

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

ELAINE MARTINS PARISE

Procuradora de Justiça do Estado de Minas Gerais
Pós-graduada *latu sensu* em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia
Universidade Católica – PUC-MG

Sumário: 1 Introdução – 2 As políticas públicas e a omissão do Estado – 3 A implementação das políticas públicas e a vinculação do administrador – 4 A judicialização da política e a separação dos Poderes – 5 A atuação do Ministério Público judicial e extrajudicial – 6 A posição atual dos Tribunais – 7 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

Inegavelmente a Constituição Federal de 1988 – CF/88 trouxe profundas inovações para a ordem jurídica e, dentre essas inovações, destaca-se a transformação do perfil do Ministério Público – MP, instituição que estava, tradicionalmente, incumbida da persecução penal e cuja atuação, na esfera cível, estava restrita àquelas causas em que havia interesses de incapazes ou interesse público.

Embora a transformação e o fortalecimento do MP tenham se iniciado com a entrada em vigor da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), que lhe atribuiu a titularidade da ação de proteção ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a relevância do papel exercido pela Instituição foi consagrada pelo art. 127 da CF/88, que dispõe que “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.”

Na mesma oportunidade, o constituinte assegurou que, dentre as atribuições do *Parquet*, está a de “promover o inquérito civil público e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;” (art. 129, III da CF/88).

Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), além de conferir ao MP legitimação ativa para a defesa coletiva dos consumidores, definiu os conceitos dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81) e, ainda, ampliou o campo de incidência da LACP acrescentando o inciso IV ao seu art. 1º (art. 110), que permitiu a tutela de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”,

mesmo que não especificamente previstos em texto legal, mas defluentes do sistema.

Recentemente, também a ordem urbanística, a ordem econômica e a economia popular passaram a ser passíveis de tutela por meio da ação civil pública (art. 6º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, em vigor por força do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001).

Essas novas atribuições no âmbito cível exigiram que os membros do MP, além de exercerem a função de *fiscais da lei*, passassem a ser órgãos agentes.

Além disso, convém salientar que, a partir de 1988, não só o MP passou por transformações, mas também a sociedade brasileira, pois a nova ordem constitucional, após duas décadas de autoritarismo, instaurou a democracia no País e previu expressamente os direitos sociais coletivos: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados (art. 6º da CF/88). Enfim, a nova Carta deu ênfase à dignidade do ser humano, sujeito de direitos, e à cidadania. Consagrou, também, os interesses e direitos coletivos.

Os direitos sociais previstos na CF/88 são dirigidos a todos os habitantes do País e, embora as políticas públicas para sua implementação já estejam, em grande parte, estabelecidas por legislação infraconstitucional, sua efetividade nem sempre é levada a cabo pelos administradores públicos, o que conduz os cidadãos, por si ou por seus substitutos processuais, à busca de sua implementação.

Nesse contexto, o *Parquet* passou, dentre outras atribuições, a ser a Instituição mediadora dos conflitos e interesses sociais. Age, assim, quando envia esforços para que o poder público observe as imposições legais que vêm sendo descumpridas, por exemplo, a previsão de construção de escadas especiais em prédios públicos para atender a idosos e deficientes físicos, regularização de loteamentos, construção de creche e abrigo para menores, fornecimento de medicamentos, implementação de medidas que visem propiciar segurança aos cidadãos etc.

O MP, ao atuar na busca da concretização dos preceitos constitucionais, por meio dos instrumentos colocados ao seu alcance, está no exercício de função administrativa, que deve ser compreendida como o manejo de deveres e poderes para o atendimento de certo fim, no caso, a realização do bem comum.

Daí a sua importância, pois está incumbido de exercer a função de controle sobre os atos do poder público, fazendo com que este observe e cumpra a lei. No exercício dessa relevante função, o MP promove a defesa dos interesses indisponíveis da sociedade. Sua atuação está intimamente ligada à defesa do Estado social democrático de direito. Pode atuar judicial ou extrajudicialmente. Judicialmente, quando propõe ações judiciais, em especial, ações civis públicas,

provocando o Poder Judiciário a fim de obter resultado prático para o controle da administração, e extrajudicialmente, quando instaura inquérito civil público ou outros procedimentos administrativos, os quais poderão servir de subsídio para futura ação.

Em outras palavras: a omissão do Estado na efetivação das políticas públicas constitucionalmente asseguradas tem levado o MP, na condição de defensor da sociedade, a atuar em prol da implementação daquelas políticas.

Essas questões levadas ao conhecimento do Poder Judiciário fizeram surgir o fenômeno denominado de *politização do Judiciário* ou de *judicialização da política*.

A doutrina e a jurisprudência têm-se debruçado sobre o tema – ainda novo e polêmico – e discutem se o Poder Judiciário, ao determinar que o administrador público efetive direitos sociais, está ou não adentrando o mérito do ato administrativo ou substituindo o administrador; se há ou não invasão do Poder Judiciário na esfera de um outro Poder, o que caracterizaria violação ao princípio da separação dos poderes; se o administrador está ou não vinculado às políticas públicas já estabelecidas na Constituição e na legislação infraconstitucional e, ainda, se para a implementação dessas políticas haveria ou não necessidade de previsão orçamentária.

O presente artigo, sem a pretensão de esgotar a matéria, abordará o instigante tema, analisando o posicionamento atual dos Tribunais pátrios em relação à legitimidade do MP para a propositura de ações civis públicas que visam à implementação de políticas públicas e buscará contribuir para a contínua e necessária discussão sobre o papel do *Parquet* e do Poder Judiciário no seio da sociedade brasileira.

2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A OMISSÃO DO ESTADO

As Constituições de diversos países ocidentais, em especial aquelas promulgadas após a Segunda Guerra Mundial, passaram a dispor sobre os direitos sociais dos cidadãos e a prever mecanismos de participação popular e instrumentos capazes de garantir a efetividade desses direitos.

Seguindo essa tendência mundial, no Brasil, após mais de vinte anos de ditadura, os quais foram marcados pela luta e ampla participação popular para a redemocratização do País, veio a lume a Constituição Federal de 1988, que, na expressão cunhada pelo Deputado Ulysses Guimarães, é a *Constituição Cidadã*, porque está voltada à redução das desigualdades socioeconômicas e à plena realização da cidadania.

Contudo, malgrado a CF/88 haja assegurado aos cidadãos diversos direitos sociais e coletivos, muitos desses ainda não se tornaram efetivos, não foram colocados à disposição da população ou estão à disposição de apenas uma parcela.

Não é novidade afirmar que o Brasil é um país onde são encontradas enormes desigualdades sociais cujas causas não serão objeto de estudo neste artigo e assim, faz-se imperiosa a efetividade dos direitos sociais e coletivos, pois, em geral, são os pobres que têm menos acesso, por exemplo, à saúde, à educação, à moradia e à Justiça.

Faria (1998, p. 95) expõe:

Esse tem sido o grande paradoxo dos direitos humanos – e também sociais – no Brasil: apesar de formalmente consagrados pela Constituição, em termos concretos eles quase nada valem quando homens historicamente localizados se vêem reduzidos à mera condição genérica de 'humanidade'; portanto, sem a proteção efetiva de um Estado capaz de identificar as diferenças e singularidades dos cidadãos, de promover justiça social, de corrigir as disparidades econômicas e de neutralizar uma iníqua distribuição tanto de renda quanto de prestígio e de conhecimento.

Salienta ainda o autor:

Em sociedades com essas características, as declarações em favor dos direitos humanos e sociais tendem a ficar apenas enunciadas e/ou propostas, uma vez que costumam ser utilizadas para exercer o papel de instrumento ideológico de controle das expectativas sociais. Em vez de tutelar o Executivo, condicionando suas políticas públicas, disciplinando seus gastos sociais e evitando distorções clientelísticas, tais declarações se limitam a propósitos meramente legitimadores. A concreção dos direitos humanos e sociais previstos pelos textos constitucionais muitas vezes é negada pelos diferentes braços – diretos e indiretos – do poder público. Trata-se de uma negação sutil, que costuma se dar por via de uma “interpretação dogmática” do direito, enfatizando-se, por exemplo, a inexistência de leis complementares que regulamentem os direitos e as prerrogativas assegurados pela Constituição. Sem a devida “regulamentação” por meio de uma lei complementar, esses direitos e essas prerrogativas têm vigência formal, mas são materialmente ineficazes. Em termos práticos, servem para conquistar o silêncio, o apoio, a lealdade e a subserviência dos segmentos sociais menos favorecidos, pouco dando em contrapartida, em termos de efetivação de seus direitos humanos e sociais. (FARIA, 1998, p. 98-99).

Pois bem. Considerando que a CF/88 estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual esteja garantido o desenvolvimento nacional, sejam erradicadas a pobreza e a marginalização, sejam reduzidas as

desigualdades sociais e regionais e, ainda, que se promovam o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º e seus incisos), pode-se concluir que as normas constitucionais garantidoras dos direitos coletivos e sociais, embora programáticas, são dotadas de eficácia jurídica. Do contrário, os cidadãos estariam impedidos de reivindicar o que já está assegurado na Constituição.

Observa Canotilho (1995, p. 183) que, embora a garantia da normatividade da Constituição não seja tarefa fácil, deve-se lembrar que o direito constitucional é direito positivo, que a Constituição vale como lei e, assim sendo, as regras e princípios devem obter força normativa, a fim de regular as relações da vida.

Sobre as denominadas normas constitucionais programáticas, o eminente constitucionalista português adverte:

As “normas programáticas” é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (CRISAFULLI). Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autónoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositio* do legislador; é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes. (CANOTILHO, 1996, p. 184).

No mesmo sentido, a lição do Professor Mello (1981), que, após anotar que a Constituição é a lei máxima do Estado, à qual todos os Poderes devem obediência, aduz:

Uma vez que a nota típica do Direito é a imposição de condutas, compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Assim, quando dispõe sobre a realização da Justiça Social – mesmo nas regras chamadas programáticas – está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la.

[...]

Uma norma jurídica é desobedecida quer quando se faz o que ela proíbe quer quando não se faz o que ela determina. Sendo a Constituição um plexo de normas jurídicas – e normas de nível supremo – é inevitável concluir-se que há violação à Constituição tanto quando se faz o que ela inadmitte como quando se

omite fazer o que ela impõe. E se omissão houver ficará configurada uma inconstitucionalidade.

Manifestando-se acerca da eficácia das normas constitucionais programáticas e sua importância para a implementação das políticas públicas, Sakamori (1999, v. 3, p. 243) assevera:

Parte-se, destarte, da premissa de que as normas constitucionais programáticas são evidentemente dotadas de imperatividade, essência genérica da norma de Direito, e têm eficácia imediata, obrigando e vinculando o Poder Público. Essa força vinculante dos direitos difusos é que, portanto, deverá dirigir o processo de implementação das políticas públicas e implica, em contrapartida, ao sujeito do benefício, a faculdade de exigir do Estado o cumprimento do seu dever jurídico de efetivamente viabilizar os pressupostos materiais indispensáveis ao pleno exercício daqueles.

Assim, considerando que as normas garantidoras dos direitos sociais e coletivos são válidas, eficazes e vinculam o poder público, os cidadãos têm direito a obter prestações positivas, ou seja, podem exigir que o Estado promova a implementação das políticas públicas que, em última análise, lhes propiciarão melhores condições de vida.

Mas o que são políticas públicas?

Mancuso (2002, p. 776-777) traz o seguinte conceito:

No atual estágio de prospecção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, pensamos que a política pública pode ser considerada 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.

Os direitos sociais estão previstos no art. 6º da CF/88 e são os seguintes: direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados.

Além disso, também são direitos sociais o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os dos consumidores, os das comunidades remanescentes dos quilombos, os das pessoas portadores de deficiência. No título da Ordem Econômica e Financeira há, ainda, dispositivos concernentes às política urbana, agrícola e fundiária e à reforma agrária.

Convém salientar que a forma de implementação desses direitos, em sua maioria, já está prevista em legislação infraconstitucional em diversas áreas.

À guisa de exemplo, podem ser citados os seguintes:

- *Seguridade social* (art. 194-204 da CF/88 e Leis nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, 8.142, de 28 de dezembro de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 07 de dezembro de 1993 e 8.909, de 06 de julho de 1994);
- *educação* (arts. 205-214 da CF/88 e Leis nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 e 9.424, de 24 de dezembro de 1996);
- *família, criança, adolescente e idoso* (arts. 226-230 da CF/88 e Leis nº 8.069, de 13 de julho de 1990 e 8.842, de 04 de janeiro de 1994);
- *defesa do consumidor* (art. 5º, XXXII, da CF/88 e Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990);
- *meio ambiente* (art. 225 da CF/88 e Lei nº 9.605, de 12 de janeiro de 1998).

Portanto, a implementação dessas políticas públicas, como ressalta Frischeisen (2000, p. 83), “[...] cabe muito mais aos administradores, do que aos legisladores.” E adverte (2000, p. 84) que:

[...] em algumas hipóteses, as normas infraconstitucionais integradoras das políticas públicas sociais criaram fundos específicos com fontes de custeio e controle social (conselhos com participação popular), sendo certo que o administrador não pode usar tais recursos para outra finalidade, sob pena de ser responsabilizado por desvio de finalidade.

Omitindo-se o Estado, surge para o cidadão o direito de exigir a concretização dos direitos sociais, a fim de que o princípio da igualdade seja observado. Para o Professor Silva (1991, p. 253), os direitos sociais estão relacionados com o direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Com efeito, a intenção do constituinte foi a de transformar o Estado brasileiro em um Estado mais justo e solidário. Porém, se não for efetivado o denominado mínimo social, restará sem sentido a participação dos indivíduos na vida pública através do voto.¹

A realização desse mínimo social dá-se por meio da implementação de

¹ Nesse sentido, em artigo – ainda inédito – denominado *Democratização e republicanização do Estado*, o Professor de Sociologia da Universidade de São Paulo, Francisco de Oliveira, afirma que “[...] o voto popular é supérfluo, economicamente irrelevante e até um estorvo, que as instituições democráticas e republicanas são o pão – escasso – do circo – amplo – para manter as energias cidadãs entretidas enquanto grupos econômicos decidem o que é relevante.”

políticas públicas que, nas palavras de Grau ((2002, p. 26), legitimam o estado social.

O constituinte preocupou-se, ainda, em possibilitar a defesa dos direitos fundamentais, sociais e coletivos, tanto assim, que previu a ação direta de inconstitucionalidade, o mandado de injunção e, mais, constitucionalizou o inquérito civil público e a ação civil pública, conferindo ao Ministério Público novas e relevantes atribuições.

Não é demais lembrar que, após divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à utilização do mandado de injunção², acabou por prevalecer “[...] a posição do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o mandado de injunção destina-se tão-somente a notificar o Poder Legislativo competente a elaborar norma necessária ao exercício regular de um determinado direito constitucional.” (CASAGRANDE, 2002, p. 25).

No mesmo sentido, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão limita-se a determinar que o Poder Legislativo ou Executivo edite norma que vise conferir plena eficácia à norma constitucional. A decisão não traz sanção, mas apenas a indicação da carência da norma, o que, em última análise, não soluciona o problema dos cidadãos privados dos direitos sociais previstos na Constituição.

Nessa ordem de idéias, podemos afirmar que resta aos cidadãos, então, a ação civil pública, a qual se transformou, como apontado por Casagrande (2002, p. 26), “[...] no mais importante e eficaz instrumento de concreção dos direitos sociais constitucionais, cumprindo de alguma forma o papel que originariamente fora imaginado pelos constituintes para o mandado de injunção.”

Com fulcro no que dispõem os arts. 127 e 129, II, III e IX, da CF/88, o MP está legitimado a buscar a implementação de políticas públicas e os instrumentos existentes para essa defesa são os inquéritos civis públicos e os procedimentos administrativos correlatos e as ações civis públicas.

Embora a sociedade, por meio das associações civis, também esteja legitimada à propositura da ação civil pública, a experiência mostra que é o *Parquet* quem propõe o maior número de ações civis públicas, em especial, aquelas objetivando a implementação de políticas públicas.

Muitas dessas ações civis públicas propostas pelo MP têm origem em representações ou denúncias formuladas por cidadãos, entidades civis e organizações não-governamentais. Assim, embora haja atuação de ofício, em muitas ocasiões, o MP age por provocação de um determinado setor da sociedade civil que, privado de seus direitos sociais, procura-o para que promova a efetivação de tais direitos.

² Dispõe o inciso LXXI do art. 5º da CF/88 que “conceder-se-á mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Porém, antes de analisar as formas de atuação do MP, convém enfrentar o tema ligado à discricionariedade do administrador público na implementação das políticas públicas.

3 A IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR

A omissão do Estado na efetivação das políticas públicas constitucionalmente asseguradas, tem levado o cidadão, por si ou por seus substitutos processuais, em especial pelo MP, a exigir do Estado sua implementação.

Contudo, discute-se, na doutrina e na jurisprudência, se o Poder Judiciário, ao determinar que o administrador público efetive direitos sociais que visem a concretizar uma política pública, estaria adentrando o mérito do ato administrativo. Argumenta-se que a discricionariedade do ato somente poderia ser avaliada pela própria administração e, portanto, refugiria à apreciação pelo Poder Judiciário.

A corrente doutrinária e jurisprudencial que defende a impossibilidade de o Poder Judiciário pronunciar-se em relação às políticas públicas escuda-se, quase sempre, na alegação de que os atos discricionários não são passíveis de controle judicial e no princípio da tripartição dos Poderes.

Já os que sustentam não só a possibilidade, mas o dever de o Judiciário apreciar as demandas coletivas que versem sobre a efetivação dos direitos sociais, apontam a ligação intrínseca dos fundamentos e objetivos da República previstos nos arts. 1º e 3º da CF/88, em especial, àqueles referentes à dignidade da pessoa humana, à concretização para todos da cidadania e à igualdade com a realização das normas de ordem social, razão pela qual ao administrador público restaria uma parcela mínima de discricionariedade.

Posicionamo-nos ao lado daqueles que entendem que a previsão constitucional dos direitos sociais restringiu a discricionariedade do administrador, que somente poderá escolher, se a lei assim permitir, a melhor forma de atingir a finalidade da norma constitucional e da legislação integradora, adequando-lhes ao caso concreto.

Comparato (1997, p. 19) averba:

Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, os objetivos indicados no art. 3º orientam todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade.[...].

Escusa lembrar que tais objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social, fora do Estado. A juridicidade das normas que simplesmente declararam tais fins (as

Zielnormen dos alemães), ou que impõem a realização de determinado programa de atividades – as normas propriamente programáticas –, já não pode ser posta em dúvida nesta altura da evolução jurídica.

Em outras palavras: o administrador está vinculado às disposições constitucionais, em especial àquelas metas relacionadas no art. 3º da CF/88, e à implementação das políticas públicas e, nesse sentido, não há margem para a omissão que, se verificada, poderá ensejar sua responsabilização.

Segundo Ackel Filho (1990, p. 55):

[...] o bem comum não se erige em um conceito particular que pertença, de modo exclusivo, a esse ou aquele agente político do Poder ou a quem quer que seja. Como valor fundamental da República, proclamado desde o preâmbulo da Carta Magna, desdobrando-se através de seu texto constrói-se por múltiplas avaliações (subjetivas) que deve sempre se louvar, o quanto possível, em elementos objetivos, que revelem a sua efetiva natureza.

Não é, pois, o administrador o alvitrante discricionário do que é e do que não é bem público, razão pela qual deve pautar a sua ação pelos princípios já acima estudados [os princípios fundamentais insculpidos no art. 3º], que inspiram o bem comum, além de sujeitar-se ao devido controle.

Vale transcrever a lição de Mancuso (2002, p. 772):

É dizer, no plano das políticas públicas, onde e quando a Constituição estabelece um *fazer*, ou uma *abstenção*, automaticamente, fica assegurada a possibilidade de *cobrança* dessas condutas comissiva ou omissiva, em face da autoridade e/ou órgão competente [...].

É preciso ter em mente, de um lado que a regra é a *sindicabilidade judicial* dos danos sofridos ou temidos por pessoas físicas e jurídicas, privadas ou públicas (CF, art. 5º, XXXV), respondendo o Estado “pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (CF, art. 37, § 6º); de outro lado, o interesse de agir, que pavimenta o acesso à Justiça, é, como se sabe, *abstrato e autônomo*, e, pois, independe, para ser exercitado que a pretensão material seja efetivamente fundada. De consequente, os atos e fatos de gestão pública que se apresentam judicialmente insindicaíveis apresentam-se como *excepcionais* dentro do sistema, até porque, como aduz Celso Antônio Bandeira de Melo, invocando Afonso Rodrigues de Queirós, “em certos casos não será possível dizer qual o comportamento único obrigatório para atender o interesse público, mas será possível dizer que aquele comportamento específico adotado não é o que o atende”.

Outro não é o magistério de Frischeisen (2000, p. 92-93), para quem a responsabilização do administrador pela omissão da implementação de políticas públicas pode se dar pelos seguintes motivos:

1 – as normas constitucionais que estabelecem os direitos sociais são eficazes e vinculam a administração para sua implementação;

2 – por serem os direitos sociais dotados de eficácia, e para alguns constituindo mesmo direitos fundamentais, que não seriam passíveis de abolição por emenda constitucional, o seu não reconhecimento possibilita aos interessados/legitimados demandarem judicialmente por sua implementação;

3 – a ausência de políticas públicas voltadas para a implementação dos direitos sociais constituem atos omissivos da administração e são passíveis de controle pelo Judiciário, pois existe o juízo de inconstitucionalidade e ilegalidade na omissão da administração;

4 – o não cumprimento das políticas públicas da ordem social fixadas na Constituição atenta contra o devido processo legal que deve ser observado pela administração, bem como contra a finalidade da administração, que é atender o interesse público e

5 – determinadas políticas públicas dependem da atuação de entes e instituições prévias (como a adaptação de prédios e transporte coletivos às necessidades das pessoas portadoras de deficiência), nessa hipótese, a administração poderá ser responsabilizada por ausência de fiscalização, em conjunto com o particular.

Convém frisar que o administrador deve observar o princípio da legalidade. Na clássica lição de Meirelles (2001, p. 82), “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.” Esse princípio, na condição de pressuposto do Estado social democrático de direito, impõe ao poder público uma série de deveres destinados à consecução do bem-estar dos cidadãos.

Mesmo sem aprofundarmo-nos no assunto, vale registrar que a doutrina moderna questiona a nomenclatura *poder discricionário*. Alguns autores, como Mello (1996, p. 548-567) e Figueiredo (2000, p. 189-209), identificam a *discricionariedade* com a idéia de dever. Já para Paula (2001, p. 333), a *discricionariedade* compreende “[...] um direito-dever do administrador. Direito de escolher entre aquelas que podem ser escolhidas e por delegação do voto, as prioridades de governo, inclusive quanto a custos de investimento e manutenção, e o dever de submeter-se às obrigações públicas, aquelas relacionadas aos objetivos fundamentais do Estado.”

Ora, se a República brasileira constitui-se em Estado social

democrático de direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual esteja garantido o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais, e, por fim, seja promovido o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, cor, sexo e idade, resta claro, a não mais poder, que a consecução de tais objetivos somente será possível por meio da implementação das políticas públicas, daí porque ao administrador não é facultado deliberar sobre a conveniência e oportunidade da implementação das políticas públicas, pois sua discricionariedade encontra limites naquelas ações de Estado já consideradas constitucional e/ou legalmente prioritárias. Do contrário, ficaria livre para descumprir normas constitucionais sem poder ser compelido judicialmente ao respectivo cumprimento.

Nessa ordem de idéias, podemos afirmar que, em um Estado social democrático de direito, a omissão do administrador na implementação de políticas públicas, já eleitas como prioritárias, é ilegítima e inconstitucional e, portanto, suscetível de controle pelo Poder Judiciário.

Meireles (2001, p. 106) recorda que “A inércia da Administração, retardando ato ou fato que deva praticar, caracteriza, também, *abuso de poder*, que enseja correção judicial e indenização ao prejudicado.”

Assim, em que pese a seriedade dos argumentos daqueles que sustentam a impossibilidade de controle judicial das condutas omissivas do poder público, tal posicionamento, em face do novo contexto constitucional e da realidade social, está a merecer revisão, pois, o ordenamento jurídico é enfático ao exigir do administrador público a realização de atividades que promovam o bem comum, restringindo, portanto, sua liberdade de atuação. O administrador não tem discricionariedade para deliberar quanto à conveniência e oportunidade da efetivação das políticas públicas previstas no ordenamento constitucional.

Concluímos, portanto, que o administrador está vinculado a realizar as políticas públicas previstas na CF/88 e a sua inércia sujeita-se à apreciação do Poder Judiciário.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Outro argumento, largamente utilizado pelo Judiciário para rechaçar demandas propostas pelo MP, visando a obrigar o administrador a efetivar políticas públicas, é o da independência dos Poderes.

Sustenta-se que ao Poder Judiciário seria vedado interferir nas opções políticas e técnicas inerentes à Administração, sob pena de invasão da competência própria do Poder Executivo, o que acarretaria a violação do princípio constitucional da separação dos Poderes (art. 2º da CF/88).

A tripartição dos Poderes já foi objeto de estudo dos maiores vultos do pensamento na história, mas foi Montesquieu na obra *O Espírito das leis*, o grande sistematizador da teoria da separação de Poderes. Não podemos olvidar que a concepção do Estado moderno, exposta pelos pensadores políticos europeus nos fins do séc. XVII, buscava pôr fim ao absolutismo monárquico. O cenário político de então era completamente diverso do atual, já que, hoje, vivemos, em uma sociedade industrializada e democrática, centrada em uma economia de massa. Para Mancuso (2002, p. 777), o mais correto seria “[...] falar numa *interdependência* entre as funções ou atividades estatais [...].”

Comparato (1997, p. 19) entende que aquela divisão clássica deixava evidente a prevalência do Poder Legislativo e, naquele tempo, a promulgação de uma lei significava o fim precípua da atividade estatal. Porém, no Estado social de direito, a promulgação de uma lei é apenas começo de obrigações a serem adimplidas pela administração pública.

Assim, no mundo moderno, como ensina Mancuso (2002, p. 781) “[...] o Estado nomocrático (=editor de normas) vai sendo suplantado pelo *Estado telocrático*, ao qual impende implementar, *eficazmente*, as declarações contidas nas normas, para que estas desçam do plano teórico ou formal e se convertam em *políticas públicas* idôneas e operantes.”

Portanto, neste contexto atual, não há mais como se aceitar o argumento da inviabilidade do controle judicial das políticas públicas em razão do princípio da separação dos Poderes, pois os princípios constitucionais têm de ser interpretados de forma que sejam compatibilizados entre si.

Dentre os princípios da interpretação constitucional encontramos o da máxima efetividade, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva que, na lição de Canotilho (1995, p. 227):

[...] pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Sobre o tema, com argúcia, Passos (2002, p. 507) assevera:

O compromisso com a efetividade evidencia-se, ainda, nas disposições dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Carta Constitucional, que estabelecem a aplicação imediata e incondicional das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, bem como que estes direitos e garantias não excluem outros, eventualmente não expressos no corpo da Constituição, *mas que sejam compatíveis com os princípios democráticos que a*

norteiam, ou que decorram dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte.

Neste contexto, só se pode compreender a disposição do art. 2º da ordem constitucional mediante a consideração de seus princípios sociais fundamentais: mais do que mera “divisão funcional” do poder soberano, tendente à garantia *instrumental* contra a tirania ou o autoritarismo político, trata-se aqui de adotar o mecanismo de *garantia material das finalidades* e princípios assegurados pelo legislador ordinário.”

Lembra Silva (1991, p. 402) que “[...] o princípio é o da eficácia plena e a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos.”

Além disso, vale transcrever a parte da crítica que Grau (2002, p. 235) faz à *separação dos poderes*:

A desimportância atribuída por Montesquieu ao poder de julgar decorre da circunstância de, à época, ser ele efetivamente menor. Aqui desejo traçar, desde logo, paralelismo entre essa desimportância e a de outro poder (função), àquela época inconcebível e, ainda hoje, injustificadamente tido desimportante. Refiro-me a um novo poder (função) empalmado pelo Estado, o de implantar políticas públicas.

Portanto, a concepção do Judiciário e dos demais poderes como compartimentos estanques entre si deve ser abandonada, porque, como visto, os princípios constitucionais devem se harmonizar e, assim, se ao Judiciário está incumbida a responsabilidade de aplicar o ordenamento jurídico e de propiciar a efetividade dos direitos individuais e coletivos, há de enfrentar as questões postas e prestar a tutela jurisdicional que garanta a paz e a justiça social.

Não pode o Judiciário furtar-se ao seu dever de dizer o direito, em especial, quando se trata de questão tão relevante quanto à efetividade dos direitos sociais previstos na CF/88.

Salientamos que, a fim de afastar sua condenação na obrigação de implementar políticas públicas, o poder público, usualmente, alega a ausência de previsão orçamentária para o atendimento do pleito.

Falacioso tal argumento, pois as políticas públicas já estão previstas constitucionalmente e, assim, pressupõe-se que o poder público as preveja em seu orçamento.

A matéria foi analisada pela Professora Figueiredo (1996, p. 27), em palestra proferida na Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que assim se manifestou:

O orçamento não é uma peça livre para o Administrador. Há valores que são priorizados pelas Constituições Federal e Estadual. Aqui, também, por

vezes, o administrador não tem qualquer discricionariedade, pois, do contrário, seria lhe dar o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades e de urgência que, no Brasil e no Estado de São Paulo, foi constitucionalmente fixada.

Para Mancuso (2002, p. 787), essa moderna concepção de políticas públicas e o reconhecimento da possibilidade da apreciação do mérito administrativo pelo Poder Judiciário requer dos julgadores espírito inovador, crítico e conciliador, além de compromisso com o valor do justo e com uma prestação jurisdicional idônea em seu grau de eficácia social.

Portanto, feitas essas considerações quanto à impossibilidade de invocar a tripartição dos Poderes, a discricionariedade da administração e a ausência de previsão orçamentária como manto protetor da omissão do poder público em relação às políticas públicas, passaremos, no próximo tópico, a discorrer sobre a atuação do MP no que tange à implementação das políticas públicas.

5 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

Como visto nos tópicos anteriores, se a administração pública não implementa as políticas públicas previstas na CF/88, os cidadãos, que têm direito a tais prestações positivas, podem, por si ou por seus substitutos processuais, provocar o Poder Judiciário.

Bobbio (1992, p. 25 e 63), expressa sua preocupação quanto à efetividade dos direitos sociais:

[...] o problema que temos, diante de nós, não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

[...]

[...] descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade.

Consoante já mencionado neste artigo, a defesa dos direitos sociais

pelos co-legitimados do MP, até o presente momento, ainda é tímida.

Assim, o *Parquet*, que se encontra legitimado a promover medidas que visem à concretização dos direitos sociais – sua legitimidade está prevista nos arts. 127 e 129, II, III e IX, da CF/88 e nos arts. 5º e 6º, VIII, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 – é o responsável pelo maior número de ações propostas com tal finalidade.

No Estado de Minas Gerais, a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994) prevê em seu art. 66, VI, a, a possibilidade de o *Parquet* manejar a ação civil pública para a “proteção, prevenção e reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e aos direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos”.

Podemos dizer, então, que o MP, após a CF/88, assumiu relevante papel, pois deixou de ser apenas defensor do Estado para ser também defensor da sociedade.

Goulart e Machado³ resumem a nova atuação da instituição da seguinte forma:

'A evolução histórica do Ministério Público revela essa gradativa mudança de função como o sinal inequívoco do seu deslocamento institucional na superestrutura do Estado. Passando de procuradoria do rei à defensoria do povo, o Ministério Público brasileiro, com estruturação jurídico-formal das mais modernas, hoje é organismo que integra e representa a sociedade civil.'

A atuação do MP poderá ocorrer judicial ou extrajudicialmente.

Extrajudicialmente, a sua atuação se dá por meio da instauração de inquéritos civis públicos e outros procedimentos administrativos.

Sem dúvida, o inquérito civil público, dada sua relevância, é importantíssimo instrumento para a atuação do MP, que poderá colher elementos de convicção que darão ou não ensejo à propositura de ação civil pública. E, mais, no curso de procedimento administrativo ou inquérito civil público, o *Parquet* e o poder público poderão firmar Termo de Ajustamento de Conduta – TAC.⁴ Assim, no que tange à implantação das políticas públicas, o

³ GOURLART, Marcelo Pedroso; MACHADO, Antônio Alberto *apud* ARANTES, 1999.

⁴ Mazzilli (1999, p. 295), explica que “Ao contrário de uma transação vera e própria do direito civil, na qual as partes transigentes fazem concessões mútuas para terminarem o litígio, já na área dos interesses metaindividuais temos o *compromisso* exclusivo do causador do dano (compromitente) a *ajustar* sua conduta de modo a submetê-la às exigências legais (objeto). De sua parte, o órgão público legitimado que toma o compromisso (compromissário), não se obriga a conduta alguma, exceto, como decorrência implícita, a não agir judicialmente contra o compromitente em relação

inquérito civil público permite negociação direta do Promotor de Justiça com a administração, o que conduz, em não raras oportunidades, a bom termo.

Como exemplos podemos citar os TACs firmados pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais MPMG com os diversos órgãos da administração pública:

1. TAC firmado entre o MPMG, pela Promotoria de Justiça da Comarca de Formiga e o Município de Formiga para implantação do projeto de rede coletora e interceptores de efluentes e construção de estação de tratamento de efluentes, no município de Formiga;
2. TAC firmado entre o MPMG, pela Promotoria de Justiça de Defesa das Pessoas Portadoras de Deficiência e Idosos de Belo Horizonte e a Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – BHTrans com a finalidade de aumentar o número de estacionamentos reservados para pessoas portadoras de deficiência no município de Belo Horizonte, nos termos do art. 7º da Lei Federal nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000;
3. TAC firmado entre o MPMG, pela Promotoria de Justiça de Defesa das Pessoas Portadoras de Deficiência e Idosos de Belo Horizonte e o Estado de Minas Gerais com o objetivo de garantir as condições mínimas de acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência, em conformidade com o disposto na Lei Federal nº 10.098/2000, a Lei Estadual nº 11.666, de 09 de dezembro de 1994, a Resolução CNE/CEB nº 02, de 11 de setembro de 2001 e critérios definidos na NBR 9050 da ABNT. O Estado de Minas Gerais assumiu, dentre outras, a obrigação de exigir, em todos os convênios com as Prefeituras Municipais, para a construção, ampliação ou reforma de escolas públicas, condições mínimas de acessibilidade aos alunos portadores de deficiência, garantindo-lhe o acesso adequado e digno a todos os espaços de uso comum das escolas, como sanitários, refeitórios, bibliotecas, auditórios, pátio, quadras e outros e, pelo menos, parte das salas de aula;
4. TAC firmado entre o MPMG, pela Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Histórico e Cultural e de Habitação e Urbanismo da Comarca de Belo Horizonte, e o Município de Belo Horizonte a fim de garantir o cumprimento, pelo Município de Belo Horizonte, de política de atendimento emergencial e prioritário às populações desabrigadas pelas chuvas e residentes em áreas de alto e médio risco, em vilas e favelas, nos termos do disposto nos arts. 12 e 210 da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte e nos arts. 28, 29 e 30 do Plano Diretor do Município de Belo Horizonte (Lei Municipal nº 7.165, de 27 de

àquilo que foi objeto do ajuste, exceto sob alteração da situação de fato (cláusula *rebus sic stantibus* implícita), ou em caso de interesse público indisponível.” Além disso, hoje se reconhece qualidade de título executivo extrajudicial às transações referendadas pelo MP.

agosto de 1996);

5. TAC firmado entre o MPMG, pela Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e o Departamento de Obras Públicas do Estado de Minas Gerais – DEOP/MG, a Superintendência de Desenvolvimento da Capital – SUDECAP, o Consórcio ÁPIA/ECP e a empresa Via Engenharia S/A para recompor o pavimento da Rodovia 240.

Os exemplos mencionados demonstram que o MP, por meio dos TACs, tem obtido sucesso em compelir o poder público a implementar políticas públicas.

Em razão disso e descontentes com as respostas obtidas no Poder Judiciário, muitos Promotores de Justiça, consoante revela Silva (2001), estão evitando a via judicial e utilizam-se, cada vez mais, de sua atuação extrajudicial para articular forças, mobilizar recursos da sociedade e, assim, conseguir entabular acordos com o poder público.

Outro instrumento de atuação extrajudicial do MP é a expedição de recomendações prevista no art. 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/93:

.....
Art. 6º – Compete ao Ministério Público da União:

.....
XX – expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.
.....

Para Frischeisen (2000, p. 138-139), tal instrumento será eficaz à medida que o administrador público reconhecer o MP como agente da transformação social. Esclarece a autora:

A Recomendação, na área dos direitos sociais, permite a administração incorporar em seu ordenamento e planejamento de políticas públicas linhas de atuação que auxiliam o efetivo exercício dos direitos assegurados na Constituição, possibilitando também a conciliação de interesses, que foram levados pela Sociedade Civil ao Ministério Público, ou que surgiram da própria ação de fiscal da lei do *Parquet*.

Afastada a possibilidade de negociação com o poder público e, havendo indícios suficientes de sua omissão em relação a determinada política pública, o MP poderá, então, atuar judicialmente, propondo ação civil pública.

A Lei nº 7.347/85 disciplinou a ação civil pública, que pode ser ajuizada pelo MP e demais legitimados (art. 5º), para a defesa de danos causados

ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico.

Referida ação foi consagrada pela CF/88 (art. 129, III), oportunidade em que o constituinte conferiu novo perfil ao MP e incumbiu-lhe a promoção do inquérito civil público e da ação civil pública, “[...] para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

Por sua vez, o CDC ampliou o campo da ação civil pública, dispondo que ela poderia tutelar os interesses ou direitos individuais homogêneos.

Além disso, como lembra Almeida (2001, p. 47), outros diplomas legais a previram como o instrumento legal apto a assegurar a proteção de diversos bens tutelados, como as pessoas portadoras de deficiência (Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989), os titulares e os investidores nos mercados de valores imobiliários (Lei nº 7.913, de 07 de dezembro de 1989), a criança e o adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), a probidade administrativa (Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992). Recentemente também a ordem urbanística, a ordem econômica e a economia popular foram incluídas no rol dos objetos da ação civil pública (art. 6º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, em vigor por força do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001).

É esse instrumento constitucionalmente previsto que pode ser manejado pelo Ministério Público, a fim de compelir o poder público a implementar políticas públicas. Em geral, tais ações têm como objeto a condenação do poder público à obrigação de fazer.

Ressalta Frischeisen (2000, p. 127) que a ação civil pública visando à concretização de políticas públicas, às vezes, deverá ser proposta também contra particulares, os quais figuraram no pólo passivo da relação processual na condição de litisconsortes dos órgãos de fiscalização da administração.

Em razão desse novo perfil constitucional e na certeza de que o MP e o Poder Judiciário poderão promover profundas alterações na realidade social brasileira, Promotores de Justiça estão buscando romper bases tradicionais do ordenamento jurídico, propondo ações civis públicas, como observa Arantes (1999), às vezes, invocando diretamente a Constituição.

A guisa de exemplo, podemos citar ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais que, por intermédio do Promotor de Justiça Nívio Leandro Previato, em exercício na Comarca de Andradas, após argumentar – e demonstrar com dados estatísticos – que a insuficiência de policiais civis e militares, naquela comarca, estava acarretando o aumento da criminalidade, invocou os arts. 144 da CF/88 e 136 da Constituição do Estado de Minas Gerais, os quais dispõem que a segurança pública é dever do Estado e direito de todos e requereu a condenação do Estado de Minas Gerais na obrigação de fazer, consistente na nomeação e designação de policiais civis e militares para os municípios de Andradas e Ibityúra de Minas em números

condizentes com a necessidade da população e no fornecimento de material e de combustível necessários ao trabalho policial.

Em primeira instância, o processo foi extinto sem julgamento do mérito porque a Magistrada entendeu que o *Parquet* seria carecedor de ação, pois faltava-lhe interesse de agir. O combativo Promotor de Justiça avioou recurso de apelação, ao qual foi dado provimento.

A ementa do acórdão é a seguinte:

SEGURANÇA PÚBLICA – POSSIBILIDADE DE SE CONSTITUIR OBJETIVAMENTE NUM INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO DA SOCIEDADE – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM E INTERESSE DE AGIR. Havendo divergência entre o interesse público primário da sociedade, reconhecido em norma jurídica, e o interesse público secundário do Estado – conveniência e oportunidade do ente governamental, prepondera o amparo do primeiro sobre o do segundo, eis que aquele passa a constituir-se numa obrigação do Estado, e não mera oportunidade ou conveniência política do governo. O dever de oferecer segurança pública, constatado objetivamente na instrução processual é, em tese, interesse público primário da sociedade passível de ser amparado por ação civil pública ajuizada, pelo Ministério Público, a quem se confere, em lei, legitimidade ativa ad causam e interesse de agir. (TJMG – Apelação Cível nº 280.735-2/00 – 5ª Câmara cível – Comarca de Andradás – Rel. Des. Maria Elza – j. 19.12.2002 – DJ 18.02.2003).

Do voto proferido pela eminente Desembargadora Relatora Maria Elza colhe-se:

[...] havendo indícios de possível omissão do Estado quanto a dever jurídico a ele imposto no sentido de suprir a segurança pública nos municípios localizados em seu território, em caráter objetivamente constatável, restariam caracterizados, em tese, o interesse e a legitimidade ativa ad causam do Ministério Público em ajuizar a ação civil pública, nos termos do artigo 127 c/c artigo 129, III, da Constituição do Brasil, regulamentados no artigo 1., inciso IV, no artigo 3. e no artigo 5. da Lei Federal nº 7.347, de 24/7/85, que foi recepcionada pela vigente Constituição.

A experiência mostra, todavia, que decisões como essa ainda são escassas, pois nem sempre o *Parquet* obtém sucesso nas demandas propostas que visam à concretização das políticas públicas.

Podemos dizer, então, que estamos diante de um paradoxo, pois, enquanto na esfera extrajudicial, o MP vem colhendo bons e positivos resultados, porque consegue, como nos exemplos citados, entabular acordos

com o poder público, a fim de que ele implemente políticas públicas, o mesmo não ocorre no âmbito judicial, pois quando é compelido a propor ação civil pública, em raras oportunidades tem logrado êxito, porque o Poder Judiciário, com o argumento de que a atividade discricionária caracteriza-se pelo direito de escolha do administrador entre diversas alternativas, todas válidas e/ou porque a substituição do administrador fere o princípio da separação dos Poderes ou, ainda, porque não há previsão orçamentária, não acolhe sua pretensão.

Após essas breves considerações quanto à atuação do MP, analisaremos o posicionamento atual de nossos Tribunais em face desses novos conflitos.

6 A POSIÇÃO ATUAL DOS TRIBUNAIS

Embora possamos afirmar que o MP é o órgão naturalmente vocacionado para a defesa da sociedade, já que os arts. 127 e 129, II, III e IX, da Carta Magna, lhe outorgam essa atribuição, nem sempre a Instituição obtém o resultado esperado nas ações civis públicas que propõe em desfavor do poder público almejando a implementação de políticas públicas.

E isso se dá porque, consoante explicitado anteriormente, o Poder Judiciário, ao argumento de que a condenação do Poder Executivo à obrigação de fazer constitui invasão na esfera de outro Poder, em algumas oportunidades extingue o processo sem julgamento do mérito por impossibilidade jurídica do pedido e, em outras, julga improcedentes as ações civis públicas propostas pelo *Parquet*.

Para ilustrar, transcreve-se a seguinte ementa:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – Esgotos domésticos – Lançamento em córrego sem tratamento – Ação visando a que a prefeitura construísse sistema de tratamento – Impossibilidade jurídica – Ato administrativo condicionado à conveniência e oportunidade – Impossibilidade de substituição do Poder Judiciário de tais atos Decisão reformada. (TJSP – Apelação Cível nº 166.981-1/1 – Comarca de Marília – 5ª Câmara cível – Rel. Des. Marco César – j. 07.05.1992 – RT 685/84-85).⁵

No mesmo sentido, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça – STJ, pois, ao julgar Recurso Especial aviado contra acórdão proferido pelo

⁵ Na oportunidade, o eminente Relator fundamentou seu voto, afirmando que a pretensão do Ministério Público em ver compelida a Prefeitura local à construção de sistemas de esgotos ou de contenção de seus detritos e tratamento, antes de serem lançados às águas fluviais, não tinha “cabida (sic) ao prisma da ordem político-social, como também ante a CF, desde seu art. 2º, nem é da letra ou do sentido da legislação específica das ações civis públicas.”

Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP, no qual se reconhecia a obrigatoriedade do Município de São Paulo de regularizar loteamento, deu provimento ao recurso. Na oportunidade, o eminente Relator Ministro José Delgado consignou:

O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, em nosso ordenamento jurídico, não permite que o Executivo seja substituído, na execução das atividades de administração, pelo Poder Judiciário. Este, no exercício de sua função constitucional, exerce, apenas, controle sobre a competência, forma, finalidade, motivo e objeto do ato administrativo. Nunca, porém, no concernente à execução de atos de administração, haja vista que, no particular deve ser respeitada a autonomia do Executivo em definir no uso de sua atividade discricionária, da conveniência e oportunidade de atuar, tudo vinculado à previsão orçamentária e ao programa de governo.

O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre tais atos e sobre seu conteúdo, isto é, se, ao serem executados os princípios da legalidade, moralidade, transparência, impessoalidade, formalidade foram obedecidos. Poderá suspendê-las se ofensa aos mencionados princípios forem detectadas. Diferente, porém, é em substituição à atividade administrativa do Poder Executivo, determinar que sejam executados. (STJ – Recurso Especial nº 169.876-SP – 1ª Turma – Rel. Min. José Delgado – j. 16.06.1998 – DJ 21.09.1998).⁶

⁶ A ementa do acórdão é a seguinte:

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 infraestrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano.
3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e 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.

Idêntico entendimento adotou o ilustre Ministro Paulo Medina, que, no julgamento do Agravo Regimental interposto no Recurso Especial nº 261.144-SP, asseverou não ser possível ao Poder Judiciário substituir o poder público, elegendo, em seu lugar, prioridades. (STJ Agravo Regimental no Recurso Especial nº 261.144-SP 2ª Turma Rel. Min. Paulo Medina j. 06.09.2001 DJ 10.03.2003, p. 143).⁷

Essa cautela dos membros do Poder Judiciário, em delimitar sua própria atuação, decorre, em especial, da deficiente formação jurídica oferecida pelas faculdades de Direito, pois se enfatiza, de forma exacerbada, o normativismo e o positivismo.

Há excessivo apego aos ritos e procedimentos formais em detrimento de uma visão mais crítica da realidade social e da relevante função social que lhes cabe desempenhar.

Sobre a questão, Cintra (1979, p. 50-51) expõe:

[...] o Poder Judiciário muitas vezes refreia a extensão do seu controle natural sobre os atos administrativos, numa auto-restrição que importa, a final, na abertura de uma área de discricionariedade administrativa delimitada pela jurisprudência, mas informada por um certo casuismo que permite a interferência judicial sempre que a decisão executiva seja aberrante dos princípios da justiça. Esta atitude do Judiciário é que explica a existência de certos problemas puramente artificiais relativos ao controle jurisdicional sobre o ato administrativo, tais como o de saber se os fatos que condicionam sua edição são ou não suscetíveis de reexame pelo juiz ou, em caso afirmativo, em que medida o são quando se sabe que é função primordial do magistrado dizer qual é o direito in concreto, aplicar a norma jurídica abstrata a uma determinada situação de fato; ou o de retirar do juiz o poder (que lhe é inerente) de interpretar a lei sempre que esta empregue conceitos vagos, indeterminados, imprecisos ou suscetíveis de vários sentidos, por se considerar o poder discricionário como a liberdade de determinar-lhes o sentido.

É bom salientar que tal posicionamento – com menor frequência também é encontrado em Promotores de Justiça, os quais são denominados por

⁷ O acórdão proferido restou assim ementado:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

1. O Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, deve observância aos princípios constitucionais, inclusive ao da independência e harmonia entre poderes (art. 2º, CF).
2. A observância das normas constitucionais delimita a interpretação e o âmbito de aplicação da legislação infraconstitucional.
3. Não compete ao Judiciário, no seu mister, editar normas genéricas e abstratas de conduta, nem fixar prioridades no desenvolvimento de atividades de administração.
4. O Poder Executivo compete analisar a conveniência e oportunidade da adoção de medidas administrativas.
5. Agravo desprovido.

Silva (2001), de *promotores de gabinete* e que, tal como ocorre com alguns Magistrados, não se vêem como autoridade que deve exigir continuamente do poder público a implementação de políticas e programas sociais.

Muito embora o princípio da separação dos Poderes continue a ser utilizado por doutrinadores de escol e por grande número de membros do Poder Judiciário como fundamento para rechaçar as ações civis públicas propostas pelo Ministério Público, que tenham como objeto a implementação de políticas públicas, não se pode perder de vista que o direito também é política pública. Nesse sentido, lapidar é a lição de Grau (2002, p. 26): “A expressão *políticas públicas* designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma política pública o direito é também, ele próprio, uma política pública.”

Dinamarco (1999, p. 61) aduz que tais regras, além de abstratas e ortodoxas, desprezam a realidade atual e assim renunciam a soluções práticas de utilidade geral.

Faria (1998, p. 109) avalia a atuação do Poder Judiciário da seguinte forma:

[...] o Judiciário assumiu uma postura relativamente contemporizadora diante do advento dos direitos sociais. Invocando a independência dos poderes na melhor tradição da democracia liberal clássica e esquecendo-se de que também é parte fundamental do Estado, ele se tem furtado a *enquadrar* o Executivo – uma inércia que se dá, justamente, no momento em que este poder, a pretexto da resolução de sua “crise fiscal”, vem promovendo cortes drásticos em suas políticas públicas e, sob a forma de programas de privatização nos campos de saúde, educação e previdência, procurando fugir de suas obrigações sociais.

Destarte, no estágio atual da evolução do direito, não se concebe que o positivismo exacerbado prevaleça sobre o bem comum, pois a efetivação dos direitos sociais é condição essencial para que o Brasil possa ser um país democrático e justo.⁸

O Poder Judiciário, ao garantir a efetivação dos direitos sociais, estará, em última análise, garantindo a supremacia da Constituição.

Canotilho (1995, p. 360-362) assevera que dos princípios da constitucionalidade e da supremacia da Constituição decorrem outros elementos, de significativa importância, a saber: a) vinculação do legislador à constituição; b) vinculação de todos os restantes atos do Estado à constituição;

⁸ Para Zaluar (1997), a implementação das políticas públicas no Brasil deve ocorrer “[...] não porque os pobres constituam um perigo permanente à segurança, não porque venham a ser as classes perigosas, mas porque um país democrático e justo não pode existir sem tais políticas.”

c) o princípio da reserva da constituição e d) força normativa da constituição. Aduz então que o princípio da conformidade dos atos do Estado com a Constituição é o mais amplo princípio relativo à constitucionalidade das leis, pois exige que todos os atos dos poderes públicos, aqui compreendido em sentido amplo (Estado, poderes autônomos e entidades públicas) devem estar em consonância com a constituição.

E finaliza, afirmando que “[...] o princípio da constitucionalidade não é apenas uma exigência de actos que não violem positivamente a constituição; também a *omissão* inconstitucional, por falta de cumprimento das imposições constitucionais ou das ordens de legislar, constitui uma violação do princípio da constitucionalidade.” (CANOTILHO, 1995, p. 361).

Portanto, atualmente, um dos desafios do Poder Judiciário é, sem dúvida, conferir efetividade aos direitos sociais.

No entanto, somente conseguirá desempenhar tão importante função à medida que se distanciar de antigos dogmas – e preconceitos – conscientizando-se de que passou a exercer papel ativo na construção da cidadania e da verdadeira justiça social, sob pena de tornar-se, na expressão de Cappelletti (1993, p. 53), um poder débil e confinado, essencialmente, aos conflitos privados.

Há juízes que têm consciência da relevância de sua função social. A Ministra do STJ Eliana Calmon (2002) sintetiza bem a questão:

A CF/88 colocou o Poder Judiciário dentro de contexto político extremamente delicado: atribuiu-lhe mecanismos moderníssimos para romper as amarras com os demais Poderes e assim emergir como a terceira e grande força de um mundo novo, veloz e democrático, em que o Estado vai perdendo a supremacia para colocar-se, efetivamente, a serviço da Nação. Mas manteve a instituição Estado-Juiz atrelada a uma estrutura arcaica, burocrática e incompatível com as suas competências e a velocidade da vida.

Incapaz de atender aos cidadãos e desautorizado a formar parcerias, o Judiciário desagrada a todos. Têm os seus integrantes consciência da impotência, mas não sabem o que fazer para sair desta armadura estrutural.

O Juiz do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo – TASP, José Renato Nalini, em artigo no qual analisa o Juiz e sua atuação na proteção dos interesses difusos, entende que os Magistrados deverão ser lúcidos na apreciação dessas causas, pois incumbe-lhes a conscientização quanto à realidade que os cerca. Adverte-os de que, segundo a lição de Raffaele Bertoni, “[...] onde falha o poder, não resta senão ao juiz defender os interesses dos cidadãos e de qualquer deles, como indivíduo ou como integrante de toda formação social.” (NALINI, 1992, p. 266).

Quanto à pretensa invasão na seara do outro poder, sugere-lhes

tranquilidade, pois ao julgar demandas que envolvem a tutela dos interesses difusos “Apenas cumprem o papel que lhes preordenou a própria ordem constitucional e suprem a omissão do Poder Público, incapaz de satisfazer integralmente a todos.” (NALINI, 1992, p. 265).

Ackel Filho (1990, p. 58), também Magistrado paulista, reconhece a propriedade da propositura da ação civil pública “[...] inclusive em casos em que a conduta administrativa é discricionária [...]”.

Esse posicionamento de integrantes do Poder Judiciário – ainda inovador – já é realidade e, à guisa de ilustração, além da decisão já mencionada no tópico anterior, podemos citar o Recurso Especial nº 442.693-RS, no qual foi assegurado a menor tratamento médico e psiquiátrico, a cargo do Município de Camaquã. Na oportunidade, o Ministro José Delgado salientou:

CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – APLICAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-PROTETIVA MANUTENÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO E PSQUIÁTRICO OU PSICOLÓGICO A MENOR PELO ESTADO (MUNICÍPIO) – OBRIGATORIEDADE – AFASTAMENTO DAS DELIMITAÇÕES – DEVER CONSTITUCIONAL – ART. 70, C/C OS ARTS. 98, I, E 101, V, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ARTS. 196 E 227, DA CF/1988 – PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR E DO COLENDO STF. [...] O art. 7º, c/c os arts. 98, I, e 101, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente dão plena eficácia ao direito consagrado na Constituição Federal (arts. 196 e 227), à inibir a omissão do ente público (União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico a menor necessitado, inclusive com fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida verificada no caso dos autos se impõe de maneira imediata, em vista da urgência e conseqüências que possam acarretar sua não-realização.

Pela peculiaridade do caso e em face da sua urgência, há que se afastar delimitações na efetivação da medida sócio-protetiva pleiteada, não padecendo de qualquer ilegalidade a decisão que ordena à Administração Pública a continuidade de tratamento médico e psiquiátrico ou psicológico de menor. (STJ – Recurso Especial nº 442.693-RS – 1ª Turma Rel. Min. José Delgado – j. 17.09.2002 – DJ 21.10.2002, p. 311).

No mesmo diapasão, as seguintes decisões:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Preliminares afastadas – Ação proposta que visa obtenção de recursos humanos e materiais da Administração Estadual para a aplicação de medicamentos quimioterápicos em crianças em hospital da rede pública – Inexistência de ofensa ao princípio da separação de poderes – Não se trata de intromissão na

condução política da saúde – Imperiosa necessidade de provação do Poder Judiciário para garantir a aplicação das leis – Imposição ao Estado do cumprimento de suas obrigações sociais – Manutenção da r. sentença que julgou parcialmente procedente o pedido – Improvimento dos recursos. (TJSP – Apelação Cível nº 195.593-5/6 – 7ª Câmara de Direito Público – Comarca de São Paulo – Rel. Des. Prado Ferreira – j. 03.02.2003).

ACÃO CIVIL PÚBLICA – DEMANDA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, VISANDO OBRIGAR A MUNICIPALIDADE A EFETUAR PRÉVIO TRATAMENTO ANTES DE LANÇAR O ESGOTO EM CURSOS D'ÁGUA, COM RESTAURAÇÃO DO AMBIENTE DEGRADADO – CARÊNCIA DA AÇÃO DECRETADA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, SOB O FUNDAMENTO DE INTERFERÊNCIA NO PODER EXECUTIVO – POSSIBILIDADE DA DEMANDA E DA ATUAÇÃO MINISTERIAL NA FORMA DO ART. 129, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEI Nº 7.347/85 – PRETENSÃO BUSCANDO COIBIR DEGRADAÇÃO DE MEIO AMBIENTE E DE DANOS À SAÚDE PÚBLICA, NÃO PODENDO SER OBSTADA SOB O MANTO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA – SENTENÇA DE CARÊNCIA AFASTADA, COM DETERMINAÇÃO PARA PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO – RECURSO MINISTERIAL PROVIDO – Possível o ajuizamento de ação civil pública, pelo Ministério Público, visando obstar ato de Municipalidade de despejar esgoto, sem tratamento, em curso d'água, evitando-se a degradação do meio ambiente e danos à saúde pública. (TJSP – Apelação Cível nº 047.991-5 – 1ª Câmara de Direito Público – Rel.: Des. Luís Ganzlerla – j. 16.11.1999).

ACÃO CIVIL PÚBLICA. OMISSÃO DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E ADOLESCENTE, COM VISTAS À EDUCAÇÃO, SAÚDE, SEGURANÇA E OUTROS INSERIDOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ESTADUAL E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Exsurge evidenciada a omissão do Poder Público Estadual em não cumprir integralmente o dever constitucional de fornecer ensino fundamental obrigatório e satisfatório, ao deixar de efetuar reparos urgentes em colégios públicos, dotá-los de instrumental necessário à melhoria da qualidade de ensino, com reposição de móveis, livros e materiais didáticos e de limpeza, dentre outros, além de não proceder a abertura de concurso público capaz de suprir a deficiência de professores habilitados.

POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – CONCEITO – NECESSIDADE DE MELHOR ADAPTAÇÃO AOS DIAS ATUAIS EM FACE DAS RECENTES MUDANÇAS PROCESSUAIS –

ADMISSIBILIDADE.

A inspiração do legislador brasileiro na legislação suíça, segundo preceitos já conhecidos no direito pátrio, autoriza o juiz a decidir as causas que lhe forem submetidas, mesmo sem expressa e específica previsão legislativa, sem que se possa negar sumariamente a pretensão, tomando o pronunciamento do pedido admissível em abstrato, podendo o juiz, nesse caso, recorrer a outros subsídios. Destarte, para manejar a tutela jurisdicional, é essencial que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício. Haverá, pois, possibilidade jurídica quando evidente a falta de impedimento. (TJSC – Apelação Cível nº 96.005489-8 – Comarca de Blumenau – 1ª Câmara Civil – Rel. Des. Carlos Prudêncio – j. 30.06.1997).

Para fundamentar seu posicionamento, o Relator transcreveu parte do voto proferido pelo Desembargador Ruy Ruben Ruschel, no qual critica a adoção do princípio da separação dos poderes com a rigidez que os Tribunais lhe atribuem:

‘Um dos maiores obstáculos à implementação prática dessa tese resulta de como se tem entendido o princípio da separação dos Poderes. Os juristas tradicionais inclinam-se a conferir ao princípio valor mais absoluto do que atualmente tem. Na verdade, a separação nunca assumiu um caráter rígido. Seu próprio criador Montesquieu admitiu algumas exceções, tais como: a fiscalização legislativa do Executivo “para ver se as (leis) que fez são bem executadas”; a prerrogativa do Poder Executivo de convocar e desconvocar a assembléia dos legisladores; a faculdade de os corpos legislativos julgarem os poderosos e os que violam direitos do povo; a competência executiva de fazer prisões em caso de perigo público; e o veto governamental às leis... Em síntese, há necessidade de comprometer-se o povo com a realidade constitucional, invocando-se a presença conivente do Judiciário como aquele apto a vocalizar a vontade da Lei Maior, influídas pelo clamor popular. Se faltarem a vontade política ou a eficiência fática dos demais Poderes, resta ao Judiciário ocupar o espaço aberto, conquistando-o até fixar seus próprios limites. Se não o fizer invocado caso a caso, estará tomando uma postura conservadora, timorata ante as “doutrinas consolidadas” (na verdade superáveis), cúmplice da histórica iniquidade que infelicita nosso povo... Por tudo isso, no caso acima figurado parece-me que a discricionariedade administrativa restringe-se ao conteúdo do decreto de instalação e aos detalhes das providências para cumpri-lo, mas não mais comporta a liberdade de protelar a concretização dos direitos sociais.’

Ainda nesse sentido, o STF, no julgamento do Agravo no Recurso Extraordinário nº 271.286-8-RS, rejeitou a tese de que a efetivação de direito

social no caso, a saúde estaria condicionada à previsão orçamentária. Extrai-se do voto condutor do Acórdão, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello:

PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECUSOS 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.

[...]

Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão constitucional em que este atue no plano de nossa organização federativa.

A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa.

Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet. 1.246-SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.

[...]

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 (JOSE CRETELLA JUNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. VIII/4332-4334, item nº 181, 1993, Forense Universitária) – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, 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.

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações

de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação – , que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. (STF – Agravo no Recurso Especial nº 271.286-RS – 2ª Turma – Comarca de Porto Alegre – Rel. Min. Celso de Mello – j. 12.09.2000 – DJ 24.11.2000).

São essas decisões que devem servir de estímulo aos operadores do Direito que atuam na defesa dos direitos difusos e coletivos a continuar buscando a implementação das políticas públicas.

O caminho é árduo, mas será compensador, porque, se pudermos, com nosso esforço, ver parcela da sociedade incluída, ou seja, se conseguirmos presenciar, em especial, a parcela mais pobre de nossa população atendida por políticas públicas que lhe garantam a existência digna, consoante a promessa feita pelo constituinte, nossa missão constitucional terá sido cumprida. Teremos a certeza de que a Constituição deixou de ser uma *carta de intenções* e tornou-se realidade, em especial, para os menos afortunados.

7 CONCLUSÃO

A concretização da sociedade almejada pelo constituinte – livre, justa e solidária, na qual esteja garantido o desenvolvimento nacional, sejam erradicadas a pobreza e a marginalização, sejam reduzidas as desigualdades sociais e regionais e, ainda, onde se promova o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação – depende, sem dúvida, da efetivação dos direitos sociais assegurados no art. 6º da Carta Magna.

A omissão do Estado autoriza a atuação do MP e do Poder Judiciário, que poderão utilizar os instrumentos constitucionais colocados à sua disposição, com o objetivo de buscar a efetivação dos direitos sociais.

Não obstante a existência de expressa previsão constitucional para a atuação do MP, conferindo-lhe legitimidade para ajuizar ações civis públicas visando à implementação de políticas públicas, o Poder Judiciário ainda não vem dando a resposta aguardada pela sociedade, pois se escuda no art. 2º da CF/88, esquecendo-se, porém, de sua relevante função social.

Contudo, como demonstrado, o Poder Judiciário não só pode, como deve determinar a implementação de políticas públicas, cujo objetivo é a concessão do mínimo social aos cidadãos. O Poder Judiciário deve atuar na concretização dos direitos sociais e essa atuação encontra respaldo na própria Constituição, pois, como poder autônomo, independente e soberano que é, consoante exposto no art. 2º da CF/88, incumbe-lhe entre outras atribuições,

controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais.

Desta forma, deve exercer a parcela do poder que detém e contribuir para a consecução dos objetivos fundamentais da República, os quais estão expostos no art. 1º da Lei Fundamental, pois não se pode aceitar que tais princípios – fundamentais, diga-se de passagem – não tenham força normativa.

Além disso, pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o Poder Judiciário não pode se furtar à prestação jurisdicional. Acreditamos que a participação ativa do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais será possível desde que haja, por parte de seus integrantes, maior sensibilidade à realidade social e aos complexos problemas que afligem a sociedade brasileira. A solução – em longo prazo – será a reformulação do ensino jurídico, dando-se ênfase ao conceito de justiça distributiva. Entretanto, em curto e médio prazo, a transformação da sociedade poderá ocorrer, se Juízes e Desembargadores tiverem consciência de que o Judiciário é um poder autônomo, independente e soberano. E, mais, de fundamental importância na construção da sociedade idealizada pelo constituinte.

Esperamos que os integrantes do Poder Judiciário e do MP deixem de lado a visão formal e normativista, as conhecidas e ultrapassadas alegações da independência dos Poderes e da impossibilidade de controle judicial do ato discricionário. Esperamos que sejam priorizados os direitos sociais, a vinculação do administrador e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Enfim, a cidadania e a justiça social.

Os Juízes e os membros do MP, na condição de integrantes da sociedade brasileira, precisam conscientizar-se de que o Estado social democrático de direito e a sociedade mais igual política, social e economicamente, prevista na Carta Magna, dependem, além da atuação firme e corajosa dos membros do *Parquet*, de um Poder Judiciário transformador e cômico de sua função jurisdicional. A sociedade anseia pela prestação jurisdicional rápida e eficaz e anseia pelo reconhecimento de um mínimo social que lhe foi outorgado pela Carta Magna, mas, até agora, não concretizado.

Certamente, não se pretende atribuir ao Poder Judiciário responsabilidade exclusiva pelo estado caótico em que se encontra a sociedade brasileira. Buscamos alertar que argumentos arcaicos impedem a construção de um Estado mais justo, tolerante e solidário.

Além disso, como já mencionado, será bem-vinda reformulação nos currículos escolares das Faculdades de Direito, pois a formação de seus estudantes, mesmo após o advento da CF/88, ainda não prevê disciplinas nas quais se propicie o conhecimento e discussão dos direitos coletivos.

Vamos além. Se, já no ensino fundamental, forem introduzidas disciplinas nas quais sejam provocadas discussões sobre a sociedade, a política, o Estado e os problemas brasileiros, estar-se-á formando cidadãos conscientes de seus direitos, capazes de, no futuro, exigir efetiva mudança política e social da coletividade, ou seja, a própria sociedade participará, por meio dos co-

legitimados para a propositura da ação civil pública, das iniciativas judiciais.

Além disso, alterações nos programas dos concursos para ingresso nas carreiras jurídicas, em especial, na Magistratura e no Ministério Público seriam bem-vindas, porque poderiam ser incluídas ou, então, exigidas, com mais ênfase, matérias relacionadas aos direitos e interesses difusos, coletivos e sociais.

Contudo, enquanto as inovações não vêm, quer no âmbito da sociedade quer no âmbito do Judiciário, o MP tem à sua disposição importantíssimo instrumento – o inquérito civil público – por meio do qual pode, como visto nos exemplos mencionados, conseguir entabular acordos com o poder público e, assim, cumprir sua missão constitucional e contribuir com a efetiva justiça distributiva prevista constitucionalmente.

Referências Bibliográficas

ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade administrativa e ação civil pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 657, p. 51-59, jul. 1990.

ALMEIDA, João Batista. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, fev. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 16 maio 2003.

ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antônio Franco da (Org.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BURLE FILHO, José Emmanuel. *Ação civil pública: instrumento de educação democrática*. In: MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública: Lei nº 7.347/1985 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 402-413.

CALMON, Eliana. Responsabilidade tributária e penal dos administradores. *Juris Síntese Millennium*, Porto Alegre, nº 37, 2002. CD-ROM.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CASAGRANDE, Cássio. Ministério Público, ação civil pública e a judicialização da política: perspectivas para o seu estudo. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 1, n. 3, p. 21-34, abr./jun. 2002.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O controle dos atos de governo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 760, p. 49-63, fev. 1999.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, n. 737, p. 11-22, mar. 1997.

CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 13., 1999, Curitiba. *Livro de teses: o Ministério Público social*. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público, 1999. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Súmulas vinculantes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, n. 347, p. 51-65, jul./set. 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FARIA, José Eduardo (Org). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 94-112.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública. ação popular. a defesa dos interesses difusos e coletivos, posição do Ministério Público. *Revista Trimestral de Direito de Público*, São Paulo, v. 16, p. 15-30, 1996.

_____. Ação civil pública: gizamento constitucional. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei nº 7.347/1985* 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 525-544.

_____. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRANCO, Fábio Luís; MARTINS Antônio Darienso. Ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas. *Juris Síntese Millennium*. Porto Alegre, nº 37, 2002. CD-ROM.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FRONTINI, Paulo Salvador. Ação civil pública e separação dos poderes do Estado. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: Lei nº 7.347/1985* 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 713-752.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei nº 7.347/1985* 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 753-798.

_____. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Introdução ao Ministério Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 14, n. 57-58, p. 233-256, jan./jun. 1981.

MELLO JUNIOR, João Cândio. *A função de controle dos atos da administração pública pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Líder, 2001.

MILARÉ, Édis (Coord). *Ação civil pública: Lei nº 7.347/1985 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 61-80, jul./set. 1999.

NALINI, José Renato. O juiz e a proteção dos interesses difusos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 81, n. 680, p. 260-267, jun. 1992.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. O Ministério Público e os direitos da criança e do adolescente. In: ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antônio Franco da (Org.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 311-345.

PASSOS, Lidia Helena Ferreira da Costa. Discrecionalidade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações civis públicas. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: Lei nº 7.347/1985 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 493-524.

SAKAMORI, Mônica. O Ministério Público enquanto defensor da efetividade dos direitos fundamentais transindividuais e assim controlador ao ato omissivo do administrador. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 13., 1999, Curitiba. *Livro de Teses: o Ministério Público social*. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público, 1999. v. 3, p. 241-246.

SILVA, Cátia Aida. Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 127-144, fev. 2001. Disponível em

<<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 16 maio 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle jurisdicional dos atos políticos do Poder Executivo. *Revista Trimestral de Direito de Público*, São Paulo, n. 8, p. 123-134, 1994.

ZALUAR, Alba. Exclusão e políticas públicas: dilemas teóricos e alternativas políticas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, p. 29-47, out. 1997.