

MINISTÉRIO PÚBLICO E CONTROLE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM TEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: AÇÃO CIVIL PÚBLICA E MÉRITO ADMINISTRATIVO*

Cristiano Cassiolato

Promotor de Justiça/MG

1. INTRODUÇÃO

Os sugestivos subtemas da *efetividade das políticas públicas por meio do Inquérito Civil e da Ação Civil Pública e controle dos atos do administrador público* em congresso cujo tema é a defesa da ética e dos direitos fundamentais, vêm a refletir o dia-a-dia do Ministério Público em sua infindável atribuição na defesa dos interesses metaindividuais.

Com efeito, cada vez mais e com maior ênfase, o cidadão bate às portas do Ministério Público questionando – muitas vezes carregado de razão – políticas públicas e atos administrativos que não refletem o anseio do povo ou são divorciados do bem comum. Passa a trazer, assim, para dentro do gabinete ministerial discussões até a pouco relegadas à esfera política e acobertadas sob o manto da conveniência, oportunidade e da vontade política de seus mandatários.

Isso é consectário da evolução da sociedade e dos nortes sociais inovadores da Constituição da República de 1988, além do que o Ministério Público foi alçado a papel de destaque na ouvidoria desses reclames sociais. Restou municiado de instrumental próprio e adequado à discussão desses anseios passando, desde cedo, a agir extra ou judicialmente no questionamento dos atos e condutas administrativas discrepantes dos indicadores constitucionais.

Até a bem pouco, o Poder Judiciário, em que pese ostentar ainda hoje certa resistência, estribava-se comumente no simplório argumento da separação e harmonia entre os Poderes para simplesmente não conhecer desses questionamentos. Entretanto, o entendimento está se modificando e se consolida rumo ao exercício do efetivo controle dos atos administrativos para muitas vezes adentrar-se a seu próprio mérito quando este divorciado das mais importantes e significativas garantias – os direitos fundamentais.

Propõe-se, com o presente trabalho, incentivar essa discussão.

* Tese aprovada por unanimidade.

1 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e garantia da constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, p. 391-432.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República de 1988 em seu Título II tratou dos Direitos e Garantias Fundamentais, distribuindo-os ao longo de cinco Capítulos, respectivamente, em *Direito e Deveres Individuais e Coletivos* (I), *Direitos Sociais* (II), *Nacionalidade* (III), *Direitos Políticos* (IV) e *Partidos Políticos* (V).

A doutrina é rica em classificações e distinções sobre os direitos fundamentais,¹ mas, pela proposta inicial, delimita-se o presente estudo no cerne dos Direitos Fundamentais Coletivos e de exercício coletivo, aqueles ensejadores da grande demanda do Ministério Público sem descuidar, todavia, dos demais interesses sociais e dos individuais indisponíveis que igualmente são mote de inúmeros trabalhos ministeriais.

2.1 Direitos Fundamentais Coletivos

A fundamentalidade revela-se pelo conteúdo do direito – base do ordenamento jurídico – e pela posição normativa (onde e como é dito: expressão no ordenamento jurídico como norma da Constituição). Concorrem, portanto, ambos os critérios (material e formal) para definir esse marco em um direito.²

Se a fundamentalidade é pano de fundo do próprio direito em questão (vida, saúde, igualdade, liberdade, segurança, etc.), sua força maior advém, entre nós, exatamente da previsão constitucional em decorrência do passado histórico de declarações.³

A Constituição da República de 1988 ao dispor sobre a Ação Popular (art. 5º, LXXIII), “foi a primeira a incluir direitos coletivos no rol dos direitos fundamentais, embora sem defini-los ou extremá-los dos direitos individuais. Direitos coletivos não são direitos individuais, de idêntico conteúdo, partilhados por todos: são direitos cujo titular é uma coletividade” (CUNHA, 2004, p. 93). Da mesma forma, o fez quando previu expressamente o manejo da Ação Civil Pública para a “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III); esta com rol próprio de legitimados.

Seja pela Ação Popular, seja pela Ação Civil Pública, a gama de interesses por esses instrumentos tutelada pode ser caracterizada pela fundamentalidade coletiva, isto porque, conforme Ingo Wolfgang Sarlet,⁴ partindo-se da premissa de que

2 ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas garantias. *Revista dos Tribunais*. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, n. 29.

3 “A Declaração dos direitos do homem e do cidadão, promulgada em 26 de agosto de 1789 pelos *representantes do povo francês, constituídos em Assembléia Nacional*”, é a primeira grande declaração de direitos, concebida como base de um sistema nacional de governo. Seu germe, entretanto, estava em instrumentos da história inglesa e norte-americana, tais como a Magna Carta (1215), a petição de direito (*petition of rights*) de 1628, a lei inglesa de *Habeas Corpus* (1679), a declaração de direitos (*bill of rights*) de 1689, o ato de estabelecimento (*act of settlement*) de 1701, os instrumentos de governo das colônias inglesas na América, a declaração de direitos da Virgínia (16.6.1776).” CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Fundamentos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 84.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 78.

fundamentais são direitos destinados à proteção de grupos humanos, desprendendo-se da figura do homem-indivíduo, esses direitos assumem características de titularidade coletiva ou difusa, com destaque exemplificativo para o meio ambiente e à qualidade de vida. Tanto assim é que, no caso da Ação Civil Pública, boa parte dos interesses por ela tutelados são fundamentais: saúde, educação, segurança, etc.

Nesse particular, o arcabouço normativo para a tutela dos direitos fundamentais coletivos decorre, tal qual quando da defesa individual de direito fundamental, também de duas das funções dos direitos fundamentais, conforme CANOTILHO:⁵ função de defesa ou de liberdade e função de prestação social.

2.1.1 Função de Defesa ou de Liberdade

Primordial, a função de defesa ou de liberdade diz respeito à defesa da pessoa humana – e da coletividade – frente aos poderes, abusos e omissões da atividade estatal:

“Os direitos fundamentais cumprem a função de *direitos de defesa* dos cidadãos sob uma dupla perspectiva (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).”⁶

Insta salientar que se trata da oponibilidade dos direitos fundamentais contra o próprio Estado frente às ações ou omissões lesivas, convertendo-se em obrigações de fazer ou de não fazer.

2.1.2 Função de Prestação Social

Diretamente relacionada à inércia estatal na realização de ações fundamentais, aqui a oponibilidade gera exigência à prática de condutas positivas inerentes à realização da fundamentalidade do direito. Na verdade, se converte em obrigação de fazer:

“Os direitos a prestações significam, em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social). É claro que se o particular tiver meios suficientes e houver resposta satisfatória do mercado à procura destes bens sociais, ele pode obter a satisfação das suas ‘prestações prestacionais’ através do comércio privado (cuidados de saúde privados, seguros privados, ensino privado).”⁷

5 P. 405-408.

6 CANOTILHO, p. 405.

7 CANOTILHO, p. 406.

Trata-se, pois, do conteúdo obrigacional que se persegue contra o Estado.

3. OPONIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: LEI n. 7.347/85

Vista a primazia dos direitos fundamentais e suas funções de defesa e prestação social, há que se divagar acerca de sua aplicabilidade à tutela coletiva, que se reverte no exercício dos direitos fundamentais coletivos, tendo como instrumento a Lei da Ação Civil Pública.

Centrada neste trabalho a atuação do Ministério Público, advirta-se que sua legitimidade na atuação em prol dos interesses “sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da Constituição da República) já é questão pacífica de reafirmada jurisprudência perante o Superior Tribunal de Justiça (Recursos Especiais n. 554960, 224677, 417804, 279273, 296905, 212961, dentre outros), assim como junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (apelações cíveis n. 0024.04.3883303-2, 1.0069.01.000724-8, 1.0525.04.063728-8, 1.0702.04.190131-6, dentre outras) na linha de pronunciamentos mais antigos do Supremo Tribunal Federal (Recursos Extraordinários n. 195056/PR e 163231/SP; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 204200/SP).

De efeitos práticos, interessam as Recomendações, celebrações de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta e a propositura das Ações Cíveis Públicas relacionados ao Poder Público; estas últimas vítimas de intermináveis questionamentos quanto à possibilidade jurídica do pedido.

Os dois primeiros, de ordem extrajudicial e administrativa, inerentes ao curso do Inquérito Civil, não se sujeitam, em princípio, ao crivo judicial. Obedecem ao primado do atendimento e da composição com reconhecimento expresso da situação ensejadora da provocação do *Parquet*, a responsabilidade pública e sua submissão às disposições a ela inerentes. São instrumentos úteis frente à administração pública por acelerarem a solução de conflitos.

Problema maior é a resposta às Ações Cíveis Públicas, sejam elas relacionadas a processos de conhecimento ou executivas de Termos de Ajustamento de Conduta não cumpridos, aviadas justamente em perseguição às condutas de defesa e de prestação social em temas de direitos fundamentais, como saúde, educação e outros.

Invariavelmente, o Ministério Público se depara com alegações de falta de uma das condições da ação como a possibilidade jurídica do pedido, o que levaria à extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do Código de Processo Civil). Estribam-se os defendentes da tese na impossibilidade de provocar-se o Poder Judiciário – e deste nesse sentido decidir – na busca de provimentos obrigacionais contra o Estado porque haveria quebra ao princípio da harmonia e separação entre os Poderes e também porque pleitos de conteúdo obrigacional estariam invadindo esfera de discricionariedade administrativa, o que seria privativo à conveniência e oportunidade do administrador.

De fato, o Poder Judiciário mantinha – e de certa forma ainda mantém – a linha de raciocínio segundo a qual separação de Poderes não lhe permite ditar ao

gestor público a eleição de prioridades nos atos típicos de administração (conforme o Superior Tribunal de Justiça em julgamento a agravos regimentais nos recursos especiais n. 261144 e 263173).

Sem embargo de entendimento contrário, em se tratando de assegurar a defesa e prestação social de direitos fundamentais, a argumentação cai por terra conforme já esposado em manifestações do mesmo e de outros sodalícios.

3.1 Controle da administração pública como exercício das funções de defesa e prestação social

Os atos administrativos vinculados, ou seja, “os que a Administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante da hipótese prefigurada em termos objetivos”⁸ não despertam maior preocupação porque, regrados, eventual violação a direitos fundamentais acarretaria o questionamento diretamente sobre a norma que os rege e, assim ocorrendo, de plano possibilitar-se-ia que nova regra de conduta viesse a disciplinar, desta vez adequadamente, os procedimentos administrativos.

Já os ditos atos discricionários, tidos como aqueles praticados pela Administração “dispondo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta certo subjetivismo”⁹ ensejam a formulação do mérito administrativo, isto é, no dizer de Hely Lopes Meirelles,¹⁰ a valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato feitas pela administração incumbida de sua prática, isto quando autorizada a decidir sobre a conveniência e oportunidade do ato a realizar.

São exatamente esses atos que despertam maior necessidade de controle porque invariavelmente seu mérito, eleito por critérios de conveniência e oportunidade do administrador, nem sempre respeitam direitos fundamentais; mormente os coletivos.

O Ministério Público dispõe de meios para efetivo controle sobre os atos administrativos, ainda mais em se considerando aqueles que violam Direitos Fundamentais, via instrumentos de tutela coletiva – Recomendação, Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta e Ação Civil Pública, dentre outros instrumentos – na medida em que seu comprometimento decorre da própria literalidade dos arts. 127 e seguintes da Constituição da República.

Da mesma forma o Poder Judiciário, em demonstração às invariáveis provocações do *Parquet* – que em geral é o soberano titular das lides sobre o tema – vem dando mostras do exercício de sua *vinculação aos direitos fundamentais* por ocasião do controle dos atos administrativos, mister esse que decorre principalmente da compreensão de suas funções à luz dos Direitos Fundamentais:

8 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros. 1994, p. 199.

9 MELLO, p. 199.

10 *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 138.

“A vinculação dos órgãos judiciais aos direitos fundamentais – leciona Gomes Canotilho – manifesta-se, por um lado, por intermédio de uma constitucionalização da própria organização dos tribunais e do procedimento judicial, que, além de deverem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais, por estes são influenciados, expressando-se, de outra parte, na vinculação do conteúdo dos atos jurisdicionais aos direitos fundamentais, que, neste sentido, atuam como autênticas medidas de decisão material, determinando e direcionando as decisões judiciais.”¹¹

Essa vinculação e a provocação de controle contida nessas espécies de lides, vêm provocando discussões sobre o fenômeno da judicialização nos atos da administração pública:

“Entre outros fins, a ação civil pública permite ao Ministério Público ou a associações requerer que o Judiciário inste o executivo a adotar determinadas providências administrativas para assegurar direitos constitucionais, isto é, ‘a consecução de atos e fatos jurídicos (providências materiais positivas) que dependeriam da livre e prévia opção dos agentes políticos ou previsão orçamentária’. Esta participação do Judiciário no processo de decisão política e de resolução de conflitos coletivos, fenômeno conhecido como ‘judicialização’ ou ‘jurisdicização’, vem suscitando nos últimos anos intenso debates entre cientistas políticos e constitucionalistas sobre suas repercussões para a democracia representativa e a divisão clássica dos poderes.”¹²

A par disso, não se pode descurar das alegações crescentes pela administração pública sobre dificuldades orçamentárias – *fator custo* – na realização do objeto questionado, o que se converte, em outras palavras, no limite da *reserva do possível*.¹³ Fato é que, se obstáculos econômicos não são afastados da apreciação judicial, também não devem ser impedimentos ao reconhecimento da oponibilidade dos Direitos Fundamentais posto que essas dificuldades, se muito, mostram-se pertinentes à forma – tempo e modo – da execução do respectivo provimento judicial; se for o caso.

Nessa linha, inúmeros são os exemplos de questionamentos motivados por condutas públicas divorciadas do bem comum, da fundamentalidade dos direitos e das prioridades que deveriam ensejar a escolha dos planos de governo e que, por isso, motivaram e motivam a chamada *judicialização*.

11 SARLET, p. 368.

12 PALU, Oswaldo Luiz. Ministério Público. inconstitucionalidade, discricionariedade e ação civil pública. *Justitia*, n. 59, jul/dez/97. *Apud* CASAGRANDE, Cássio. Ministério Público Ação Civil Pública e a Judicialização da Política – Perspectivas para seu Estudo. In: *B. cient. ESMPU*, Brasília, a I – n. 3, p. 21-34 – abr./jun. 2002.

13 SARLET, p. 289.

3.1.1 Controle e atos de defesa

Visto que a função de defesa em sede de Direitos fundamentais se converte na oponibilidade frente à violação a direito fundamental praticada pelo Estado, o exercício do controle de atos da administração pública vem sendo praticado cada vez mais pelo Ministério Público via Ação Civil Pública.

Exemplos existem – e muitos – no sentido da provocação do Poder Judiciário e na decisão com reconhecimento pleno acerca da imposição de comportamentos positivos e negativos ao Estado sem qualquer mácula ao primado da separação e harmonia entre os Poderes. São os antecedentes de inércia ou de abuso que ditam a provocação judicial que se revela, invariavelmente, a última instância à solução da questão ainda mais robustecida pelo exercício do controle em reafirmação à independência.

Com efeito, apenas para ilustrar, o Tribunal de Justiça de São Paulo, durante a apreciação de determinada situação que envolvia a poluição de rios por um Município, decidiu, em 20 de setembro de 1999, por sua 7ª. Câmara de Direito Público, tendo como Relator o Desembargador Jovino de Syllos, Acórdão de n. 7.832, que a omissão pública não poderia se escudar em critérios de conveniência e oportunidade com determinação expressa de obrigação de não fazer:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Movida pelo Ministério Público – Paralisação do despejo de detritos nos rios – Restauração ambiental e indenização por prejuízos irrecuperáveis – Município de Corumbataí – Prevalência do interesse da coletividade sobre o critério de só conveniência e oportunidade do ato administrativo – Presença dos pressupostos e condições da ação – Procedência da demanda – Compreensão dos esforços municipais para a despoluição do meio ambiente – Dilatação do prazo para cumprimento da obrigação de não fazer – Recursos parcialmente providos.”

Também o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, igualmente pronunciando acerca do Direito Fundamental ao Meio Ambiente, no curso da apelação cível n. 1.0303.04.910502-4/001, em Acórdão publicado no diário oficial “Minas Gerais” de 21/9/2004, tendo como Relator o Desembargador Lucas Sávio V. Gomes:

“EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MEIO AMBIENTE – POLUIÇÃO – C.R. Art. 214, III – LEI 6.938/81. Comprovados os fatos narrados na inicial, atinentes à absoluta falta de prevenção e controle, pela municipalidade requerida, de poluição de córregos e rios descritos na inicial, pelo lançamento de esgotos e efluentes industriais, imperiosa se revelava a procedência da ação, ante a inquestionável não observância das disposições legais respeitantes ao meio ambiente. Sentença confirmada, em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.”

A função de defesa também pôde ser vista quando o mesmo Tribunal determinou a execução orçamentária para a realização de rubrica específica aos interesses

resguardados no Estatuto da Criança e do Adolescente, muito embora a conveniência e a oportunidade que elegeram o mérito do administrador público não caminhassem nesse sentido. É o que se vê do reexame necessário ocorrido nos autos n. 1.0637.04.022390-0/002, comarca de São Lourenço, tendo como Relator o Desembargador Ernane Fidélis e Relator para Acórdão o Desembargador Manuel Saramago, julgamento ocorrido em 19/4/2005, com publicação no diário Oficial, “Minas Gerais”, em 20/5/2005:

“EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – REPASSE DE VERBAS PREVISTAS EM ORÇAMENTO MUNICIPAL – DESTINAÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE.

Possui o Ministério Público legitimidade para exigir do Município a execução de política específica, prevista na Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e Leis Municipais, não se havendo falar em discricionariedade da Administração Pública no repasse das verbas previstas para sua implementação. V.V.

– Autorização orçamentária de subvenção a entidades de interesse social não cria obrigação ao Município, de forma a se permitir ação civil pública, mesmo porque não se trata, na hipótese, de pedido de cumprimento de obrigação de fazer, mas de cobrança individual de dívida, não prevista no âmbito da referida figura processual.”

Fator determinante e presente em todos os casos é a fundamentalidade do direito, seja relacionado ao meio ambiente, seja à saúde e qualidade de vida acentuadas pela menoridade. São exemplos que ilustram o pronunciamento judicial na determinação de condutas negativas e positivas ao Poder Executivo por reputar que o móvel administrativo, discricionário, é violador a direitos fundamentais plenamente assegurados.

3.1.2 Controle e prestação social

Conforme já consignado, a função de prestação social é inerente ao direito à obtenção, pelo particular ou pela coletividade, de realizações a cargo do Estado.

Como consectário da discricionariedade, ainda que parcial, no planejamento e execução de políticas públicas, muitas vezes o mérito administrativo destoa das necessidades e anseios sociais resultando na ausência do serviço ou em sua imprestabilidade ao fim colimado que se revertem, ademais, na ausência do Estado.

Igualmente em tema de tutela coletiva, a jurisprudência vem se revelando rica frente aos casos que, em sua quase totalidade, são de provocação do Ministério Público via ação Civil Pública. Neles, os critérios de conveniência e oportunidade vêm sendo rotineiramente enfrentados e muitas vezes criticados para a imposição de realizações públicas que visem assegurar o exercício de direitos fundamentais até então sonegados pela administração. Exemplo de julgado do Superior Tribunal de Justiça, tendo como

Relator do Recurso Especial n. 575280/SP (2003/0143232-9) publicado no Diário de Justiça de 25/10/2004, p. 228, o Ministro José Delgado, ilustra esse raciocínio:

“DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESTA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1 – O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal. “É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II – progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade.”

2 – Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

3 – Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a proposição da ação civil pública.

4 – A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quicá cons-

titucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

5 – Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6 – Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

7 – As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8 – Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9 – Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10 – O direito do menor à frequência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

11 – O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa ‘fila de espera’, quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação

legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes.

12 – Recurso especial provido.”

Resta claro que o posicionamento judicial em imiscuir-se no conteúdo do ato, sua conveniência e oportunidade demonstra que a formação da vontade não pode ser outra que não o atendimento dos Direitos Fundamentais. Essa relutância administrativa calcada em planos de governos e políticas públicas que não atentam para o fim primordial do proceder público – o bem comum – deve ser submetida ao crivo judicial e este, por sua vez, destemido na valoração do ato administrativo.

4. CONCLUSÃO

4.1 A evolução social e a nova ordem constitucional motivam a sociedade a inúmeros questionamentos quanto aos procedimentos públicos.

4.2 O Ministério Público é instituição legitimada e detentora de instrumental capaz de atender aos anseios sociais para a o exercício do controle dos atos administrativos violadores a Direitos Fundamentais.

4.3 O efetivo exercício dos atos de controle se relaciona à oponibilidade decorrente das funções de Defesa e de Prestação Social inerentes aos Direitos Fundamentais.

4.4 Ao Poder Judiciário é exigível como consectário do princípio da inafastabilidade da jurisdição conhecer do mérito administrativo sempre que noticiada a violação de Direitos Fundamentais, o que lhe possibilita a determinação de condutas administrativas positivas e negativas sem que se configure quebra ao primado da separação e harmonia entre os Poderes.