

# FUNDAMENTOS PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO NO CONTROLE JUDICIAL DA IMPLEMENTAÇÃO E EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE AO TRABALHO INFANTIL

## 1. INTRODUÇÃO

O Ministério Público do Trabalho, na sua atuação visando à erradicação do trabalho infantil e à promoção dos direitos dos adolescentes à profissionalização, tem se deparado com a necessidade dos administradores públicos implementarem políticas públicas e não se limitarem à adesão ao PETI (Programa Nacional de Combate ao Trabalho Infantil), muitas vezes sem, ao menos, oferecerem a contrapartida do Município para a correta execução do Programa.

Diante desse quadro, os membros da Instituição têm chamado os Prefeitos para que implementem uma política pública de erradicação do trabalho infantil e de aprendizagem para adolescentes. Há experiências exitosas, em que Municípios, por seus Prefeitos, assumiram o compromisso, em Termo de Ajuste de Conduta, de elaborar tais políticas públicas, mas há uma resistência ainda muito

grande ao compromisso extrajudicial, o que tem determinado o ajuizamento de ações civis públicas.

Nessas ações, é necessário vencer a resistência do Poder Judiciário ao exame da demanda, afastando-se os dogmas comumente opostos quando se trata de controle judicial de políticas públicas, tais como a natureza política e discricionária da criação de políticas públicas, a carência de recursos estatais e a separação dos poderes, impedindo o Judiciário de imiscuir-se em seara reservada aos Poderes Legislativo e Executivo.

Nesse trabalho, objetiva-se remover essas idéias, demonstrando-se que não têm consonância com o constitucionalismo inaugurado com a Constituição Federal de 1988.

## **2. POLÍTICAS PÚBLICAS**

A primeira concepção equivocada a ser afastada é aquela que associa as políticas públicas a um ato político.

Na doutrina americana, a polissemia do termo, presente em línguas latinas, é contornada com a adoção de palavras diferentes. *Polity* refere-se à atividade política, enquanto *Policies*, às políticas públicas.

A política pública é definida por Fábio Konder Comparato como uma atividade, um série ordenada de normas e atos, dos mais

variados tipos, conjugados e aptos para a realização de um fim, uma meta a ser alcançada.<sup>1</sup>

Do magistério de Maria Paula Dallari Bucci colhe-se que políticas públicas “são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.<sup>2</sup>

A definição jurídica de política pública aponta para a sucessão de atos normativos e materiais da Administração Pública com vistas à efetividade de direitos fundamentais assegurados pelo Estado Democrático de Direito. Sob esse prisma, é possível afirmar, com Celso Campilongo, que políticas públicas são “metas coletivas conscientes”.<sup>3</sup>

### **3. PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Na Constituição de 1988, as políticas públicas foram explícita ou implicitamente citadas. Com efeito, quando as normas constitucionais enunciam fins ou objetivos do Estado, é lógico que determinam a criação de uma política pública para a consecução daqueles objetivos. Em alguns artigos, a Constituição emprega os termos *plano* e

---

<sup>1</sup> COMPARATO, 2003, p. 248-249.

<sup>2</sup> BUCCI, 2002, p. 241.

<sup>3</sup> ASSMAN, Hugo, *Carta a Santo Agostinho*, Folha de São Paulo, caderno Cultura, 28.10.95, p. D-8 *apud* BUCCI, 2002, p. 241.

*programa*. As políticas públicas freqüentemente se exteriorizam através de planos<sup>4</sup>, de modo que, mesmo não usando a nomenclatura correta, o constituinte estabeleceu a obrigatoriedade de atuação administrativa através de políticas públicas, para a concretização de direitos sociais.

Em outros dispositivos, como os arts. 182, a Carta de 1988 refere-se especificamente a política pública (a urbana) para assegurar a função social das cidades e o bem-estar dos seus habitantes (de onde se depreende que essa política tem, entre seus fins, concretizar o direito à moradia e criar condições de vida digna).

Ainda, no art. 170 da Constituição está implícita o obrigação de criação de uma política de redução das desigualdades regionais e sociais e de pleno emprego; no art. 196, de uma política de saúde; no art. 203, de uma política nacional de assistência social; no art. 214 está determinada a criação de uma plano nacional de educação; **no art. 227, a criação de uma política de proteção à família, à criança e ao adolescente**; no art. 230, de uma política que assegure os direitos fundamentais dos idosos, entre outros exemplos.

---

<sup>4</sup> BUCCI, 2002, p. 259, que afirma, ainda: “A política pública transcende os instrumentos normativos do plano ou programa. Há, no entanto, um paralelo evidente entre o processo de formulação de uma política pública e a atividade de planejamento [...] o planejamento não é uma atividade vazia de conteúdo político. Trata-se de uma função eminentemente técnica, voltada à realização dos valores sociais”.

#### **4. PREVISÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA ELABORAÇÃO, IMPLEMENTAÇÃO E EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

A Constituição democrática acrescenta um elemento a mais às políticas públicas: a participação social, o que tem levado ao reconhecimento, pela doutrina, de que, **no Brasil, a exemplo do que ocorre em outros países, o Direito Constitucional e o Administrativo consagram o princípio da participação e um grande número de institutos voltados a su concretização.**

No livro *A Administração Pública Democrática. Institutos de Participação Popular na Administração Pública*, Marcos Augusto Perez destaca essa nova normatividade, surgida a partir da Constituição Federal e consolidada em vasta legislação infraconstitucional.

Desde o art. 10, da Constituição Federal, que assegura a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais e previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação; até o art. 194, VII, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores, empresários e aposentados na gestão administrativa da Previdência Social, observa a participação da sociedade na definição dos rumos da administração pública.

O art. 198, III, da Constituição Federal, determina que as políticas, ações e serviços públicos de saúde devem ser organizados

sob a diretriz de participação da comunidade. No mesmo sentido, o art. 204, II, da Constituição Federal, quanto aos serviços de assistência social; e o art. 206, VI, da Carta da República, quanto ao direito aos serviços de educação, para citar-se alguns exemplos.

No campo dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, o art. 227, parágrafo primeiro, estabelece que o Estado admitirá a possibilidade de participação de entidades não governamentais na execução de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente. Isso significa, que, quem participa da execução, também poderá opinar sobre a criação da política e sobre a correção dos serviços prestados, das metas previstas.

**Clarividente, portanto, que, no ordenamento jurídico brasileiro, seguindo-se a diretriz constitucional, o processo de criação e execução das políticas públicas deve observar a participação popular na formação da vontade da administração pública.**

**Nesse passo, cabe mencionar o estudo de Charles-Albert Morand, que analisa o efeito das transformações das modalidades de ação do Estado sobre a forma de políticas públicas e as mutações radicais de sua estrutura jurídica. Segundo o autor, o Estado contemporâneo é um Estado Propulsivo, onde toma forma o direito de programas finalísticos, e a estrutura jurídica busca**

**fazer com que os destinatários do direito participem de sua formação e implementação”.**<sup>5</sup>

No Estado Democrático de Direito, a lei não é apenas uma *ordem geral e abstrata*, mas assume outra função: a de *instrumento de ação concreta do Estado*, contendo mecanismos que facilitam o acesso da população aos benefícios almejados.<sup>6</sup>

A elaboração de políticas públicas não é somente um ato do Poder Legislativo; nem a sua execução, ato exclusivo do Poder Executivo. Desde a criação até sua implementação e, inclusive, na sua revisão e fiscalização, as políticas públicas brasileiras devem passar **pelo crivo dos Conselhos de Direitos. É o que resulta das leis que criaram as políticas nacionais de assistência social, de proteção à pessoa com deficiência, ao idoso, a política urbana, a política nacional de recursos hídricos, e do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando trata da política de atendimento à criança e ao adolescente (art. 88, II).**

**Os Conselhos de Direitos têm, portanto, atribuições de órgãos deliberativos e controladores das políticas públicas, sendo formados por representantes governamentais e não governamentais. Logo, nos Conselhos de Direitos é assegurada a**

---

<sup>5</sup> MORAND, 1999, p. 13, *apud* SILVA SILVA, Solange Teles da. Políticas públicas e estratégias de sustentabilidade urbana. *Revista da Escola Superior do Ministério Público da União - Meio Ambiente*, Brasília, DF, v. 1, série: grandes eventos, p. 257-271, 2004, p. 260-261.

<sup>6</sup> KELLER, 2002, p. 31.

**participação popular. A respeito desse caráter deliberativo e controlador das ações estatais, o art. 88, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente é bastante explícito.**

As políticas públicas não conservam, portanto, a característica de serem um *ato político*. As políticas públicas são melhor definidas como um “quadro normativo de ação”, informado por “elementos do poder público, elementos de *expertise* e elementos que tendem a constituir uma ordem local”, conforme as definiram Muller e Surrel.<sup>7</sup>

No Estado Democrático de Direito, não existe mais a imagem da política pública em que Legislativo e Executivo traçam primeiramente as diretrizes da política, para depois a administração executá-las.<sup>8</sup>

As políticas públicas, no Estado Democrático de Direito, resultam da articulação entre os Poderes Públicos e a sociedade civil, de onde resulta que sua natureza não é de ato de gestão, de um ato político em sentido estrito e, muito menos, de um ato insindicável. No Estado Democrático de Direito, o conteúdo das políticas públicas é discutido com os seus destinatários, com técnicos não estatais e estatais, ou seja, com participação da sociedade civil e com interdisciplinariedade

---

<sup>7</sup> MULLER; SURREL, 1998, p. 16 *apud* BUCCI, 2002, p. 249.

<sup>8</sup> BUCCI, 2002, p. 249.

Destaca Maria Paula Dallari Bucci, além da política pública visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, estabelecer a reserva de meios necessários à sua consecução, deve estabelecer o intervalo de tempo em que se espera o atendimento dos resultados. Ou seja, políticas públicas devem ter seus resultados periodicamente avaliados, e se insuficientes, deve-se avaliar se os meios empregados foram os corretos e os suficientes, onde “nafragou” a política.

Essa é uma tarefa que, na democracia, não pode ser conferida apenas aos técnicos do Governo, mas avaliada pela sociedade e pelo Ministério Público, que podem valer-se de *experts* não estatais, para acompanhamento da eficiência da política pública.

A avaliação constante da política pública, para saber-se se está atingindo os fins a que se destina, além de necessária, conduz a uma outra questão: **a relegitimação ou a deslegitimação da ação estatal, conforme ressaltado em estudo de Patrícia Helna Massa-Arzabe sobre a dimensão jurídica das políticas públicas.**

**Se deslegima-se a ação estatal, porque a política pública avaliada não passou pelo crivo da eficiência, e o administrador público, chamado pela sociedade ou pelo Ministério Público, a corriji-la, não a corrige, abre-se espaço para o controle judicial, através da ação civil pública. Se a sociedade tem o direito de**

**participar da elaboração das políticas públicas, como não lhe reconhecer o direito de provocar o Poder Judiciário para que determine que o administrador público implemente as políticas públicas já discutidas ou corrija os rumos da política pública erroneamente executada?**

A justiciabilidade das políticas públicas é reconhecida por grande parte da doutrina nacional, de onde se podem destacar nomes como o de Fábio Konder Comparato, Maria Luisa Fonseca Frischeisen, Rodolfo de Camargo Mancuso, Luís Roberto Gomes, Maria Paula Dallari Bucci, Carlos Alberto de Salles e Hamilton Alonso Jr.

A justiciabilidade das políticas públicas também se assenta na garantia de acesso ao Judiciário, insculpida no art. 5º, XXXV, da Carta de 1988<sup>9</sup>. Ao positivizar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, a Constituição previu uma garantia de acesso à justiça ***axiologicamente neutra***, devendo ser deferida “ante um histórico de lesão sofrida ou temida, a um *afirmado* direito ou interesse”, não havendo exigência adicional quanto à natureza da controvérsia, quanto às pessoas – públicas ou privadas – nela envolvidas e muito menos, a saber se a pretensão é ou não fundada<sup>10</sup>. Portanto, não pode haver qualquer restrição judicial à apreciação de pedido de implementação de políticas públicas.

<sup>9</sup> Art. 5º, inciso XXXV da CF/88: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>10</sup> MANCUSO, 2001, p. 738.

**É expressão da participação popular, característica do Estado Democrático de Direito, a utilização do poder constitucional de ação<sup>11</sup>, mormente nas demandas coletivas. A ação civil pública é um dos instrumentos da cidadania, no plano processual, para a defesa de direitos de expressão metaindividual, como são os direitos sociais a prestações. Destarte, através da ação civil pública, no visio de concretizar direitos fundamentais sociais que exigem prestações estatais para sua concretização, pode-se requerer a implementação de políticas públicas<sup>12</sup> e proceder-se à sua sindicabilidade.<sup>13</sup>**

Destaca Maria Paula Dallari Bucci, que a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atendimento dos resultados. Ou seja, políticas públicas devem ter seus resultados periodicamente avaliados, e se insuficientes, deve-se avaliar se os meios empregados foram os corretos e os suficientes, onde “nafragou” a política.

---

<sup>11</sup> CORREIA, 2002, p. 9.

<sup>12</sup> Entre os que defendem essa posição, pode-se citar: Maria Paula Dallari Bucci, Clemérson Merlin Clève, Rodolfo de Camargo Mancuso, Maria Luisa Fonseca Frischeisen, Luís Roberto Gomes, Fábio Konder Comparato, Cássio Casagrande.

<sup>13</sup> As ações coletivas, segundo sustenta SALLES, Carlos Alberto de. Ação civil pública contra omissões do poder público: limites e possibilidades. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais e Associação Paulista do Ministério Público, 2003, p. 211-222, necessitam de um processo diferenciado, por ele denominado de processo civil de interesse público, em referência à nomenclatura do direito norte-americano (*public interest law*, em oposição ao *public interest litigation*). Segundo o autor, sem desmerecer que todo processo é público, o processo civil de interesse público é aquele cujo objeto é uma decisão de interesse público. Por isso, entre outras coisas, no processo civil de interesse público, o Judiciário a chamado a decidir acerca de políticas públicas.

Essa é uma tarefa que, na democracia, não pode ser conferida apenas pelos técnicos do Governo, mas avaliada pela sociedade e pelo Ministério Público, que podem valer-se de *experts* não estatais, para acompanhamento da eficiência da política pública.

A avaliação constante da política pública, para saber-se se está atingindo os fins a que se destina, além de necessária, conduz a uma outra questão: a relegitimação ou a deslegitimação da ação estatal, conforme ressaltado em estudo de Patrícia Helna Massa-Arzabe sobre a dimensão jurídica das políticas públicas.

Se deslegima-se a ação estatal, porque a política pública avaliada não passou pelo crivo da eficiência, e o administrador público, chamado pela sociedade ou pelo Ministério Público, a corriji-la, não a corrige, abre-se espaço para o controle judicial, através da ação civil pública.

## **5. POLÍTICAS PÚBLICAS E CARÊNCIA DE RECURSOS**

### **5.1. NECESSIDADE DE PROVA DA CARÊNCIA DE RECURSOS**

A alegação de insuficiência de recursos necessita, como qualquer outra alegação feita em procedimento extrajudicial ou em processo judicial, ser comprovada.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, rejeitando a alegação, não provada, de falta de recursos públicos, assim decidiu:

Não basta a mera alegação de descumprimento, em função de limitações orçamentárias, pois em momento algum demonstrou o administrador municipal ter esgotado as verbas orçamentárias especificamente destinadas a este direito fundamental.<sup>14</sup>

A insuficiência de recursos para implementar política pública de erradicação do trabalho infantil só merece consideração se uma exaustiva prova documental demonstrar que a Administração Pública despende seus recursos unicamente com o seu próprio funcionamento ( e de acordo com os moldes de um gestão responsável) e com outros direitos igualmente fundamentais.

Anota Luís Roberto Gomes, que;

[...] se a simples alegação de dificuldade financeira ou orçamentária sempre prevalecesse, não haveria como restaurar a ordem jurídica violada pela omissão administrativa diante de tamanha carta branca de que se valeria o administrador para fugir a qualquer controle judicial ou extrajudicial, situação inadmissível num Estado Social e Democrático de Direito.<sup>15</sup>

Em ação civil pública em que esse argumento venha a ser apresentado pela defesa do ente público, o Ministério Público deve exigir a prova de regularidade dos gastos públicos somente com a atividade essencial do Município. Municípios que contratam bandas para o Carnaval, festas de final de ano, não podem alegar insuficiência de

---

<sup>14</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial. Apelação cível n.º 82.006-0/8-00. Apelante: PPP. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Álvaro Lazzarini. São Paulo, 14 de janeiro de 2002. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 243-245, abr. 2002.

<sup>15</sup> GOMES, 2003, p. 126.

recursos para realizar ou melhorar uma política de erradicação do trabalho infantil.

Não faltam, no orçamento brasileiro, recursos para a realização de eleições, que se sucedem de dois em dois anos, quando bem se poderia unificar os pleitos eleitorais, realizando-se eleições gerais. No Brasil e no mundo, o direito fundamental de votar custa muito caro, no entanto, não se ousaria, no Estado de Direito, suprimir esse direito por escassez de recursos estatais.

Não se pode admitir o argumento da escassez de recursos, sem o confronto desse argumento com a visão do orçamento dos entes da Federação, onde são destinados recursos para atendimento de necessidades não-essenciais, enquanto direitos fundamentais essencialíssimos têm a sua concretização postergada.

Da leitura da Constituição se infere que as prioridades já foram traçadas. Um exemplo que comprova a assertiva: a Constituição estabelece, no art. 6º, a proteção à infância como um direito fundamental, e no art. 227 determina que a proteção da infância é prioridade do Estado.

A Constituição vincula o legislador infraconstitucional a editar leis orçamentárias que assegurem a efetividade dos direitos sociais a

prestações através da alocação de recursos para as políticas públicas correlatas.

A partir do momento que o legislador não cumpre essa tarefa e nas leis orçamentárias são alocados recursos insuficientes para o implemento de políticas públicas minimamente eficientes, enquanto são destinados recursos para outras áreas não-essenciais, surge a possibilidade de sindicarse as escolhas feitas pelo legislador, porque desconformes com as prioridades eleitas na Constituição.

Pode-se argumentar que mesmo num cenário ideal em que o legislador e o administrador fizessem as escolhas certas, ouvindo a sociedade sobre a forma de progressivamente realizar os direitos fundamentais, ainda assim os recursos estatais seriam insuficientes para atender à demanda. Será? Essa resposta nenhum de nós pode dar, porque nunca vivemos num cenário assim...

Em termos de realidade brasileira, sabe-se que muito é gasto com publicidade, com festas, com doações de produtos, numa política de pão e circo, enquanto políticas públicas são criadas com incompletude e defeitos, ou simplesmente não são implementadas.

Nesse quadro, o Ministério Público pode tentar obter o compromisso de que verbas gastas com eventos supérfluos, como o carnaval, sejam carregadas para uma política de erradicação do trabalho

infantil. Alegarão, alguns, que o carnaval faz parte da nossa cultura e fomenta o comércio e o setor de serviços, havendo, aí, uma colisão de interesses. Embora o direito à proteção integral da criança e do adolescente seja fundamental, isso não impede que utilize a ponderação, como método interpretativo.

Por isso, o Ministério Público pode propor que a festa seja mais barata, que o conjunto convidado para a festa na cidade do interior seja mais modesto, e assim o Município poupe recursos para aplicar na política pública.

## **5.2 PROGRESSIVIDADE DAS PRESTAÇÕES PREVISTAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Outro compromisso possível, em face da prova de que os recursos são insuficientes para a elaboração da política pública nos moldes desejáveis, é o de progressividade nas prestações previstas na política pública.

A 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação Cível nº 158.646-1/0, relator Des. Cezar Peluso, em votação unânime (26/5/92), enfrentou o óbice oposto pelo Município de Marília (SP) relativo à incapacidade financeira de realizar o tratamento de esgoto requerido através de ação civil pública.

**Segundo o acórdão, o Município não deveria ter receio que a decisão imponha-lhe ônus incompatível com sua força orçamentária, pois a sentença recorrida já havia submetido o prazo de cumprimento da obrigação a “arbitramento prévio, à luz de prova técnica ampla”, “para adequar os projetos e cronogramas às disponibilidades dos orçamentos das devedoras”.**<sup>16</sup>

Diante da insuficiência de recursos ou falta de previsão da despesa em orçamento, prazo pode ser concedido pelo Ministério Público, nos procedimentos extrajudiciais, ou pelo juiz, nas ações, inclusive valendo-se de prova técnica, de modo a compatibilizar a necessidade de concretização dos direitos sociais com as limitações reais, fazendo cessar, em prazo razoável, a inércia administrativa. A jurisdição, desse modo, não se esgota com a sentença, mas o magistrado continua, junto com os autores da ação, a acompanhar o cumprimento do cronograma determinado.

A possibilidade de fixação de um prazo para implementação progressiva de políticas públicas não é desconsiderada pela doutrina. Clèmerson Merlin Clève sustenta que “da dimensão objetiva do direito à saúde extrai-se a possibilidade de aforamento de medidas judiciais coletivas orientadas para compelir o poder público a adotar uma política pública para que num prazo determinado (cinco, dez, quinze anos, de

---

<sup>16</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Cível. Apelação cível n.º 158.646-1/0. Apelante: Município de Marília.. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo.,Relator: Des. Cezar Peluso. São Paulo, 26 de maio de 1992. Acórdão citado por GOMES, 2003, p. 91.

acordo com a capacidade de arrecadação) atenda todo o universo de residentes no município”.<sup>17</sup>

### 5.3. ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

Fundamental é que não se perca de vista que as limitações materiais apresentadas pelo administrador podem encobrir o seu propósito de não realizar a política pública. Daí porque não se pode considerar que há zona de discricionariedade e **deve-se sindicarse realmente as escolhas feitas no orçamento são condizentes com as necessidades da sociedade, com os direitos que prioritariamente devem ser concretizados.**

Junto com o Ministério Público Estadual, o Ministério Público do Trabalho deve fomentar a idéia de **orçamento participativo**, em todas as cidades, através do qual democratizam-se as escolhas feitas nos orçamentos, criando um controle da sociedade sobre o governo. Há **base legal para essa atuação ministerial: 1) Estatuto da Cidade – art. 4º, III, f<sup>18</sup>; 2) Lei de Responsabilidade Fiscal, ao prever instrumentos de transparência na gestão fiscal, incentiva a**

---

<sup>17</sup> CLÈVE, 2003, p. 157. Sustenta o autor que há uma dimensão subjetiva e outra, objetiva, dos direitos fundamentais. A primeira envolve a constituição de posições jusfundamentais, quase sempre caracterizadas na condição de direitos subjetivos, que autorizam o titular a reclamar em juízo determinada prestação (omissiva ou comissiva); a segunda, compreende o dever de respeito e compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais (vinculação).

<sup>18</sup> O art. 4º, III, f da Lei nº 10.257, de 10/07/2001: Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: III – planejamento municipal, em especial: f) gestão orçamentária participativa.

**participação popular e a realização de audiências públicas durante os processos de elaboração das leis orçamentárias, de diretrizes orçamentárias e dos planos plurianuais (art. 48, parágrafo único).<sup>19</sup>**

Com o orçamento participativo obstam-se as inscrições nos orçamentos públicos de despesas desnecessárias ou menos prementes. Evitam-se escolhas desarrazoadas do administrador e o titular do poder político (o povo) pode valorar os interesses que deseja ver prioritariamente atendidos. É, portanto, instrumento que principia na base da Federação, nos Municípios, como demonstra a experiência em Municípios como Porto Alegre e Belém, mas que pode ser adotado em sede estadual e federal.

Na discussão das implicações financeiras das políticas públicas nos orçamentos, pode-se divisar duas etapas: uma judicial; outra extrajudicial.

Na fase extrajudicial, a própria sociedade tenta convencer os administradores sobre as melhores escolhas para o gasto das receitas públicas. Nessa fase, o Ministério Público tem papel relevante a cumprir<sup>20</sup>, participando das reuniões em que se discute o orçamento, pois como intérprete autorizado da Constituição e como agente ativo da

---

<sup>19</sup> GOMES, 2003, p. 137.

<sup>20</sup> CLÈVE, 2003, p. 159, “No universo dos direitos sociais, é preciso continuar o esforço doutrinário, superar dogmas e mitos, bem como promover a participação popular. O Ministério Público, nesse sítio, tem um papel extremamente relevante a cumprir”.

sociedade, deve auxiliar na fixação das políticas públicas, nos prazos para cumprimento, etc.

Contudo, se a sociedade não conseguir inserir no orçamento a previsão de gastos com as políticas públicas que deseja implementar, **o Ministério Público e as associações são legitimados para propor ação civil pública requerendo a destinação de parte do orçamento para determinada política pública.** A ação civil pública representa a “construção de uma cidadania reivindicatória”<sup>21</sup>, e o magistrado, guiado pela idéia de acesso material, e não meramente formal, à Jurisdição, deve dar a resposta esperada pela sociedade.

#### **5.4. FALTA DE PREVISÃO DOS RECURSOS NO ORÇAMENTO**

O óbice da vedação de realização de despesas sem previsão orçamentária somente é **oponível ao administrador, não ao Poder Judiciário**, que diante da recalcitrância do administrador pode – e deve - determinar a realização de políticas públicas.

A lei orçamentária anual é uma autorização de despesa, “tendo caráter nitidamente facultativo para o gestor público no que tange à execução total da programação estabelecida”<sup>22</sup>. Trata-se de “lei formal, tão-somente prevendo receitas e autorizando despesas públicas sem criar direitos subjetivos”<sup>23</sup>, ou seja, não cria situações intangíveis, de

---

<sup>21</sup> KRELL, 2002, p. 15.

<sup>22</sup> NASCIMENTO, C.V. (Org.). *Lei de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 21.

<sup>23</sup> NASCIMENTO, 2001, p. 130.

modo que nada impede a interferência judicial, modificando o quadro inicial de autorização de despesas de uma rubrica para outra. Igualmente, por ter caráter meramente autorizativo de despesas, a lei orçamentária não impede que o administrador celebre termo de ajuste de conduta com o Ministério Público, ou atenda recomendação daquela Instituição, para concretizar direitos constitucionalmente previstos.

Em suma, diante do perfil autorizativo da lei orçamentária, nos autos de ação civil pública, o juiz pode condenar o ente público em obrigação de fazer concernente à criação, correção ou ampliação de uma política pública, determinando-se uma reorganização da lei orçamentária. Por outro lado, na seara extrajudicial, em procedimentos instaurados pelo Ministério Público, o administrador pode atender a recomendação ministerial ou celebrar termo de ajuste de conduta, redimensionando a operacionalização do orçamento público, para criar ou melhorar política pública, sem que incorra em ato ilícito, vez que estará apenas adequando as escolhas antes feitas às determinações constitucionais.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> NASCIMENTO, 2001, p. 130.

O magistério de Lúcia Valle de Figueiredo merece registro:

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. Nessa linha de raciocínio, vejo como possível a cumulação de pedidos em ação civil pública, um referente à obrigação de não-fazer (deixar de lançar efluentes não-tratados) e outro pertinente à inclusão da respectiva despesa no orçamento do ano seguinte. Trata-se de uma sofisticação do conceito de controle dos atos administrativos; se a administração tem um dever e o descumpre, é razoável requerer que, junto com a determinação judicial do não-fazer, sejam viabilizados os recursos que permitam a realização do objetivo pretendido.<sup>25</sup>

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua 7ª Câmara Cível, nos autos da Apelação Cível nº 229.105-1/3 (rel. Des. Leite Cintra, j. 22/5/97), decidiu, por votação unânime, confirmar decisão de 1ª Instância que condenou Município a cessar atividade nociva ao meio ambiente, consistente em depositar lixo urbano em área inapropriada.<sup>26</sup>

Consta da decisão daquele Tribunal que o problema deveria ser tratado como prioridade da Administração, ressaltando que em matéria de meio ambiente a ninguém é permitido se eximir do dever de

---

<sup>25</sup>FIGUEIREDO, Lúcia Valle de. Ação civil pública, ação popular: a defesa dos interesses difusos e coletivos. Posição do Ministério Público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 208, abr./jun. 1997, p. 34-35.

<sup>26</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara Cível. Apelação cível n.º 229.105-1/3. Relator: Des. Leite Cintra. São Paulo, 22 de maio de 1997 *apud* GOMES, 2003, P. 126.

reparar, pois, se assim fosse, todo aquele que causasse dano poderia escusar-se da obrigação reparatória alegando dificuldades financeiras, o que comprometeria irremediavelmente a ordem jurídica.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 195.192-3/RS (rel. Min. Marco Aurélio de Mello, D.J.U 31.3.00), apreciando pedido de aquisição e compra de medicamentos formulado por pessoa com doença rara, afastou o óbice da limitação orçamentária, afirmando que “[...] **o Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente**”<sup>27</sup>.

Observe-se que, se o óbice representado pela lei do orçamento foi afastado, pelo Supremo Tribunal Federal, em se tratando de um direito individual, em respeito ao princípio da dignidade humana e a sua concretização no direito fundamental à saúde, maior razão há para afastá-lo quando se tratar de pedido formulado em ação civil pública, para implementação de política pública (direito difuso).

Em reforço do argumento da possibilidade do Judiciário determinar a implementação de políticas públicas, obrigando a uma alteração da peça orçamentária, ajunte-se que o **art. 8º, §2º, primeira**

---

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n.º 195.192-3/RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Rodrigo Skrsypcsak. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília, DF, 31 de março de 2000. LEX – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília. a. 22, n. 262, out. 2000, p. 162-164.

parte, da Lei Complementar n.º 101, de 04/05/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) estabelece que “não serão objeto de limitação as despesas que constituem obrigações constitucionais e legais do ente”. Conforme esclarece Luís Roberto Gomes, inclui-se na expressão “obrigações constitucionais e legais do ente”, as obrigações impostas pelo Poder Judiciário, diante do caso concreto”.<sup>28</sup>

Por outro ângulo, a assunção de despesas, ainda que despida dos requisitos dos arts. 16 e 17, da Lei de Responsabilidade Fiscal, é lícita quando confrontada com os princípios constitucionais.<sup>29</sup>

É necessário, nessa matéria, lembrar-se que “a responsabilidade fiscal é norteadada pela missão de coibir a irresponsabilidade administrativa calcada na dilapidação do patrimônio público pelo administrador inconstitucional que, irresponsável pela anterior ausência de punição, revelava-se despreocupado com o rombo nas finanças públicas que deixaria para o sucessor”<sup>30</sup>. Portanto, **a lei de responsabilidade fiscal não é empecilho à reordenação responsável das despesas públicas e não cabe invocá-la para justificar a omissão administrativa em concretizar direitos**

---

<sup>28</sup> GOMES, 2003, p. 141.

<sup>29</sup> Art. 16 – A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa será acompanhada de: I – estimativa de impacto orçamentário financeiros no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes; II – declaração do ordenador de despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Art. 17 – Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

<sup>30</sup> GOMES, 2003, p. 144.

**fundamentais sociais a prestações materiais que a administração está obrigada a fornecer aos cidadãos.**

### **5.5. O MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL**

Os administradores públicos sempre alegam a carência de recursos para não implementar políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais sociais.

Num cenário comprovado de carência de recursos, é necessário ponderar-se quais prestações poderão ser objeto da política pública em face do vasto espectro de direitos sociais, econômicos e culturais, todos exigíveis e prementes de realização. Não basta dizer que devem ser ponderados, mas estabelecer *o fundamento para essa ponderação*, o *quê* pode ser ponderado e *como* ponderá-los.<sup>31</sup>

Para isso, tem-se recorrido à teoria do *mínimo existencial*, construída a partir da constatação da dificuldade financeira dos Estados em efetivar plenamente os direitos fundamentais sociais que demandam prestações estatais. A idéia do *mínimo existencial* ou de *núcleo da dignidade humana* representa um subconjunto, dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais, que é exigível do Estado.

---

<sup>31</sup> BARROSO, 2003, p. 33.

Comentando a Constituição portuguesa, J.J. Gomes Canotilho refere-se a esse núcleo mínimo dos direitos sociais, da seguinte forma:

Das várias normas sociais, económicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem económica-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas.<sup>32</sup>

**O que se observa é que, parte da doutrina, num afã de pragmatismo, para que os direitos sociais não perdessem de toda a sua efetividade ante o argumento da escassez de recursos, pendeu para uma solução intermédia: o reconhecimento de que, dentre os direitos sociais, há um direito essencial à própria vida, que é o direito de obter prestações estatais mínimas que assegurem a própria sobrevivência humana digna: o direito ao *mínimo existencial*.**

Relata Andreas J. Krell:

[...] a Corte Constitucional Alemã extraiu o direito a um 'mínimo de existência' do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, I, da Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao Estado Social (art. 20, I, LF). Assim, a Corte determinou um aumento expressivo do valor da "ajuda social" (*Sozialhilfe*),

---

<sup>32</sup> CANOTILHO, 1997, p. 470.

valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar aos cidadãos carentes. Nessa linha, a sua jurisprudência aceita a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um “mínimo vital”.

[...] a Corte deixou claro que esse “padrão mínimo indispensável” não poderia ser desenvolvido pelo Judiciário como “sistema acabado de solução”, mas através de uma casuística gradual e cautelosa.<sup>33</sup>

**Consoante afirma Luís Roberto Barroso, o Judiciário pode determinar o cumprimento de um padrão mínimo para cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana, o que não tem acontecido por motivos ideológicos e não jurídico-rationais.<sup>34</sup>**

**A valia da teoria do *mínimo existencial* está em corresponder (esse mínimo) ao *núcleo básico* que se pode extrair do princípio da dignidade humana, após a necessária relativização do princípio em face da dignidade de todos os homens e da carência de recursos financeiros estatais. Explica-se: se há vários indivíduos, todos com direito ao respeito à sua dignidade, e as condições materiais para a sua realização exigem prestações estatais, cuja expressão financeira é vultosa, é preciso que a cada indivíduo seja concedida, ao menos, uma parcela mínima de prestações que permitam a realização de uma parte do princípio da dignidade humana – precisamente o *núcleo básico* do princípio.**

---

<sup>33</sup> KRELL, 2002, p. 61-62.

<sup>34</sup> BARROSO, 1990, 49.

**A eficácia jurídica do *mínimo existencial*, isto é, a sua capacidade de ser exigido judicialmente, é registrada por Clémerson Merlin Clève:**

**O conceito de *mínimo existencial*, de mínimo necessário e indispensável, de mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída a sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino. Os direitos sociais, o princípio da dignidade humana, o princípio da socialidade (dedutível da Constituição que quer erigir um Estado democrático de direito) autorizam a compreensão do *mínimo existencial* como obrigação estatal a cumprir e, pois, como responsabilidade dos poderes públicos.<sup>35</sup>**

O reconhecimento do mínimo social não minimiza, portanto, os direitos sociais porque sempre se terá que interpretar a Constituição com vistas à máxima efetivação dos direitos fundamentais. O que se procura, com a fixação de um mínimo necessário a uma existência digna e à promoção de oportunidades, é apresentar um discurso de realização constitucional coerente com a escassez de recursos e que, ao mesmo tempo, não se conforme com a alegação da *reserva do possível*.

---

<sup>35</sup> CLÈVE, 2003, p. 160.

É claro que a justeza da fixação do *mínimo existencial* e o aumento progressivo da realização dos direitos sociais têm que se sindicáveis — isto é, sociedade, Ministério Público e Judiciário — devem estar atentos para que a fixação do *mínimo existencial* não se faça de forma que não atenda aos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania, nem o Estado, sob o argumento da eterna escassez de recursos, continue a procrastinar a maximização do cumprimento dos direitos sociais.

O *mínimo existencial* deve ser alargado sempre, num exercício de “cidadania reivindicatória”<sup>36</sup>. A legitimidade da construção do *mínimo existencial* assenta-se em reconhecer-se que essa teoria deve ser concebida na idéia de **progressividade dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais**, “nunca como forma de limitar a identificação ou o reconhecimento de novos direitos econômicos, sociais e culturais”<sup>37</sup>, nem retirar, dos direitos sociais que não compõem o *mínimo existencial*, a característica da fundamentalidade.

A fixação do conteúdo do *mínimo social* não é tarefa fácil. Por isso, alguns autores evitam dizer que prestações o compõem, referindo-se genericamente a “necessidades humanas básicas”,

---

<sup>36</sup> TORRES, 2001, 268.

<sup>37</sup> LIMA JR., Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 104-105.

“mínimos sociais de conservação da vida”, “bens essenciais”, entre outras designações vagas.<sup>38</sup>

A Lei n.º 8. 742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social) não especificou que prestações compõem o *mínimo social*. Apenas se infere que o “o mínimo social pode também estar relacionado a um conceito econômico de uma renda mínima necessária à inserção na sociedade, como forma de exercício da cidadania, o que tem originado vários projetos de administrações municipais brasileiras, bem como a Lei Federal n.º 9.522 de 10/12/97.<sup>39</sup>

Segundo Andreas J. Krell, “o referido ‘padrão mínimo social’ para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia”, mas admite que “o conteúdo concreto desse *mínimo*, no entanto, variará de país para país”.<sup>40</sup>

Entendendo que o conteúdo do *mínimo existencial* deve se inferido da Constituição Federal de 1988, Ana Paula de Barcellos pontifica que o conteúdo daquele mínimo compõe-se de três elementos materiais e um instrumental, a saber, **a educação fundamental, a**

---

<sup>38</sup> SAMPAIO, 2004, p. 280. O autor informa que essas designações foram feitas por Nicolas Hayson, Firoz Cachalia e Edwin Molahleli, in *Civil Society and Fundamental Freedom*. Report for the Independent Study into an Enabling Environment for NGO: Johannesburg: Development Resources Centre, 1993.

<sup>39</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 68.

<sup>40</sup> KRELL, 2002, p. 63.

**saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça.**<sup>41</sup>

A autora conseguiu demonstrar, com precisão, o conteúdo do *mínimo existencial*, principalmente porque através do “elemento instrumental” – acesso à Justiça - os cidadãos podem exigir que os demais conteúdos, desse mínimo garantidor da dignidade humana, componham políticas públicas.

Observe-se que para assegurar o núcleo mínimo do princípio da dignidade humana são necessárias políticas públicas globais, ou, então, a concatenação de diversas políticas públicas setoriais. Isso quer dizer que o *mínimo existencial* que, de ordinário, demanda políticas públicas de saúde, educação, moradia, alimentação e profissionalização, pode vir a necessitar de outras políticas públicas específicas, que complementem o feixe de prestações previstas numa política pública global.

Exemplifica-se: se os cidadãos que têm direito à proteção de sua dignidade são menores de dezesseis anos, e estão trabalhando nas ruas de uma cidade, o *mínimo existencial* será atendido com a inserção desse grupo numa política de erradicação do trabalho infantil, que deve estar vinculada a sistemas prestacionais de educação, saúde, moradia, alimentação e profissionalização para todos os membros da família, isto

---

<sup>41</sup> BARCELLOS, 2002, p. 258.

é, garante-se o *mínimo existencial* para todos os indivíduos da família e não se focaliza, apenas, o indivíduo que estava no trabalho infantil.

Logo, a fixação do conteúdo do *mínimo existencial* somente pode ser feita caso a caso, pelo administrador e, subsidiariamente, em caso de omissão daquele, pelo Poder Judiciário, à vista de elementos fáticos. Para isso, o Poder Judiciário não prescindirá dos subsídios ministrados pelas instâncias governamentais e não-governamentais que elaboram e executam as políticas públicas.

A “*reserva do possível*”, então, no caso brasileiro, somente pode ser considerada como um elemento a mais a ser sopesado pelo intérprete, no processo de ponderação de quais prestações podem ser exigidas numa determinada política pública.

Insurgindo-se contra o *lugar-comum na doutrina* de afirmar que os direitos sociais a prestações estão submetidos à *reserva do possível*, Fábio Konder Comparato afirma:

Se o Estado não dispõe, como é óbvio, de condições materiais para atender à totalidade das demandas individuais de bens indispensáveis a uma vida digna, ele tem, não obstante, inquestionavelmente, o dever constitucional de pôr em prática, com todos os meios aos seus alcance, as políticas públicas dirigidas à consecução desse objetivo. O desempenho dessa relevante função estatal não está, de modo algum, submetido à “reserva do possível”.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público e a defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 250.

## 6. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A doutrina moderna questiona “a existência de uma *vera e pura* discricionariedade na Administração Pública, como antes e tradicionalmente se sustentava”.

As políticas públicas são necessárias para a concretização dos direitos fundamentais sociais, e, tendo esses direitos aplicabilidade imediata, por força do § 1º, do art. 5º, da Constituição Federal, não há discricionariedade do administrador. Há norma determinando a eficácia imediata dos direitos fundamentais, e onde há norma determinando um proceder, há vinculação e não discricionariedade.

Além disso, a política pública deve realizar um fim consonante com o *interesse público*, e a satisfação do interesse público não é matéria afeta à discricionariedade do administrador, mas seu dever.

Cabe lembrar as palavras de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, para quem “o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer”.<sup>43</sup>

Mister distinguir dois momentos: o momento em que o administrador é chamado para concretizar o direito de proteção integral à criança e ao adolescente — que é o primeiro momento—, em que deve agir, *não*

---

<sup>43</sup> FRISCHEISEN, 2000, p. 59.

*contemplando o não fazer*; e o momento subsequente, de definição da forma como a política pública será realizada. Esse segundo momento é matéria que, em princípio, estaria afeta ao senso de conveniência e oportunidade do administrador. Porém, como visto, no Estado Democrático de Direito, as políticas públicas são criadas com a **participação da sociedade civil**, que, ajudando no diagnóstico dos problemas, propõe as formas de enfrentamento. Esse fato **reduz, sobremaneira, a discricionariedade do administrador na execução da política pública.**

Além da criação da política pública de proteção integral à criança e ao adolescente ser dessumida do art. 227, da Constituição Federal, que estabelece:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O art. 4º, e seu parágrafo único, da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) estabelece que:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único – A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência do atendimento nos serviços públicos e de relevância pública;
- c) **preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas;**
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Logo, com razão, Maria Luiza Fonseca Frischeisen ao afirmar que:

[...] o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaboraram as normas de integração.<sup>44</sup>

A jurisprudência tem afastado o dogma da discricionariedade na realização de políticas públicas. Em paradigmática decisão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que:

“A Constituição Federal, em seu art. 227, define como prioridade absoluta as questões de interesse da criança e do adolescente; assim, não pode o Estado-membro, alegando insuficiência orçamentária, desobrigar-se da implantação de programa de internação e semi-liberdade para adolescentes infratores, podendo o Ministério Público ajuizar ação civil pública para que a Administração cumpra tal previsão legal, não se tratando, na hipótese, de afronta ao poder discricionário do administrador público, mas de exigir-lhe a observância do mandamento constitucional”.<sup>45</sup>

Conforme registra Celso Antônio Bandeira de Mello:

---

<sup>44</sup> FRISCHEISEN, 2000, p. 95.

<sup>45</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara. Apelação cível nº 596.017. Relator: Des. Sérgio Gischkow Pereira. In: *Revista dos Tribunais*, n. 743, p. 132.

[...] resulta certo que a liberdade administrativa, acaso conferida por uma norma de direito, não significa sempre liberdade de eleição entre indiferentes jurídicos. Não significa poder de opções livres, como as do Direito Privado. Significa o dever jurídico funcional – questão de legitimidade e não de mérito – **de acertar, ante a configuração do caso concreto, a providência, isto é, o ato, ideal, capaz de atingir a finalidade da lei, dando assim satisfação ao interesse de terceiros – interesse coletivo e não do agente – tal como firmado na lei.**

E conclui:

Deveras, não teria sentido que a lei, podendo fixar uma solução por ela reputada ótima para atender o interesse público, e uma solução apenas sofrível ou relativamente ruim, fosse indiferente perante essas alternativas. É de presumir que, não sendo a lei um ato meramente aleatório, só se pode pretender, tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de discricção, que a conduta do administrador atenda excelentemente, à perfeição, a finalidade que a animou. Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fiveteia para o atendimento do interesse público. Tanto faz que se trate de vinculação ou discricção. O comando da norma sempre impõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionariiedade, **perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela lei, mas única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.**<sup>46</sup>

Não há dúvida de que a lei reserva ao administrador o poder de verificar, no momento histórico e no *locus* que administra, qual a melhor política pública. Mas, no Estado Democrático de Direito, essa verificação não é feita isoladamente pelo administrador. **O administrador não é o único intérprete**

---

<sup>46</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariiedade e controle judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 32-33.

**do interesse público, de modo que a sociedade civil, titular do interesse público, deve ser ouvida na elaboração e na execução de políticas públicas.**

**Assim, se os meios empregados e as prestações previstas na implementação de uma política pública são manifestamente inapropriados, o Ministério Público pode levar ao Poder Judiciário a pretensão de modificação da política pública.**

**Nesse espaço, o juiz deve guiar-se pelo princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, para observar se os meios empregados são eficientes para a consecução da política pública, se as prestações previstas são suficientes ou conducentes à obtenção do resultado pretendido.**

**O controle dos atos componentes de uma política pública é sempre possível, se na implementação da política houve inobservância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.**

Importante a observação feita por Floriano Azevedo Marques acerca da necessidade de sindicarem-se o uso da discricionariedade quando o administrador alega que há colidência de *interesses públicos* de grupos que compõem a sociedade civil. Em matéria de políticas públicas, isso sói acontecer, pois o administrador pode alegar que não executou política de proteção à criança e ao adolescente, por ter gasto os recursos disponíveis com política pública de saúde. À primeira vista, a escusa pode parecer aceitável, e albergar-se na

discricionariade, já que teve que *interpretar* qual o interesse público prioritário.

Porém, conforme adverte Floriano Azevedo Marques:

[...] a importância do controle da discricionariade não se revela apenas pela necessidade de controlar o preenchimento da lacuna do texto normativo, mas, ainda, muitas vezes, pela obrigatoriedade de **controlar a discricionariade na eleição de um determinado interesse público a ser privilegiado na ação estatal, em detrimento de outro interesse também de natureza pública, de natureza coletiva, legítimo e albergado numa parcela relevante da sociedade.**

Em acertada conclusão, o autor afirma a necessidade de controle judicial da discricionariade do administrador, para que não seja usada como alibi, que permita sejam atendidos interesses de determinados grupos, que não se legitimam à luz dos interesses da coletividade.<sup>47</sup>

**A doutrina cunhou chamar *reserva de consistência*, a autocontenção que deve ser adotada pelo juiz sempre que não tiver argumentos suficientes para demonstrar que é consistente a sua interferência na atividade política<sup>48</sup>. Ao contrário, se, em ação civil pública, representantes legítimos da sociedade, como são as associações e o**

---

<sup>47</sup> MARQUES, Floriano Azevedo. Discricionariade administrativa e controle judicial da administração. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais e Associação Paulista do Ministério Público, 2003, p. 195.

<sup>48</sup> MORO, 2004, p. 314. SARMENTO, Daniel, 2003, p. 116, afirma que “o *judicial self-restraint* traduz-se numa certa deferência, devida pelo Judiciário, às opções políticas do Legislativo e Executivo, em decorrência do reconhecimento da legitimidade democrática dos atos emanados dos representantes destes poderes. As decisões judiciais que afastem tais opções, por contrariarem os desígnios da maioria, expressos através da lei, só se legitimam na medida em que se amparam firmemente na Constituição”. Observa-se, portanto, que a gênese da teoria que os norte-americanos denominaram de autolimitação judicial pressupõe opções políticas do legislador, o que não é o caso da ausência de políticas públicas, em que o legislador não cria as políticas necessárias à concretização dos direitos sociais, não se podendo considerar opção o “não fazer”. Daí porque a autolimitação do julgador, em matéria de falta de edição de políticas públicas, não é legítima.

**Ministério Público, apresentam-lhe razões de convencimento acerca de incorreção e insuficiência de uma política pública, a decisão não representará um juízo discricionário do seu prolator, mas estará fundamentada no descumprimento, pelo administrador, de princípios constitucionais, e no dever do Judiciário de prestar a jurisdição, afastados que estão, no Estado Democrático de Direito, os nichos de discricionariedade administrativa incontestável.**

Obtemperam Víctor Abramovich e Christian Courtis que:

“Cuando el Estado assume una vía de acción en el cumplimiento de la obligación de adoptar medidas de satisfacción de un derecho social, el Poder Judicial puede analizar también la elección efectuada por el Estado a partir de nociones tales como la de *razonabilidad*, o bien la de *carácter adecuado o apropiado*, que tampoco son ajenas a la tradición de control judicial de actos de los poderes políticos. Los jueces no sustituyen a los poderes políticos en la elección concreta de la política pública diseñada para la satisfacción del derecho, sino que examinan la idoneidad de las medidas elegidas para lograr esa satisfacción.”<sup>49</sup>

Além da exigência da política pública ser consonante com os princípios constitucionais, explícitos e implícitos, o conteúdo da política pública já está limitado por regras infraconstitucionais. Em outras palavras, a faixa de discricionariedade, nessa área, está cada vez mais restrita porque as leis referentes à matéria estão cada vez mais minudentes, estabelecendo as diretrizes

---

<sup>49</sup> ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian, 2002, p. 126.

das políticas públicas, e essas diretrizes incluem até a enunciação de quais prestações devem estar incluídas nas políticas públicas de cada área.<sup>50</sup>

Some-se a isso o fato de que, no Estado Democrático de Direito, a criação de uma política pública não é um ato apenas do Legislativo (quanto à normação) e do Executivo (quanto à execução). Tanto no momento da elaboração, quanto na execução e, ainda, na averiguação dos resultados da política pública, a sociedade civil deve participar.

A política nacional de erradicação do trabalho infantil, por exemplo, foi elaborada a partir de sugestões dos sujeitos que compõem o Fórum Nacional de Combate ao Trabalho Infantil, sendo exemplo de uma política pública cujo nascimento foi democrático. Naquele e em outros espaços democráticos, instituições governamentais e sociedade civil já assentaram que uma política pública de proteção à infância e à juventude deve prever a erradicação do trabalho infantil, garantir acesso integral à escola, promover o lazer, a cultura e a profissionalização dos adolescentes, enfim, conferir-lhes a proteção integral, em todos os aspectos citados no art. 227, da Constituição Federal e no art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Observa-se que o legislador constituinte e infraconstitucional já gizou toda a extensão da proteção, ou seja, os aspectos que devem ser objeto de atendimento na política pública. **Reduzida, portanto, a margem de discricção**

---

<sup>50</sup> Anota PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 254-258, que as características conformadoras e programadoras do Estado contemporâneo determinou o seu inevitável recurso a *leis medida*, que encerram providências concretas; têm forma de lei, mas não têm a abstração das leis jurídicas *stricto sensu*. A legislação converteu-se em principal instrumento de mudança deliberada na sociedade moderna, tornando-se ato típico da função política, regulando situações concretas.

**do administrador, o que torna sindicável política que, por exemplo, não preveja educação em tempo integral para crianças e adolescentes retirados do trabalho infantil.**

**A falta de razoabilidade da política pública, nesse caso, justifica a atuação do Ministério Público, primeiro recomendando a corrigenda da política pública e buscando a assinatura de Termo de Ajuste de Conduta, depois, não obtendo êxito na fase extrajudicial, propondo ação civil pública para corrigir a política pública.**

**Em síntese, por qualquer dos ângulos em que se olhe o velho dogma da discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas, ver-se-á que:**

**1) a implementação da política pública não é ato discricionário, mas vinculado, porque os direitos fundamento sociais têm aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da Constituição Federal);**

**2) o conteúdo das políticas públicas, em geral, já está delimitado pela Constituição, que *conforma* a atuação do Legislador; esse, por sua vez, tem sido minucioso no estabelecimento das diretrizes e das prestações que compõem cada política pública criada;**

**3) ainda que a política pública tenha sido criada por lei, consonante com a ordem constitucional, há possibilidade de controle da sua execução e correção dos seus rumos, caso em que os juízos de oportunidade e conveniência do administrador são sindicáveis;**

**4) a sindicabilidade do conteúdo e da execução das políticas públicas justifica-se para verificação se o seu conteúdo está em harmonia com todos os princípios constitucionais e infraconstitucionais, explícitos ou implícitos do ordenamento jurídico;**

**5) a sindicabilidade constante das políticas públicas é decorrência do Estado Democrático de Direito e da própria natureza das políticas públicas que necessitam de avaliação periódica da eficácia de sua execução**

## **7. SEPARAÇÃO DOS PODERES**

No Estado Liberal, o princípio da separação dos poderes era necessário como pressuposto para o exercício da liberdade do indivíduo em face do Estado e para contenção do poder. No Estado Democrático de Direito, que tem a missão de fomentar a igualdade material, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para propiciar condições de vida digna às consideráveis parcelas da população, excluídas dos benefícios do desenvolvimento estatal. A preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade.<sup>51</sup>

A mudança dos objetivos estatais, como é óbvio, modifica a sua forma de organização. **Se o fim do Estado liberal era, tão-somente, assegurar a liberdade formal, não havia necessidade de**

---

<sup>51</sup> PALU, 2004, p. 60.

**uma função governativa, como é a relacionada à edição de políticas públicas para concretizar direitos sociais a prestações. Somente quando o Estado passou a ser um Estado de promoção do bem-estar dos seus cidadãos, surgiu essa quarta função, mais do que uma função administrativa, e não somente dependente de lei (função legislativa). No contexto das obrigações promocionais do Estado, para realizar a dignidade do homem, faz-se necessário um misto de atos legislativos, administrativos e jurisdicionais, inter-relacionados.**

**Na estrutura do Estado contemporâneo, a separação de poderes não passa de uma separação de funções, orgânico-formal. R. Carré de Malberg sustenta, com razão, que a separação de funções é meramente formal, sendo impeditivo da realização dos fins do Estado atual a concepção de uma separação material de funções.**

Karl Loewenstein, recusando a expressão *separação de poderes*, defende que a separação de funções é o desenho constitucional da *divisão de trabalho*. Para o autor, três são as funções do Estado: a decisão política conformadora ou fundamental, a execução da decisão política e o controle da decisão política. A função de decisão política fundamental é cometida aos que elaboram a Constituição e as leis que definem a opção política que vai dirigir a ação estatal; a função de execução da decisão política é atribuída à administração, a algumas

leis técnicas-utilitárias e ao Poder Judiciário; a função de controle do poder político é desempenhada pelo Poder Judiciário.

Igualmente registra Nuno Piçarra que a função de controle dos atos estatais tem sido elevada à função autônoma do Estado, avultando, dentre os vários tipos de controle interorgânico, os controles jurisdicionais da legalidade da administração e da constitucionalidade das leis, “evidenciando a ‘ascensão’ nítida do poder judicial que é, por isso, hoje, a contra-imagem do ‘*pouvoir em quelque façon nul*’, preconizado por Montesquieu”.<sup>52</sup>

Quando o Estado passou a intervir na ordem social, e para tanto, tornou-se necessário que prestasse um conjunto de serviços, a lei passou a ser instrumento para a realização de políticas públicas. Surgem as leis-programa, leis-medidas ou leis instrumento de realização de um projeto político governativo, **amalgamando-se as funções estatais executiva e legislativa.**

Com efeito, na edição de uma política pública já não se divisa atos do legislativo e atos do executivo, mas uma atuação conjunta de ambos - na prática, preponderante do executivo, sendo o legislativo apenas o poder *formalizador* da política concebida em lei.

**Fruto da tradição, os poderes estatais continuam os mesmos, mas as funções estatais são modernamente distinguidas**

---

<sup>52</sup> PIÇARRA, 1989, p. 259.

**em funções legislativa, de governo, administrativa e jurisdicional<sup>53</sup>. Essas funções concernem a diferentes Poderes do Estado, de modo que atos legislativos, executivos e judiciais podem ter o mesmo conteúdo, e o adjetivo que os qualifica resultar, tão-somente, da fonte de onde promanaram.**

Evidenciando essa *interação e complementaridade* entre as funções e atividades do Estado contemporâneo, Rodolfo de Camargo Mancuso afirma a falta de razoabilidade do “argumento que [ainda] pretende erigir a clássica separação dos poderes em obstáculos à ampla cognição, pelo Judiciário, dos questionamentos sobre políticas públicas”.<sup>54</sup>

No mesmo sentido, afirma Lídia Helena Ferreira da Costa Passos, que:

[...] a idéia de que os poderes legislativos, executivo e judiciário são dotados de uma independência tão absoluta, que lhes permita atuação em esferas incondicionalmente autônomas e perfeitamente delimitadas, ao que nos parece, não encontra respaldo no texto constitucional e é já insustentável na esteira da argumentação teórica que o inspirou.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Essa divisão não é pacífica.

<sup>54</sup> MANCUSO, 2001, p. 731.

<sup>55</sup> PASSOS, Lídia Helena Ferreira da Costa. Discricionariedade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações civis públicas. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). *Ação civil pública: lei n.º 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 462.

No Estado contemporâneo, as funções estatais foram alteradas consideravelmente. Não basta o Estado legislar, é necessário que ele se invista na missão de concretizador de políticas de ação<sup>56</sup>.

No Estado Democrático de Direito essa tendência se confirma, resultando a edição de leis mais técnicas, necessitando que os técnicos do governo e a sociedade civil contribuam decisivamente para o seu conteúdo. O Estado contemporâneo é *telocrático*, ou seja, ao editar uma lei apenas inicia a sua tarefa, “vinculando-se ao dever de realização *eficiente* do programa estabelecido na norma-objetivo”.<sup>57</sup>

A realidade demonstra que o Executivo<sup>58</sup> cria as normas da política pública<sup>59</sup> e o Legislativo apenas as formaliza em lei. A função legislativa está sendo exercida em maior medida pelo Executivo, sendo uma tendência, em todos os países, o alargamento da competência normativa do governo.<sup>60</sup>

No Estado telocrático:

[...] a própria ordem jurídica passa a ser elaborada, realizada, interpretada e aplicada por diversos grupos, órgãos e instituições, o que implica uma reinterpretação do princípio da separação dos poderes, com transformações, em especial, na atuação dos Poderes Executivo e Judiciário, a introdução de novos atores nesse universo [Ministério Público e agências reguladoras] e aprofundamento dos mecanismos de participação democrática, em um

<sup>56</sup> GOMES, 2003, p. 113.

<sup>57</sup> COMPARATO, 1997, p. 17.

<sup>58</sup> Por Executivo, compreenda-se que, no Estado Democrático de Direito, as políticas públicas são criadas pelo Executivo com a participação da sociedade civil, componente dos Conselhos de Direito.

<sup>59</sup> E no Estado Democrático de Direito deve discutir o conteúdo da política pública com a sociedade civil.

<sup>60</sup> COMPARATO, 1997, p. 19.

fenômeno denominado pluralismo jurídico, que é incorporado pelo próprio pluralismo político assegurado pela Constituição Federal [art. 1º, inciso V], que não é apenas político-partidário.<sup>61</sup>

O escopo original do princípio da separação dos poderes era impedir o abuso de poder, a invasão da esfera de liberdade individual. Mas não é a abuso de poder que se referem o Ministério Público e as associações quando acionam o Poder Judiciário, requerendo que determine ao administrador a implementação de uma política pública. **A ação tem como causa de pedir uma omissão administrativa e, sendo o Estado contemporâneo, um Estado telocrático, a ineficiência na consecução dos misteres que lhe são atribuídos pelas normas-programa sujeita os poderes públicos à sindicabilidade dos seus atos<sup>62</sup>.**

**A sindicabilidade dos atos de governo pelo Judiciário, longe de afrontar o princípio da separação dos poderes, constitui garantia de que a atividade estatal não será paralisada pelo arbítrio dos que deveriam exercer a contento a função governativa. *Enquanto, no Estado Liberal, a proteção do cidadão contra o arbítrio era justamente a garantia de que o Executivo não iria usurpar funções legislativas, no Estado Democrático de Direito a proteção do cidadão reside na possibilidade de acionar o Poder***

<sup>61</sup> FRISCHEISEN, 2000, p. 109.

<sup>62</sup> MANCUSO, 2001, p. 735.

***Judiciário em face de atos comissivos ou omissivos do Legislativo e do Executivo.***

Hoje, com a imbricação entre as funções legislativa e executiva, na edição de leis que criam as políticas públicas, não se pode acreditar, ingenuamente, que o Legislativo controle o Executivo na implementação de uma política pública. **Numa democracia, a função de controle não pode estar, exclusivamente, a cargo de órgãos eleitos, que, nas conveniências do jogo político podem cerrar os olhos para as faltas do outro.** Nessa ordem de considerações, pontifica Nuno Piçarra:

Tem-se mesmo considerado que os controlos de natureza jurídica, efectuados por um poder judicial independente, tendem a superar em importância, para efeitos da moderação e limitação do poder estadual, os controlos de natureza política entre os órgãos constitucionais de direcção política [parlamento e governo], os quais estão “unificados” pelo(s) partido(s) maioritário(s). O sistema de controlos jurídicos constituiria o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes no Estado de Direito contemporâneo.<sup>63</sup>

***No Estado Democrático de Direito, os cidadãos têm assegurado mecanismos de controle dos atos administrativos ou de governo. Um desses mecanismos de controle é a ação civil pública,*** através da qual o Judiciário é chamado a exercer a sua função de controle, função que – repita-se – não estava prevista na trinária

<sup>3</sup>

<sup>63</sup> PIÇARRA, 1989, p. 259.

teoria de Montesquieu e, portanto, não pode ser impedida com fundamento naquela teoria.

Ademais, no Brasil, a teoria da separação dos poderes nunca foi adotada tal qual sua raiz em Montesquieu<sup>64</sup>. Desde a primeira Constituição republicana, o Brasil adotou um teoria da separação dos poderes mesclada com a **teoria de pesos e contrapesos** (*checks and balances*).

Com efeito, a teoria da separação dos poderes, tal como formulada por Montesquieu, não assegura, por si só, que haja controle do poder político. A teoria dos *checks and balances*, formulada pelos americanos, assentou a necessidade de um *judicial review*, inicialmente dos atos legislativos e, em sua evolução, dos atos administrativos em geral.<sup>65</sup>

No Estado Democrático de Direito este poder é o Judiciário, pois um direito fundamental de inafastabilidade da jurisdição.

## 8. LEGITIMIDADE DOS JUÍZES

Alega-se a falta de legitimidade do Poder Judiciário, sob o argumento de que, ao contrário dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo, que foram eleitos pelo voto popular (princípio majoritário), os

---

<sup>64</sup> PALU, 2004, p. 106.

<sup>65</sup> PALU, 2004, p. 50-51.

membros do Judiciário não receberam do titular do poder político (o povo), a legitimidade para dizer o que é interesse público e quais direitos devem ser concretizados, apriorísticamente, pelo administrador.

Outro argumento é que não se deve conferir um poder imenso aos juízes, que fatalmente o usariam mal, sendo prejudicial à segurança jurídica do Estado de Direito, que as decisões se baseassem no subjetivismo do julgador. Por fim, ainda aduzem que falta aos juízes conhecimento técnico para determinar a implementação de políticas públicas.

As escolhas jurídicas fundamentais de uma sociedade estão enunciadas na Constituição, documento elaborado pelos constituintes, que receberam, originariamente, poderes do titular do poder político (o povo), para inscrever na Carta a organização política do Estado e os valores predominantes da sociedade.

A existência e legitimação democrática do Poder Judiciário está inscrita na Constituição, que incumbiu o Judiciário da sua defesa e das leis que são com ela conformes.<sup>66</sup>

Além do aspecto de divisão das atribuições democráticas, ou seja, das atribuições que o titular do poder político (o povo) cometeu aos diferentes órgãos, a Constituição traz em si a escala de valores sociais. Os direitos sociais que devem ser concretizados estão expressos no seu

---

<sup>66</sup> PIMENTEL, 2003, p. 68.

texto, não sendo o Judiciário quem irá criá-los, mas simplesmente agir como uma “espécie de delegado do Poder Constituinte”<sup>67</sup> e velar pelo seu cumprimento.

Por isso, Luigi Ferrajoli, afirma, com razão, que é na sujeição do juiz à Constituição e no seu papel de garantidor dos direitos fundamentais estabelecidos naquela Carta que está o principal fundamento de sua legitimidade.<sup>68</sup>

Embora a escolha dos magistrados não se dê pela via eletiva, deve-se observar que, no Estado Democrático de Direito, há duas formas de exercício da democracia, a representativa e a participativa. Essas formas de democracia não estão em oposição, nem formal, nem substantivamente.<sup>69</sup>

Assim, quando os que detêm a legitimidade representativa apartam-se da vontade democrática, é preciso que outros atores detentores de legitimidade restaurem a ordem jurídica violada pela omissão legislativa ou administrativa.

**Não se discute a legitimidade do Poder Judiciário para o mandado de injunção. E qual é o objetivo daquele instituto senão o Judiciário determinar que outro poder aja? Do mesmo modo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A criação dessas**

---

<sup>67</sup> CLÈVE, 2003, p. 158.

<sup>68</sup> FERRAJOLLI, Luigi. *Derechos y Garantías – La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi. Madri: Trotta, 1999, p. 26.

<sup>69</sup> VIANNA, 1999, p.

**ações, na Carta de 1988, demonstra que o constituinte conferiu legitimidade ao Judiciário para determinar a concretização de normas constitucionais, quando a inação do legislador ou do administrador, estiver impedindo a eficácia da norma constitucional.**

Não há somente uma representatividade haurida do sufrágio, há uma representação dos cidadãos pelo Ministério Público – designado *ombudsman* pelo Constituinte – e há uma representação dos cidadãos pelos juízes – designados igualmente pelo Constituinte como os estuários onde devem desembocar todas as espécies de conflitos sociais, pois a Constituição diz, expressamente, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV).

Não há como não reconhecer a correção do pensamento de Luís Roberto Barroso: “Não compromete a legitimidade do regime democrático que uma parcela do poder público, pela natureza de sua destinação, seja atribuída a cidadãos escolhidos por critérios outros que não o sufrágio político”.<sup>70</sup>

De outra parte, a ausência de eleição, para escolha de juízes e membros do Ministério Público não lhes compromete a legitimidade, vez que o processo de escolha desses agentes políticos é diverso do

---

<sup>70</sup> BARROSO, 1990, p.

eleitoral, mas democrático. Como anota Cândido Rangel Dinamarco, “o sistema brasileiro de recrutamento de juízes é eminentemente democrático, na grande maioria dos casos mediante concurso e critérios suficientemente objetivos”.<sup>71</sup>

É da essência do Estado Democrático que o poder político seja atribuído a vários agentes (pela repartição de funções que faz a própria Constituição), remanescendo uma parte do poder político com o seu próprio titular — o povo — para participação direta nas decisões estatais. A participação direta ocorre também através do acesso ao Judiciário, quando demandas de interesse público, são levadas à apreciação dos juízes e Tribunais.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já concluiu que:

[...] deve o Poder Judiciário, no exercício de suas atribuições constitucionais, portanto, emanadas do próprio Povo, fazer com que dirigentes desatentos ou despercebidos de suas reais atribuições, incluam em seus planos os recursos necessários para a realização de obras necessárias ao cumprimento das normas constitucionais e legais.<sup>72</sup>

## 8. 1. Excesso de subjetivismo

---

<sup>71</sup> CÂNDIDO, 1999, p. 61.

<sup>72</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara de Direito Público. Apelação cível nº 17.977-5/5. Apelante: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo e outros. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Lineu Peinado. São Paulo, 29 de abril de 1998. Disponível em: <<http://www.tjsp.gov.br>>. Acesso em: 16 maio 2005.

A subjetividade jamais pode ser escoimada do processo interpretativo, mas deve ser controlada.

No Estado Democrático de Direito, concretizando direitos sociais cujo objeto são prestações materiais, o juiz deve ouvir as partes do processo, deve observar um procedimento, do qual haure sua legitimidade.

Thomas Fleiner, na sua confiança de que “os direitos humanos estão protegidos quando confiados à instituição que é o tribunal”, esclarece que “essa exigência não corresponde à crença ingênua de que os juízes são melhores pessoas que os presidentes e primeiros ministros”. Afirma que “a confiança no juiz tem como base a instituição e o procedimento do tribunal, instituído como nenhum outro para o indivíduo comum”.<sup>73</sup>

E conclui: “Os bons procedimentos garantem constantemente mais justiça do que as regras de direito propriamente ditas. A credibilidade de um procedimento, realizado de acordo com os padrões dos direitos humanos, depende da participação das pessoas implicadas no processo”.<sup>74</sup>

É a participação popular, evidenciada na ação civil pública, que assegura que a decisão do juiz não é mera obra do seu sentimento pessoal ou dos seus pendores político-ideológicos, mas a resposta do

---

<sup>73</sup> FLEINER, 2003, p. 57-58.

<sup>74</sup> FLEINER, 2003, p. 58.

Judiciário, devidamente fundamentada, após ter sido observado um procedimento, em que os cidadãos, por seus representantes adequados (legitimados), demonstraram que uma política pública não estava sendo realizada, ou estava sendo realizada ineficientemente.

**O procedimento jurisdicional é mais participativo do que as decisões tomadas pelos administradores e legisladores, não obstante, também para os atos administrativos e legislativos a Constituição da República preveja a participação popular (v.g. participação dos Conselhos de Direitos na elaboração de políticas públicas; iniciativa legislativa). No entanto, a tradição política brasileira ainda não sedimentou, de vez, esses institutos de participação popular, enquanto que o procedimento judicial assegura o contraditório e o acesso coletivo à jurisdição, o que permite que os grupos minoritários tenham voz.**

**Além disso, o Poder Judiciário deve “prestar contas de suas decisões publicamente, motivando-as explícita, racional e logicamente (o que não acontece com as deliberações puramente políticas)”.**<sup>75</sup>**A necessidade de fundamentação das decisões é um fator de controle do subjetivismo.**

## **8. 2 Complexidade das matérias versadas em políticas públicas**

---

<sup>75</sup> BARCELLOS, 2002, p. 232.

Diante dos fins a que o Estado Democrático de Direito se propõe não é exagerado dizer que a efetividade político-jurídica dos direitos previstos na ordem constitucional depende de uma inter-relação entre o Estado e a sociedade civil.<sup>76</sup>

**Se a sociedade busca o Judiciário para requerer que determine que os outros Poderes implementem políticas públicas, o enfrentamento dessa questão exige novos conhecimentos do magistrado, mas também exige que a sociedade – que não pode esperar dos magistrados a sapiência de um oráculo – subministre aos juízes o conhecimento necessário para proferir uma decisão coerente, justa e legitimada.**

Como afirma Marcus Orione Gonçalves Correia, “**deve-se ter consciência do pluralismo na solução dos conflitos – quer de forma instrumental, quer a partir da idéia de contribuição dos diversos ramos do conhecimento**”<sup>77</sup>, de modo que o sociedade, almejando o acesso à Justiça tem o encargo de subministrar conhecimentos ao juiz, que, assim, amplia o seu referencial cognoscitivo.

**Julgar uma ação civil pública em que o pedido é de implementação de uma política pública exige não apenas métodos originais de trabalho, mas, também, informações novas, de natureza econômica, política e sociológica.**<sup>78</sup>

<sup>76</sup> FRISCHEISEN, 2000, p. 62.

<sup>77</sup> CORREIA, 2002, p. 78.

<sup>78</sup> FARIA, 2002, p. 26.

A ponderação cabe ao Judiciário, que não poderá decidir lide dessa complexidade se não democratizar o processo, ouvindo as partes e os *experts* nas respectivas áreas de conhecimento..

A ministração de conhecimentos, para os magistrados, acerca de políticas públicas, não apresenta dificuldades. Isso porque a participação da sociedade civil na elaboração de políticas públicas é prevista na Constituição, regulamentada em legislação específica e já estão instalados diversos Conselhos de Direitos, relativos aos mais variados direitos sociais.<sup>79</sup>

Esses Conselhos, têm, entre suas atribuições, criar e acompanhar a execução de políticas públicas. Enfim, as políticas públicas são gestadas nos Conselhos, que têm composição paritária de membros do governo e da sociedade civil. Os Conselhos só não têm obtido voz na efetiva implantação das políticas públicas. **São as políticas públicas recomendadas por esses Conselhos que vão subministrar conhecimentos ao magistrado na concretização dos direitos sociais a prestações.**

Além dos Conselhos de Direitos, os Fóruns de discussão e as Organizações Não-Governamentais (ONGs) também podem

---

<sup>79</sup> São exemplos da participação popular em políticas públicas, previstos na Constituição Federal de 1988: o art. 194, VIII, que estabelece que a participação popular na administração dos recursos da seguridade social; o art. 198, II, que determina com diretriz das políticas de saúde a participação da comunidade; o art. 204, II, que prevê a participação da população na formulação e no controle das políticas públicas, entre outros.

apresentar conhecimentos técnico-científicos sobre as políticas públicas para os magistrados.

É verdade que ainda há grande desagregação da sociedade civil e em muitos municípios os Conselhos de Direitos somente funcionam para cumprir a obrigação legal, em virtude da vinculação do recebimento de receitas à existência desses Conselhos. Nesses casos, **o magistrado sempre pode orientar-se por políticas públicas de outros municípios, sendo certo que uma política de erradicação do trabalho infantil – para citar-se um exemplo – não justifica um *formato* radicalmente diferente de um município para outro.**

**O Poder Judiciário, sob o influxo das conclusões da sociedade acerca da melhor política pública, poderá determiná-la, sem que esteja invadindo seara do Poder Executivo. Diante da omissão, o administrador não pode reclamar *reserva de atribuição* e, antes, corresponde à utilidade do processo que a decisão judicial já seja exarada com as linhas mestras de como deverá ser a política pública.**

**Qualquer pejo do juiz em determinar como deve ser a política pública pode conduzir à situação de um administrador, diante da determinação genérica de implementar política pública, realizar política pública totalmente descabida, como seria, para exemplificar, uma política de erradicação do trabalho infantil que**

**não previsse atendimento escolar da criança retirada do trabalho precoce. Ora, diante da implementação de política pública errada, que não concretiza verdadeiramente a proteção integral à criança, novamente o Ministério Público levaria a questão ao Poder Judiciário, de modo que a economia dos atos processuais e a efetividade perseguida na atuação judicial recomendam que a decisão seja completa e já refira-se ao conteúdo da política pública.**

Já se viu que, na edição de política pública, a lei é apenas o instrumento de sua formalização, participando da sua criação, muito mais o Executivo e os representantes da sociedade, do que o Legislativo. As normas-programa são normas técnicas, fruto de estudos feitos pelo executivo e pelos *experts* no tema da política pública, de modo que o Legislativo, se não participou da discussão sobre sua formulação, não a discute no Parlamento. Essas normas-programa, também chamadas “leis-medida”, criadas para propulsionar um programa estatal definido na Constituição, têm forma de lei, porque emanam de um corpo legislativo, mas o seu conteúdo é vinculado ao que prescreve a Constituição Federal. Desse modo, o juiz não vai criar um direito novo, mas vai determinar uma obrigação de fazer, de realizar o programa previsto na Constituição Federal.

Alem disso, a legitimidade, no Estado Democrático de Direito, está onde o titular do poder político (o povo) a coloca. No Estado

Democrático de Direito não há somente a democracia representativa, mas a participativa. A legitimação conferida pelo voto, pode transformar-se em *deslegitimação*, sendo visível o fenômeno definido por José Eduardo Faria como “volatibilidade da legitimidade obtida por vias eleitorais”.<sup>80</sup>

Além disso, até que ponto pode-se supor que a democracia representativa brasileira confere realmente legitimidade aos membros dos Poderes Legislativo e Executivo? É fato a existência de vícios no processo democrático brasileiro, tais como o abuso do poder econômico, a manipulação da propaganda eleitoral, as reações emocionais da população, a pobreza e ignorância do povo, determinando que a igualdade e a liberdade individual – pressupostos das escolhas democráticas – fiquem mitigadas. Esses fatores, tornam:

[...] extremamente difícil que, de fato e forma efetiva, seja assegurado, como queriam os federalistas norte-americanos [na Convenção de Filadélfia de 1787, que aprovou a Constituição dos Estados Unidos da América], que *a vontade do povo prevaleça em relação à vontade de seus representantes*.<sup>81</sup>

No Brasil ocorre o que Luiz Werneck Vianna chama de “alquimia eleitoral”<sup>82</sup>, que faz com a maioria da população não veja os seus direitos realizados pelos representantes que elegeu.

<sup>80</sup> FARIA, José Eduardo. O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 28.

<sup>81</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, a. 35, n. 138, p. 65-73, abr./jun. 1998.

<sup>82</sup> VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 43.

**Diante da inércia dos representantes, o titular do poder político (o povo) transfere para as associações que o representam ou ao Ministério Público – na ordem constitucional, representante qualificado da sociedade –, a legitimidade para requerer ao Poder Judiciário o cumprimento de políticas públicas de direitos sociais. Vale dizer, verificada a omissão legislativa e/ou administrativa, o povo retira a legitimação que ordinariamente conferiu aos representantes eleitos, transferindo-a para os agentes que irão conduzir o seu processo e conferindo legitimidade ao Poder Judiciário para proferir decisão.**

Diante da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, ocorre o que Paulo Bonavides identifica como uma “queda de legitimidade dos órgãos legislativos e executivos” e “a necessidade de repolitizar, por meio da democracia participativa, o princípio da legitimidade”.<sup>83</sup>

**As formas de democracia participativa não se cingem à iniciativa de lei, ao plebiscito e ao *referendum*. A propositura de ação civil pública é uma forma de exercício da democracia participativa<sup>84</sup>, porque os agentes que a propõem representam o povo, sendo apenas o *veículo* (têm, portanto, uma legitimidade para a condução do processo) para a cidadania levar ao Judiciário a pretensão de efetividade da Constituição.**

<sup>83</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 18-19.

<sup>84</sup> CORREIA, 2002, p. 09.

Outro aspecto que faz com que o juiz não exerça a “função de legislador” é que, dada a grande produção legislativa do Estado Social, poucos são os direitos fundamentais sociais que já não receberam densificação normativa infraconstitucional. Não há ausência de normas quanto aos direitos de crianças e adolescentes, pessoas com deficiência, idosos, índios, assistência social aos necessitados, etc.

Ao contrário, há normas e até a previsão de políticas públicas, o que falta é a efetiva implantação dessas políticas. O que falta é a conscientização sobre o uso de instrumentos processuais para cobrar a atuação dos Poderes Legislativo (para editar lei-programa da política pública) e Executivo (para implementá-las) e falta o Judiciário acostumar-se a essas demandas da sociedade, afastando – ou pelo menos ponderando – os óbices apresentados, como o da reserva de lei.

**Realmente, quando, numa ação civil pública é formulado pedido de implementação de política pública de erradicação do trabalho infantil, o juiz não está agindo como autêntico legislador, porque as prestações que devem compor referida política pública já estão definidas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Não estará criando direito novo, mas apenas determinando a efetividade de preceptivos que compõem o ordenamento jurídico, e que o administrador omitiu-se em cumprir. O dispositivo da sentença proferida em ação coletiva tem uma nota de generalidade - pois**

**contém um *facere* ou *non facere* de trato sucessivo, uma obrigação indefinidamente exigível, porque os fins estatais são permanentes - e abstração, mas isso não as investe das mesmas características do ato legislativo.**

Quando determina a implementação de uma política pública, o Poder Judiciário não está violando o princípio da separação dos poderes, mas exercendo o seu papel. Como decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não há violação ao art. 2º, da Constituição da República, “porque cabe exclusivamente ao Poder Judiciário dizer o direito” e “na hipótese concreta [ação para compelir o Município a prestar assistência social básica à população de rua] outra coisa não está fazendo senão dizer o Direito, determinando-se o cumprimento da Constituição da República em sua inteireza”.<sup>85</sup>

### **8.3 Impossibilidade do Poder Judiciário exercer o controle de questões políticas**

A criação de uma política pública não é um ato político, mas é um ato administrativo complexo.

Mas ainda que se tratasse de ato político, não seria infensa ao controle judicial.

---

<sup>85</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. Apelação cível nº 061.146-5/0-00. Apelantes: Estado de São Paulo e Município de São Paulo. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Lineu Peinado. São Paulo, 22 de junho de 1999. Disponível em: <[http:// www.tjsp.gov.br](http://www.tjsp.gov.br) >. Acesso em: 16 maio 2005.

Se a atividade legislativa não é insuscetível de controle de constitucionalidade, a atividade executiva de expedição de atos políticos também não pode ser incontrastável. Desse modo, também os atos políticos são controláveis pelo Poder Judiciário.

A exclusão dos atos políticos do controle judicial encontrava amparo no art. 68 da Carta de 1934 (“É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”), e veio a se repetir nos textos constitucionais subseqüentes - art. 194 da CF de 1937; arts. 173 da CF de 1967 e 181 da EC 1/69 – estes dois últimos neste teor: ‘Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964 [...]’.<sup>86</sup>

No Estado Social e Democrático de Direito, instaurado com a Constituição Federal de 1988, vige, ao contrário, o princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV), não podendo subsistir argumentos que, moralmente insustentáveis, em épocas passadas, ao menos amparavam-se no direito positivo. **Não há, sob a ordem constitucional vigente, amparo algum para defender-se que os atos políticos não estão sujeitos ao controle judicial, pois no Estado Democrático de Direito torna-se inadmissível atividade administrativa isenta de controle judicial.**<sup>87</sup> Derly Barreto e Silva Filho resume o pensamento:

---

<sup>86</sup> MANCUSO, 2001, p. 737.

<sup>87</sup> Sobre sindicabilidade dos atos políticos, confira-se SILVA FILHO, 1994, p. 130-132.

[...] todo e qualquer ato praticado pelo Governo – seja político ou não [tanto faz a configuração que se lhe dê ou a configuração que tenha] sujeita-se à Constituição; subordina-se aos requisitos formais e materiais nela postos. Em conseqüência, como cabe ao Poder Judiciário velar pela constitucionalidade das ações estatais, nenhuma questão, mesmo política, pode ser subtraída de sua apreciação.<sup>88</sup>

Políticas públicas não são atos políticos. Não se situam na órbita de discricionariedade do administrador, quer quanto à sua implementação, quer quanto ao seu conteúdo.

Observa-se que há um embaraçamento ao controle judicial, por associar-se *questão política* a toda questão que tem grande repercussão social. **Na medida em que os direitos sociais foram positivados e, em seguida, foram positivadas as suas garantias, houve um processo de judicialização desses direitos, pois, entre aquelas garantias, estava a criação de mecanismos de tutela judicial para o seu exercício<sup>89</sup>. Desse modo, o Judiciário passou a ser provocado a examinar questões de grande repercussão social, sem que, no entanto, essas questões fossem verdadeiros atos políticos.** A tutela que se passou a requerer do Judiciário – tutela de direitos sociais de repercussão supraindividual – levou ao fenômeno chamado de politização do Judiciário.

---

<sup>88</sup> SILVA FILHO, 1994, p. 126. *apud* MANCUSO, 2001, p. 728-729.

<sup>89</sup> FRISCHEISEN, 2000, p. 97. Afirma a autora que “esse processo de judicialização das demandas coletivas, que antes eram veiculadas tão somente pela via política, através, por exemplo, das eleições e conseqüente atividade do Poder Legislativo, é conseqüência natural da positivação pelas Constituições dos direitos sociais”, p. 103.

A politização decorre da alta complexidade das questões que passaram a ser levadas perante o Judiciário. Já não se trata mais de aplicar a norma a um caso individual, mas de preencher o conteúdo de normas que apenas enunciam fins, programas a serem implementados pelo Estado.

Nesse contexto, conforme observou Mauro Cappelletti, “é manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação legislativa e dos direitos sociais”.<sup>90</sup>

Acrescente-se que o acesso à justiça é um direito fundamental e, se as demandas que são, hodiernamente, levadas ao Poder Judiciário, exigem decisões políticas, constitui negação do direito fundamental de acesso ao Judiciário, negar-lhes solução sob o argumento de que envolvem decisões políticas.

**Lembrando que o Estado Social propiciou uma expansão da atividade dos Poderes Legislativo e Executivo, Antônio de Pádua Ribeiro afirma que desse fato surgiu a exigência de controle judiciário das múltiplas atividades do Estado, determinando que as lides levadas ao Judiciário já não envolvam apenas sujeitos privados, mas passem a “comprometer os Poderes políticos do Estado”<sup>91</sup>. Acrescenta que negar tutela adequada a situações conflitivas da espécie corresponde à própria negação da tutela que**

---

<sup>90</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 42.

<sup>91</sup> RIBEIRO, Antônio de Pádua. 1999, p. 98.

**o Estado se obrigou quando chamou para si o monopólio da jurisdição.<sup>92</sup>**

Destarte, da inércia dos poderes encarregados de precipuamente implementar as políticas públicas, nasce a obrigação do Poder Judiciário de, quando provocado, determinar aos demais Poderes Públicos a concretização dos direitos fundamentais sociais. **E como os direitos sociais concretizam-se através de políticas públicas, da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, nasce a legitimidade do Ministério Público e das associações para requererem, e do Poder Judiciário para proferir decisão, determinando a realização dessas políticas públicas, isto é, de atos materiais que levem à concretização dos direitos sociais.**

## **9. A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA POSTULAR A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Não há dúvida que ao Ministério Público incumbe a promoção dos meios extrajudiciais e judiciais para concretização dos direitos fundamentais. Quem o diz é a própria Constituição (art. 127).

---

<sup>92</sup> RIBEIRO, 1999, p. 99.

A legitimidade do Ministério Público para atuar extrajudicialmente e judicialmente na busca da concretização dos direitos sociais através de políticas públicas assenta-se em vários pilares:

1) no seu perfil constitucional, sendo que a Constituição em seu texto expressamente previu essa legitimidade;

2) na vasta legislação infraconstitucional que lhe atribui legitimidade;

3) na natureza dos interesses defendidos, que transbordam da dimensão meramente individual, para refletirem-se como interesses de toda a sociedade.

Conclui com inteira razão Luiz Roberto Gomes:

Destarte, quando o Estado se revela omissos, e a omissão é ilícita, dado que deveria agir, é perfeitamente possível que o Ministério Público, ainda que não eleito pelo voto popular, intervenha, invocando o controle jurisdicional, ou mesmo por veículo extraprocessual, como a recomendação, para, respectivamente, obrigar o agente estatal à ação ou indicar-lhe o caminho legal para suprir a omissão, sob pena de responsabilização, porque agente político constitucionalmente qualificado para tanto, pelo próprio titular soberano do poder político estatal.<sup>93</sup>

## **10. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

---

<sup>93</sup> GOMES, 2003, p. 22.

O Supremo Tribunal Federal, em recentes decisões, têm reconhecido a importância de garantir-se a implementação dos direitos sociais, através do acesso ao Poder Judiciário, quando houver omissão da administração pública.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, firmou-se a seguinte posição:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA

INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO  
CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO  
EXISTENCIAL". VIABILIDADE  
INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE  
DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE  
CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES  
POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS  
DE SEGUNDA GERAÇÃO)<sup>94</sup>.

No julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410715 / SP - SÃO PAULO, do qual foi relator o Min. Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

E M E N T A: RECURSO  
EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ  
SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO  
EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA -  
EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO  
ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO  
CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) -  
COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO  
CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER  
JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE  
AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO  
MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) -  
RECURSO IMPROVIDO<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> ARGTE.(S): Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB; ARGDO.(A/S): Presidente da República, j. 29/04/2004, p. DJ 04/05/2004, p. 00012

<sup>95</sup> AGTE: Município de Santo André; AGDO : Ministério Público do Estado de São Paulo, j. 22/11/2005, publ. DJ 03/02/2006, pp. 00076.

## 11. CONCLUSÃO

A ampliação do acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário, por intermédio da ação civil pública, depende da percepção renovada, dos membros do Ministério Público e da Magistratura, de que a ação civil pública é um instrumento processual de defesa da cidadania e, por conseguinte, pode ser utilizada para cobrar-se dos administradores públicos a efetividade das normas constitucionais que prevêem direitos fundamentais sociais.

Essa percepção amolda-se à concepção do Estado Democrático de Direito, que é um Estado que propicia a participação social na formação das leis e da vontade da administração pública.

No nosso ordenamento jurídico já há uma abertura material do objeto da ação civil pública (“para defesa de quaisquer direitos difusos”), mas não basta a previsão legal, se nós impedirmos a ampliação da utilização da ação civil pública com objeções de aspecto sectário, com o apego ao princípio da separação de poderes, sem atualizar o conteúdo desse princípio. Ou se nós coartamos a evolução, imaginando as dificuldades para a solução da demanda.

De que adianta a Constituição ter instituído diversas formas de investidura, para exercício do poder político – mandato eletivo e concurso público – se, tudo ao final, ficar a mercê da decisão dos poderes eleitos, e que atendem a interesses outros que não os interesses sociais?

Se a Constituição previu ao lado da democracia representativa, a democracia participativa, são as formas de participação popular – entre elas o direito de ação – que podem resolver o problema que se apresenta da falta de efetividade dos direitos sociais.



