O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Marcos Alexandre Bezerra Wanderley de Queiroga
Procurador da República

1 Introdução

O presente trabalho ocupa-se da atuação do promotor de justiça na área cível, centrando-se na análise do Ministério Público como instrumento para a implementação das políticas públicas constitucionais, voltadas ao alcance da plena cidadania. Em primeiro plano, será abordada a elevação dos direitos sociais ao patamar constitucional, demonstrando como as políticas públicas nessa área alcançaram o status de direitos fundamentais. Far-se-á também o estudo do fenômeno da constitucionalização do direito, bem como da dimensão alcançada pelo Estado Democrático de Direito no ordenamento jurídico atual. Em seguida, serão discutidas as conseqüências da presença dos direitos sociais no texto constitucional, avaliando-se a efetividade e a exigibilidade de tais preceitos pelo jurisdicionado.

Sob a ótica da tripartição dos poderes, será analisada a legitimidade do Poder Judiciário para efetivar e implementar as políticas públicas, quando o Legislativo e o Executivo se mostrarem inertes. Buscar-se-á avaliar a atuação do Judiciário nesse campo tormentoso, colhendo as posições do Pretório Excelso e apresentando os principais precedentes que assinalam positivamente essa possibilidade. Nesse contexto, será analisado o conceito de políticas públicas, examinando sua implementação à luz da reserva do possível e do mínimo existencial, como balizadores da constante tensão entre a limitação dos recursos públicos e a dimensão das necessidades coletivas.

O papel do Ministério Público, na implementação das políticas públicas, será visualizado, essencialmente, no que concerne à forma como o promotor de justiça com atuação cível poderá agir na positivação dos direitos sociais. Nesse sentido, serão avaliados os instrumentos processuais e legais colocados à sua disposição, como forma de preservação da dignidade da pessoa humana, na busca da cidadania plena. Dar-se-á ênfase à problemática orçamentária que envolve o tema, tratando-se da ação civil pública como instrumento de controle da execução do orçamento.

Por fim, será analisado o papel do Poder Judiciário na busca de se conferir efetividade às decisões judiciais, mormente as tomadas em ações civis públicas manejadas pelo Ministério Público. Em suas linhas gerais, o trabalho tecerá alguns comentários tópicos, considerados úteis para a atuação do

promotor de justiça, em especial dos que militam na área de curadorias, responsáveis por velar pelo respeito à Constituição, com especial atenção aos direitos fundamentais.

2 Constitucionalização do direito

As bases do constitucionalismo são encontradas entre os séculos XVI e XVIII, com a superação do Estado absolutista. Os primeiros documentos formais que já evidenciavam o nascimento do movimento constitucionalista foram a *Petition of Rights*, em 1629, e o *Bill of Rights*, em 1688, idealizados pelos ingleses, como consequência da luta travada entre a realeza e a burguesia. Importante ressaltar que a burguesia lutava pelos seus próprios interesses e não na defesa dos desvalidos. Um pouco mais tarde, após a independência das colônias norte-americanas, surgiu a Constituição de Virgínia, em 1776, como forma de consolidar sua autonomia política frente aos ingleses. Evidentemente, deve ser lembrada como gérmen do constitucionalismo a *Magna Carta Libertatum*, documento imposto, em 1215, pelos barões ingleses ao Rei João Sem Terra, com a finalidade de limitar os poderes reais, especialmente no campo tributário.

Entretanto, pode-se dizer que o impulso determinante à concepção do constitucionalismo, como entendido atualmente, foi dado pela Constituição norte-americana de 1787 e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, seguida da Constituição francesa de 1791. Embora percam em originalidade, visto que não foram as pioneiras, as Constituições norte-americana e francesa tiveram grande repercussão, em virtude da significação assumida após a sua adoção. Nesse aspecto, destaca-se a Constituição francesa, que representou, de forma pioneira, um movimento que eclodiu no seio do povo, e não apenas reflexo dos interesses burgueses.

Os primeiros textos constitucionais se basearam nas lições de Locke e Rousseau. Tomaram a feição de um documento político, em que era apenas estruturada a organização do poder do Estado e previstos limites ao exercício deste mesmo poder frente à liberdade dos indivíduos. O contexto histórico da época explica esse modelo de constituição, na medida em que o movimento constitucionalista servia à burguesia emergente, responsável pela ruptura com o Estado absolutista. A burguesia pretendia, com uma constituição, dispor de um documento formal que contivesse a forma de obtenção, o exercício e os limites do poder do Estado, procurando-se, sobretudo, a segurança jurídica e a liberdade, tão ausentes no Estado absolutista.

Portanto, o modelo das primeiras constituições, que inauguraram o Estado liberal, reduzia-se a uma carta de organização política e limitativa do poder, já que o papel do Estado era garantir a liberdade dos cidadãos, sem interferência na esfera jurídica privada. Data daquela época o surgimento dos hoje chamados direitos fundamentais de primeira geração, que eram conhecidos como direitos de defesa do indivíduo contra o Estado. Naquele contexto, o movimento liberal-burguês preocupou-se, sobremaneira, em impor limites ao Estado, evitando-se o retrocesso ao absolutismo de outrora.

A constituição não possuía poder normativo relevante, na medida em que traçava apenas as diretrizes, dependendo de normatização infraconstitucional. Assim, não se podiam aplicar diretamente as suas determinações ao caso concreto. Ademais, diante da inexistência de controle de constitucionalidade, o legislador infraconstitucional tinha grande liberdade para legislar, sem maiores compromissos com os ditames constitucionais. A constituição não ocupava o centro do sistema jurídico, lugar reservado para os códigos de direito privado, que tiveram como modelo em todo o mundo o Código Napoleônico de 1804. Era o primado da lei, e não da constituição. Esta ocupava um papel secundário, meramente figurativo.

Não é difícil imaginar que as diretrizes constitucionais eram frequentemente desrespeitadas por leis casuísticas, carecendo o ordenamento jurídico de harmonia e unidade. Entretanto, paulatinamente, as constituições foram alcançando prestígio e reconhecimento, sobretudo na obra do austríaco Hans Kelsen, para quem a constituição deveria ocupar o topo da pirâmide do ordenamento jurídico. Assim, as cartas constitucionais foram vistas como instrumentos para conduzir toda a ordem jurídica em uma direção única, dando-lhe identidade e coerência. Para tanto, todas as normas deveriam estar conformadas com os mandamentos constitucionais. Nesse sentido, surgiram os primeiros sistemas concentrados de controle de constitucionalidade. O primeiro sistema surgiu na Áustria, em 1920, sob os auspícios de Kelsen, servindo de modelo para todo o mundo. A constituição ganhava força, estando mais apta a garantir a liberdade tão almejada pelo modelo liberal-burguês.

O positivismo era a corrente filosófico-jurídica que vigia à época. Segundo seus ensinamentos, o direito deveria ser excessivamente objetivo, importando apenas os mandamentos legais. Distanciava-se dos elementos éticos e morais. Desde que estivessem em conformidade com a constituição, as leis deveriam ser invariavelmente cumpridas. Esse regime desaguou nos sistemas nazista e fascista da Alemanha e da Itália. A lei justificava as atrocida-

des cometidas por esses regimes. A constituição igualmente não os vedava, uma vez que, como se viu, o seu papel resumia-se à organização política do Estado, não havendo valores morais, éticos e humanos em seu corpo. A dignidade da pessoa humana não era ainda reconhecida como princípio jurídico a povoar as constituições daquele tempo.

Entretanto, as conseqüências foram severas. O desrespeito aos direitos humanos, as atrocidades, a destruição foram sem precedentes. Logo, percebeu-se que a constituição deveria dizer mais, fazer mais. Como a carta política já possuía força, poderia conter mandamentos éticos e morais, tornando-os obrigatórios e cogentes. Também se percebeu, especialmente no pós-guerra, que apenas a liberdade do indivíduo era insuficiente. O Estado também poderia e deveria fazer mais para corrigir as distorções sociais e reconstruir as nações destruídas. Além da liberdade, proporcionar a igualdade substancial entre as pessoas deveria ser papel do Estado, que estaria obrigado a prestações positivas, para corrigir as distorções advindas do modelo capitalista liberal. Além dos direitos políticos, também os sociais deveriam ser contemplados. Surgem, destarte, os chamados direitos de segunda geração e a noção de justiça distributiva.

O positivismo dá lugar ao chamado pós-positivismo. Mantinha-se o apego à lei, mas sem descurar dos elementos morais e éticos. Surge no pós-guerra, com a redemocratização e a necessidade de aliar a lei ao elemento humano, como reação ao positivismo nazi-fascista. Supera, assim, o modelo estéril e legalista do positivismo, introduzindo, ao lado do dogma legal, os conceitos de justiça e equidade, colocando a dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento jurídico. Preocupa-se com a justificação da lei pela legitimidade moral, e não em justificar na lei as condutas imorais. As cartas constitucionais atuais passam a carregar em seu corpo normas dessa natureza, voltadas aos direitos sociais, aos elementos éticos e humanos, conforme lembra Luís Roberto Barroso¹:

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na constituição, explícita ou implicitamente.

¹BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 28.

A constituição assume o centro do ordenamento jurídico. Seus comandos e princípios expressam a síntese dos valores do sistema, dando-lhe unidade e harmonia. A dignidade da pessoa humana alcança o status de princípio máximo, norteador de toda a atividade jurídica. Os valores éticos aparecem positivados em normas constitucionais, pos-suindo força normativa. A constituição deixa de ser apenas uma carta política, para servir de instrumento de transformação da realidade. Com isso, passou a obrigar o Estado a assumir uma postura positiva, implementando políticas públicas em prol de toda a população, buscando a satisfação das necessidades coletivas e o bem comum.

As normas constitucionais, imbuídas de valores humanos, passam a espalhar-se pelo ordenamento. “Nesse ambiente, a constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia - mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados”².

Esse fenômeno caracteriza a constitucionalização do direito. É a constituição como norma máxima, no centro do sistema jurídico, contendo regras e princípios cogentes, devendo toda a ordem jurídica ser vista a partir da perspectiva constitucional. Por ocupar esse papel tão relevante, nada mais correto do que inserir na carta constitucional os valores mais importantes e consagrados pela sociedade, sintetizados no princípio da dignidade da pessoa humana. À luz desse preceito, impõe-se a realização de políticas públicas para proporcionar a todos o mínimo de decência, através da implementação dos direitos sociais ou de segunda geração.

3 O Estado Democrático de Direito

O primeiro modelo de Estado concebido para pôr em prática a realização de políticas públicas, como consequência da constitucionalização do direito, foi o chamado *Welfare State*, ou Estado de Bem-Estar Social, na tradição europeia do pós-guerra. A esse respeito, afirma Américo Bedê Freire Júnior³:

²BARROSO, Luís Roberto. *O neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito* (no prelo).

³FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 25.

Verificou-se, então, a necessidade de uma efetiva intervenção estatal com o desiderato de materializar os sonhos de garantia de direitos como vida, saúde, alimentação e quejandos. Emergem os direitos de segunda geração a exigir prestações positivas por parte do Estado, a existir uma regulamentação direta no comércio e nas relações trabalhistas e surgem os primeiros sistemas de previdência social.

Contudo, o Estado de Bem-Estar Social fundava-se na existência de normas programáticas, consistentes mais em promessas do que em atuação efetiva do poder público. Não se previam mecanismos eficientes de implemento. De outro lado, viu-se o Estado agigantar-se demasiadamente, crescendo em igual proporção sua ineficiência. Diante de tais problemas, não tardou para que esse modelo fosse superado, dando lugar ao chamado Estado Democrático de Direito. “Nunca existiu tanta preocupação (ou consciência da falta de efetivação) com a efetivação da Constituição como em nossos dias. A Constituição do Estado Democrático de Direito tem a pretensão de se fazer normativa e não meramente simbólica”⁴. Ocorreu, então, o enxugamento da máquina estatal, com o fomento de atividades pela iniciativa privada. Alterações significativas no modelo administrativo fizeram entrar em cena a chamada administração gerencial, centrada principalmente no princípio da eficiência e na atuação do terceiro setor, as chamadas paraestatais.

Mas a mudança de interpretação da constituição talvez tenha sido o ponto de maior destaque. O que antes era visto como simples preceitos enunciativos, como normas programáticas, carentes de qualquer força vinculante, passa a ser encarado como princípios normatizados, ou seja, verdadeiras normas jurídicas, com eficácia e aplicabilidade direta e imediata. As promessas dão lugar à ação, como bem ponderou o Ministro Celso de Mello:

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (RTJ 175/1212-1213, relator Ministro Celso de Mello).

Além de se retirar do ordenamento jurídico as normas contrárias à Constituição, deve-se atribuir aos princípios constitucionais a eficácia positiva ou simétrica. Tal eficácia confere ao beneficiado da norma o direito subjetivo de obter, em juízo, a

⁴FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Op. cit., p. 27.

tutela específica prevista no comando legal. “Se os efeitos pretendidos pelo princípio constitucional não ocorreram – tenha a norma sido violada por ação ou omissão –, a eficácia positiva ou simétrica pretende assegurar ao interessado a possibilidade de exigí-los diretamente, na via judicial se necessário”⁵. Portanto, o Estado Democrático de Direito deve organizar-se de forma a criar mecanismos efetivos para a implementação das políticas públicas. Deve, além disso, permitir ao beneficiado buscar perante a justiça a efetivação dos mandamentos constitucionais, que outrora eram concebidos apenas como promessas.

Essa efetivação é possível porque as políticas públicas constitucionais acham-se fundadas em normas do texto magno, cuja aplicação é direta e imediata. São, portanto, exigíveis segundo a melhor interpretação. Por outro lado, a democracia consolida-se com a redescoberta da cidadania, sobretudo na conscientização dos direitos por parte da população. Surgem mecanismos processuais e constitucionais de acesso à justiça, em vários níveis de proteção, desde o individual, passando pelo coletivo e pelo difuso, acompanhando as necessidades do mundo cada vez mais globalizado. Há ascensão institucional do Poder Judiciário, do Ministério Público e de organismos de proteção. Diante dessas circunstâncias, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, que, como o próprio nome diz, baseia-se no poder do povo e nas regras jurídicas, existe o ambiente propício à judicialização das políticas públicas, como instrumento para o alcance efetivo da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 não deixa dúvida de que temos um Estado Democrático de Direito, ao prever esse modelo expressamente no *caput* art. 1.º. Tem como fundamento central a dignidade da pessoa humana (inciso III), que, sem sombra de dúvida, é o princípio central de todo o ordenamento jurídico. Uma vez se enquadrando a República Federativa do Brasil no conceito de Estado Democrático de Direito, passemos a analisar o tema sob essa ótica.

4 Tripartição dos poderes e a legitimidade do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas

Como se sabe, outro princípio norteador do Estado Democrático de Direito é a separação dos poderes, positivada no art. 2.º da Constituição Federal. As bases desse preceito estão na obra de Montesquieu, que os concebeu

⁵ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 367.

separados, mas harmônicos. Tanto que “o filósofo deixa apenas os seis parágrafos escritos sobre separação e todos os demais dos setenta e um do capítulo VI, descrevendo como imaginava coordenação de poderes”⁶.

Entretanto, é preciso que se corrija a terminologia usualmente empregada para designar esse princípio. Mais correto seria falar-se em separação de funções, e não de poder. O poder é uno e indivisível, titularizado pelo povo, segundo dispõe o parágrafo único do art. 1.º da Constituição Federal. Todavia, para melhor desempenho de suas funções, o poder é distribuído entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, cada um com uma missão constitucionalmente definida. Entretanto, fiquemos com a expressão “separação dos poderes”, posto que arraigada na doutrina e, sobretudo, na Carta Constitucional.

A separação dos poderes do Estado é mandamento basilar para a manutenção do chamado Estado Democrático de Direito. Dessa forma, cada poder passa a limitar o outro, havendo uma moderação e racionalização das funções, em prol dos direitos dos indivíduos. Sua previsão faz parte do núcleo intangível da Constituição brasileira, figurando como cláusula pétrea, no art. 60, § 4.º, III. Portanto, a separação dos poderes existe como pressuposto da existência do Estado Democrático de Direito, que visa, como visto, a preservar e implementar a dignidade da pessoa humana. O alcance desse objetivo passa necessariamente pela consolidação de políticas públicas, quando o Estado age positivamente em prol dos cidadãos.

Logo, é fácil concluir que a separação dos poderes não é um fim em si mesma. Não pode ser encarada como fetichismo filosófico jurídico, mas como sustentáculo à manutenção do Estado Democrático de Direito. Este, por sua vez, deve desenvolver meios para a implementação da dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, a separação dos poderes não poderá jamais ser entrave à realização dos direitos fundamentais, pois seria subverter toda a ordem. Ao contrário, deve estar a serviço da consecução de tais direitos, o que envolve necessariamente a satisfação das políticas públicas, voltadas aos chamados direitos de segunda geração. Sobre a matéria, enfatiza Américo Bedê Freire Júnior⁷:

Nesse diapasão, deve ser frisado que não apenas os direitos da primeira geração devem ser protegidos pela separação dos poderes, mas todas as gerações dos direitos fundamentais, já que uma das características dos direitos fundamentais é a sua indivisibilidade.

⁶PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004. p. 49.

⁷FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Op. cit., p. 38.

Todas as dimensões dos direitos fundamentais, portanto, podem (devem) ser protegidas pelo princípio em comento. Constatamos, assim, ser um arremedo absurdo apontar o princípio da separação dos poderes como entrave à efetivação de direitos fundamentais, uma vez que tal interpretação aniquila a efetividade (correta aplicação) da separação dos poderes.

Como se pode notar, muitos apontam a separação dos poderes como entrave ao exame das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Ora, cada poder possui sua função própria e indelegável. Cabe ao Legislativo e ao Executivo eleger as prioridades e executar as políticas públicas conforme juízos de conveniência e oportunidade, não podendo o Judiciário se imiscuir no assunto. Os membros do Legislativo e do Executivo foram eleitos pelo voto popular, o que os legitima a traçar o rumo do país. Nessa perspectiva, não se poderia admitir que o Judiciário ordenasse ao Executivo a construção de uma escola ou de um hospital, ou mesmo que alterasse a lei orçamentária, transferindo recursos dirigidos à construção de um campo de futebol para obras emergenciais de saneamento básico. Tudo isso seria apenas tarefa do administrador, seguindo os comandos legais do legislador. Nessa direção, afirma Rafael Bicca Machado⁸:

Os membros do Judiciário não se submetem à apreciação do voto popular, logo, não são detentores do direito de decidir o que, a seu ver, é melhor para a sociedade. Até porque desta não receberam mandato para tanto. Os que o receberam foram os integrantes do Legislativo e do Executivo, estes sim que se submetem e se expõem, eleição a eleição, ao crivo do voto e à apreciação popular.

Importantes vozes se levantam para defender tal posicionamento, a exemplo do Ministro Nelson Jobim. Em seu discurso de posse na presidência do Supremo Tribunal Federal, afirmou que “A decisão judiciária não pode se produzir fora dos conteúdos da lei – lei essa democraticamente assentada em processo político, constitucionalmente válido. Não há espaço legítimo para soberanismos judiciários estribados na visão mística de poder sem voto e sem povo. A mensagem democrática e republicana é simples: cada um em seu lugar; cada um com sua função”.

A afirmação é correta até certo ponto. Em verdade, pelas razões acima expostas, realmente compete ao Legislativo e ao Executivo a implementação

⁸MACHADO, Rafael Bicca. Cada um em seu lugar: cada um com sua função. Apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. *Revista Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 43.

das políticas públicas. O constituinte reservou a esses poderes tal missão. No entanto, não se pode esquecer de que as políticas públicas expressam a atuação do Estado na vida social, com o objetivo de dar efetividade aos direitos fundamentais. Esse direitos, inclusive os sociais, estão previstos na Constituição, tendo aplicabilidade direta e imediata (art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal). Têm, além disso, força vinculante, espraiando-se por todo o ordenamento jurídico, buscando assegurar a constitucionalização do direito.

Esse nível constitucional assumido pelos direitos fundamentais, mormente aqueles de segunda geração, foi fruto de um longo amadurecimento e aperfeiçoamento do movimento constitucionalista, já analisado neste trabalho. O espaço de discricionariedade do gestor público, na implementação de tais políticas, é bastante reduzido, na medida em que ele tem o dever de pô-las em prática. Nesse aspecto, convém transcrever a lição de Luíza Cristina Fonseca Frischeisen⁹:

Nesse contexto constitucional, que implica também a renovação das práticas políticas, 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. (...) Conclui-se, portanto, 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 elaborou as normas de integração.

(...) As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.

Assim, compete ao Legislativo e ao Executivo a implementação das políticas públicas. Pelo princípio da separação dos poderes, o Judiciário não poderia ser intrometer nessa seara, que é reservada aos representantes eleitos pelo povo. Contudo, se esses poderes se mostrarem relapsos e omissos na efetivação de tais comandos constitucionais, o Judiciário pode ser acionado para fazer valer os preceitos constitucionais. Não se trata da sobreposição do Poder Judiciário quanto aos demais, mas sim da sobreposição da Constituição.

⁹FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 95-97.

O Judiciário seria chamado simplesmente para fazer valer os comandos da Carta Magna. Não estaria substituindo a discricionariedade dos demais poderes pela sua, mas velando pela aplicação da Constituição. Como foi visto, não há discricionariedade na omissão de políticas públicas constitucionais, mas sim verdadeira arbitrariedade. Logo, a omissão ou a insuficiência na satisfação das necessidades públicas, resguardadas constitucionalmente, não podem ser afastadas do controle jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal), a pretexto da preservação da separação dos poderes. Sob essa ótica, Américo Bedê Freire Júnior¹⁰ alerta: “Em nenhum momento, pretende-se colocar o Judiciário acima dos demais poderes. Ao contrário, em regra, o Executivo e o Legislativo devem proporcionar a efetivação da Constituição; contudo, quando tal tarefa não foi cumprida, não pode o juiz ser co-autor da omissão e relegar a Constituição a um nada jurídico”. Atento a essas diretrizes, a Suprema Corte não tem ficado inerte diante do problema, realçando a nova tendência de implementação de políticas públicas diante de inúmeros precedentes, dos quais apontaremos alguns mais notórios.

5 Precedentes no STF sobre a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário

O papel do Poder Judiciário nesse tormentoso tema vem encontrando força no Supremo Tribunal Federal, com destaque para a atuação do Ministro Celso de Mello. Em julgado no ano de 2000, o ministro já apontava a necessidade da interferência do Judiciário na implementação de políticas públicas. Julgando o AgRE 271.286/RS (publicado no DJ em 24.11.2000, p. 101), entendeu a 2.ª Turma do STF que o Poder Judiciário poderia compelir o poder público a executar programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes e necessitadas, ao decidir:

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5.º, *caput*, e 196) e representa, na concreção de seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

¹⁰FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Op. cit., p. 71.

Assim, restou assente que o direito à saúde, previsto na Constituição Federal, pode ser cobrado judicialmente, quando os gestores públicos ficarem omissos. No caso, não poderia haver discricionariedade do Executivo em cumprir ou não essa política. Mas, diante do comando constitucional que assegura a saúde como direito público subjetivo, representando uma prerrogativa jurídica indisponível, extensiva à generalidade das pessoas (art. 196 da Constituição Federal), o administrador está obrigado a garanti-la, podendo ser compelido judicialmente. Como já dito e repetido, não está o Judiciário se sobrepondo aos demais poderes, mas fazendo valer a supremacia da Constituição.

Em outro importante julgado, o Ministro Celso de Mello, em 29 de abril de 2004, no julgamento da ADPF nº 45 MC/DF (Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 345), admitiu a ingerência do Judiciário na formulação das leis orçamentárias. No caso prático, foi ajuizada arguição de descumprimento de preceito fundamental contra o veto do Presidente da República ao § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59) de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

O veto presidencial implicava desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Assim, o veto acarretaria prejuízos na implementação de políticas públicas ligadas à saúde, na medida em que poderia tolher parte dos recursos destinados a tais programas. Embora o dispositivo vetado tenha sido espontaneamente restaurado pela Presidência da República, o que acarretou a perda do objeto da ADPF, o Ministro Celso de Mello apresentou suas razões, admitindo expressamente que o Judiciário poderia e deveria intervir em tais casos, para garantir a implementação das políticas públicas. Nesse sentido, anotou:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Em outro caso emblemático, no julgamento do RE 436996/SP, em 26 de outubro de 2005 (Informativo do Supremo Tribunal Federal n.º 407), o Ministro Celso de Mello determinou que o Judiciário compelissem o poder público municipal a garantir a matrícula de crianças em idade pré-escolar em creches, nem que para isso tivesse que construir novas unidades. Na decisão, o Ministro Celso de Mello considerou a educação infantil prerrogativa constitucional indisponível (Constituição Federal, art. 208, IV):

Por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das crianças de zero a seis anos de idade (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo poder público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

Segundo o entendimento do ministro, a política pública em questão não poderia ficar à mercê de avaliações “meramente discricionárias” da Administração Pública, nem condicionada ao “puro pragmatismo governamental”. Não poderiam os municípios “demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social”. Embora reconhecendo que a implementação das políticas públicas deveria ficar a cargo do Executivo e do Legislativo, acrescentou em seu voto:

Revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

Em outra recente decisão, em 1º de fevereiro de 2006, no RE 393.175/RS (Informativo n.º 414 do Supremo Tribunal Federal), o Ministro

Celso de Mello determinou que o poder público fornecesse medicamentos a pacientes em estado grave, independentemente de previsão orçamentária para tanto, em decisão assim ementada:

Ementa: pacientes com esquizofrenia paranóide e doença maníaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio. Pessoas destituídas de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial. Fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes. Dever constitucional do Estado (CF, arts. 5º, *caput*, e 196). Precedentes (STF). Reconhecido e provido.

Seguindo a linha das decisões acima citadas, outras tantas vêm tomando forma nos mais diversos tribunais e juízos espalhados pelo país. Tais decisões revelam uma tendência atual de se dar efetividade às normas da Constituição. Nesse sentido, o Poder Judiciário assume papel relevante nessa missão, apesar de vozes ainda se levantarem contra tais medidas, a exemplo do Ministro Nelson Jobim, como restou evidente em seu discurso de posse na presidência do STF. Entretanto, a implementação de políticas públicas através de comandos do Judiciário esbarra em algumas dificuldades práticas, centradas essencialmente na denominada figura “reserva do possível”. No próximo tópico, esse tema será abordado, relacionando-o a outros conceitos, como o de “mínimo existencial”.

6 O mínimo existencial, as políticas públicas e a reserva do possível

Antes de tratarmos do tema, devemos voltar ao princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio garante um “espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo”¹¹. Representa um núcleo intangível, normatizado na Constituição Federal, exigível judicialmente, uma vez que possui eficácia positiva. Sobre a matéria, enfatiza Gustavo Tepedino¹²:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2.º do art. 5.º,

¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p 372.

¹² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 13. 2t.

no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

O mínimo existencial, como o próprio nome já deixa transparecer, é o elemento fundamental dessa dignidade. São as condições básicas e imprescindíveis de que deve dispor o cidadão para uma vida digna ou bastante próxima à dignidade. São os direitos mínimos, carentes da implementação de políticas públicas que os assegure. Segundo Ricardo Lobo Torres¹³, “sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo”.

As políticas públicas, nesse contexto, compõem o conjunto de medidas (ou mesmo uma providência isolada), a serem adotadas pelo Estado para a satisfação das necessidades básicas dos indivíduos. Essas medidas devem garantir, pelo menos, o chamado mínimo existencial a todos, como forma de implementar os direitos fundamentais resguardados na Constituição. As políticas públicas tendentes a satisfazer o mínimo existencial, como já repisado ao longo do texto, não poderão ficar na discricionariedade do legislador e do administrador, já que a todos, pelo simples fato de existirem, devem ser asseguradas as condições básicas de sobrevivência. E aqui não se trata de caridade estatal, mas de direito assegurado ao indivíduo pela Constituição.

Esse, o mínimo existencial confere ao cidadão a prerrogativa de buscá-lo em juízo, pois o poder público não pode, de forma alguma, vilipendia-lo. Assim, questiona-se a possibilidade de o administrador negar efetividade ao mínimo existencial, sob a alegação de ausência de recursos públicos. Até porque a receita do Estado deve ser empregada prioritariamente nas ações básicas. Todavia, é óbvio afirmar que as necessidades humanas, ainda que básicas, são infinitas, enquanto os recursos públicos são finitos. Então, essa disparidade deve ser regulada por um princípio. Deve haver uma conformação da limitação financeira, passando por um planejamento adequado, para que, dentro do possível, sejam

¹³TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 129.

reservados os recursos para a implementação das políticas públicas. Esse princípio é chamado de reserva do possível, servindo de norte para a implantação sustentável e viável das políticas públicas, permitindo a convivência das necessidades com a limitação dos recursos.

Entretanto, a reserva do possível é geralmente desvirtuada pelo poder público, servindo como desculpa para a ausência de políticas públicas e para o desatendimento das decisões judiciais. O administrador geralmente justifica a ineficiência dos serviços básicos alegando a ausência de recursos. Afirma que os recursos já estão comprometidos com outros gastos, não havendo disponibilidade para o cumprimento desta ou daquela política básica, ou mesmo de decisões judiciais que as determinem.

O problema passa necessariamente pela falta de planejamento público, bem como por escolhas equivocadas na implementação dessas medidas. Some a isso o alto grau de corrupção que envolve o poder público, com a dilapidação dos recursos. No entanto, é preciso que se esclareça que a reserva do possível, ou seja, a destinação dos recursos a necessidades básicas, igualmente não está no plano da discricionariedade do administrador. A análise prioritária dos investimentos não pode ser concebida unicamente na visão subjetiva do gestor público, mas sim sob a ótica constitucional. A alegação de reserva do possível não pode ser aceita sem critérios para justificar a inefetividade do poder público, maiormente quando se tratar de decisões judiciais. A respeito dessa temática, afirma Ana Paula Barcellos¹⁴:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos.

¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar: 2002. p. 245-246.

Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Assim, a limitação de recursos pode ser reconhecida pelo Poder Judiciário como justificativa para a não implementação de certa política. Porém, é preciso que haja uma análise criteriosa, como advertiu o Ministro Celso de Mello, no julgamento do RE 436996/SP, em 26 de outubro de 2005 (Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 407):

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da reserva do possível - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Por outro lado, não basta o gestor público alegar a impossibilidade financeira, pois é preciso que demonstre isso de forma objetiva. Ademais, a impossibilidade de que se cuida é apenas momentânea, já que deverá haver um planejamento por parte do gestor para a futura contemplação de determinada política pública, sobretudo quando for reconhecida judicialmente sua imprescindibilidade.

7 O papel do Ministério Público na implementação das políticas públicas e a questão orçamentária

Restou assente, no presente trabalho, a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas por parte do poder público. Entretanto, é preciso ainda analisar a forma pela qual a justiça deve ser acionada para tal fim, uma vez que a jurisdição é inerte. É nesse campo que entra em cena o papel do Ministério Público. Constitucionalmente, o *Parquet* é conceituado como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da Constituição Federal).

Portanto, sem sombra de dúvidas, cabe ao Ministério Público uma atitude ativa, com o fito de velar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis, atuando quando constatar ausência ou ineficiência do poder público no cumprimento das políticas públicas. Afinal, “a função do Ministério Público não comporta somente a atuação para corrigir os atos comissivos da administração que porventura desrespeitem os direitos constitucionais do cidadão, mas também a correção dos atos omissivos, ou seja, para a implantação efetiva de políticas públicas visando à efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988”¹⁵.

A participação do Ministério Público na efetivação das políticas públicas se apresenta ainda mais importante “quando se percebe que, no Brasil, a sociedade civil ainda não conseguiu se organizar a ponto de reivindicar atuação dos representantes eleitos pelo povo”¹⁶. Outrossim, os entes públicos co-legitimados, em regra, possuem atribuições diversificadas, não sendo dotados de aparato para a consecução de tal mister. O instrumento, por excelência, à disposição do Ministério Público é a ação civil pública, conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo e processo civil. Ação civil pública. Ato administrativo discricionário: Nova visão. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autorizam que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. Recurso especial provido. (*Revista Dialética de Direito Processual*. n. 14/120).

Assim, o promotor de justiça deve reconhecer o poder que tem nas mãos, através dos instrumentos assegurados constitucionalmente ao Ministério Público. Tem a possibilidade de alterar a realidade, corrigindo as omissões e ineficiências do poder público na implementação de políticas voltadas à satisfação das necessidades essenciais da população, na busca do mínimo existencial como reflexo do princípio maior da dignidade da pessoa humana. O membro do *Parquet* com atuação na área cível,

¹⁵FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. Op. cit., p. 126-127.

¹⁶FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Op. cit., p. 98.

mormente junto às curadorias, deve exercer uma ação comprometida com a plena cidadania, que é direito de todos. Deve voltar os olhos, sobretudo, aos mais necessitados, na busca da igualdade material e do equilíbrio entre aqueles que têm e os que não têm.

A atuação do Ministério Público não pode esbarrar na alegação de falta de recursos por parte do gestor. Como se viu, a reserva do possível existe para permitir uma implementação planejada e sustentável. Claro que deve haver escolhas criteriosas nos dispêndios públicos, já que os recursos são limitados. A Constituição Federal deve servir de norte para o planejamento, porquanto ela impõe a consecução de inúmeras políticas públicas, que não podem ser simplesmente desconsideradas.

As leis orçamentárias igualmente não podem constituir um obstáculo, pois a ação civil pública tem o poder de determinar atuações positivas, regulando o contingenciamento e a inércia do administrador. Em primeiro lugar, cabe ao Ministério Público exigir o cumprimento das políticas já previstas nas leis orçamentárias, ou seja, no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e nas Leis Orçamentárias anuais. Não há, no Brasil, a figura do orçamento impositivo, tendo em vista que a alocação de recursos em determinado projeto não garante o gasto efetivo¹⁷. Não é raro acontecer que o poder público sequer consiga despender os recursos reservados a determinada política. Nessas hipóteses, deve o Ministério Público exigir o cumprimento das regras orçamentárias, com a liberação e emprego dos valores já previstos.

Entretanto, se determinada política constitucionalmente prevista não estiver contemplada na regra orçamentária, cabe ao *Parquet* exigir sua inclusão no próximo orçamento, com reserva de verbas suficientes à sua implementação, inclusive com remanejamento de recursos de áreas não prioritárias se necessário. “Desse modo, é possível que ordem judicial determine a inclusão de verba no orçamento do exercício financeiro seguinte. Tal argumentação guarda pertinência com o nosso sistema constitucional, principalmente no que tange à obrigatoriedade de efetivação de políticas sociais estabelecidas em planos de governo e que integram as políticas públicas do Estado”¹⁸. Há ainda casos mais urgentes, em que não se pode

¹⁷ Nos Recursos Extraordinários 34.581-DF e 75.908-PR, o STF assentou que “o simples fato de ser incluída, no orçamento, uma verba de auxílio a esta ou àquela instituição não gera, de pronto, direito a esse auxílio; (...) a previsão de despesa, em lei orçamentária, não gera direito subjetivo a ser assegurado por via judicial”.

¹⁸ SOARES, Inês Virgínia Prado. Ação civil pública como instrumento de controle da execução orçamentária. In: *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei nº 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 504.

mesmo esperar a inclusão de verbas no próximo orçamento. Existem mecanismos financeiros para tanto, como a abertura de créditos extraordinários, especiais ou suplementares, conforme o caso, para reforçar o orçamento, permitindo a realização das medidas necessárias.

Em casos extremos, em que esteja em jogo a própria vida do jurisdicionado, deve o Ministério Público, quando for necessário o cumprimento imediato da decisão, como, por exemplo, a concessão de remédio ou realização de cirurgia, exigir a prestação imediata do serviço independentemente de prévia dotação. Nesses casos, haverá a prevalência da decisão na satisfação de um direito fundamental em detrimento de uma regra orçamentária. O orçamento não pode ser concebido como um fim em si mesmo, mas como uma regra instrumental da boa administração. Contudo, na colisão com um direito fundamental, não é difícil concluir que este deve inevitavelmente prevalecer, pois é certo que uma lei orçamentária não poderá desconhecer um mandamento constitucional, deixando ao desamparo inúmeras pessoas necessitadas. Em decisão, de 1º de fevereiro de 2006, no RE 393175/RS (Informativo nº 414 do Supremo Tribunal Federal), o Ministro Celso de Mello se pronunciou mais uma vez sobre o tema, afirmando:

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

8 A efetividade da ação civil pública como instrumento na implementação de políticas públicas

A ação do Ministério Público não surtiria os efeitos sem um Judiciário atento às necessidades do jurisdicionado. A ação civil pública precisa de efetividade, devendo o direito de ação exercido pelo *Parquet* ser entendido como um direito fundamental da coletividade, compreendendo em seu conteúdo a necessidade de uma tutela efetiva, adequada e tempestiva. O processo

serve como instrumento às necessidades materiais, devendo haver uma maior adequação do processo à tutela pretendida. Nesse sentido, afirma Luiz Guilherme Marinoni¹⁹:

A obviedade está em que o direito material e o processo não podem mais ser tratados separadamente. Assim como o processo não é somente mero meio para a realização do direito, o direito não é apenas resultado do processo. Não há como deixar de perceber, hoje, que entre o processo e o direito material há uma relação de integração (...). No entanto, para a integração processo direito material, é imprescindível, além da classificação das tutelas, que o direito de ação seja pensado como direito fundamental, ou seja, como direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional.

O Poder Judiciário deve esforçar-se para conferir a tutela específica buscada pelo Ministério Público. Como estão em jogo, normalmente, direitos indisponíveis e fundamentais, o Judiciário tem que estar comprometido com a justa resolução do litígio, na medida em que há um premente interesse do Estado na causa. Não se trata de meros interesses particulares. O juiz não deve ficar inerte. Precisa perscrutar os fatos e a realidade, tendo participação ativa na colheita das provas, inclusive. “No processo coletivo, além dessa necessidade de uma intensa participação do juiz na colheita das provas, é preciso ir além e entender ser possível ao magistrado utilizar todos os meios necessários para a preservação do interesse difuso ou coletivo em causa”²⁰. O que realmente importa é o alcance do resultado prático pretendido.

Nesse sentido, é preciso superar as dificuldades na execução das decisões em ações civis públicas, principalmente ligadas às políticas públicas. Como instrumentos para implementação dessas decisões, existe a coerção indireta por meio das multas, previstas nos arts. 287, 461 e 461-A do Código de Processo Civil, bem como no art. 11 da LACP e art. 84, § 4.º, do CDC. Estas devem ser fixadas em padrão compatível com a necessidade da efetividade do comando decisório, estabelecendo-se em valor e periodicidade adequados. Existe ainda o comando contido no § 5.º do art. 461 do Código de Processo Civil, que autoriza o juiz a determinar as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica. Essa regra, acena, inclusive, com a possibilidade de

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e a tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 27-29.

²⁰ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Op. cit., p. 103.

aplicação de multa pessoal ao gestor público no caso de descumprimento da sentença ou acórdão, retirando o encargo do ente público e fazendo incidir diretamente sobre o mau administrador. Este também deverá ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa ou crime de responsabilidade, conforme o caso.

Outra possibilidade ganha força, quando se atribui consequência penal ao descumprimento injustificado de ordem judicial. Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1.668, apresentado em 21.03.96, que atualmente se encontra pronto para ser submetido à apreciação do Plenário da Câmara dos Deputados. Nos termos do art. 359, fica criado o delito de desobediência a mandado judicial: “Deixar o funcionário público ou o particular, para satisfazer sentimento ou opinião pessoal, de cumprir mandado judicial de que é destinatário ou retardar injustificadamente o seu cumprimento. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

Outras medidas de coerção direta devem ser também aplicadas, como o bloqueio e o seqüestro de verbas públicas, caso se afigurem imprescindíveis. Há notícias de casos concretos em que foi determinada tal medida contra o poder público. Para ilustrar, colacionamos a sentença proferida no Processo nº 2004.61.11.001871-6, que tramita na 1ª Vara da Justiça Federal em Marília, em que o magistrado assim se pronunciou:

Da mesma forma que o art. 100 da Constituição Federal, em caso de descumprimento da decisão judicial que requisita o precatório, autoriza o seqüestro da quantia necessária para o pagamento do precatório, tenho que pode o juiz, em sede de ação civil pública, malgrado todas as tentativas para fazer cumprir a decisão judicial, por analogia, seqüestrar a quantia necessária para a efetivação da medida.

No caso, foi determinado o seqüestro de verbas orçamentárias, à conta do DNIT, para a restauração da Rodovia BR-153. Essas e outras medidas servirão para dar efetividade às decisões, moldando a mentalidade do administrador público. Este deve estar mais comprometido com o bem comum, pois o desrespeito às decisões ameaça soçobrar o ordenamento jurídico, ferindo de morte a credibilidade do Poder Judiciário e do Ministério Público. Além disso, incentiva-se o desrespeito aos direitos fundamentais pelo próprio poder público, que se sentirá livre para desvirtuar os mandados representativos outorgados pelo próprio povo.

9 Considerações finais

No início deste trabalho, foi analisado o fenômeno da constitucionalização do direito. Buscou-se enxergar a constituição como norma máxima, no centro do sistema jurídico, contendo regras e princípios cogentes, devendo toda a ordem jurídica ser vista a partir da perspectiva constitucional. Ocupando esse papel tão relevante, foram inseridos na carta constitucional os valores mais importantes e consagrados pela sociedade, sintetizados no princípio da dignidade da pessoa humana. À luz desse preceito, é preciso garantir a realização de políticas públicas para proporcionar a todos o mínimo de decência, através da implementação dos direitos sociais.

Também restou assentado que compete ao Legislativo e ao Executivo a implementação dessas políticas públicas. Em virtude da separação dos poderes, o Judiciário não poderia ser intrometer nesse campo. Contudo, se os outros poderes se mostrarem relapsos e omissos na efetivação de tais comandos constitucionais, o Judiciário pode e deve ser acionado para fazer valer os preceitos constitucionais. Tal medida não se mostra como sobreposição do Poder Judiciário aos demais, mas como supremacia da Constituição, como bem frisou o Ministro Celso de Mello em importantes precedentes jurisprudenciais, aqui transcritos.

As políticas públicas, tendentes a satisfazer o mínimo existencial, não podem ficar na discricionariedade do legislador e do administrador, já que a todos, pelo simples fato de existirem, devem ser asseguradas as condições básicas de sobrevivência. Portanto, não se trata de caridade estatal, mas de direito assegurado ao indivíduo pela Carta Magna. Entretanto, viu-se que a implementação de políticas públicas através de comandos do Judiciário esbarra em algumas dificuldades práticas, centradas, sobretudo, na figura da “reserva do possível”. Contudo, demonstrou-se que a limitação de recursos, embora possa ser reconhecida pelo Judiciário como justificativa, não deve ser aceita sem uma análise criteriosa e sem a demonstração cabal de sua existência.

O Ministério Público assume posição central na implementação dessas políticas, em cumprimento à missão constitucional que lhe foi reservada. Nesse aspecto, deve o promotor de justiça reconhecer o poder que tem nas mãos, através dos instrumentos assegurados à instituição, deflagrando o processo judicial para a consecução de tais políticas, através do manejo da ação civil pública. Tem assim o *Parquet* a possibilidade de alterar a realidade,

corrigindo as omissões e ineficiências do poder público. Todavia, a ação do Ministério Público não surtirá os efeitos sem um Judiciário atento às necessidades do jurisdicionado. A ação civil pública precisa de efetividade, devendo o próprio direito instrumental de ação exercido pelo *Parquet* ser entendido como um direito fundamental da coletividade, compreendendo em seu conteúdo a necessidade de uma tutela efetiva, adequada e tempestiva. Nesse sentido, é preciso superar as dificuldades na execução das decisões decorrentes de ações civis públicas, principalmente ligadas às políticas públicas.

Por fim, é imprescindível uma mobilização dos promotores de justiça, juízes, advogados e demais operadores do direito, no sentido de que sejam efetivadas e respeitadas as decisões judiciais, essencialmente no tocante às políticas públicas, cujo alcance diz diretamente respeito à parcela da população mais sofrida e marginalizada. O desrespeito às decisões ameaça soçobrar o ordenamento jurídico, ferindo de morte a credibilidade do Judiciário e do Ministério Público, incentivando o desrespeito aos direitos fundamentais pelo próprio poder público, que se sentirá livre para desvirtuar os mandados representativos outorgados pelo povo.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: LEITE, George Salomão (Org). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *O neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito* (no prelo).

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 2005.

MACHADO, Rafael Bicca. Cada um em seu lugar: cada um com sua função, apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao Ministro Nelson Jobim. *Revista Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e a tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004.

SOARES, Inês Virgínia Prado. *Ação civil pública como instrumento de controle da execução orçamentária*. In: *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei nº 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 2 t.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.