

Ação civil pública e as políticas públicas: o princípio da separação dos poderes e a cláusula da reserva do possível

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Procuradores de Justiça: Antônio Joaquim Fernandes Neto, Antônio Sérgio Rocha de Paula, César Antônio Cossi, Giovanni Mansur Solha Pantuzzo, Gisela Potério Santos Saldanha, Jacson Rafael Campomizzi, Luiz Carlos Teles de Castro, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Shirley Fenzi Bertão

Tese apresentada por: Shirley Fenzi Bertão

1 Exposição dos fatos e dos fundamentos

O uso da ação civil pública para se questionar as políticas públicas constitui tema polêmico na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

Tal polêmica pode ser sintetizada na seguinte questão: as decisões judiciais determinando a realização de políticas públicas interferem ou não no princípio da separação dos poderes?

Não há dúvida de que as prestações materiais decorrentes dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição dependem dos recursos públicos disponíveis.

Em geral, a concretização desses direitos depende do Legislativo e do Executivo, sendo certo que muitos autores e magistrados são infensos à interferência do Judiciário nessa área por atentar contra o princípio da separação dos poderes.

Esse entendimento desconsidera o alcance das normas constitucionais sobre direitos sociais, negando-lhes aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

Cresce, no entanto, o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fontes de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em casos de omissões inconstitucionais.

Já decidiu o STF que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Magna “não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello).

Há decisões admitindo a implementação de política pública pelo Judiciário, na hipótese de injustificada omissão do Executivo, bem como a adequação da ação civil pública para se questionar as políticas públicas.

Não é preciso dizer que tais posicionamentos navegam nas águas daqueles que, tendo percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre os direitos sociais, aplicaram-nas de forma adequada como princípios-condição da justiça social.

Com efeito, o art. 129 da Constituição da República prevê que são funções institucionais do Ministério Público:

[...]

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

Essa norma autoriza o Ministério Público a discutir as políticas públicas, como ensina Hugo Nigro Mazzilli:¹⁵⁷

A ação civil pública ainda se presta para que o Ministério Público possa questionar políticas públicas, quando do zelo para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição. Com certeza não poderá o Ministério Público pedir ao Poder Judiciário administre no lugar do administrador;

¹⁵⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 108.

contudo, poderá cobrar em juízo a aplicação de princípios da Administração que possam estar sendo descurados, e, com isso, restaurar a legalidade.

Isso porque se o Poder Público é o responsável pelo dano, diante de sua conduta omissiva na prestação de serviço de relevância pública, necessário à garantia da dignidade da pessoa humana, o dever de agir não é ato discricionário, mas sim vinculado, porquanto, além de a opção prioritária pela defesa desse bem ter sido feita pelo legislador constituinte (mínimo existencial), a escolha que cabe ao administrador adotar é a tendente a alcançar soluções enquadradas na legalidade, com vistas postas no interesse público. Vale dizer: a execução do ato administrativo é vinculada à obrigação legal imposta ao Poder Público.

Nesse caso, o magistrado pode exercer o controle do ato administrativo atuando em conformidade com o princípio constitucional de que nenhuma lesão a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.

A alegação de falta de recursos financeiros, normalmente destituída de comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao ente público de prestar serviço de relevância pública.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal que a cláusula da reserva do possível “não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, Rel. Min. Celso Mello, j. 29.04.2004).

Agindo dessa forma, assume o Judiciário importante papel na concretização do texto constitucional, sem afrontar o princípio da separação dos poderes.

Nesse sentido, admitindo a ação civil pública como meio adequado para a imposição de comandos ao Poder Executivo, a jurisprudência do TJMG caminha a passos largos. Senão, vejamos.

Na área da saúde, em sucessivos julgados, tem sido determinado o fornecimento de medicamentos, a realização de procedimentos cirúrgicos, o transporte de doentes e outros serviços (AC n.º 1.0245.06.085649-0/001, 7ª CC, Rel. Des. Belizário de

Lacerda, *DJ* 08.07.2008; AC n.º 1.0245.04.055387-8/005, Rel. Des. Jarbas Ladeira, *DJ* 12.08.2008; AC n.º 1.0245.06.086038-5/001, 8ª CC, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, *DJ* 28.07.2009; AC n.º 1.0433.06.194796-9/002, 2ª CC, Rel. Des. Brandão Teixeira, *DJ* 04.03.2009; AI n.º 1.0472.07.016094-1/004, 5ª CC, Rel. Des. Barros Levenhagen, 5ª CC, *DJ* 22.01.2010).

A 1ª Câmara Cível, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 213.988-9, relatado pelo Desembargador Páris Peixoto Pena, *DJ* 20.04.2001, manteve decisão liminar restabelecendo a concessão de subvenção a estabelecimento que presta atendimento pelo SUS.

No julgamento da Apelação Cível n.º 220.891-6, 2ª Câmara Cível, relatada pelo Desembargador Pinheiro Lago, j. 06.08.2002, foi determinada a correção de irregularidades por meio da realização de obras na cadeia pública.

No julgamento da Apelação Cível n.º 280.735-2, relatada pela Desembargadora Maria Elza, *DJ* 18.02.2003, a 5ª Câmara Cível reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública na qual se questionava a omissão do Estado no provimento dos cargos da Polícia Militar dos Municípios de Andradas e de Ibitiura, fato esse que vinha comprometendo a segurança das referidas localidades.

A 1ª Câmara Cível, por sua vez, no julgamento da Apelação Cível n.º 218.556-9, relatada pelo Desembargador Orlando Carvalho, j. 06.11.2001, admitiu, por maioria, ação civil pública na qual se pediu a condenação do Município de São João Nepomuceno a demarcar, cercar e elaborar o regimento interno de área de reserva biológica criada por lei municipal.

A 5ª Câmara Cível, por sua vez, no julgamento da Apelação Cível n.º 1.0071.04.017784-3/001, relatada pelo Desembargador Mauro Soares de Freitas, *DJ* 17.04.2008, manteve sentença que condenou o Município de Boa Esperança a construir estação de tratamento de esgoto.

De forma idêntica, a 7ª Câmara Cível, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 264.792-3, relatado pelo Desembargador Wander Marotta, j. 08.04.2002, confirmou decisão antecipando a tutela requerida em ação civil pública para fins de determinar a imediata interdição das águas da Cachoeira Brumado.

A 3ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível n.º 1.0349.03.001.247-1/001, relatada pelo Desembargador Lucas Sávio V. Gomes, DJ 02.04.2004, confirmou sentença que restabelecera o repasse de verbas ao Conselho Tutelar da Criança e do Adolescente, as quais haviam sido suspensas pelo Chefe do Executivo.

A 6ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível n.º 1.0637.04.022390-0002, relatada pelo Desembargador Manuel Saramago, DJ 20.05.2005, por maioria, determinou o restabelecimento do repasse de verbas orçamentárias a entidades de interesse social, repasse esse suspenso por ato do Chefe do Executivo.

Esses precedentes do Tribunal mineiro têm amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

No REsp. n.º 1.090.994-PR, 2ª Turma, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, DJ 21.08.2009, admitiu-se a adequação da ação civil pública para se obrigar município a regulamentar a instalação das estações de rádio base de telefonia celular naquela localidade.

Em outro julgado, a mesma Turma deu provimento a recurso especial para que a Administração destinasse verba orçamentária própria para a realização de obras de recuperação do solo em prol do meio ambiente. A ementa foi assim redigida:

Administrativo e processo civil – Ação Civil Pública – Obras de recuperação em prol do meio ambiente – Ato administrativo discricionário.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.

2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.

3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.

5. Recurso especial provido. (REsp. n.º 429.570-GO, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 22.03.2004)

No mesmo sentido, a 2ª Turma negou provimento a recurso interposto contra acórdão que condenou o Estado a fornecer equipamentos a hospital universitário (REsp. n.º 1041197/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, *DJ* 16.09.2009).

Na área de proteção dos direitos da criança e do adolescente, é também da 2ª Turma a decisão proferida no REsp. n.º 493.811-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 15.03.2004, determinando a inclusão de verba no próximo orçamento do Município de Santos destinada à implantação de serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de toxicômanos, conforme deliberado pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

No REsp. n.º 510598/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* 13.02.2008, a aludida Turma determinou a matrícula e a frequência de menores de zero a seis anos em creche da rede pública municipal.

Por sua vez, a 1ª Turma negou provimento ao REsp. n.º 1114012/SC, Rel.ª Min.ª Denise Arruda, *DJ* 1.12.2009, para manter decisão que estabelecia prazo para que a União e a FUNAI concluam procedimento de demarcação de terras indígenas.

A mesma Turma deu provimento ao REsp. n.º 577.836-SC, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 2.02.2005, para reformar decisão do TJSC que julgara extinta por impossibilidade jurídica do pedido ação civil pública na qual se pretendia regularizar o atendimento médico-cirúrgico prestado pelo Hospital Infantil Joana de Gusmão, “deixando sem a assistência devida aproximadamente 6.600 pacientes infantis, muitos deles há quase ano e meio, sob a alegação de não conseguir vencer a demanda”.

2 Conclusão

APROVADA POR UNANIMIDADE

1. O princípio da separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social vem sendo revisto, sempre que o comportamento omissivo do Poder Executivo estiver impedindo a efetivação de direitos previstos na Lei Fundamental.

APROVADA POR MAIORIA

2. Embora a formulação e a execução de políticas públicas dependam da opção daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, essa liberdade não se revela absoluta, porquanto a Carta de 1988, ao eleger como meta central a promoção do bem-estar do homem, acabou por definir como alvo prioritário dos gastos públicos aqueles necessários à garantia de condições mínimas de existência – o mínimo existencial –, de maneira que, apenas depois de atingi-lo, é que se poderá discutir a respeito da aplicação dos recursos remanescentes.