

O papel do Ministério Público no controle de políticas públicas

Mona Lisa Duarte Abdo Aziz Ismail

Procuradora da República em Pernambuco.

Resumo: O presente estudo versa sobre a atuação do Ministério Público no controle de políticas públicas enquanto órgão de defesa da cidadania. Parte-se inicialmente da definição de políticas públicas como instrumento de concretização de direitos fundamentais, demonstrando-se a importância da participação popular tanto na formulação das políticas como no controle social. Na sequência, busca-se conceber as bases da instituição tal como definida na Constituição de 1988 e como a nova configuração do Ministério Público influiu no processo de legitimação de seus membros perante a sociedade. Discorre-se, em seguida, acerca da amplitude do controle da atuação ou omissão do Estado no cumprimento de suas obrigações constitucionais, ressaltando-se a superação da concepção clássica de que os atos políticos ou de gestão seriam imunes ao controle externo exercido sobre os atos administrativos em geral. Nesse sentido, propõe-se uma reflexão sobre a atuação do Ministério Público, extra e judicialmente, na fiscalização e controle das políticas públicas, buscando-se fixar premissas para os tipos de atuação, além das vantagens e desvantagens de cada modo de atuar. Por fim, demonstra-se como se tem comportado o Supremo Tribunal Federal ao enfrentar a matéria, tentando-se estabelecer os requisitos para o exercício do controle jurisdicional de políticas públicas como forma, em última instância, de evitar a politização da própria justiça.

Palavras-chave: Ministério Público. Políticas públicas. Controle externo e jurisdicional.

Abstract: The present essay focuses on the role of prosecutors in charge of public policies, as an organ responsible for the citizenship defense. Initially it cares of the definition of public policies as an

instrument of realization of fundamental rights, demonstrating the importance of popular participation, both in the formulation of policies, such as social control. In the sequence, it seeks to remind the bases of the institution as defined in the Federal Constitution of 1988 and how the new configuration of prosecutors influenced the process of legitimation of its members towards society. Then, it refers to the extension of control of the performance or omission of the State in compliance with its constitutional obligations, underscoring the resilience of classical conception that political or management acts would be immune to external control exerted over administrative acts in general. In this sense, the study proposes a reflection on the role of prosecutors, extra and judicially, monitoring and controlling public policies and seeks to establish premises for the types of activity, and the advantages (benefits) and disadvantages of each mode of acting. Finally, it demonstrates how the Supreme Court has been behaving to face the issue, trying to establish requirements for the exercise of judicial control of public policies, in order, ultimately, to avoid the politicization of justice itself.

Keywords: Prosecutor. Public policies. External and jurisdictional control.

Sumário: 1 Definição de políticas públicas. 2 O Ministério Público na Constituição de 1988. 3 Controle de políticas públicas pelo Ministério Público. 4 Judicialização de políticas públicas. 4.1 Limites para intervenção judicial no controle de políticas públicas. 5 Conclusão.

1 Definição de políticas públicas

De acordo com Analúcia Hartmann (2005, p. 404), “chamamos de política pública aquela que visa definir ou estabelecer uma meta de finalidade coletiva”. Explica a Procuradora da República que se trata de uma imposição obrigatória, com um sentido específico e identificado pela ordem constitucional.

O termo não é utilizado para indicar um ato normativo ou administrativo isolado, na verdade, quando falamos de políticas

públicas, estamos nos referindo a um programa ou conjunto de ações que têm por objetivo uma finalidade determinada, sempre de interesse coletivo.

Nesse sentido, Fábio Konder Comparto (1998, p. 45) define política, “[...] antes de tudo, como uma atividade, isto é, como um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”.

Ronald Dworkin (1978 apud COMPARATO, 1998, p. 44) define política em contraposição à ideia de princípio; enquanto este tenderia ao estabelecimento de direitos individuais, política, segundo o autor, designa “aquela espécie de padrão de conduta (*standart*) que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma característica em alguma melhoria econômica, política ou social da comunidade”.

As políticas públicas são efetivadas por meio da função administrativa. Contudo, antes de serem executadas, devem encontrar seu fundamento de validade na Constituição. Isso porque é a Constituição que deve nortear a escolha dos interesses coletivos essenciais que deverão ser concretizados para a satisfação social.

Como não poderia deixar de ser, a formulação e a implementação de políticas públicas competem primordialmente ao Poder Executivo. São definidas, por vezes, nos programas de governo, elaborados antes mesmo da eleição do chefe do Executivo. Todavia, não podemos esquecer o papel dos movimentos sociais e das instituições públicas e privadas de defesa da cidadania como forma de pressão popular na definição de prioridades e no redimensionamento de políticas públicas.

Em tal contexto, pertinente citar trecho da obra de J. J. Gomes Canotilho, o qual define o princípio democrático como um princípio complexo, distanciando-se da concepção restritiva de democracia simplesmente representativa para abranger a sua dimensão participativa, *in verbis*:

Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da *teoria democrática representativa* – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica *democracia participativa*, isto é, estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inptus* políticos democráticos. (CANOTILHO, 2003, p. 288–289). [grifos nossos]

Nesse sentido, muito profícua a participação popular, direta ou por meio de representantes, em órgãos colegiados com funções variadas, desde a fiscalização de prestações de contas à definição de metas para a aplicação de recursos públicos, de que são exemplos os conselhos municipais de saúde, de alimentação escolar, de assistência social, este último embasado na Lei n. 8.742/1993¹, entre tantos outros. Evolução dessa prática foi a criação dos orçamentos participativos, os quais permitem a negociação direta entre comunidade e governo para a definição de políticas governamentais.

Para o aperfeiçoamento da atuação governamental e definição das políticas públicas, que visam em última instância satisfazer interesses do cidadão, imprescindível a utilização de indicadores sociais, com base em dados extraídos de órgãos oficiais de pesquisa como IBGE, IPEA² etc. O conhecimento sobre a população alvo permite o estabelecimento de prioridades e a adoção de medidas estratégicas, sobretudo para sanar problemas em áreas sensíveis, como saúde e educação. Importante também a consideração desses dados para que se possa ter noção sobre a perspectiva de aumento populacional de grupos sociais vulneráveis e minorias, como por exemplo idosos e pessoas com deficiência, a fim de que sejam toma-

1 BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. “Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências”. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 dez. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm>. Acesso em: 26 maio 2014.

2 Instituto de Pesquisas Econômicas e Sociais.

das medidas preventivas em relação à acomodação desses grupos na sociedade conforme a demanda de crescimento.

Todavia, a experiência revela que nem sempre é a vontade popular ou os reais anseios da população que norteiam o Poder Executivo na definição das políticas públicas. De outra banda, ainda que haja participação popular na formulação dos programas governamentais, o que legitima o processo de definição e eleição das metas e prioridades, faz-se mister o controle social durante a execução da política a fim de assegurar que não ocorra o desvirtuamento dos propósitos que motivaram a criação do programa de governo.

Tais circunstâncias justificam o exercício de controles externos sobre as políticas públicas, seja diretamente pela sociedade, mediante mecanismos de participação popular referidos acima, seja por meio da atuação extrajudicial do Ministério Público ou do Poder Judiciário, no caso de judicialização da política pública.

2 O Ministério Público na Constituição de 1988

A configuração atual do Ministério Público foi definida pela Constituição Federal de 1988. Dentro do capítulo IV, “Das Funções Essenciais à Justiça”, a primeira seção foi dedicada ao Ministério Público. Uma das principais mudanças foi a separação entre as funções de tutela dos direitos difusos e coletivos e de defesa judicial dos atos do Poder Executivo, que passou a ser incumbência exclusiva dos órgãos da Advocacia Pública, enquanto o Ministério Público foi alçado à condição de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF/1988).

Assim, além de titular privativo da ação penal pública, o MP teve suas atribuições no âmbito da tutela coletiva definidas e ao mesmo tempo ampliadas, competindo-lhe promover o inquérito civil e a ação civil pública (ACP) para a defesa do patrimônio público e de outros interesses difusos e coletivos, entre outras fun-

ções elencadas no art. 129 da CF/1988, com vistas à consecução dos objetivos que justificaram a sua atual configuração constitucional. Consoante dicção do inciso IX do mencionado artigo, as atribuições do MP não foram previstas em *numerus clausus*, pois lhe foi facultado “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

Pode-se dizer que uma das maiores conquistas do Ministério Público com a promulgação da Carta Magna de 1988, senão a maior, foi a sua desvinculação da defesa do erário e dos atos governamentais. Ademais, a autonomia e a independência funcional conferidas aos seus membros³ permitiram o efetivo exercício de suas funções, de forma dinâmica e combativa, na defesa imparcial da ordem jurídica, da democracia e dos interesses maiores da sociedade. Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos destaca acórdão do STF:

O Ministério Público não constitui órgão auxiliar do Governo. É-lhe estranha, no domínio de suas atividades institucionais, essa função subalterna. A atuação independente dessa instituição e do membro que a integra impõe-se como exigência de respeito aos direitos individuais e coletivos e delinea-se como fator de certeza quanto à efetiva submissão dos poderes à lei e à ordem jurídica. (STF, Tribunal Pleno, ADIMC 789, rel. Min. Celso de Mello, decisão: 22-10-1992, *Em. de jurisprud.*, v. 1693-02, p. 196; DJ 1, de 26-2-1993, p. 2356) (BULOS, 2003, p. 1088).

3 “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento”. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).

Com o alargamento de suas funções, o Ministério Público vem ocupando lugar de cada vez mais destaque, não apenas na organização do Estado mas na própria sociedade. Isso porque a tutela dos direitos difusos e coletivos contribui para a legitimidade do MP perante a população na medida em que o aproxima dos demais atores sociais e da comunidade diretamente interessada, que projeta na instituição seus anseios pela busca de soluções para os conflitos coletivos e sociais.

Nessa perspectiva, a atuação do MP se tornou muito mais democrática. Por meio dos instrumentos que lhe foram postos à disposição (poder requisitório e de notificação, expedição de recomendação, celebração de acordos extrajudiciais, de termos de ajustamento de conduta e promoção de audiências públicas), ampliou-se a própria forma de acesso à Justiça pelos cidadãos⁴.

Sob outro aspecto, tratando-se de membros não eleitos, o que é pouco comum numa democracia em relação a agentes com tamanho grau de discricionariedade, considerando-se a autonomia e a independência de que gozam para atuar, é mister que a instituição Ministério Público busque o respeito da população e o seu reconhecimento enquanto agente público promotor de direitos fundamentais, a fim de conferir maior legitimidade a sua atuação.

3 Controle de políticas públicas pelo Ministério Público

O controle externo da atuação ou omissão do estado em relação a políticas públicas é uma forma de salvaguardar a realização de direitos fundamentais previstos na Constituição. O Ministério

4 Entenda-se aqui acesso à justiça enquanto direito fundamental, que há de ser assegurado ao cidadão “[...] não apenas através do Poder Judiciário, mas também através dos outros Poderes do Estado; dos órgãos públicos autônomos, como o Ministério Público, e dos meios extrajudiciais para a resolução de litígios, como a arbitragem, a conciliação e a mediação nas relações de direito privado”. (ISMAIL FILHO, 2011, p. 46).

Público, enquanto instituição permanente de defesa da cidadania, é órgão de controle da Administração pública e tem como dever, entre outras funções, zelar pela implementação de políticas e serviços públicos de qualidade.

Nesse sentido, o MP deverá atuar quando a inércia da Administração ou o mau funcionamento do serviço público estiverem impedindo a concretização do próprio direito constitucional. Todavia, a sua fiscalização não está limitada ao exame da legalidade, como nos casos em que é possível identificar de plano o desvio de finalidade do Poder Público, de verbas, ou outro vício que torne o ato nulo, mas abrange também a análise da própria pertinência ou a adequação da política ou programa governamental aos fins a que se propõe.

Com efeito, há muito já foi superada a ideia de que as políticas públicas estariam imunes a controles externos, seja exercido pelo Poder Judiciário, seja exercido por outros poderes autônomos como o Ministério Público. Ainda que se enquadrem as ações do Estado visando à satisfação dos interesses da coletividade na categoria de atos políticos e de gestão, elas não estão excluídas do controle externo exercido sobre os atos administrativos em geral.

O promotor de Justiça Salomão Abdo Aziz Ismail, em artigo de sua autoria, defende a possibilidade de controle externo sobre o ato político como forma de garantir a própria essência do princípio da separação entre os poderes:

Criar imunidades para que atos com assento constitucional sejam praticados livremente pelo Chefe do Poder Executivo ou pelo Chefe de Governo, sem qualquer possibilidade de controle, deveras, é fomentar o arbítrio, causando um desequilíbrio entre os Poderes de Estado, pois um deles, o Executivo, ficará em uma posição superior, desprestigiando-se o Poder Judiciário como instância final para a defesa dos direitos do cidadão. (ISMAIL FILHO, 2012, p. 156).

Na verdade, com o desenvolvimento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo, ampliou-se a possibilidade de controle dos atos praticados pela Administração, que ultrapassou o âmbito da legalidade estrita para abranger também o exame da legitimidade das ações do Poder Público. Por pertinente, cito novamente a Procuradora da República Analúcia Hartmann:

Nem mesmo a arraigada noção, por si só deturpada, da discricionariedade da Administração Pública, pode ser usada como argumento para afastar o controle do Judiciário sobre a atuação do Estado. Mais que uma discussão sobre a legalidade, a legitimidade da atuação passa obrigatoriamente pelo crivo de sua adequação aos objetivos traçados pela ordem jurídica, a fim de buscar o implemento efetivo das políticas públicas e sociais. (HARTMANN, 2005, p. 405).

Ada Pellegrini Grinover (2013, p. 127) lembra que foi a Lei da Ação Popular que abriu a possibilidade de controle do mérito do ato administrativo embasado na lesão como causa de nulidade do ato, sem a exigência do requisito da ilegalidade (Lei n. 4.717/1965, art. 4º, II, *b*, e V, *b*). Todavia, segundo a autora, a grande guinada sobreveio com a Constituição de 1988, art. 5º, LXXIII⁵, ao prever o controle do ato administrativo por ofensa à moralidade administrativa, via ação popular; “[...] trata-se, aqui, de mera lesividade, sem o requisito da ilegalidade”.

Para exercer o controle sobre políticas públicas, antes de ingressar judicialmente, o Ministério Público poderá utilizar-se dos meios extrajudiciais de que dispõe, quais sejam, instauração de procedimentos administrativos e inquéritos civis, expedição de recomendação, celebração de termo de ajustamento de conduta e

5 “LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; [...]”.

promoção de audiências públicas. É óbvio que não existe regra pre-estabelecida ou gradação entre as medidas que devem ser adotadas. Somente o exame do membro oficiante no caso concreto poderá indicar qual medida se mostrará mais eficaz para tornar efetiva ou aprimorar a política pública questionada.

Comumente, a via judicial é resguardada para as hipóteses em que as medidas extrajudiciais se mostrarem infrutíferas para garantir o efetivo exercício do direito social obstado. Isso porque a perspectiva de ajuizamento da ACP representa um instrumento de pressão sobre o ente público em débito com o seus deveres constitucionais, por isso interessante que seja reservada para um momento posterior. Todavia, ponderamos que determinadas hipóteses exigem a judicialização de forma imediata, são casos em que a propositura da ação se apresenta como a única alternativa para aplacar o anseio do corpo social pela implementação efetiva de seus direitos fundamentais. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando as tratativas para um consenso ou ajuste com o Poder Público comecem ou se tornem desgastadas em razão do longo período de violação do direito, ou de sucessivos compromissos descumpridos perante os órgãos de defesa da cidadania e da própria população.

A atuação do membro do Ministério Público também poderá ocorrer de forma preventiva. Com efeito, nos casos em que a violação ao direito fundamental a ser tutelado ainda não houver se consumado ou quando não existirem dados suficientes para se formar um juízo de valor sobre os fatos em apuração, há margem para discussão, colheita e troca de informações, o que por vezes pode ser bastante para prevenir conflitos que de outra maneira seriam judicializados.

Para tais finalidades, poderá o MP promover ou participar de audiências públicas realizadas por outros entes públicos. Esse é um instrumento extraordinário, pois serve para aprimorar o debate e construir soluções para a satisfação dos interesses da coletividade. Tem-se em mente aqui a atuação do MP não apenas frente a casos

concretos mas também com antecipação diante de posturas notórias do Poder Público, para evitar que se consuma a violação ao direito fundamental ou mesmo para aperfeiçoar políticas públicas já em andamento.

Nessa perspectiva, deve-se acrescentar a participação de membros do Ministério Público em órgãos colegiados e multidisciplinares, de que são exemplos conselhos deliberativos como o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), o Conselho Estadual do Meio Ambiente (CONSEMA) e a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), e em fóruns de discussão e execução, tais quais os fóruns de Combate à Corrupção e aos Efeitos dos Agrotóxicos na Saúde do Trabalhador, no Meio Ambiente e na Sociedade, existentes em Pernambuco e em outros estados. Nesses casos, o membro do MP não atua como ator principal, age junto com outros atores sociais, entre os quais se incluem representantes dos Poderes Públicos e da sociedade civil, construindo soluções consensuais e buscando o aprimoramento de políticas e serviços públicos essenciais. Essa forma proativa de atuar é importante, porque evita violações a direitos humanos e fundamentais, por vezes iminentes, prevenindo uma atuação que fatalmente se daria de forma repressiva.

Outra maneira de o MP atuar é no sentido de cobrar o efetivo funcionamento dos conselhos municipais e estaduais que fiscalizam a execução de programas governamentais e a aplicação dos recursos públicos repassados no âmbito desses programas. No caso de transferências fundo a fundo⁶, utilizadas para o repasse de recursos nas áreas da saúde, educação e assistência social, muitas vezes os conselhos são a instância encarregada de receber as prestações de

6 “As transferências fundo a fundo caracterizam-se pelo repasse, por meio da descentralização, de recursos diretamente de fundos da esfera federal para fundos da esfera estadual, municipal e do Distrito Federal, dispensando a celebração de convênios”. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/ManualGestaoRecursosFederais/Arquivos/CartilhaGestaoRecursosFederais.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

contas dos entes responsáveis pela execução do programa. Embora, em qualquer caso, subsistam as atividades dos órgãos de controle – seja do próprio ente repassador das verbas, seja dos órgãos próprios de fiscalização – Controladoria Geral da União (CGU), Ministério Público etc. – para apurar eventuais desvios de recursos, inadimplemento ou inexecução das ações, é evidente que a atuação desses órgãos é mais bem instrumentalizada quando os conselhos funcionam efetivamente, pois por meio deles é possível obter diretamente as informações e com um maior grau de isenção. Assim, garantir a eficiência e o funcionamento do conselho é uma forma de assegurar a fiscalização sobre a aplicação das verbas públicas, elemento essencial para a eficácia da política pública.

Esgotadas todas as tentativas de solução extrajudicial sem que se tenha logrado a efetiva implementação da política pública, outra alternativa não restará ao membro do Ministério Público senão o ingresso de ação civil pública contra o ente político. Para o exercício dessa atribuição que a Constituição expressamente lhe outorgou, dispõe o *Parquet* do inquérito civil, que serve para apuração dos fatos e colheita de provas a fim de instruir a ação judicial. O inquérito civil não é pressuposto para o ajuizamento da ACP; todavia, essa apuração administrativa é um supedâneo importante para comprovar as alegações que fundamentam a ação do MP e confere maiores chances de êxito aos pedidos formulados para resguardo e proteção do direito fundamental ou social dependente da execução de uma política pública.

Diferentemente do que foi previsto para a ação penal pública, ao MP não foi reservado o monopólio para ingresso da ação civil pública. Entretanto, apesar de haver uma série de Colegitimados a sua propositura, o Ministério Público é o litigante com o maior número de ações civis públicas ajuizadas. Esse registro pode ser explicado, em grande parte, pelos poderes que foram outorgados à instituição a partir da Constituição de 1988, com destaque para a garantia da independência funcional, que confere aos seus membros autonomia para ingressar em juízo contra qualquer ente político ou órgão da Administração pública de qualquer um dos níveis da federação.

Nesse mesmo sentido, em referência à temática ambiental, discorre Paulo Affonso Leme Machado:

Ganha muito o meio ambiente em ter como um dos atores da ação civil pública um Ministério Público bem preparado, munido de poderes para uma atuação eficiente e independente. O inquérito civil, atribuição constitucional do Ministério Público, servirá para uma apurada colheita de provas para embasar a ação judicial. Aponte-se que essa Instituição vem propondo uma grande quantidade de ações civis públicas ambientais em que no pólo passivo estão os Governos Federal ou estaduais, além de poderosas empresas públicas ou privadas. (MACHADO, 2011, p. 145).

Embora defendamos a ideia de que, como regra, a via judicial deva ser reservada para casos extremos, como por exemplo não atendimento à recomendação e descumprimento de termo de ajustamento de conduta, ou, em suma, quando não houver outra medida extrajudicial que corresponda ao anseio de tornar efetivo o direito fundamental ou social reclamado pela população, o ingresso em juízo tem a vantagem de levar a discussão ao Judiciário, possibilitando o exercício do controle jurisdicional sobre políticas públicas. É óbvio que a judicialização da matéria acarreta uma série de consequências outras, muitas delas desfavoráveis, como retirar o MP da condução dos autos e submetê-los a ritos e prazos judiciais, por isso deve ser bastante ponderada e refletida.

4 Judicialização de políticas públicas

Conforme mencionado no tópico anterior, o controle externo em relação a políticas públicas pode ocorrer tanto nos casos de atuação em desconformidade com o interesse público (desvio de finalidade ou inadequação da política adotada) como de omissão do ente político em adotar as medidas necessárias para a satisfação de interesses da coletividade. Nesse sentido, por meio da judicialização da política pública, requerer-se-á provimento jurisdicional por meio do qual o Poder Público seja obrigado a utilizar os instrumentos de que dispõe para dar concretude ao comando constitucional,

impondo-lhe a efetiva realização do direito fundamental obstado pela ausência de uma política pública efetiva e adequada. Acerca do assunto, extraímos trecho de artigo de autoria de Rodolfo de Camargo Mancuso (2005, p. 294):

[...] Em contraposição, o acesso à Justiça dos *novos direitos* vem emprestando judicialidade a certos interesses legítimos concernentes a sujeitos indeterminados, e onde o objeto se mostra indivisível, conduzindo, naturalmente, à necessidade de uma coisa julgada de eficácia *erga omnes* ou ao menos *ultra partes*, como fica visível nas ações civis públicas voltadas ao controle judicial das *políticas públicas*. Nesse caso, já escrevemos, onde e quando a Constituição Federal estabelece um fazer, ou uma abstenção, automaticamente fica assegurada a possibilidade de cobrança dessas condutas comissiva e omissiva, em face da autoridade e/ou órgão competente, como, por exemplo, se dá em caso de descumprimento das normas tuteladoras do meio ambiente, onde o infrator se sujeita ‘a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados’ (CF, art. 225, § 3º); ou na política de atendimento aos precatórios judiciais, onde o descumprimento das normas de regência fundamenta o ‘sequestro da quantia necessárias à satisfação do débito’ (CF, § 2º do art. 100), a par de eventual intervenção no ente político faltoso (CF, art. 35, I).

A judicialização de conflitos envolvendo políticas públicas exigiu dos magistrados uma alteração do perfil originalmente mais conservador, a começar pela flexibilização da concepção tradicional de que não caberia ao Poder Judiciário imiscuir-se em questões políticas. Essa mudança de postura e de mentalidade exige uma atitude mais proativa dos juízes, a partir da conscientização do Judiciário como forma de expressão do poder do Estado e que, como tal, somente se justifica na medida em que corresponde aos anseios sociais, ao proferir decisões de mérito socialmente relevantes e capazes de garantir a realização de direitos fundamentais.

Nessa senda, o efetivo grau de interferência do Judiciário na formulação de políticas públicas não pode ser medido tão somente com base no aumento puro e simples de demandas sobre o tema.

Na verdade, existe uma série de fatores internos e externos capazes de influenciar as decisões judiciais que incidem sobre políticas e programas de governo. Além da inevitável influência das convicções e inclinações pessoais, os juízes são pressionados também pela opinião pública. Segundo Ernani Rodrigues de Carvalho, em artigo de sua autoria, isso se justificaria em razão da falta de legitimidade eleitoral dos juízes e tribunais, o que “os torna vulneráveis enquanto órgãos de soberania”. Acrescenta o autor no mesmo artigo:

Segundo o jurista americano Bernard Schwartz, a capacidade de o Judiciário intervir ou ser mais presente na vida política está diretamente ligada ao grau de importância que a população deposita nas instituições democráticas, ou, mais precisamente, a credibilidade que essa instituição (o poder Judiciário) tem perante o público. Schwartz advoga que a base de sustentação da Corte Suprema americana são a Constituição e a opinião pública. (CARVALHO, 2004).

O Supremo Tribunal Federal possui farta jurisprudência que reconhece a intervenção do Judiciário em temas pertinentes a políticas governamentais para o fim de garantir o direito à educação infantil (CF, art. 208, IV), consoante se confere em voto do ministro Celso de Mello acolhido à unanimidade pela Segunda Turma do Tribunal:

[...] É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Re. Min. Celso de Melo (Informativo STF nº 345/2004) – 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 implementar políticas públicas (JOSE CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, ‘Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976’, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo, reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, contudo, *que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem encargos políticos-jurídicos que sobre eles inci-*

dem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia de e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Tenho para mim, *desse modo*, presente tal contexto, que os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208 da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, *tratando-se de proteção à criança e ao adolescente*, não podem ser exercidas de modo a comprometer, como apoio em juízo de simples *conveniência* ou de *mera oportunidade*, a eficácia desse direito básico de índole social.

[...]

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, *com esse gesto*, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

A colmatação de omissões inconstitucionais, realizada em sede jurisdicional, notadamente quando emanada desta Corte Suprema, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, *tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição*, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

[...]

Em tema de implementação de políticas governamentais, previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de *educação infantil* (RTJ 199/1219-1220) e de *saúde pública* (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213), a Corte Suprema brasileira não proferiu decisões que neutralizam *os efeitos nocivos, lesivos e per-*

versos resultantes de inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal.

O Supremo Tribunal Federal, *em referidos julgamentos*, colmatou a *omissão governamental* e conferiu *real efetividade* a direitos essenciais, dando-lhes concreção e, *desse modo*, viabilizando o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, *injustamente*, por arbitrária abstenção do Poder Público⁷. [grifo nosso]

-
- 7 ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO
AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 23/08/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma
Publicação
DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011
EMENT VOL-02587-01 PP-00125Parte(s)
AGTE.(S) : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S) : PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO
INTDO.(A/S) : A C C E OUTRO(A/S)

Ementa

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA

Ao lado dos precedentes em relação ao direito fundamental à educação (RE 410715 AgR/SP-SÃO PAULO, RE 463210 AgR/SP-SÃO PAULO, RE 384201 AgR/SP-SÃO PAULO), diversos acórdãos prolatados no âmbito do STF autorizam a conclusão de que o Tribunal reconhece o controle judicial de políticas públicas para o fim de tornar efetivos direitos sociais, econômicos e culturais assegurados pela Constituição.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a pacientes soropositivos destituídos de recursos o direito de obter do Poder Público gratuitamente medicamentos, consoante ementa abaixo transcrita:

RE 271286 AgR/RS - RIO GRANDE DO SUL
AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 12/09/2000 Órgão Julgador: Segunda Turma
Publicação
DJ 24-11-2000 PP-00101
EMENT VOL-02013-07PP-01409 Parte(s)

EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL (...)”. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

AGTE.: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
ADVDA.: CANDIDA SILVEIRA SAIBERT
AGDA.: DINÁ ROSA VIEIRA
ADVDS.: EDUARDO VON MÜHLEN E OUTROS
ADVDS.: LUÍS MAXIMILIANO LEAL TELESKA MOTA E
OUTROS

EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconse-

qüente, 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. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF⁸.

Em recente julgado, o STF reafirmou a sua posição favorável à implantação de políticas públicas por meio do Poder Judiciário, ao dar provimento a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina para o fim de julgar procedente pedido formulado em ação civil pública visando à proteção da criança e do adolescente, mediante a criação e o funcionamento de conselhos tutelares, ante a inércia do poder estatal, *in verbis*:

RE 488208/SC

RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: CRIANÇAS E ADOLESCENTES. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. CRIAÇÃO DE DOIS NOVOS CONSELHOS TUTELARES E DISPONIBILIZAÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS, DE RECURSOS MATERIAIS E HUMANOS AOS CONSELHOS JÁ EXISTENTES (SETORES ILHA E CONTINENTE). CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À

⁸ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginadorjsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO. A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS (CF, ART. 227). A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE SOBRE A OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROIBIÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO). DOUTRINA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220). POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE

UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” (CPC, ART. 461, § 5º)
COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO. DOCTRINA.
JURISPRUDÊNCIA. PRECEDENTE DO STF. RECURSO
EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO. (Informativo n. 720)⁹.

Além do requisito da excepcionalidade, consoante se pode extrair do voto do ministro Celso de Mello – bem representativo da posição atual do Supremo Tribunal sobre o tema –, resta saber quais os limites para o exercício do controle judicial de políticas públicas, a fim de que não venha a haver substituição das atividades dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Judiciário.

4.1 Limites para o controle judicial de políticas públicas

Ada Pellegrini Grinover (2013, p. 133) estabelece como primeiro limite à intervenção judicial em relação a políticas públicas a *garantia do mínimo existencial*. Segundo a autora, em artigo já citado, o *mínimo existencial* autoriza a imediata judicialização da questão, “[...] independentemente de existência de lei ou atuação administrativa, constituindo mais do que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei”.

A expressão *mínimo existencial* não pode ser entendida como o mínimo para a sobrevivência, que significaria ter onde habitar, o que comer e o que vestir, e sim como o direito ao mínimo necessário para uma *vida digna*, com todos os atributos a ela inerentes, incluindo-se, além do direito à saúde e educação, saneamento básico, concessão de assistência social, tutela do meio ambiente e acesso à justiça, entre outros. É esse o entendimento que decorre

9 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo720.htm>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

do princípio da dignidade humana, principal norteador da concepção contemporânea dos direitos humanos.

Ao lado desses direitos, que constituem o núcleo central do que se convencionou chamar *mínimo existencial*, acrescentamos como também capaz de suscitar o controle judicial sobre políticas públicas a atuação em defesa de minorias ou grupos socialmente frágeis e, por isso, objeto de especial proteção normativa, como por exemplo, pessoas com deficiência, crianças, idosos e indígenas.

Reconhecida a importância e a imprescindibilidade do direito fundamental que se pretende tutelar a ponto de justificar a intervenção do Judiciário, mister a aplicação do *princípio da razoabilidade* a fim de nortear a correção da política pública equivocada. Este seria justamente o segundo requisito enumerado por Ada Pellegrini Grinover para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, ao lado da *existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas por ele reclamadas* (GRINOVER, 2013, p. 133).

Com relação ao princípio da razoabilidade, este não pode ser compreendido de forma dissociada do princípio da proporcionalidade, o qual, por sua vez, comporta três subprincípios, segundo abalizada doutrina, *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*. De acordo com a adequação, o ato administrativo deve ser apto para atingir os fins pretendidos com a sua prática. Por sua vez, a necessidade significa que a Administração deve agir de forma a não impor ao administrado sacrifícios desnecessários, por isso deve escolher entre os meios possíveis para atingir o fim determinando aquele que menos restrinja os direitos do administrado. E, por fim, pela proporcionalidade em sentido estrito, realiza-se um juízo de ponderação, mediante o qual deve ficar demonstrado que o benefício decorrente da prática do ato é superior ao gravame suportado pelo particular.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade, salienta a sua utilização como fundamento para a correção judicial do ato administrativo:

Em rigor o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostrarse sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 101).

A intervenção judicial para controle de políticas públicas, em suma, estará autorizada sempre que a conduta do administrador for considerada desarrazoada por não estar em conformidade com os interesses da coletividade ditados pela Constituição, cuja análise na situação concreta demandará a utilização de regras de proporcionalidade.

O último requisito para implementação de políticas públicas mediante a intervenção do Judiciário relaciona-se com a chamada *reserva do possível*. É óbvio que não se poderá obrigar o Poder Público a executar uma determinada política pública sem que o ente político disponha de recursos financeiros para tanto. Esta costuma ser a alegação recorrente utilizada pela Administração para tentar justificar suas omissões e, com isso, escusar-se da condenação judicial. Contudo, o ônus da prova dessa falta de recursos será do órgão público réu na ação, que também deverá justificar a ausência de uma política prévia de planejamento e estabelecimento de prioridades.

Comprovada a ausência de recursos, caberá ao Judiciário determinar seja feita a previsão orçamentária, na próxima proposta, da verba suficiente para a execução da política pública. Ocorre que essa condenação não surtirá efeito se o julgador não se valer de mecanismos, tais quais os previstos no art. 461 e §§ do CPC¹⁰, para garantir o efetivo cumprimento da obrigação de aplicar a verba consoante

10 “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o

determinado no comando judicial. Em tais casos, o autor da ação, seja o Ministério Público ou outro colegitimado, cumpre papel essencial no sentido de fiscalizar o cumprimento da obrigação, devendo ter a diligência de impedir a extinção do processo enquanto não comprovada a execução integral do julgado.

Quanto ao último requisito, cabe assinalar que, em se tratando de direitos básicos que se enquadrem dentro do mínimo existencial, não servirá como alegação de defesa a cláusula da reserva do possível para o fim de obstaculizar condenação judicial que determine a imediata implantação da política pública. Nesse sentido, bastante esclarecedor trecho do voto do min. Celso de Mello, na relatoria do já citado ARE 639337 AgR/SP (AG. REG. no Recurso Extraordinário com Agravo):

[...] Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significado relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’ (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, ‘The Cost of Rights’, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, ‘A Eficácia Jurídica dos princípios Constitucionais’, p. 245/246, 2002, Renovar), que tem constituído objeto de aguda reflexão teórica em razão *das tensões dialéticas* entre os modelos de Estado Social e de Estado Liberal e Neoliberal (LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, ‘Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos: Reserva do Possível’, vol. 1, 2010, Fabri Editor), *notadamente quando se tratar 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 *concretizadores* de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei n. 8.952, de 1994)

omissis

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial” (Redação dada pela Lei n. 10.444, de 2002).

[...]

Não se mostrará lícito, *contudo*, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbítrio 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 (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF nº 345/2004).

[...]

A noção de mínimo existencial, que resulta, *por implicitude*, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir *condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras, da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, à proteção integral da criança e ao adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.*

[...]

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, dolosamente, 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 fundamentalidade¹¹. [grifo nosso]

5 Conclusão

O Ministério Público como defensor da ordem democrática e dos direitos do cidadão cumpre papel fundamental no controle

¹¹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

das políticas públicas, seja judicial ou extrajudicialmente. Ambas formas de atuar possuem vantagens e desvantagens, por isso somente o exame do caso concreto dará ao membro condições de decidir qual a medida e o momento mais adequados para o fim de obter a implementação da política pública reclamada.

Extrajudicialmente, o Promotor de Justiça ou Procurador da República dispõe de mais liberdade para agir enquanto ator social, pois, sem o formalismo e a burocracia próprios dos procedimentos judiciais, pode se colocar de forma direta perante os cidadãos, aproximando-se tanto da sociedade civil quanto do Poder Público, o que lhe confere maior legitimidade para atuar.

Apesar dos vários avanços do MP nessa seara, ainda há muito a ser feito para a consolidação de sua atividade extrajudicial. A tradição do Judiciário em nosso País criou a cultura da litigância, o que é muito profícuo por um lado. Todavia, considerando a dificuldade de o Judiciário lidar com a sua demanda atual, o que impede sejam as ações processadas e julgadas dentro de um prazo razoável, a ampliação das atividades extrajudiciais do Ministério Público se tornou premente, a fim de evitar o ajuizamento de conflitos que possam ser resolvidos sem a intervenção judicial.

Por outro lado, a ausência de poder coercitivo do Ministério Público impõe o ajuizamento da demanda nos casos em que as medidas extrajudiciais adotadas não sejam suficientes para compelir o ente político a cumprir suas obrigações constitucionais e a satisfazer o interesse coletivo. Em tais hipóteses, o ajuizamento da demanda constitui poder-dever do membro do MP. Poder porque se insere entre suas atribuições previstas no art. 129 da Constituição; dever porque, de outra maneira, dificilmente os cidadãos se achariam devidamente representados em juízo para questionar o implemento de políticas públicas. Isso se deve em grande parte à limitação temática das associações e da Defensoria Pública para a propositura da ACP, esta última atrelada ao interesse de grupos

individualizados e determinados de hipossuficientes econômicos¹². Outro fator dificultador da judicialização de demandas sociais e coletivas pelos demais colegitimados é a necessidade de instrução prévia, sobretudo aquelas que envolvem políticas públicas, para o que o inquérito civil é o melhor instrumento.

Assim, o Ministério Público, com seu poder amplo de requisição e todos os demais mecanismos de que dispõe para proceder com suas investigações, hoje devidamente regulamentadas e instrumentalizadas por meio de procedimentos administrativos¹³, detém maiores chances de êxito nesse tipo de ação em especial.

Nesse sentido, a judicialização de políticas públicas é um processo inevitável, que decorre da própria concepção de Estado Democrático de Direito, do qual não podemos abrir mão, seja como cidadãos, seja primordialmente como membros do Ministério Público.

Não se pode perder de vista, todavia, o risco de se politizar a própria justiça com esse tipo de ação. Assim, a fim de evitá-lo ou ao menos minimizá-lo, necessário o estabelecimento de parâmetros e critérios para o exercício do controle jurisdicional sobre políticas públicas, não só para impedir a hipertrofia do Judiciário em relação aos outros poderes como para que demandas análogas não recebam tratamento discrepante.

12 O art. 4º, VII, Lei Complementar n. 80/1994, com redação da Lei Complementar n. 132/2009, que atribui à Defensoria Pública, entre outras, a função de “promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes”, deve ser interpretado em consonância com o art. 134 da CF, no sentido de conferir legitimidade à instituição para ajuizar ACP apenas para a defesa de cidadãos necessitados e devidamente identificados.

13 Resolução n. 87, de 6 de abril 2010, do Conselho Superior do Ministério Público Federal (Alterada pelas Resoluções CSMPF n. 106, de 6/4/2010; n. 108, de 4/5/2010 e n. 121 de 1º/12/2011), e Resolução n. 23, de 17 setembro de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público.

O STF tende a assumir o seu papel nesse novo cenário em que o Poder Judiciário aparece como órgão ativo e capaz de interferir no traçado de políticas e programas de governo. Dentro desse processo, com base nos precedentes do Supremo Tribunal Federal analisados, é possível extrair que o controle judicial relativamente a políticas públicas vem sendo admitido sempre em caráter excepcional, além de não prescindir do exame da natureza e essencialidade do direito fundamental obstado. Enquanto isso, as demais instâncias do Poder Judiciário ainda precisam avançar bastante no sentido de se autorreconhecerem como órgãos representativos da cidadania e não imunes aos anseios da sociedade.

Referências

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 35, 1998, abr./jun., p. 39-48. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 25 maio 2014.

DE CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, n. 23, nov. 2004, p. 115-126.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In:_____; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-150.

HARTMANN, Analúcia. A ação civil pública e a omissão na concretização das políticas públicas ambientais. In: Rocha, João Carlos de Carvalho; HENRIQUE FILHO, Tarcísio H. P.; CAZETTA, Ubiratan. *Ação civil pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 403-416.

ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. *Um contributo em favor do controle externo do ato político*. Revista Científica da FESMPDFT/ Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Ano 1, n. 1 (jul. 2012) – Brasília, p. 143-171.

_____. *Ministério Público e atendimento à população: instrumento de acesso à justiça social*. Curitiba: Juruá, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense*. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUE FILHO, Tarcísio H. P.; CAZETTA, Ubiratan. *Ação civil pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 279-325.