

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, ATRAVÉS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, NO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Fernanda Luckmann Saratt¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo discorrer sobre a possibilidade de utilizar a Ação Civil Pública, especificadamente sob a titularidade do Ministério Público, como instrumento para determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias para dar cumprimento às normas constitucionais programáticas, aos princípios constitucionais e aos direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais. Busca-se, com isso, demonstrar que o controle jurisdicional de políticas públicas, embora possa parecer conflitante com o princípio da separação dos poderes, é, na verdade, compatível com a interpretação teleológica da constituição, sendo um instrumento fundamental e inovador para combater a ação ou omissão do Estado. Será realizada uma profunda reflexão sobre o recente tratamento conferido ao referido instituto pela doutrina e jurisprudência, especialmente sobre as divergências em sua aplicação prática, pontos polêmicos e alcance das finalidades a que ela se destina.

Palavras chaves: Ação Civil Pública. Ministério Público. Controle jurisdicional de Políticas Públicas.

¹ Advogada, Especialista em direito constitucional

INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é um tema controvertido na doutrina atual, divergência que se encontra densamente presente na jurisprudência, tendo, inclusive, precedentes no Superior Tribunal Federal. As principais cizânias entre os opositores e defensores deparam-se nas seguintes indagações: o controle jurisdicional de políticas públicas viola o princípio da separação dos poderes? Existem requisitos para esta interferência judicial? A administração pode alegar a cláusula da “reserva do possível” com o escopo de justificar a frustração de direitos constitucionais? O Ministério Público detém legitimidade para requerer a implementação de políticas públicas? São esses questionamentos que pretendo obtemperar no presente feito. Busca-se, com todo o exposto, demonstrar a importância e a eficácia da aplicação do controle jurisdicional de políticas públicas, mormente para garantir a concretude dos direitos sociais garantidos pela nossa Constituição Federal, os quais sofrem constantes abandonos e desleixos por parte do Poder Público.

1. BREVE ANÁLISE ACERCA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A base do nosso ordenamento jurídico é a tripartição dos poderes. É esse dogma que sistematiza e concretiza o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Em que pese possa parecer que a criação desta inigualável teoria adveio do livro de Montesquieu “O espírito das leis”, sua origem embrionária mais significativa data-se da Antiguidade Grega, especificadamente de Aristóteles e sua obra “Política”.

O majestoso filósofo grego entendia que o poder deveria ser exercido por três funções, a primeira “de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos

casos concretos”². Entretanto, o exercício dessas funções estava concentrada nas mãos do soberano.

Baseando-se nessa ideia primordial, Montesquieu atualizou o entendimento de Aristóteles e acrescentou novas concepções. Para ele, “cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano”³.

Foi essa ideia central (não concentrar o poder nas mãos de uma única pessoa) que serviu como base principiológica para a Revolução Francesa em 1789 e, conseqüentemente, para a elaboração da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Com esta revolucionária declaração, o princípio da tripartição dos poderes percorreu o mundo, influenciando diversos países na elaboração de suas próprias normas e estruturando o poder jurídico.

O sistema de separação dos poderes prega que cada órgão exerça a sua função previamente determinada, a qual se diferencia da função do outro poder, não existindo, assim, a concentração de poderes a apenas um determinado órgão, como no absolutismo.

Nesse sentido, surgiu o sistema de **freios e contrapesos**, muito bem discorrida por Dalmo de Abreu Dallari⁴, *in verbis*:

Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são **atos gerais** ou são **especiais**. Os **atos gerais**, que só podem ser praticados pelo **poder legislativo**, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, **o poder legislativo**, que só pratica atos gerais, **não atua concretamente na vida social**, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do **poder executivo**, por meio de **atos especiais**. O executivo dispõe de **meios concretos para agir**, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão **limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo**. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a **ação fiscalizadora do poder judiciário**, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência.

² LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 481.

³ *Ibid. loc. cit.*

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado - 16. ed. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 1991, p. 184-185.

Dessa forma, nota-se que os poderes possuem funções típicas e atípicas. Com grande maestria, o jurista Pedro Lenza⁵ expõe de forma sistemática quais atividades que cada órgão exerce, senão vejamos.

O Poder Legislativo possui a atividade típica de legislar e de fiscalização contábil, financeira e patrimonial do Executivo, sendo sua atividade atípica, a executiva (ao dispor sobre sua organização) e jurisdicional (ao julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade).

Já o Poder Executivo pratica atos de chefia de estado, de governo e de administração. Sua função atípica, possui natureza legislativa (na forma de Medidas Provisórias editadas pelo Presidente da República) e natureza jurisdicional (julgamento de recursos administrativos).

Por fim, o Poder Judiciário, dizendo o direito no caso concreto e dirimindo os conflitos. Agindo, de forma atípica, com natureza legislativa (regimento interno) e natureza executiva (concedendo licenças).

Nessas vicissitudes de função típica e atípica dos poderes, imprescindível alertar que não há rompimento ao princípio da separação dos poderes. Isto porquanto a função atípica é exercida de forma reduzida e os casos de sua aplicação estão expressamente determinados no ordenamento jurídico, mormente na Constituição Federal.

Ademais, a separação dos poderes é pressagiada na Constituição Federal de 1988 como cláusula pétrea, conforme determina o art. 60, §4º, III, da Carta Magna, reforçando, com efeito, a sua importância ao ordenamento jurídico.

2. ESCORÇO ACERCA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Nunca em nosso ordenamento jurídico a ação civil pública esteve tão em evidência quanto nos dias atuais. Por ser dotada de inúmeras proficuidades e vasta abrangência, é um dos instrumentos mais eficaz na defesa e concretização dos direitos fundamentais.

⁵ LENZA, *op. cit.* p. 483.

Devido a essas qualidades, sua origem e desenvolvimento foram conturbados. O anteprojeto da Lei da Ação Civil Pública foi elaborado por “Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldermar Mariz de Oliveira Júnior”⁶, conhecido como Projeto Bierrenbach. Após, este esboço foi alterado pelos Promotores de Justiça “Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior”⁷, originando o Projeto Executivo, sendo transformado em 1985 na Lei 7.347.

Mas o Projeto Executivo não saiu ileso da promulgação. Infere-se que o inciso IV, do art. 1º foi alterado, suprimindo-se o complemento que constava “também encontrariam proteção coletiva outros interesses difusos, além daqueles ligados ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio cultural”⁸.

Tal norma de extensão foi vetada pelo Presidente da República, “sob a alegação de que surgiria insegurança jurídica diante do conceito muito amplo, ainda não sedimentado na doutrina”⁹.

Mas este cerceamento execrável restou ineficaz. Isto porquanto, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, “passou a caber a defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo pelos legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva”¹⁰.

De outro lado, no decorrer dos anos, inúmeras leis agregaram valor à Lei de Ação Civil Pública. Ainda que algumas objetivaram restringir a defesa de interesses transindividuais.

Conforme dispõe Hugo Nigro Mazzilli, uma das tentativas de alteração mais grave foi a Medida Provisória nº 2.088-35/00, a qual “entre outros pontos, tentava intimidar os membros da instituição, ameaçando-os com a responsabilidade pessoal e até com a absurda reconvenção em ação civil pública de improbidade”¹¹. Mas, felizmente, a classe jurídica repudiou imediatamente tal afronta, o que fez com o que o Governo Federal recuasse¹².

⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses – 27. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 131.

⁷ *Ibid. loc. cit.*

⁸ *Ibid. p. 142.*

⁹ *Ibid. loc. cit.*

¹⁰ *Ibid. p. 143.*

¹¹ *Ibid. p. 137.*

¹² *Ibid. loc. cit.*

Em que pesem as tentativas de restringir o alcance da Lei 7.347/85, esta segue íntegra e cada vez mais atuante no ordenamento jurídico, tutelando de forma satisfatória os direitos transindividuais.

2.1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O MINISTÉRIO PÚBLICO

A dicotomia entre os interesses públicos e os interesses privados, segundo doutrina autorizada, encontra-se ultrapassada. Isto porquanto, os interesses públicos não se restringem apenas “na contraposição do interesses do Estado ao do indivíduo”¹³, esta expressão passou a ser utilizada “para alcançar também os chamados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, e até os interesses coletivos ou os interesses difusos”¹⁴.

Considerando essa atual visão de interesses públicos, que a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) buscam tutelar os direitos coletivos em sentido amplo na justiça comum brasileira.

Ressalta-se que as leis supramencionadas se complementam, formando um arsenal jurídico primoroso na tutela dos direitos fundamentais. Vejamos.

O art. 1º da Lei 7.347/85 estabelece os principais direitos protegidos, como o meio ambiente; o consumidor; os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; qualquer outros interesse difuso ou coletivo; as infrações da ordem econômica; a ordem urbanística; a honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; por fim, o patrimônio público e social.

O Código de Defesa do Consumidor realizou em seu art. 81 a sistematização dos interesses transindividuais, proporcionado um esclarecimento quanto ao âmbito de cada direito coletivo em sentido lato, vejamos:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

¹³ *Ibid.* p. 47.

¹⁴ *Ibid.* p. 48.

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Conquanto os direitos individuais homogêneos não estejam previstos na Lei de Ação Civil Pública, é perfeitamente possível utilizar esta ação para defender quaisquer interesses transindividuais, inclusive aqueles homogêneos, ainda que não apenas de consumidores¹⁵, segundo doutrina autorizada, bem como jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Além do exposto, a ação civil pública possui um papel fundamental no combate à inércia e/ou ao desleixo do Poder Público quanto à efetivação das políticas públicas.

Para dar concretude a este instrumento, ambas leis previram diversos legitimados ativos, porém, no presente feito, a atenção especial volta-se a um legitimado em particular: o Ministério Público.

Isto porquanto, a Constituição Federal reconhece em seu art. 127 a autonomia institucional do Ministério Público, ou seja, é um órgão independente, não possui sua estrutura atrelada a nenhum poder.

Diante disso desta autonomia, o órgão poderá formular a devida ação contra as falhas do poder executivo na elaboração e execução das políticas públicas, sendo menos suscetível às pressões políticas ou ingerências por parte deste poder.

Corroborando, Mancuso¹⁶ disserta que:

É significativo notar que os entes políticos – União, Estados e Municípios – conquanto igualmente colegitimados para a ação civil pública (CF, art. 129, § 1o, art. 5o da Lei 7.347/1985), de ordinário não se têm notabilizado em exercitá-la, possivelmente porque, não raro, alguns mentores, agentes públicos e administradores acabam por se revelar de algum modo relacionados, por ação ou omissão, aos históricos dos prejuízos infligidos a valores e interesses

¹⁵ *Ibid.* p. 74.

¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 785-786.

metaindividuais, como o meio ambiente, o patrimônio cultural, o consumidor, o erário público, e, portanto, igualmente sujeitam-se a questionamentos em face do deficiente manejo de políticas públicas.

Acrescenta o mencionado autor ¹⁷, concluindo o importantíssimo entendimento:

Com isso, a preponderância das iniciativas judiciais no campo dos interesses metaindividuais, inclusive o relativo ao controle das políticas públicas, foi apontado claramente para o Ministério Público, e isso se deve a um conjunto de circunstâncias: a indisponibilidade material da atuação do *Parquet* (v.g., CF, art. 129, V, c/c o art. 232), temperada, em certos casos, com uma (relativa) disponibilidade na conduta processual (v.g., ações fundadas em atos de improbidade administrativa – Lei n. 8.429/1992, art. 17, § 1o, c/c a Lei n. 7.347/1985, art. 5o, § 6o); a incumbência genérica para a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127); a função institucional de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia” (art. 129, II); a autonomia funcional, administrativa e financeira (Lei Complementar federal n. 75/1993, art. 22); a existência de cláusulas de extensão, tanto na Constituição Federal (art. 129, III e IX) como na Lei n. 7.347/1985 (art. 1o, IV) e na Lei Orgânica Nacional do MP (75/1993, art. 6o, VII, d), estendendo a atuação ministerial para outras funções compatíveis, concernentes a outros interesses metaindividuais ligados a valores, segmentos sociais porventura ainda não tipificados ou normatizados, mas (por isso mesmo) carecedoras de proteção.

Nota-se, assim, que o Ministério Público de fato possui características especiais, em detrimento aos demais legitimados, que o torna em um instrumento eficaz no combate as ingerências do Poder Público.

Com efeito, diante de todo exposto, infere-se que a ação civil pública é importantíssima para a efetivação de direitos coletivos em sentido amplo, bem como imprescindível para o controle jurisdicional das políticas públicas.

Mas não só. De nada adiantaria tal instrumento, se não existisse um órgão imparcial e independente, como o Ministério Público, para provocar o Poder Judiciário e compelir a administração pública.

¹⁷ *Ibid. loc. cit.*

3. DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos sociais surgiram da necessidade de amparo estatal à população, conforme o então recente princípio da solidariedade humana. Nas palavras de Dirley da Cunha Jr.¹⁸, “os direitos sociais foram alcançados a categorias jurídicas concretizadoras dos postulados da justiça social, dependentes, entretanto, de execução de políticas públicas voltadas a garantir amparo e proteção social (...)”.

São conhecidos como direitos da 2ª geração, os quais compreende os direitos da igualdade, que são os direitos sociais, econômicos e culturais, fruto da transição do Estado Liberal para o Estado Social¹⁹.

A Constituição Federal de 1988 prevê, como desenvolvimento da perspectiva de um Estado Social de Direito, em seu art. 6º, os direitos sociais, quais sejam: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados.

Nesse passo, Pedro Lenza²⁰ define os direitos sociais:

(...) os **direitos sociais**, direitos de **segunda dimensão**, apresentam-se como **prestações positivas** a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma **isonomia substancial e social** na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como **fundamentos** da República Federativa do Brasil.

Não diverge Dirley da Cunha Jr.²¹, o qual entende que os direitos sociais são:

(...) aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais.

¹⁸ CUNHA JR., Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. Bahia: Editora Juspodivm. 2014, p. 585.

¹⁹ BARRETO, Rafael. Direitos Humanos. 4. ed. Bahia: Editora Juspodivm. 2014, p. 43.

²⁰ LENZA, *op. cit.*, p.1.076.

²¹ CUNHA JR., *op. cit.*, p. 585.

Por via de consequência, as políticas públicas são os mecanismos e instrumentos empregados pelo Estado para materializar os direitos supramencionados, demandando um comportamento positivo e até mesmo negativo do Poder Público.

Ensina o autor Mancuso²², que a política pública:

(...) pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

Deste modo, em que pese a Constituição Federal prever e proteger os direitos sociais, sua aplicação no caso concreto depende de políticas públicas por parte do Estado, bem como da concretização legislativa, atos que muitas vezes restam omissos. É nessa omissão que o controle jurisdicional das políticas públicas ganha espaço.

4. RESERVA DO POSSÍVEL E O CONTROLE JURISDICIONAL

A Constituição Federal estabelece, como já brevemente explanado, as funções típicas e atípicas do poderes. Como função típica do Poder Executivo infere-se o dever de implementar as políticas públicas.

No âmbito do direito administrativo, ensina-se que o poder administrativo possui o poder-dever de agir, isto é, segundo as palavras de Hely Lopes Meirelles²³: “se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade”.

Com efeito, diante da omissão do poder administrativo, o indivíduo tem o direito subjetivo de pugnar pelo o seu devido cumprimento. Todavia, segundo José

²² MANCUSO, *op. cit.*, p. 776-777.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiro, 1993, p. 82-83.

dos Santos Carvalho Filho²⁴, “nem toda omissão administrativa se qualifica como ilegal; estão nesse caso as omissões genéricas, em relação às quais cabe ao administrador avaliar a oportunidade própria para adotar as providências positivas”.

Isto é, as omissões genéricas, que são as obras públicas sem prazo certo para implementação (como na construção de escolas e hospitais), são sopesadas conforme a reserva do possível. Nesse sentido, ensina Carvalho Filho²⁵:

Somente diante dos concretos elementos a serem sopesados ao momento de cumprir determinados empreendimentos é que o administrador público poderá concluir no sentido da possibilidade de fazê-lo, à luz do que constitui a reserva administrativa dessa mesma possibilidade. Por lógico, não se pode obrigar a Administração a fazer o que se revela impossível. Em cada situação, todavia, poderá a Administração ser instada a demonstrar tal impossibilidade; se esta inexistir, não terá como invocar em seu favor a reserva do possível.

De outro lado, encontram-se as omissões específicas, isto é, quando há expressa imposição legal para que a administração cumpra determinada obrigação em um prazo apontado. Outrossim, pode ocorrer a omissão mesmo sem fixação de um prazo legal, porque a demora é tão grande que fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade²⁶.

É nessa omissão específica que o controle judicial é essencial para a garantia dos direitos fundamentais. Mas não só. Como bem destaca Carvalho Filho, “todos os atos administrativos podem submeter-se à apreciação judicial de sua legalidade, e esse é o natural corolário do princípio da legalidade”²⁷.

Todavia, a Administração Pública vem utilizando constantemente a teoria da “reserva do possível” em todos os processos judiciais que questionam sua falha.

Ora, não se pode aplicar a tese da “reserva do possível” como um escudo. É cediço que as limitações orçamentárias são realmente um estorvo, mas não podem ser utilizadas como escusas abstratas e generalizadas.

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo – 27. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 47.

²⁵ *Ibid. loc. cit.*

²⁶ *Ibid. loc. cit.*

²⁷ *Ibid.* p. 53.

Como bem explica Márcio André Lopes Calvacante²⁸, essa teoria adveio do direito alemão, não podendo ser aplicada no direito brasileiro sem se atentar às devidas particularidades do direito nacional, vejamos:

Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição. De acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. Ocorre que não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para o Estado brasileiro. Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo, o indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isso escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica.

No Brasil é cristalino que o Estado não consegue garantir condições mínimas para uma vida íntegra. A dignidade da pessoa humana é constantemente maltratada pela falta de políticas públicas, como na implantação ou manutenção de hospitais, escolas, saneamento básico, entre outros problemas.

Neste sentido, remata Márcio André Lopes Calvacante²⁹:

É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como **princípio do mínimo existencial**. Somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político (grifo nosso).

Outra constante defesa do Estado para justificar sua negligência é a afronta ao princípio da separação dos poderes no controle jurisdicional.

²⁸CALVACANTE, Márcio André Lopes. Informativo Esquematizado 543 do Superior Tribunal de Justiça. set. 2014. Disponível em: <<https://editoradizerodireito.com.br/wp-content/uploads/2014/09/Info-543-STJ-vf1.pdf>> Acesso em 27 de set. de 2014. p. 3-4.

²⁹ *Ibid. loc. cit.*

Realmente não se pode negar que se vivencia na atualidade a judicialização da política, isto é, “a intervenção do judiciário em áreas típicas de gestão administrativa, em virtude de reconhecida ineficiência da Administração”³⁰.

Mas a alegação de ofensa a tripartição do poder não pode prosperar. Isto porque “a concretização dos direitos sociais não pode ficar condicionada à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa”³¹.

Ademais, como já discorrido, o princípio da separação dos poderes tem como alicerce garantir os direitos fundamentais, evitando a arbitrariedade do Estado. Portanto, não é coerente utilizar este princípio (que tutela os direitos fundamentais) para justamente negar à população os seus direitos básicos. É um paradoxo.

Apenas existiria essa ofensa se fosse utilizado o controle jurisdicional de forma desarrazoada e arbitrária. Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli³² estabelece as hipóteses em que o Poder Judiciário poderá rever os atos administrativos, tanto comissivos como os omissivos:

(...) a) o ato administrativo vinculado ou discricionário, sob os aspectos de competência e legalidade; b) o ato administrativo vinculado, na sua fundamentação; c) o ato administrativo vinculado ou discricionário, quando tenha havido imoralidade, desvio de poder ou finalidade, ou evidente desvio de eficiência ou da razoabilidade; d) o ato administrativo discricionário, no mérito, quando a administração o tenha motivado, embora não fosse obrigada a fazê-lo, e assim fica vinculada a seus motivos determinantes; e) o ato administrativo de reação impositiva.

Do mesmo modo, a 1ª turma do Supremo Tribunal Federal estabeleceu no julgamento do Recurso Extraordinário 440028/SP três requisitos para o controle jurisdicional de políticas públicas: a natureza constitucional da política pública reclamada; a existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais; e a prova de que há omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública, inexistindo justificativa razoável para tal comportamento (STF. 1a Turma. RE 440028/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/10/2013).

É considerando esses parâmetros e o até então exposto no presente feito, o Supremo Tribunal Federal decidiu acertadamente os seguintes casos:

³⁰ *Ibid. loc. cit.*

³¹ *Ibid. loc. cit.*

³² MAZZILLI, *op. cit.*, p. 148.

(...) Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que não ofende o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais. (...)

(RE 634643 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 10-08-2012 PUBLIC 13-08-2012)

(...) O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.

(...) (RE 628159 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 14-08-2013 PUBLIC 15-08-2013)

Conclui-se, assim, que o controle jurisdicional das políticas públicas está densamente presente nas jurisprudenciais atuais, sempre utilizada com cautela e respeitando Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todos os elementos expostos no presente feito convergem na conclusão de que o controle jurisdicional das políticas públicas é constitucional, sendo um instrumento importantíssimo para a concretização dos direitos fundamentais, mormente dos direitos sociais, diante da omissão do Poder Público.

Ora, é flagrante a ineficiência e a incapacidade do Estado em gerir os recursos advindos, principalmente, dos altíssimos impostos que o cidadão paga. As políticas públicas não são implementadas, ou quando são, pecam pela execução precária - como, por exemplo, os hospitais públicos que não possuem equipamentos, médicos, infraestrutura. O dinheiro público some, é desviado, ou pessimamente investido.

Diante disso, deve haver o controle jurisdicional, utilizando-se da ação civil pública, como meio de questionar e pressionar o Poder Público para tomar as devidas ações, não podendo se valer da cláusula genérica da “reserva do possível”, sob pena de ofender o princípio do mínimo existencial.

Mas, como devidamente ressaltado, de nada adiantaria tal instrumento, se não existisse um órgão imparcial e independente, como o Ministério Público, livres de influência política e pressões hierárquicas.

Assim, conclui-se que a junção da ação civil pública e o Ministério Público tornou-se o mecanismo mais comumente utilizado e eficaz na proteção dos direitos fundamentais, contando com o amparo da doutrina autorizada, bem como de diversos julgamentos positivos do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Rafael. Direitos Humanos. 4. ed. Bahia: Editora Juspodivm. 2014.

CALVACANTE, Márcio André Lopes. Informativo Esquematizado 543 do Superior Tribunal de Justiça. set. 2014. Disponível em: <https://editoradizerodireito.com.br/wp-content/uploads/2014/09/Info-543-STJ-vf1.pdf>. Acesso em 27 de set. de 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado - 16. ed. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 1991.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 785-786.

CUNHA JR., Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. Bahia: Editora Juspodivm. 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio publico e outros interesses – 27. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiro, 1993
CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo – 27. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2014.