre a reserva do financeiramente possível, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, em sede da ADPF n. 45/DF, da qual foi relator o ministro Celso de Mello:

3 Noticiado no Informativo n. 345 do STF, de 26 a 30 de abril de 2004.

Ementa: 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 substanciador do “*mínimo existencial*”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). (STF, ADPF n. 45 – MC/DF, rel. min. Celso de Mello, j. em 29.4.2004, DJ de 4 maio 2004, p-00012)⁴.

Infere-se dos argumentos expostos no julgado transcrito que a cláusula da reserva do possível não pode ser tida como uma defesa

4 Na fundamentação, aduziu o relator, ministro Celso de Mello: “Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘*reserva do possível*’ [...], notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. [...] É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. [...] Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. [...] Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘*reserva do possível*’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” [g.n.].

absoluta do Estado, devendo este demonstrar efetivamente a impossibilidade material de adimplir a prestação que lhe foi imposta⁵.

4.3.1 O problema das dotações orçamentárias

Para implementar políticas públicas que tornem efetivos os direitos fundamentais, o Estado precisa dispor de recursos financeiros para investir. Esse tem sido o grande problema quando se fala na consecução dos direitos sociais, uma vez que, para garantir o direito de moradia, v.g., é necessário haver dinheiro para construir casas. Ocorre que a Administração precisa lidar com as crescentes necessidades da sociedade valendo-se de recursos limitados, o que acaba por comprometer a efetividade de tais direitos. Conforme Bonavides (2007, p. 564), os direitos de segunda geração (entre eles os direitos sociais)

passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram sua eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de recursos.

Considerando que os recursos dos quais o Estado dispõe para a aplicação em políticas públicas são limitados, devem-se eleger

5 O ministro Celso de Mello resumiu bem as condições para que o Estado possa valer-se da cláusula da *reserva do possível*: “Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a *razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e*, de outro, (2) a *existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas*. [...] *Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos*” [g.n.].

prioridades nos gastos públicos. E as prioridades de um Estado de Direito devem ser exatamente a implementação de medidas que materializem os direitos fundamentais, principalmente os direitos econômicos e sociais, tidos pela doutrina como o *mínimo existencial*. Para Marcos Maselli Gouvêa (2003, p. 257),

Consiste o *mínimo existencial* de um complexo de interesses ligados à preservação da vida, à fruição concreta da liberdade e à dignidade da pessoa humana. Tais direitos assumem, intuitivamente, um *status* axiológico superior, e isto por serem essenciais à fruição dos direitos de liberdade. Sem direitos sociais mínimos, os direitos de liberdade permanecem um mero esquema formal.

É inegável que, embora existam situações de colisão entre opções legítimas de investimentos, amparados em preceitos constitucionais definidores de direitos fundamentais – como, por exemplo, construir uma escola (direito fundamental à educação) ou construir um hospital (direito fundamental à saúde) –, há casos, porém, em que é gritante o desvirtuamento na aplicação de recursos públicos, como se observa na aplicação de somas consideráveis em propaganda governamental. Infelizmente, o velho jargão empresarial, segundo o qual “a propaganda é a alma do negócio”, vem sendo sistematicamente utilizado pelos gestores públicos que, volta e meia, utilizam-se da propaganda institucional, que deveria ter caráter meramente informativo, educativo ou de orientação social⁶, para fins de promoção pessoal, objetivando garantir uma futura reeleição⁷. Conforme aduz Choukr (2008, p. 437),

6 A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (CF, art. 37, § 1º).

7 Nesse aspecto, assevera Freire Júnior (2005, p. 74): “Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os

[...] na complexa relação entre governança e política quando das escolhas concretas extraídas da pauta genérica da plêiade de opções que o governante pode atuar, está o reduto não apenas jurídico, mas ético, dos Direitos Fundamentais que, como fruto de uma igualmente complexa tessitura que se projetará, num determinado momento, também no jurídico como fruto do político, impõem uma ordem na escala de opções na governabilidade, não se podendo compreender, assim, que o governante momentâneo seja, como no velho figurino o era, absolutamente desapegado a quaisquer amarras na realização concreta da gestão da coisa pública, a dizer, na alocação dos recursos supramencionados de modo a constituir as “políticas públicas”.

Não podemos deixar de atentar, neste ponto, para o impacto que a Emenda Constitucional n. 58/2009, publicada no *Diário Oficial da União*, Seção 1, n. 183, do dia 24 de setembro de 2009, irá acarretar sobre os orçamentos dos municípios. A referida emenda promoveu alteração na redação do inciso IV do *caput* do art. 29 e do art. 29-A da Constituição Federal, tratando, assim, das disposições relativas à recomposição das câmaras municipais. Ocorre que as alterações resultaram em um considerável aumento no número de vereadores que irão compor as câmaras municipais. Consequentemente, haverá um expressivo aumento nos gastos públicos com a remuneração dos novos vereadores e dos assessores que irão compor os respectivos gabinetes⁸. Apesar da aparente

direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder”.

- 8 Cabível mencionar as constatações feitas por Kiyoshi Harada (2007, p. 279): “O Legislativo municipal, ainda, deve sujeitar-se aos seguintes limites constitucionais: a) o total das despesas com vereadores não pode ultrapassar o montante de 5% da receita municipal (art. 29, VII, da CF); b) o total das despesas do Poder Legislativo, incluídos os subsídios dos vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os percentuais que variam de 8% a 5% conforme o número de habitantes do Município, relativos ao total da receita municipal, efetivamente realizada no exercício anterior (art. 29-A da CF); c) finalmente, a Câmara Municipal não poderá gastar mais que 70% de sua receita (dotação consignada na LOA) com folha de pagamento, incluído o gasto com subsídio de seus vereadores (§ 1º do art. 29-A

disponibilidade de caixa existente para cobrir tais despesas, causa espanto saber que nos hospitais da rede pública de saúde faltam médicos para a realização de procedimentos cirúrgicos indispensáveis; que nas escolas faltam professores para atender ao grande número de alunos que, não raramente, voltam da escola sem terem assistido a uma única aula; que existem postos de policiamento desativados, devido à falta de policiais, em áreas urbanas com problemas críticos segurança.

Tendo em vista a considerável arrecadação do Estado, fruto de uma pesada carga tributária, é de concluir-se que recursos existem, mas são mal direcionados. Oportuno transcrever decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na qual se enfrenta o problema das dotações orçamentárias:

Decisão: Creche e pré-escola – Obrigação do estado – Imposição – Inconstitucionalidade não verificada – Agravo desprovido. [...] Atentem os dirigentes brasileiros para a advertência inserta no acórdão impugnado mediante o extraordinário: O estado caótico por que passam a educação, a saúde e a segurança é exemplo marcante do desvio da atenção do Poder Executivo para com as necessidades básicas dos cidadãos e sua visão míope no que se refere às verdadeiras prioridades do povo brasileiro bem retratadas na declaração de princípios contida no artigo 3º da Constituição Federal: Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Essas

da CF). Esses limites foram introduzidos pela EC n. 1/1992 e EC n. 25/2000, ante os abusos verificados. *Só para citar, cada vereador de São Paulo podia gastar, discricionariamente, até R\$ 93.000,00 por mês para remunerar 21 assessores de confiança, o que dá em média R\$ 4.428,00 por assessor, pouco menos que a própria remuneração do vereador* [g.n.]. Acrescente-se que, no ano de 2000, quando foi promulgada a EC n. 25, o valor do salário-mínimo nacional era de R\$ 151,00, conforme o art. 5º da Lei n. 9.971, de 18 de maio de 2000, revogada pela Lei n. 11.321/2006.

palavras, do redator designado para o acórdão junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – desembargador Gentil Leite – vêm a calhar, considerada a quadra vivida, bem como o fato de que muitos anos são passados sem que se atente para a indispensável tomada de providências pelo Poder Público. Preocupa a exploração da paciência do povo brasileiro e as circunstâncias reinantes, no que conflitam com noções comezinhas de dignidade humana. Pois bem, conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, con-substancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. *O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa. Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga.* O recurso extraordinário não merecia mesmo prosperar, lamentando-se a insistência do Município em ver preservada prática, a todos os títulos nefasta, de menosprezo àqueles que não têm como prover as despesas necessárias a uma vida em sociedade que se mostre consentânea com a natureza humana (STF, AI n. 455.802/SP, rel. min. Marco Aurélio, j. em 7.2.2004, DJ de 5 mar. 2004, pp-00044) [g.n.].

A priorização na aplicação dos recursos públicos, principalmente em áreas essenciais para o desenvolvimento socioeconômico, como é o caso da educação, deve ser obrigação de todos os gestores públicos. Exatamente por esse motivo foi promulgada a Emenda Constitucional n. 59, de 11 de novembro de 2009, que, entre outras providências, deu nova redação aos incisos I e VII do art. 208, de forma a prever a obrigatoriedade do ensino de quatro a dezessete anos e ampliar a abrangência dos programas suplementares para todas as etapas da educação básica⁹. A mesma EC n.

9 Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; [...] VII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

59/2009 deu nova redação ao § 3º do art. 212 da CF/1988, o qual passou a dispor:

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

[...]

§ 3º *A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação.* [g.n].

Em face disso, mostra-se descabida a oposição do argumento da insuficiência de recursos, correntemente utilizada para tentar desobrigar o Estado de seus deveres impostos pela Constituição, no tocante à materialização dos direitos fundamentais.

4.4 Legitimação da intervenção judicial

Na visão da teoria do garantismo jurídico, o Estado Constitucional de Direito é tido como uma estrutura de poder que deve ser direcionada em proveito da sociedade, uma vez que é produto desta, designando um modelo de Estado nascido com as modernas constituições, e não apenas um “estado legal” ou “regulado pela lei”.

O Estado Constitucional de Direito caracteriza-se pela primazia do princípio da legalidade, no plano formal, e pela atuação de todos os Poderes estatais em prol da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, no plano substancial. Assim, quando o Poder Executivo deixa de dar cumprimento a preceitos constitucionais que lhe impõem prestações positivas, incide em inconstitucional-

lidade por omissão¹⁰, estando, desse modo, sujeito ao controle de constitucionalidade a cargo do Poder Judiciário, o qual foi erigido à condição de guardião da Constituição. Nesse sentido, leciona Dias (2007, p. 129):

[...] não há espaço no Estado dos Direitos Fundamentais para atos insindicáveis, pois o fundamento essencial da ordem jurídica contemporânea, que é essencialmente plural, é a manutenção de ambientes institucionais capazes de incorporar a complexidade das relações sociais, o que somente é possível por meio de relações discursivas equilibradas.

E prossegue o mesmo autor, aduzindo que, “[...] no que diz respeito às políticas, os tribunais devem e estão autorizados a examiná-las e mesmo revê-las, quando efetivamente capazes de comprometer os direitos fundamentais” (DIAS, 2007, p. 129). Por fim, esclarece que “[...] o limite do controle judicial é exatamente o necessário à proteção aos direitos fundamentais, tal como concebido numa sociedade democrática constitucional dualista” (DIAS, 2007, p. 104).

5 O Ministério Público e o controle judicial de políticas públicas

5.1 Autonomia institucional do Ministério Público

O Ministério Público, apesar de reger-se pelo princípio da unidade, comporta divisões. Assim, temos o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados. O Ministério Público da União, por sua vez, subdivide-se em Ministério Público Federal,

10 A inconstitucionalidade por ação é a conduta comissiva de um dos poderes da República, consistente da prática de um ato que viola normas constitucionais cogentes de conteúdo proibitivo. A inconstitucionalidade por omissão, inversamente, consiste na inércia de um dos órgãos estatais diante de um mandamento constitucional, de uma norma preceptiva.

Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Na ordem constitucional anterior, vigorava o entendimento segundo o qual o Ministério Público era órgão integrante do Poder Executivo, atuando na representação e defesa dos interesses do Estado-administração. A nova ordem jurídica inaugurada com a Constituição Federal de 1988 conferiu ao MP uma autonomia jamais apresentada em nenhum dos ordenamentos jurídicos anteriores. Ao mesmo tempo em que lhe delegou a missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis, também lhe vedou exercer a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Desse modo, o MP não mais pode ser considerado como órgão do Poder Executivo nem de qualquer outro Poder, passando a constituir-se em uma instituição autônoma. Nesse sentido, é o magistério de Leite (2009, p. 143-144), *in verbis*:

Com a novel ordem constitucional, o Ministério Público deixou de ser mero apêndice do Poder Executivo como previsto na EC n. 1/1969, para se transformar em instituição permanente, independente e essencial a função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). [...] Nesse contexto, não há mais como admitir o Ministério Público constituído de agentes do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário. Não significa dizer que seria ele um quarto poder, mas tão somente uma instituição permanente, independente e autônoma, reconhecida pelo ordenamento constitucional. É, pois, um órgão do Estado, de natureza constitucional, a serviço da defesa da sociedade e do interesse público.

A CF/1988, em seu art. 127, § 2º, assegurou a autonomia funcional e administrativa ao MP, numa clara demonstração da intenção do legislador constituinte originário de desvinculá-lo do Poder

Executivo. A autonomia institucional do MP já foi reconhecida até mesmo em manifestação do Supremo Tribunal Federal, conforme se pode observar na ementa do seguinte julgado:

Ementa: ADIN – Leis Complementares 2, 3 e 4, do Estado do Piauí – Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia-Geral do Estado – Prerrogativas institucionais – Disciplina remuneratória e aposentadoria dos seus membros – Necessária observância do modelo federal – Natureza estrita das normas derogatórias de princípios gerais – Medida cautelar deferida em parte. – *O reconhecimento da autonomia financeira em favor do Ministério Público, estabelecido em sede de legislação infraconstitucional, não parece traduzir situação configuradora de ilegitimidade constitucional, na medida em que se revela uma das dimensões da própria autonomia institucional do Parquet.* – *Não obstante a autonomia institucional que foi conferida ao Ministério Público pela Carta Política, permanece na esfera exclusiva do Poder Executivo a competência para instaurar o processo de formação das leis orçamentárias em geral. A Constituição autoriza, apenas, a elaboração, na fase pré-legislativa, de sua proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes.* – *Os Estados-membros encontram-se sujeitos, em face de explícita previsão constitucional (art. 37, caput), aos princípios que regem a Administração Pública, dentre os quais ressalta a vedação de qualquer vinculação e equiparação em matéria de vencimentos.* – *As exceções derogatórias dos princípios gerais concernentes a aposentadoria dos agentes públicos só se legitimam nas estritas hipóteses previstas no texto da Constituição. O Estado-membro não dispõe de competência para estender aos membros integrantes da Advocacia-Geral do Estado o regime jurídico especial que, em matéria de aposentadoria, a Constituição Federal conferiu aos Magistrados (STF, Pleno, ADI-MC n. 514/DF, rel. min. Celso de Mello, j. em 1º.7.1991, DJ de 18 mar. 1994, p. 05164) [g.n.].*

O princípio da separação dos Poderes deve ser sob um enfoque mitigado, a ponto de admitir a existência de um órgão aos três Poderes, que atua como um contrapoder. Conforme ensina Diniz (2004, p. 162),

em respeito à natureza jurídica do Ministério Público, é preciso desterrar velhas idéias governamentais que o adscrevem ao Poder Executivo, bem como os esforços judicialistas ocorridos no seio da própria Instituição. Ambas são idéias totalizadoras e excludentes, desnudas de algum efeito benéfico de respeito ao Estado Democrático de Direito, por acreditarem na rigidez da distribuição dos poderes estatais, o que, sem dúvida, pode proporcionar desmandos e abusos na utilização do Poder, emanado do Povo.

Com a criação da Advocacia-Geral da União e seus congêneres estaduais, não mais cabe ao MP o papel de representante e assessor jurídico do Estado. Em razão do princípio da independência funcional, não há nenhum vínculo de subordinação do MP para com o Poder Executivo ou qualquer outro Poder, de maneira que o membro do *Parquet* está sujeito apenas à lei e às suas próprias convicções, podendo, até mesmo, atuar de forma contrária aos interesses do Executivo. Conforme assevera Diniz (2004, p. 168),

o Ministério Público não é órgão do Executivo, pois, se tem independência funcional, não se submete à hierarquia indispensável às atividades desse Poder. Além do mais, a própria Constituição estabelece, no art. 85, inciso II, que o Chefe do Executivo não pode atentar contra o livre exercício do Ministério Público, sob pena de incidir em crime de responsabilidade.

Quando atua no âmbito do Direito do Trabalho, o Ministério Público não defende interesses do Estado, mas sim interesses sociais, como o faz, v.g., quando propõe a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos, conforme permissivo legal expresso no art. 83, inciso III, da Lei Complementar n. 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União).

Sua natureza constitucional, conforme ensina o citado autor, é de Órgão do Estado a serviço da sociedade, é órgão de controle que, atuando em conjunto com os Poderes do Estado, depositários da legitimidade social, de forma autônoma e independente, tem como mister a defesa do ordenamento jurídico, da democracia, dos interesses da sociedade e dos direitos transindividuais ou metaindividuais (DINIZ, 2004, p. 172).

5.2 Legitimação do Ministério Público para intervir em políticas públicas

O reconhecimento da autonomia institucional do Ministério Público tem implicação fundamental em seu papel no controle de políticas públicas. Isso porque, na condição de órgão independente, estará ele em melhores condições de contrapor o Poder Executivo quando este, por ação ou omissão na formulação de políticas públicas, violar normas constitucionais ou legais. Como bem observou Choukr (2008, p. 441), “a *independência institucional* do Ministério Público é um dos pontos-chave para a atuação eficaz e concreta de suas atividades”.

A evolução dos direitos sociais passou a exigir a atuação de um órgão alheio aos três Poderes da República, comprometido com a defesa dos interesses transindividuais, a exemplo dos direitos dos consumidores e dos deficientes físicos, de modo a não se deixar controlar por interesses políticos e econômicos escusos de setores influentes da sociedade. O Ministério Público ocupa a posição de principal legitimado à propositura da ação civil pública para a defesa desses direitos, uma vez que sua atuação nesse campo se mostra de longe a mais efetiva. Discorrendo a respeito, Mancuso (2002, p. 785-786) observa que

É significativo notar que os entes políticos – União, Estados e Municípios – conquanto igualmente co-legitimados para a ação

civil pública (CF, art. 129, § 1º, art. 5º da Lei 7.347/1985), de ordinário não se têm notabilizado em exercitá-la, possivelmente porque, não raro, alguns mentores, agentes públicos e administradores acabam por se revelar de algum modo relacionados, por ação ou omissão, aos históricos dos prejuízos inflingidos a valores e interesses metaindividuais, como o meio ambiente, o patrimônio cultural, o consumidor, o erário público, e, portanto, igualmente sujeitam-se a questionamentos em face do deficiente manejo de políticas públicas.

Acrescenta o mencionado autor que “os entes políticos, como é curial, estão comumente presos a injunções de toda sorte, pressões, compromissos partidários, o que lhes retira ou de algum modo compromete o empenho e a isenção desejáveis [...]” (MANCUSO, 2002, p. 786). Vê-se, portanto, que os entes federativos não apresentam a independência necessária para o controle de políticas públicas por intermédio da ação civil pública, uma vez que seus representantes, no mais das vezes, encontram-se vinculados aos interesses político-econômicos dos setores sociais que financiaram suas campanhas eleitorais. Desse modo, assevera Mancuso (2002, p. 792-793):

Com isso, a preponderância das iniciativas judiciais no campo dos interesses metaindividuais, inclusive o relativo ao controle das políticas públicas, foi apontado claramente para o Ministério Público, e isso se deve a um conjunto de circunstâncias: a indisponibilidade material da atuação do *Parquet* (v.g., CF, art. 129, V, c/c o art. 232), temperada, em certos casos, com uma (relativa) disponibilidade na conduta processual (v.g., ações fundadas em atos de improbidade administrativa – Lei n. 8.429/1992, art. 17, § 1º, c/c a Lei n. 7.347/1985, art. 5º, § 6º); a incumbência genérica para a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127); a função institucional de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia” (art. 129, II); a autonomia funcional, administrativa e financeira (Lei Complementar federal n. 75/1993, art. 22); a existência de

cláusulas de extensão, tanto na Constituição Federal (art. 129, III e IX) como na Lei n. 7.347/1985 (art. 1º, IV) e na Lei Orgânica Nacional do MP (75/1993, art. 6º, VII, *d*), estendendo a atuação ministerial para outras funções compatíveis, concernentes a outros interesses metaindividuais ligados a valores, segmentos sociais porventura ainda não tipificados ou normatizados, mas (por isso mesmo) carecedoras de proteção.

Constata-se que pouco valeria a possibilidade de controle judicial de políticas públicas se não houvesse um órgão independente e imparcial que provocasse o Poder Judiciário. Daí a grande importância da atuação do MP em matéria de políticas públicas, na qualidade de órgão independente e desvinculado dos três Poderes. Nesse ponto, trazemos à baila o posicionamento de Choukr (2008, p. 443-444):

[...] tratando-se do papel de conformação das políticas públicas o Ministério Público, necessariamente independente para atuação dessa tarefa político-jurídica, é chamado a intervir no plano jurídico-judicial de forma eficaz diante da sua ampla gama de atribuições constitucionalmente outorgadas, seja no *plano legislativo* desses “novos direitos” como o “direito ao meio ambiente” ou à saúde e mesmo o direito concorrencial, seja no *plano das instituições* que asseguram o processo político democrático, bem como da concreção das políticas públicas, alcançando searas realmente inéditas na história Institucional, com a aproximação de movimentos sociais e a exigibilidade judicial de mecanismos de inclusão social, ao lado da tutela jurisdicional dos “novos direitos”. A atuação institucional é, portanto, vinculada à hierarquia advinda dos Direitos Fundamentais para a formação das políticas públicas, a partir da qual jurídica e judicialmente o Ministério Público está autorizado a agir no papel de construtor da ordem jurídica democrática.

Reconhecendo a legitimidade do *Parquet* para intervir em políticas públicas, o Superior Tribunal de Justiça proferiu a seguinte decisão, em caso em que o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública objetivando compelir a Prefeitura

Municipal de Santos a implantar serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos:

Administrativo e Processo Civil – Ação civil pública – Ato administrativo discricionário: nova visão. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. *Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.* 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido (STJ, REsp n. 493.811/SP, Segunda Turma, rel. min. Eliana Calmon, j. em 11.11.2003, DJ de 15 mar. 2004)¹¹ [g.n].

6 Considerações finais

Em face do exposto, e tendo em consideração o papel da Constituição na sociedade, qual seja, o de norma suprema que não só declara, mas impõe a efetivação dos direitos fundamentais, conclui-se que, diante da supremacia da Constituição sobre os três Poderes da República, é de se admitir que o Estado tem o dever de cumprir os mandamentos constitucionais, materializando os direitos funda-

11 Oportuno citar trecho do voto da Ministra Eliana Calmon, proferido no mencionado julgado: “[...] não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do administrador. E as atividades estatais, impostas por lei, passam a ser fiscalizadas pela sociedade, através do Ministério Público, que, no desempenho de suas atividades precípua, a representa. [...] Dentre as numerosas funções, estão as constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/1990, especificamente, de interesse nestes autos a de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes. Daí a legitimidade do Ministério Público e a irrecusável competência do Poder Judiciário, porquanto estabelecida a responsabilidade estatal na Resolução Normativa n. 4/1997, baixada pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, seguimento social em destaque para agir em parceria com o Estado, nos termos do art. 88, II, do ECA”.

mentais – principalmente os direitos sociais – e, em caso de ação ou omissão que se afigurem inconstitucionais, deve o Poder Judiciário, ao qual incumbe a guarda da Constituição, intervir na formulação de políticas públicas que os tornem efetivos. Necessário se faz que o órgão jurisdicional competente para tal proceda com a retidão exigida para assegurar o respeito e o cumprimento da Constituição, enquanto expressão da vontade e soberania popular.

Diante disso, a garantia da supremacia da Constituição depende da observância por parte de cada magistrado de seu dever irrenunciável de zelar pela Carta Magna quando do julgamento das demandas judiciais.

Nesse mesmo contexto, a ação civil pública se mostra como um instrumento indispensável para a garantia da efetividade dos direitos da coletividade, ao mesmo tempo em que prima pela economia processual, contribuindo para desafogar a máquina jurisdicional.

Referências

BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Ministério Público e políticas públicas. In: CHAVES, Cristiano; MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2006.

- DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Professor Gilmar Mendes).
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DINIZ, José Janguie Bezerra. *Ministério Público do Trabalho*. Brasília: Consulex, 2004.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Coleção Temas Fundamentais de Direito. v. 1).
- FRONTINI, Paulo Salvador. Ação civil pública e separação dos Poderes do Estado. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública: Lei n. 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.
- JEVANAUX. Prefácio. In: FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Coleção Temas Fundamentais de Direito. v. 1).
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.).

Ação civil pública: Lei n. 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007. Disponível em: <www.advcom.com.br/.../artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf>. Acesso em: 22 out. 2009.

STARLING, Marco Paulo Cardoso; OLIVEIRA, Júlia Barroso. *Ação civil pública*: o direito e o processo na interpretação dos tribunais superiores. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Procedimentos especiais*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 3 v.