



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

JUHLINE ANGELINA URANI CAMARGO

**A ATUAÇÃO MINISTERIAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS
PÚBLICAS: LIMITES E CONTRADIÇÕES**

BRASÍLIA
2015

JUHLINE ANGELINA URANI CAMARGO

**A ATUAÇÃO MINISTERIAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS
PÚBLICAS: LIMITES E CONTRADIÇÕES**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins.

BRASÍLIA

2015

JUHLINE ANGELINA URANI CAMARGO

**A ATUAÇÃO MINISTERIAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS
PÚBLICAS: LIMITES E CONTRADIÇÕES**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos seguintes Professores:

Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins
Orientador – Presidente

Professora Mestre Larissa Caetano Mizutani
Membro da Banca Examinadora

Professor Othon de Azevedo Lopes
Membro da Banca Examinadora

A todos aqueles que insistem em remar ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, e não poderia ser diferente, agradeço a Deus por se fazer presente em minha vida e pelo sustento nas horas mais difíceis, mesmo quando tudo parecia impossível. Confiei a Ele todas as minhas preocupações, e o Senhor as atendeu guiando os meus passos e me encorajando a prosseguir nessa jornada.

Agradeço a minha família, sem a qual não teria chegado até aqui. Em especial aos meus pais, Varguimar e Rosely, pelo amor, incentivo e compreensão que foram a mim dispensados, os quais levarei para sempre em meu coração. O apoio incondicional foi determinante e, muito além de uma formação acadêmica, tenho hoje a educação vinda de vocês. A minha irmã, Juhliane, pelos momentos de descontração, risos e conversas bestas. Sem dúvida, tudo teria sido muito mais chato sem a sua implicância. A tentativa de te passar exemplos positivos deu forças à minha caminhada.

Aos amigos e colegas da faculdade: Anderson, Daniel, Elias, Fabrício, Fernanda, Filipe, Henrique, Levi, Nathanne e Priscila. Conviver com vocês deixou tudo muito mais agradável e divertido. Que o fim dessa jornada não nos afaste, e que o futuro nos seja generoso conservando e fortalecendo a amizade.

Aos professores e mestres, por compartilharem de seu saber, instruindo-me com ensinamentos que, fugindo ao jurídico, serão levados por toda a vida. Em especial ao meu Orientador, Argemiro, por aceitar fazer parte desse trabalho de pesquisa e, muito mais, por me apresentar àquela que é hoje uma das grandes responsáveis e incentivadoras deste trabalho, Larissa. Obrigada pela confiança, paciência e brilhantes apontamentos.

Por fim, e sem citar nomes para não delongar ainda mais, agradeço aos amigos, e mais que amigos, que sempre estarão em meu coração. Sem o seu incentivo eu, provavelmente, teria chegado até aqui... mas não seria de forma tão doce e com tão belas reminiscências.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo crítico da postura proativa assumida pelos membros ministeriais na implementação de políticas públicas, evidenciando os cuidados, limites e contradições quando dessa atuação. Muito em decorrência do status atribuído ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988, tem-se a configuração de um voluntarismo exacerbado, enraizado tanto na crença na hipossuficiência da sociedade brasileira, quanto no descrédito atribuído ao Poder Executivo. Não obstante, sabendo-se que é sobremaneira tênue e indefinido o marco delimitador entre aquilo que pode e o que não pode ser obtido em juízo via ação civil pública, a atuação ministerial deve ter a cautela de não exceder as fronteiras de sua competência, intrometendo-se, assim, na esfera dos poderes políticos. Soma-se a isto a existência de contingências fáticas e jurídicas que, para além de quaisquer fugas argumentativas, existem e não podem ser afastadas ou ignoradas, quais sejam: i) a separação dos poderes; ii) a reserva do possível; iii) a incapacidade técnica e cognição sumária; iv) o privilégio de uns em detrimento de todos os outros. Ao final, considerando-se a prescindibilidade das ações coletivas, dedica-se especial realce à atividade extrajudicial, com destaque aos termos de ajustamento de conduta e mobilização social. Muito antes de uma postura fatalista em relação aos problemas, apontando erros e culpados, e exigindo obrigações imensuráveis, a ideia é buscar soluções práticas e balizadoras.

Palavras-chave: Ministério Público. Voluntarismo. Políticas Públicas. Ação civil pública. Judicialização da política.

ABSTRACT

The present work aims the critical study of the proactive stance taken by the ministerial members on the implementation of public policies, highlighting the care, limits and contradictions when this action takes place. Much due to the status assigned to the Public Ministry by the Federal Constitution of 1988, it has the configuration of an exacerbated voluntarism, both rooted in the belief in marginality of Brazilian society, as discredited assigned to the Executive Power. Nevertheless, knowing that it is excessively tenuous and indefinite the landmark delimiter between what can and what cannot be obtained in court through public civil action, the ministerial activity must be careful not exceed the boundaries of its jurisdiction, intruding itself so in the sphere of political powers. Added to this, the existence of factual and legal contingencies that, in addition to any argumentative leaks, exist and cannot be disregarded or ignored, namely: i) the separation of powers; ii) a reserve for contingencies; iii) technical failure and summary cognition; iv) the privilege of a few to the detriment of everyone else. Finally, considering the exemption of collective actions, this research dedicates special emphasis on extrajudicial activity, highlighting the terms of adjustment of conduct and social mobilization. Rather than a fatalistic posture towards problems, pointing out errors and guilty, and requiring immeasurable obligations, the idea is to find practical and mark out solutions.

Keywords: Public Ministry. Voluntarism. Public Policies. Public civil action. Judicialization of politics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	11
1.1. Normatização dos direitos coletivos	13
1.2. Reconstrução institucional do Ministério Público	15
2. LOCALIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ORGANIZAÇÃO POLÍTICA BRASILEIRA	21
2.1. O papel do Ministério Público no contexto de uma sociedade hipossuficiente	25
3. RECONHECIMENTO DOS DIREITOS COLETIVOS E A JUDICIALIZAÇÃO: A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS	27
3.1. Conceito de Políticas Públicas	29
3.2. Implementação das políticas públicas e a necessidade de mobilização de esforços	31
3.2.1. Destaque do Ministério Público e seus instrumentos processuais	32
4. LIMITES E CONTRADIÇÕES DA ATUAÇÃO MINISTERIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS.....	36
4.1. Separação dos Poderes	40
4.2. Incapacidade técnica e cognição sumária: “decisões emocionais”	42
4.3. Reserva do Possível.....	47
4.4. Privilégios de uns em detrimento de todos os outros	52
5. SAÍDAS POSSÍVEIS	56
5.1. Considerações iniciais: não-obrigatoriedade da ação coletiva e atuação extrajudicial	56
5.2. Termos de Ajustamento de Condutas	58
5.3. Mobilização social.....	60
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS.....	69

INTRODUÇÃO

Afastado da alçada do Poder Executivo e com status de instituição permanente dotada de autonomia administrativa e funcional, o Ministério Público passou a invocar a Constituição Federal de 1988 como um símbolo de seu “(re)nascimento institucional”¹. Dentre as novas atribuições e papéis acumulados pelo órgão ministerial, é nítida a proeminência de seu envolvimento em demandas de implementação de políticas públicas. Assim, sob o argumento de concretização e otimização de direitos, os membros ministeriais vêm assumindo uma postura de verdadeiros agentes políticos. Não são raros os casos em que o Judiciário é invocado, via ação civil pública, para que condene o Poder Público a executar determinada política. E é aqui que mora o perigo.

Como se panaceia para todos os males fosse, o Ministério Público passou a assumir uma postura voluntarista de invocação do Judiciário para que este funcione como instância de substituição do Poder Público, sob o argumento da incapacidade, omissão ou má-fé dos agentes políticos em atender os apelos da sociedade.² Além de uma mudança endógena, a atuação ministerial ainda se apoia na apatia e no comodismo da sociedade, que diante de sua condição marginalizada, percebeu ser muito mais fácil cobrar do Ministério Público, do que se mobilizar e assumir a defesa de seus próprios direitos.

Sabendo-se que é sobremaneira tênue e indefinido o marco delimitador entre aquilo que pode e o que não pode ser obtido em juízo via ação civil pública, a atuação ministerial deve ter a cautela de não exceder os limites de sua competência, intrometendo-se, assim, na esfera dos poderes políticos. E é nesse sentido que se erige o foco do presente trabalho. Propõe-se aqui uma reflexão crítica dessa postura, evidenciando os cuidados, limites e contradições, bem como os riscos do voluntarismo exacerbado. Busca-se, à vista disso, um ponto balizador desta atuação, isto é, a chave para definição da legítima intervenção ministerial.

Para tanto, será realizada, em um primeiro momento, uma explanação a respeito da judicialização dos conflitos políticos, já que uma realidade aviltante no

¹ ARANTES (1999, p. 87).

² ARANTES (1999, p. 96-7).

cenário jurídico brasileiro. Isso porque, ao lado de uma abreviação dos espaços de atuação das instâncias políticas tradicionais, acompanha-se uma transmutação do Ministério Público e, em decorrência, do Poder Judiciário, que passam a ser vistos como os “receptáculos de todas as mazelas sociais”.³ Diante disso, remanesce à justiça o papel que caberia precipuamente ao Poder Público, e por mais que se sustente a necessidade de controle judicial, ele vem tomando contornos inesperados até mesmo pelos mais ardorosos defensores.

Em um segundo momento, a conjuntura circundante ao fenômeno de judicialização será analisada. Muito em decorrência do cenário vivenciado pelo Brasil, a redemocratização do país e, mais precisamente, a promulgação da Constituição de 1988, apresentam-se como as principais conformadoras deste panorama de canalização de conflitos para o âmbito judicial. E, nesse sentido, necessário abordar a normatização de direitos coletivos, que acabou por levar à esfera pública questões antes vistas como direitos individuais entre particulares, por vezes represadas nos anos de autoritarismo.

A importância dessa análise reside no fato de que o processo de normatização de direitos abriu espaço a uma avassaladora gama de conflitos então sufocados, daí o conseqüente e incontrolável aumento na quantidade de demandas de acesso à Justiça. E foi nesse sentido que se solidificou a ação civil pública e, por conseguinte, abriu-se margem à reconstrução institucional do Ministério Público, e sua atuação maciça e expansiva.

Após, algumas considerações serão tecidas acerca da localização do Ministério Público na organização política brasileira. Teria a Constituição de 1988 criado um quarto Poder? Mais ainda, seria uma instituição “extrapoder”? Ou, diferentemente, teria o Ministério Público transitado para a sociedade civil? Há de se falar em um Ministério Público Social? Perguntas como essas serão enfrentadas, buscando-se compreender o papel dos membros ministeriais dentro de toda a conjuntura em que se inserem, especialmente em face de uma sociedade hipossuficiente.

No mais, imperante que se fale, dentro do contexto de reconhecimento dos direitos coletivos, da necessidade de implementação de políticas públicas, exigência quase que natural para concretização desses direitos. Nessa etapa, será estudado o

³ FERRARESI (2010, p. 294).

conceito de políticas públicas, analisando ainda a responsabilidade direta por sua execução, e mais ainda, a possibilidade de mobilização de esforços entre diversos agentes – Legislativo, Executivo, sociedade, Conselhos de Gestão e Defensoria Pública.

Serão estudados ainda, e aqui com grande destaque, os limites e contradições nos quais o órgão ministerial inevitavelmente irá se esbarrar, isto é, as contingências fáticas e jurídicas que, para além de quaisquer fugas argumentativas, existem e não podem ser afastadas ou ignoradas, quais sejam: i) a separação dos poderes; ii) a incapacidade técnica e cognição sumária; iii) a reserva do possível; iv) o privilégio de uns em detrimento de todos os outros.

Por fim, possíveis saídas serão trabalhadas, buscando-se evidenciar e valorizar a atuação extrajudicial do Ministério Público, daí a ênfase à mobilização social e aos termos de ajustamento de condutas.

1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A judicialização de conflitos políticos ou, inversamente, a politização do sistema judicial, implica uma transferência para juízes e tribunais do poder decisório acerca de questões de vasta repercussão política ou social, abreviando-se, deste modo, a atuação das instâncias políticas tradicionais, quais sejam, o Congresso Nacional e o Poder Executivo.⁴

Em todo mundo, este fenômeno vem suscitando o debate a respeito de seus riscos, esperanças e oportunidades. Nesse sentido, portanto, e dentro de uma perspectiva nacional, questiona-se se a judicialização da política encerra uma oportunidade para a consolidação da democracia social ou se, contrariamente, acaba por arriscá-la.⁵ Antoine Garapon *apud* Casagrande sintetiza este paradoxo, explicitando que:

o excesso de direito pode desnaturalizar a democracia; o excesso de defesa, paralisar qualquer tomada de decisão; **o excesso de garantia pode mergulhar a justiça numa espécie de adiamento ilimitado**', ao mesmo tempo em que vê na intervenção judiciária a possibilidade de 'restituir ao indivíduo dominado, determinado, sob pressão da

⁴ BARROSO (2009, p. 3).

⁵ CASAGRANDE (2008, p. 279).

exclusão social, sua dignidade como sujeito de direito, despertando nele sua vocação soberana.⁶

Grande parte da literatura que se ocupa dessa abordagem, tanto da ciência social, quanto da ciência do direito, ancora suas análises nas perspectivas propostas por Neal Tate e Tobjörn Vallinder na obra “*The global expansion of Judicial Power*”, publicada em 1995. Através de uma pesquisa empírica comparativa da realidade jurídica e política de diversos países – Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Canadá, Itália, França, Alemanha, Suécia, Holanda, Malta, Israel, Estados pós-comunistas (integrantes da ex-URSS), Filipinas e Namíbia – Tate e Vallinder delinearão as particularidades do fenômeno mundial da aproximação recrudescente entre Direito e Política.⁸

De tal modo, Vallinder propôs a análise do fenômeno da judicialização sob dois enfoques: “*judicialization from without*” e “*judicialization from within*”⁹, os quais permitiram o entendimento que judicializar a política compreende tanto a expansão do alcance da atuação do Poder Judiciário para questões de alçada do Executivo e Legislativo, quanto a propagação dos métodos e procedimentos próprios do processo judicial para as tomadas de decisões em cenários distintos dos tribunais.¹⁰

A par dessa discussão, diversos fatores são imputados como causas ao fenômeno da judicialização. Indubitavelmente, a redemocratização do país e, mais precisamente, a promulgação da Constituição de 1988, se apresentam como as principais conformadoras deste panorama de “(des) encaminhamento de conflitos de interesse, da política para a Justiça [...]”¹¹.

⁶ GARAPON *apud* CASAGRANDE (2008, p. 279) - grifo meu.

⁸ NUNES JÚNIOR (2014, p. 18).

⁹ Merece registro, a título explicativo, as considerações de Ernani Rodrigues de Carvalho: “Vallinder (1995) considera que existem dois tipos de judicialização: 1) “*from without*”, que é a reação do Judiciário à provocação de terceiro e que tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Ao fazer a revisão, o Judiciário ampliaria seu poder frente aos demais poderes; 2) “*from within*”: é a utilização do aparato judicial na administração pública; portanto, juntamente com os juízes vão os métodos e procedimentos judiciais que são incorporados pelas instituições administrativas que eles ocupam. A forma mais difundida de judicialização da política, que pode ser generalizada a todos os casos, é a *from without*, ou seja, o controle jurisdicional de constitucionalidade.” CARVALHO (2004, p. 121).

¹⁰ Transcreve-se a passagem original da obra, da qual se extrai o entendimento citado: “Thus the judicialization of politics should normally mean either (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process.” VALLINDER (1995, p. 13).

¹¹ ARANTES (1999, p. 89).

A Carta Magna além de alterar a estrutura do Poder Judiciário, também o expandiu e fortaleceu, de modo que “[...] deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros Poderes.”¹² Para tanto, o novel texto conferiu autonomia institucional ao Judiciário, assegurando-lhe autonomia administrativa e financeira, bem como independência funcional dos magistrados¹³. Há quem afirme que a independência judicial é mais decisiva na concretização dos direitos fundamentais que qualquer outro catálogo constitucional.

Sem dúvidas, diversas foram as mudanças institucionais decorrentes do novo texto constitucional, sendo inquestionáveis os avanços e inovações consagrados pela intitulada Constituição Cidadã¹⁴. Não obstante, no que concerne à conformação da politização do sistema judicial, destacar-se-á agora dois aspectos impulsionadores desta expansão do Poder Judiciário rumo às decisões de questões eminentemente políticas, quais sejam: a **normatização dos direitos coletivos** e a **reconstrução institucional do Ministério Público**.

1.1. Normatização dos direitos coletivos

A expressão “direitos coletivos” em sentido amplo, sinônima de interesses “transindividuais” ou “supraindividuais”, compreende uma gama de atributos que não atingem somente uma pessoa. Nesse sentido, transcendem ao indivíduo e atingem uma coletividade, colocando-se em uma posição intermediária entre o interesse público e o privado.¹⁵ Deste gênero, derivam-se três espécies: interesses difusos, interesses coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos.

¹² BARROSO (2009, p. 3).

¹³ A Constituição Federal, em seu art. 96, inciso I, dota os tribunais brasileiros de poder de autogoverno, compreendendo este a faculdade eletiva de seus órgãos diretivos, a feitura de seus regimentos internos, a organização de suas secretarias e serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, tanto no provimento dos cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição, quanto no provimento dos cargos necessários à administração da Justiça.

¹⁴ Fora intitulada “Constituição Cidadã” pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, o Deputado Ulysses Guimarães: “Há exatos 25 anos, as palavras do então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, deputado Ulysses Guimarães, anunciavam um novo tempo para o Brasil. A nova Constituição, batizada por ele de Constituição Cidadã, sepultou de vez o regime de exceção e implantou no país o Estado Democrático de Direito. Disponível em: http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111614 (08/04/15)

¹⁵ MAZZILLI (2002, p. 49-50).

Entende-se por **direitos difusos**, nos termos do art. 81, parágrafo único, inciso I ¹⁶, os interesses *transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato* ¹⁷. Por **direitos coletivos em sentido estrito** entende-se os *interesses 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* ¹⁸, conforme preceitua o inciso II do supracitado artigo consumerista. Por fim, são **direitos individuais homogêneos** os *interesses decorrentes de origem comum* ¹⁹.

Posto isto, dada a importância das considerações conceituais trazidas, volve-se ao cerne da discussão proposta.

Desde o início dos anos 80, significantes avanços no processo de normatização de direitos ligados à esfera coletiva ou difusa vêm sendo constatados. Mas foi justamente a Constituição de 1988 que consolidou esta categoria, que, justamente por seu viés transindividual, mostrava-se até então dispersa em textos específicos ou até mesmo excluída do ordenamento jurídico brasileiro – este, até então, de matriz liberal e pautado em princípios marcadamente egoístas. ²⁰ Nesse sentido, um amplo sistema de direitos fundamentais foi consagrado, levando à esfera pública questões antes vistas como direitos individuais entre particulares, por vezes represadas nos anos de autoritarismo.

É importante destacar, por conseguinte, que as novidades legislativas não surgiram casualmente, sendo, antes de tudo, fruto do panorama histórico vivenciado pelo Brasil nas décadas recentes, isto é, período abarrotado por inúmeras e formidáveis transformações políticas, econômicas e sociais.

De tal modo, a partir do momento em que se alcançou uma ampla participação na elaboração da Lei Maior, voltando-a decididamente para a plena concretização de direitos e garantias fundamentais, abriu-se espaço a uma avassaladora

¹⁶ A definição proposta pelo Código de Defesa do Consumidor, diferenciando cada uma dessas categorias, é largamente utilizada, eis que bastante clara e explicativa.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

²⁰ ARANTES (1999, p. 83-4).

gama de conflitos então sufocados, daí o conseqüente e incontrolável aumento na quantidade de demandas de acesso à Justiça:

[o que] antes representava uma simples garantia formal, dentro da estrutura arcaica, complicada e carregada de ônus pecuniário impossível de ser suportado pelo cidadão comum, passou a representar um direito efetivo. Houve um redirecionamento sistêmico, e a Constituição da República passou a viabilizar o acesso ao Judiciário, não mais restrito aos interesses individuais, mas estendendo-se também aos interesses coletivos.²¹

Assim sendo, a possibilidade de tais conflitos ganharem foro judicial, recebendo aplicação técnica do direito, acabou por incitar o processo de judicialização da política, exigindo-se também a consagração de procedimentos judiciais aptos à sua defesa. Foi nesse sentido que se solidificou a ação civil pública – instrumento capaz de ensejar a defesa judicial de interesses e direitos difusos – e, por conseguinte, a atuação maciça do Ministério Público.

1.2. Reconstrução institucional do Ministério Público

Dito de outro modo, tem-se que a ampliação dos direitos coletivos e sociais acabou por automaticamente alargar a gama de interesses passíveis de proteção pelo Ministério Público através de ação civil pública.²² E foi nesse sentido que se deu a expansão do órgão ministerial, agora afastado da alçada do Poder Executivo e com status de *instituição permanente* dotada de autonomia administrativa e independência funcional. Completou-se, de tal modo, um processo bidimensional de independência, ou seja, construída, tanto positivamente, pelos mecanismos de autogoverno e garantias contra ingerências de outros poderes; quanto negativamente, por meio da expurgação de funções estranhas à missão da instituição.²³

Vinculando-se o Ministério Público ao conceito de democracia e legitimidade do processo de reconstitucionalização, portanto, os artigos 127 e 129 da Constituição Federal consagraram a posição institucional de relevo do órgão, tornando-

²¹ BACELLAR (2003, p. 30).

²² ARANTES (1999, p. 87).

²³ ARANTES (2002, p. 76).

o “[...] elementar à solidificação e manutenção do Estado Democrático de Direito, da proteção à cidadania, aos interesses difusos e coletivos e ao patrimônio Público.”²⁴ Nesse sentido dispõe o *caput* do primeiro artigo citado, *in verbis*: ***O Ministério Público é 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.***²⁵

Tamanha a independência e autonomia a ele relegadas pela atual Carta Magna que já lhe fora atribuída a denominação “Ministério Público alienígena”²⁶, especialmente porque o processo histórico evolutivo evidencia que nem sempre lhe fora confiada tamanha vultuosidade.

A estirpe do Ministério Público, bem como a delimitação de suas atribuições no processo judicial, historicamente vinculam-no a “[...] figura quase que exclusivamente persecutória, de delação, de acusação e punição dos transgressores da lei.”²⁷, até mesmo porque o monopólio do uso da violência pelo Estado assim exigiu. E foi nessa esteira que se tornou o titular da Ação Penal Pública, com vistas a acionar o Judiciário quando da ocorrência das ações tipificadas pelo ordenamento.²⁸

Há quem afirme que a origem – remota – do Ministério Público pode ser identificada na Civilização Egípcia e nas sociedades da Antiguidade Clássica. No Egito antigo haviam os chamados “procuradores-do-rei”, destacando-se a figura do *magiat*²⁹; na Grécia clássica os acusadores eram denominados “temóstetas”³⁰; na Antiguidade Clássica, em Roma, figuram como precursores deste órgão os *praefectus urbis*, os *praesides*, os *procuratores caesaris*, o *praetor fiscalis*, os *curiosi*, o *irenarcha*, os *censores*, e os *stazionarii*; e na Idade Média, agentes como os *saions* (leis dos Visigodos), o *gemeiner Anklager* (Alemanha), os *bailios* e os *senescals* (Europa

²⁴ PEREIRA (2010, p. 9).

²⁵ BRASIL. Constituição, 1988. – grifo meu.

²⁶ VASCONCELOS (2013, p. 48).

²⁷ PEREIRA (2010, p. 3).

²⁸ ARANTES (2002, p. 26).

²⁹ Segundo Mazzilli, o denominado *magiat* “[...] castigava os rebeldes, reprimia os violentos, protegia os cidadãos pacíficos; acolhia os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado mentiroso; era o marido da viúva, e o pai do órfão; fazia ouvir as palavras de acusação, indicando as disposições legais que se aplicam ao caso; tomava parte das instruções para descobrir a verdade.” MAZZILLI (1991, p. 1-12).

³⁰ Sobre o tema, e de acordo com Moura Rocha, cita-se: “[...] na Grécia haviam os thesmotetis de grande importância no controle da administração pública, já que sua função era basicamente de denunciar empregados públicos e sustentar a acusação perante a assembleia e o senado onde estavam os representantes do povo.” MOURA ROCHA (1996, p. 21)

Ocidental)³¹. Todos esses corpos de funcionários exerciam funções públicas que foram modernamente destinadas ao órgão ministerial.³²

Pensando-se em uma origem mais próxima, afirma-se que o Ministério Público começou a institucionalizar-se como carreira de Estado na França, no século XIII (precisamente em 1269), com a solidificação do monopólio jurisdicional da realeza (“Estatutos de São Luís”), sendo formalmente perfilhado pela *Ordonnance* de Filipe, o Belo (25 de março de 1303).³³ Ademais, a Revolução Francesa conferiu maiores prerrogativas à instituição e aos seus representantes, e foram as codificações napoleônicas que instituíram o que hoje é conhecido por *parquet*, corpo de oficiais do Ministério Público na França.³⁴

Por sua vez, a evolução do órgão ministerial no ordenamento jurídico brasileiro se fez a depender das diversas fases atravessadas no país.

No Brasil-Colônia e no Brasil-Império, as legislações existentes desconheciam-no enquanto instituição, sendo que prepostos do Poder Executivo exerciam suas típicas funções. Após a Independência, a Constituição de 1824 continuou ignorando-o como instituição, mencionando somente “[...] que ao procurador da coroa e soberania nacional cabia acusar nos crimes em juízo.”³⁵ Somente em 1832, com o Código de Processo Criminal, deu-se a consagração sistemática do órgão, a ele atribuído o papel de acusador criminal. Posteriormente, o Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842, estruturou mais apropriadamente o Ministério Público, definindo o promotor de justiça como “[...] servidor público demissível ad nutum pelo Imperador ou pelos presidentes da província.”, sendo que suas atribuições ainda se reduziam à esfera criminal.³⁶

O período republicano conferiu um amplo desenvolvimento ao Ministério Público, sendo-lhe confiados novos campos de atuação. Assim, através dos Decretos

³¹ Segundo Mazzilli: “[...] foram encontrados alguns traços sensíveis do promotor nos saions germânicos, ou nos bailios e senescais, atuantes como defensores dos senhores feudais em juízo. Na Alemanha havia, ainda, o comum acusador, que só atuava se houvesse a inércia do particular.” MAZZILLI (1996, p. 3).

³² GOULART (2013, p. 70).

³³ GOULART (2013, p. 71).

³⁴ PEREIRA (2010, p. 6).

³⁵ PEREIRA (2010, p. 6).

³⁶ GOULART (2013, p. 74).

848 e 1.030³⁷ de 1890 foi então reconhecido como instituição, dando-lhe maior autonomia e atribuições próprias. Muito embora, a Constituição de 1891 ficou silente a respeito do órgão, prevendo apenas a figura do Procurador-Geral da República. A Constituição de 1934, por sua vez, conferiu-o status constitucional, capitulando-o como “Órgão de Cooperação nas Atividades Governamentais” (Capítulo VI, Seção I)³⁸ – juntamente com o Tribunal de Contas e os Conselhos Técnicos –, além de traçar normas gerais de organização promovendo-o mais forte e independente.³⁹

Por outro lado, a Constituição de 1937 significou, por óbvio, uma involução e uma perda de independência, subordinando-o ao Poder Executivo. Considerando-se o regime ditatorial, todo o retrocesso não poderia ser diferente. Entretanto, ainda na chamada “Era Vargas” foram promulgados: o Código de Processo Civil (1937), que previu a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público em casos de relevante interesse disponível, na qualidade de *custos legis*; e o Código de Processo Penal (1941), que além de deferir a titularidade da ação penal pública, possibilitou que requisitasse a instauração do inquérito policial.⁴⁰

A Constituição de 1946, por sua vez, configurou a recuperação da instituição, na medida em que voltando a ser disciplinado em título próprio (“Do Ministério Público”), fora tido como uma instituição autônoma e independente, sem vinculação a qualquer dos Poderes.⁴¹

A Constituição de 1967, até mesmo por seu viés autoritário e antidemocrático, desfez a independência conquistada pelo Ministério Público, inserindo-o no capítulo do Poder Judiciário. Ocorre que essa inserção não foi de todo prejudicial, na medida em que seus membros acabaram por incorporar as mesmas garantias conferidas à Magistratura. No mais, conquistas da Constituição de 1946 concernentes às prerrogativas de estabilidade e inamovibilidade foram conservadas e consolidadas.⁴² Por fim, a Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969 alterou a

³⁷ Segundo Mariana Pereira, o Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890, serviu de estatuto do Ministério Público, indicando o caminho de desenvolvimento evolutivo do Ministério Público no Estado Moderno. PEREIRA (2010, p. 8). Cita-se o disposto em seu artigo 164: *O ministério publico é perante as justiças constituídas o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses geraes do Districto Federal e o promotor da acção publica contra todas as violações do direito.*

³⁸ BRASIL. Constituição, 1934.

³⁹ GOULART (2013, p. 75).

⁴⁰ VASCONCELOS (2013, p. 12).

⁴¹ PEREIRA (2010, p. 8).

⁴² VASCONCELOS (2013, p. 13).

topografia dos artigos referentes ao Ministério Público, dispendo-os no capítulo destinado ao Poder Executivo (seção VII do Capítulo VII).

A despeito de todos os avanços e progressos introduzidos pelos citados textos constitucionais, foi somente a Constituição de 1988 que fortificou e consolidou a plena independência e autonomia da instituição.

Nesse sentido, e dado o papel de destaque que lhe fora concedido, o Ministério Público passou a invocar o texto constitucional como uma espécie de marco do seu “(re)nascimento institucional”, capaz de permitir a suplantação de suas funções tradicionais (voltadas especialmente a atuação na seara penal, enquanto agente acusador, delator) e o deslocamento da condição de defensor do Estado para a de fiscal e guardião da lei e dos direitos da sociedade.⁴³

Ademais, há de se falar que a reconstrução institucional foi também impulsionada e determinada endogenamente. A análise da atuação do Ministério Público revela que setores da instituição dedicam-se decisivamente à transformação do órgão em instrumento de luta pela concretização da cidadania.⁴⁴ Tem-se evidenciado, nesta perspectiva, que os integrantes do Ministério Público, com intenção deliberada em favor da promoção de direitos, desenvolvem ações até mesmo fora de seu âmbito habitual de atribuições, e a isto intitulou-se “voluntarismo político”:

Através da noção de voluntarismo político, queremos destacar a dimensão endógena desse **processo de transformação do Ministério Público e demonstrar que seu êxito decorreu da ação deliberada e consciente de seus próprios integrantes, sustentada por uma avaliação peculiar da sociedade e do Estado no Brasil e animada por uma concepção ideológica do seu papel político nesse contexto.** O destaque da dimensão endógena nos permitirá demonstrar como promotores e procuradores decidiram não só fazer história, mas estão conseguindo fazê-la quase integralmente como querem.⁴⁵

Após entrevistas com promotores e procuradores de justiça no *survey* “O Ministério Público e a Justiça no Brasil”⁴⁶, Rogério Bastos Arantes delineou que a

⁴³ ARANTES (1999, p. 84-7).

⁴⁴ ARANTES (1999, p. 84).

⁴⁵ ARANTES (2002, p. 20). – grifo meu.

⁴⁶ O Ministério Público e a Justiça no Brasil, Idesp, relatório de pesquisa, 1997. “Desde 1993, o Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (Idesp) vem desenvolvendo um programa de pesquisa sobre as instituições judiciais brasileiras, particularmente em torno das causas do seu mau funcionamento e do enorme déficit de justiça que aflige o país. Como uma das etapas do programa, realizamos em 1996 um *survey* com integrantes do Ministério Público em sete estados brasileiros.

ideologia deste voluntarismo político decorre de três elementos: a crítica aos poderes políticos, a hipossuficiência da sociedade civil e o papel estratégico do Ministério visando o apelo ao valor da justiça social.⁴⁷

Este processo de (re)construção ministerial foi determinado por uma série de mudanças legais e constitucionais – tanto institucional, quanto relativa à normatização dos direitos coletivos –, convertendo-o de “[...] mero instrumento judicial do Poder Executivo em órgão independente e capaz de pleitear a função de defensor público da sociedade.”⁴⁸

Hodiernamente, portanto, tem sido o Ministério Público um dos principais agentes na defesa de direitos coletivos pela via judicial e, considerando-se a conotação política indissociavelmente atrelada aos conflitos decorrentes de tais direitos, ultima-se que este órgão tem impulsionado veementemente o processo de judicialização de conflitos políticos aqui abordado:⁴⁹

Essa amplitude, somada à falta de regulamentação, permite que o Ministério Público atue em questões tradicionalmente reservadas aos agentes políticos. Ou seja, há, ou poderia haver, em caso de empenho, uma espécie de “substituição” dos representantes eleitos pelos representantes ligados ao Ministério Público e legitimados por outros mecanismos que não os eleitorais. Neste sentido, a instituição se utiliza (identificando que há espaço para atuar), e contribui (selecionando as mais diversas questões) para a “politização da justiça” ou “judicialização da política”.⁵⁰

Em suma, a elaboração técnico-jurídica do conceito de direito transindividual – direito de massa, difuso ou coletivo em sentido amplo – em diversos espaços de interesses sociais (meio ambiente, patrimônio público, serviços públicos, consumo, tributação, trabalhador), a utilização em larga escala da ação civil pública, aliadas à evolução institucional do Ministério Público compreendem, pois,

Entrevistamos cerca de 20% de promotores e procuradores de justiça do MP estadual em Goiás, Sergipe, Bahia, São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná e Rio Grande do Sul, além de 51 integrantes do MP Federal distribuídos proporcionalmente por estes mesmos estados. No total, fizemos 763 entrevistas. O questionário utilizado nas entrevistas formulou, na primeira parte, questões sobre os aspectos mais evidentes da crise da Justiça, assim como as propostas de reforma mais destacadas no debate público. Na segunda parte, tratamos especialmente do papel do Ministério Público no âmbito do sistema de justiça e, em particular, dos limites e possibilidades de sua atuação na área dos direitos difusos e coletivos. Por último, um conjunto de questões substantivas sobre o Direito e a Justiça no Brasil procurou extrair dos entrevistados valores ideológicos e doutrinários que podem estar orientando sua atuação concreta.” ARANTES (1999, p. 100)

⁴⁷ ARANTES (2002, p. 137).

⁴⁸ ARANTES (2002, p. 115).

⁴⁹ ARANTES (1999, p. 83).

⁵⁰ KERCHÉ (2010, p. 109).

acontecimentos visceralmente conexos entre si e esclarecem-se pelas necessidades decorrentes das transformações sociais sobrevindas no país.⁵¹

Denota-se, portanto, que a conjuntura adstrita ao fenômeno de judicialização envolve uma série de fatores, que englobam desde a normatização de direitos coletivos (e, logo, a emergência de instrumentos processuais que o suportem), passando pelo processo de reconstrução institucional do Ministério Público, até se chegar à canalização de conflitos políticos para o âmbito judicial⁵² e ao desenfreado acesso à Justiça.

2. LOCALIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ORGANIZAÇÃO POLÍTICA BRASILEIRA

O sentido de todas essas mudanças, tanto formais e legais, quanto endógenas, vem angariando expressão no debate público. É inquestionável que o órgão ministerial passou a assumir um papel diferenciado, consolidando-se assim, um novo perfil político-institucional. Teria a Constituição de 1988 criado um quarto Poder? Mais ainda, seria uma instituição “extrapoder”? Ou, diferentemente, teria o Ministério Público transitado para a sociedade civil? Há de se falar em um Ministério Público Social? Perguntas como essas se colocam e geram discussões, algumas das quais, a seguir sintetizadas, são imprescindíveis para que seus próprios membros compreendam a conjuntura em que se inserem e utilizem de forma apropriada os instrumentos jurídicos de que dispõem.

Agora independente do Poder Executivo, com autonomia funcional, administrativa e orçamentária, o Ministério Público passou de “defensor do Estado” para “defensor da sociedade”, isto é, *custos legis* em benefício da coletividade. Além disso, foi todo esse movimento modificativo que passou a legitimá-lo como autor de ações em defesa dos interesses difusos e coletivos. E é nesse sentido, isto é, na

⁵¹ FERRAZ E GUIMARÃES JR. (1997, p. 27).

⁵² ARANTES (1999, p. 83). - grifo meu.

conjunção dessas mudanças, que se originou a ideia de que a Constituição de 1988 acabou por criar um quarto poder.⁵³ A discussão é longa e ancestral.

Vozes como a do renomado jurista Alfredo Valadão e do atual vice-presidente do Brasil, Michel Temer⁵⁴, defendem que o Ministério Público é, de fato, um quarto poder. Acredita-se, nesse sentido, que se Montesquieu tivesse escrito hoje o *Espírito das Leis*, haveria não uma tríplice, mas uma quádrupla divisão dos poderes, acrescentando-se assim o órgão “[...] que defende a sociedade e a lei perante a justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios Poderes do Estado.”

55

Com a devida vênia, não é este o entendimento majoritário, argumentando-se, como ponto de partida, que a própria sistematização da atual Carta Magna vai de encontro à ideia de um quarto poder. O artigo 2º do texto constitucional dispõe que *são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*, nada falando acerca do Ministério Público, que é tratado autonomamente na seção I do Capítulo IV (“Das funções essenciais à Justiça”), ao lado da Advocacia Pública, Advocacia e Defensoria Pública.

Ademais, o fato de a Constituição ter fortalecido institucionalmente e intensificado as prerrogativas de independência e autonomia não implica, necessariamente, alçá-lo ao patamar de Poder do Estado. Sem dúvida o constituinte de 1988 optou por conferir elevado status constitucional ao Ministério Público, talvez até mesmo demonstrando que possui a análoga relevância dos demais Poderes⁵⁶. Mas daí a erguê-lo como quarto poder existe um grande abismo⁵⁷:

⁵³ ARANTES (1999, p. 90).

⁵⁴ Em 2009, quando Presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer afirmou que o Ministério Público é o quarto Poder da República durante audiência com o presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, José Carlos Consenso, com o vice-presidente da entidade e presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Pará – AMPEP, César Mattar Jr., com o presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República - ANPR, Antonio Carlos Bigonha, representantes de entidades de classe do MP e Procuradores-Gerais de Justiça de vários estados. Afirmou: “Eu vejo como é importante dizer que Ministério Público é quarto Poder, assim construímos nosso Estado Democrático de Direito.”

⁵⁵ VALADÃO *apud* VASCONCELOS (2013, p. 61).

⁵⁶ Carlos Vinicius Alves Ribeiro delinea, que após a Constituição de 1988 o Ministério Público brasileiro alcançou “[...] uma equiparação jurídico-constitucional com os demais “Poderes”, fazendo parte do sistema de freios e contrapesos do Estado Democrático brasileiro, com uma das funções mais altas da soberania nacional.” Acrescenta, nesse sentido, que tendo o Ministério Público recebido equivalente importância jurídica “poderes de Estado”, tudo leva ao entendimento de que não pode a Instituição ser extinguida da Carta Magna por emenda constitucional, tanto pelo disposto no art. 60, §4º da Constituição Federal, quanto pelo princípio constitucional da vedação do retrocesso histórico. RIBEIRO (2009, p. 27-31).

⁵⁷ Toda essa elucidação é coadunada na seguinte fala emitida por um membro do Ministério Público, também entrevistado no *survey O Ministério Público e a Justiça no Brasil* desenvolvido no Idesp em 1995 e 1996, *in verbis*: “Eu acho que houve um reconhecimento pela constituinte da seguinte situação: o Poder Executivo vai muito mal. O Legislativo também vai mal há muito e parece que vai continuar por algum tempo, então era preciso estabelecer uma entidade pública para a tutela do direito, que não

De qualquer forma, porém, **a solução que nos parece a melhor, justamente para contribuir de forma pragmática para esse desiderato de autonomia e independência da Instituição, não é erigir o Ministério Público a um suposto “quarto Poder”, nem colocá-lo dentro dos rígidos esquemas da divisão tripartite atribuída a Montesquieu [...].**⁵⁸

A par disso, alguns autores, como Quiroga Lavié, Alexandre de Moraes e Clever Vasconcelos, optam por rotular o Ministério Público apenas como uma **instituição “extrapoder”**, na medida em que, dotado de autonomia e garantias especiais atribuídas pela Constituição, “não depende de nenhum dos poderes de Estado, não podendo nenhum de seus membros receber instruções vinculantes de nenhuma autoridade pública.”⁵⁹

Ademais, alguns estudiosos o rotulam minimamente enquanto uma **“categoria à parte”**, isto é, colocada em um título ou capítulo próprio, ao lado de outros órgãos de fiscalização e controle das atividades governamentais, tal como o Tribunal de Contas.⁶⁰

Partindo-se da evolução histórica e aplicando-se categorias da teoria do Estado ampliada desenvolvida pelo teórico italiano Antonio Gramsci, outro entendimento acerca da natureza jurídica do Ministério Público foi desenvolvido. Nesta perspectiva, tamanha a transformação do Ministério Público, no sentido de assumir a condição de defensor do povo, que há quem afirme que o órgão passou da sociedade política para o **domínio da sociedade civil**.⁶¹: “Passando de procuradoria do rei à defensoria do povo, o Ministério Público brasileiro, com estruturação jurídico-formal das mais modernas, hoje é um organismo que integra e representa a sociedade civil.”⁶²

De tal modo, o Promotor de Justiça Marcelo Pedroso Goulart defende que a transformação vivida pelo órgão ministerial acaba por desvinculá-lo do aparelho coercitivo estatal, de modo que, antes representando os interesses da Coroa e da

estivesse nem presa ao Poder Executivo – e o Ministério Público já esteve incluído na organização do Ministério da Justiça, antes da constituição – e que não tivesse vínculo com o Poder Legislativo, e que não tivesse ligação com o Poder Judiciário. **Falam que é um quarto poder, mas não é um quarto poder nada. É uma instância absolutamente independente.** Para quê? Para tomar iniciativa sem quaisquer outras injunções.”. ARANTES (2002, p. 132) – grifo meu

⁵⁸ MAZZILLI (1987, p. 2). – grifo meu.

⁵⁹ MORAES (2001, p. 488).

⁶⁰ MAZZILLI (1987, p.2).

⁶¹ ARANTES (1999, p. 97).

⁶² MACHADO E GOULART (1992, p. 33).

Administração, passa agora a cumprir a função de defesa e guarda dos valores democráticos e dos interesses da coletividade.⁶³

Nesse sentido, entende-se que o órgão ministerial resta-se imiscuído na parcela da sociedade civil concernente às organizações autônomas que, além de compor uma concepção democrática de mundo, atua na busca da transformação da realidade. Daí porque o entendimento, novamente em termos *gramscianos*, de que promotores e procuradores devam se transformar em legítimos “intelectuais orgânicos” das classes e grupos subalternos, de modo a contextualizar o direito e utilizá-lo como um aparato de transformação social.⁶⁴ Merece registro, nas palavras de Goulart, a seguinte passagem:

O Ministério Público desvincula-se do aparelho coercitivo do Estado (do aparato burocrático responsável pela dominação via coerção) para integrar a sociedade civil e nela participar, em aliança com outros sujeitos políticos coletivos, da guerra de posição, elaborando, difundindo e defendendo os valores que compõem uma concepção de mundo democrática e transformadora.⁶⁵

Talvez um discurso mais ameno e factível seja afirmar que o Ministério Público não pertence nem ao Judiciário, nem ao Executivo, tampouco se erige em um quarto Poder, mas encontra-se, essencialmente, “[...] ao lado e do lado da Sociedade e sua vontade disciplinada, definida e expressa na ordem jurídica.”^{66 67}

Estando, portanto, na condição de “coadjuvante da sociedade civil”, parece acertado o entendimento de que o Ministério Público se coloca hoje como um garante da existência, vigilância e harmonia dos poderes constituídos.⁶⁸ Neste cenário, o órgão ministerial ostenta, segundo Luzijones Façanha e Solimar Lima, a função de ser uma **“pedra no sapato” dos governos**, já que fiscaliza, questiona e enfrenta o próprio

⁶³ GOULART (2013, p. 82).

⁶⁴ GOULART (1995, p. 22).

⁶⁵ GOULART (2013, p. 82). – grifo meu.

⁶⁶ CAMARGO PENTEADO *apud* CHOUKR (2010, p. 444).

⁶⁷ Acerca da temática, destaca-se também a afirmação do Professor Marcus Aurélio de Freitas Barros: “Deve o Parquet combater as omissões ilícitas ou inconstitucionais, bem como, na condição de agente político, transitar na esfera social como um elo entre cidadão, a sociedade e os poderes políticos, preocupando-se com os resultados de suas ações e intervenções, mas não esquecendo dos aspectos de legitimidade constitucional que sua atuação requer no Estado Democrático de Direito.” BARROS (2012, p. 15).

⁶⁸ VASCONCELOS (2013, p. 63).

Estado ao qual pertence.⁶⁹ Este panorama é exposto pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello quando afirma:

Sabemos que regimes autocráticos, governantes ímprobos e cidadãos corruptos **temem** um Ministério Público independente, **pois** o Ministério Público, **longe de curvar-se** aos desígnios dos detentores do poder – **tanto** do poder político **quanto** do poder econômico –, **tem** a percepção superior **de que somente** a preservação da ordem democrática e o respeito efetivo às leis da República **revelam-se dignos** de sua proteção institucional.⁷⁰

E é através dessa discussão que vem sendo concebido o chamado Ministério Público Social.⁷¹ Parte-se da premissa que a atual Carta Magna atribuiu-lhe a condição de agente de **transformação social**, empenhado, portanto, na efetiva concretização do Estado Democrático de Direito e, mais do que isso, na criação de “[...] um Brasil cujo povo passe longe da pobreza, da desigualdade e da exclusão.”⁷²

O certo é que, independentemente da posição que se tome, nenhum Ministério Público ostenta tamanha vultuosidade quanto à diversificação e relevância de suas atribuições.

2.1. O papel do Ministério Público no contexto de uma sociedade hipossuficiente

A ótica do Ministério Público enquanto instituição capaz de construir uma sociedade justa, livre e solidária ganha evidência e visibilidade no domínio da defesa dos interesses coletivos, que possuem natureza manifestamente emancipadora.⁷³ É

⁶⁹ FAÇANHA e LIMA (2011, p. 10).

⁷⁰ MELLO *apud* VASCONCELOS (2013, p. xiv - prefácio). – grifos do autor.

⁷¹ No que concerne à idealização de um Ministério Público Social, importante transcrever o texto do Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco, Roberto Lyra: “Idealizo a transformação do Ministério Público em Ministério Social. Um Ministério Social em ação, ação mesmo, com fins e também meios próprios contra não só as ilegalidades mas, principalmente, contra as injustiças. Os privilégios, os pesos e medidas desiguais são inconstitucionais. Assim, o Ministério Público evoluiria para assumir a responsabilidade daquilo que é mais significativo na ordem jurídica - a paz social pela justiça social, tarefa máxima na democracia na atual conjuntura da humanidade. O Ministério Público Social procurará dar a cada um o que é seu, mas, sobretudo, acudir a quem nada tem de seu, a quem quer, mas não pode viver honestamente, a quem, apesar de tudo, não prejudica ninguém. O Procurador-Geral será mesmo geral e tornará prática e total a expressão mais profunda de nossa nomenclatura funcional - Promotor de Justiça. Um Ministério Público Social promoverá a justiça social, cuidará dele e não só de uma justiça pública, estatal, oficial. A ordem jurídica seria adaptada aos dramas contemporâneos. A primazia nos benefícios pertenceria aos mais necessitados. A tranquilidade de consciência do Ministério Público depende do avanço que ele mesmo executará.” LYRA (1952).

⁷² FAÇANHA E LIMA (2011, p. 5).

⁷³ GOULART (2013, p. 173).

factível que as causas que envolvem direitos coletivos – daí se incluindo os individuais homogêneos, coletivos *strictu sensu* e difusos – esbarram-se constantemente em bens jurídicos de camadas menos favorecidas, por vezes em situação de risco e discriminadas.⁷⁴

Assim sendo, entende-se que o estabelecimento da promoção da ação civil pública – em prol da defesa coletiva dos direitos – enquanto função institucional do Ministério Público, demonstrou que o constituinte de 1988 esteve sensível e vigilante à condição de marginalidade desta parcela expressiva da população brasileira, manifestamente hipossuficiente frente aos Poderes Públicos.⁷⁵

E é nesse sentido que se perfaz a história institucional do Ministério Público, isto é, com vistas a ampliar cada vez mais as hipóteses e chances de atuação, seja mediante o surgimento de novos direitos, seja mediante o alargamento dos titulares juridicamente incapazes: “No começo eram menores de idade, surdos-mudos, loucos de todo o gênero, ausentes, pródigos e silvícolas. Hoje é a sociedade civil hipossuficiente, isto é, incapaz de defender seus próprios direitos.”⁷⁶

Este panorama foi corroborado na pesquisa empírica feita por Rogério Bastos Arantes sobre o papel da Justiça na sociedade brasileira. Isto porque 84% (oitenta e quatro por cento) dos entrevistados (promotores e procuradores de justiça) concordaram, total ou parcialmente, com o juízo de que a sociedade brasileira é hipossuficiente e, portanto, incapaz de defender seus interesses e direitos de forma autônoma, daí a necessidade de atuação afirmativa das instituições no sentido de protegê-las.⁷⁷ Portanto, é este o contexto que parece estar norteadando a ação ministerial, e cabe registrar, nesse sentido, a opinião do autor acima citado:

O argumento é que temos uma sociedade civil fraca, desorganizada e incapaz de defender seus direitos fundamentais. Uma sociedade “hipossuficiente” no jargão jurídico. Além disso, frequentemente é o próprio poder público quem mais desrespeita esses direitos fundamentais. Dessa equação resulta a proposta, de natureza instrumental, de que “alguém” deve interferir na relação Estado/sociedade em defesa dessa última. Instrumental no sentido de

⁷⁴ AGUIAR (2009, p. 5-6).

⁷⁵ AMARAL *apud* ARANTES (1999, p. 96).

⁷⁶ ARANTES (2002, p. 30).

⁷⁷ Entrevistas com promotores e procuradores de justiça no *survey* “O Ministério Público e a Justiça no Brasil. *In verbis*, foi feita a seguinte afirmação: “A sociedade brasileira é hipossuficiente, isto é, incapaz de defender autonomamente os seus interesses e direitos, e que, por isso, as instituições da justiça devem atuar afirmativamente para protegê-la.” ARANTES (1999, p. 95-6).

que não é para sempre: pelo menos no plano imediato, no momento, “alguém” tem de tutelar os direitos fundamentais do cidadão até que ele mesmo, conscientizado pelo exemplo da ação de seu protetor, desenvolva autonomamente a defesa de seus interesses.⁷⁸

Nota-se, nesse sentido, que a caracterização da sociedade brasileira como hipossuficiente dá vida ao elemento do voluntarismo político outrora explanado pelo presente trabalho. Destarte, o sucesso do Ministério Público nas atuações em ações coletivas depende não somente de comprovar a relevância social dos direitos disponíveis em cheque, mas especialmente de sua capacidade em invocar – como justificativa – a incapacidade dos interessados de se defenderem autonomamente.⁷⁹

3. RECONHECIMENTO DOS DIREITOS COLETIVOS E A JUDICIALIZAÇÃO: A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O ordenamento jurídico brasileiro vem passando por inúmeras e profundas alterações decorrentes da consolidação e ampliação dos direitos de dimensão coletiva. Sem dúvidas, a Constituição de 1988⁸⁰ deve ser vista como a grande propulsora de boa parte dessas mudanças, na medida em que nenhuma outra carta lançou mão de um elenco tão intrépido de direitos individuais e, sobretudo, transindividuais.

Muito além de simplesmente elaborar uma requintada lista de direitos fundamentais, o atual texto constitucional possibilitou que o papel das instituições estatais e sociais fosse repensado. Nessa esteira, portanto, a então matriz liberal-individualista, ou de tradições jurídico-liberais, foi sendo alterada. O que antes era visto meramente como área de atuação negativa do Estado passou agora a ser encarado sob a ótica da essencialidade à condição humana e à cidadania.

Todas essas modificações no sistema constitucional e infraconstitucional de garantias e concretização de direitos, no sentido de exigirem atuações positivas do Estado, impactaram áreas como defesa do consumidor, meio ambiente, serviços de

⁷⁸ ARANTES (1999, p. 96).

⁷⁹ ARANTES (2002, p. 127).

⁸⁰ Conformando o entendimento elucidado, cita-se: “A Constituição é o principal instrumento de defesa social que adquire vida através do processo de concretização das suas normas. Traduz-se no instrumento jurídico conformador do Estado, seu projeto político fundamental.” OLIVEIRA JR. (2009, p. 39-40).

relevância pública envolvendo direitos sociais, controle da administração pública, dentre outros,⁸¹ muitos dos quais afetos ao núcleo existencial mínimo de necessidades básicas.⁸²

A percepção dessa evolução, portanto, denota que a fruição de direitos acaba por demandar um conjunto de medidas concretas do Estado⁸³, considerando-se que “uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo definitivamente.”⁸⁴ Nesse sentido, deve-se ter em mente que o atual texto constitucional é notadamente dirigente, sendo que o reconhecimento abstrato é incapaz de proteger integralmente seus titulares.

Nesse descortino, e dentro da temática do presente trabalho, denota-se que o reconhecimento da dimensão difusa e/ou coletiva de certos interesses pelo Direito – especialmente após a Constituição Federal de 1988 – além de colocar o problema do acesso à justiça em outros patamares, daí a conseqüente judicialização de conflitos políticos outrora abordada, relaciona-se intrincadamente com a execução de políticas públicas. E é neste panorama que se colocam, isto é, enquanto programas de ação governamental voltados à concretização e otimização de direitos:

Não há caminhos para a humanidade concretizar a dignidade humana, que não seja o da **realização dos seus direitos fundamentais através de políticas públicas que ofereçam proteção adequada e eficiente**, orientadas pelos princípios instrumentais da vedação de retrocesso, do dever de otimização, da garantia do núcleo essencial mínimo dos direitos (mínimo existencial) e da proteção às minorias.⁸⁵

Assim, a despeito de constituírem temática oriunda da Ciência Política, as políticas públicas ingressam na seara jurídica com bastante repercussão, na medida em que seu próprio fundamento encerra-se na necessidade de efetivação de direitos por meio de prestações positivas do Estado. Este ajuntamento entre as esferas políticas e

⁸¹ ARANTES (1999, p. 93).

⁸² “Saúde, lazer, moradia, liberdade, dignidade, educação, alimento, família, segurança, propriedade-função social, trabalho, vida, igualdade, paz, meio ambiente sadio e sustentável e os demais bens jurídicos fundamentais, constituem, de maneira interdependente, o núcleo existencial mínimo de necessidades básicas de qualquer ser humano.” OLIVEIRA JR. (2009, p. 34).

⁸³ BUCCI (2001, p. 8).

⁸⁴ BOBBIO (1992, p. 10).

⁸⁵ OLIVEIRA JR. (2009, p. 37). – grifo meu.

jurídicas é trazido por Willian Clune quando afirma, em uma tradução aproximada, que “todo direito é política pública [...]; e toda política pública é direito.”⁸⁶

3.1. Conceito de Políticas Públicas

Sabendo-se que o conceito de política pública é inerente ao ordenamento jurídico, imperante defini-lo. De início, importante deixar claro que, diferentemente da categoria das normas, associadas à generalidade e abstração, as políticas públicas realizam-se em um plano mais operacional do direito, na medida em que se voltam à concretização de objetivos definidos. Atuam, assim, no preenchimento dos espaços normativos, consolidando princípios e regras.⁸⁷ Em outros termos, as políticas públicas são entendidas como mecanismos por meio dos quais as normas legais e constitucionais são executadas, traduzindo-se em verdadeiros instrumentos de *law enforcement* (reforço para execução da lei).⁸⁸

Nesta linha, diversas são as tentativas em conceituá-las. Destacar-se-á algumas delas a seguir.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que política pública “é um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao **objetivo comum** de empreender ou prosseguir um dado **projeto governamental para o País**.”⁸⁹

A seu turno, Eduardo Appio conceitua políticas públicas como instrumentos de execução de **programas políticos** baseados na **intervenção estatal** na sociedade com a finalidade de garantir igualdade de oportunidades aos indivíduos, tendo por objetivo assegurar as **condições materiais de uma existência digna a todos**.⁹⁰

⁸⁶ “By definition, all law is public policy, in that is the collective will of society expressed in binding norms; and all public policy is law, in that it depends on laws and lawmaking for at least some aspect of its existence.” CLUNE *apud* BUCCI (2001, p. 6) Tem-se, numa tradução aproximada: Por definição, todo direito é política pública, e nisso está a vontade coletiva da sociedade expressa em normas vinculativas; e toda política pública é direito, na medida em que depende de leis e do processo legislativo para, pelo menos, algum aspecto de sua existência.

⁸⁷ BUCCI (2001, p. 11). Nesse sentido, ainda afirma Bucci: “Princípios são proposições que descrevem direitos; políticas (policies) são proposições que descrevem objetivos.” BUCCI (2001, p. 11).

⁸⁸ SANTIN *apud* GONÇALVES (2009, p. 4). – grifo meu.

⁸⁹ MELLO (2008, p. 802).

⁹⁰ APPIO (2006, p. 136).

Sérgio Resende de Barros, por sua vez, as define enquanto diretrizes de “**interesse público** primário, que **determinam programas de ação para os governantes** e indicam linhas de conduta para os governados, com vistas a ordenar e **coordenar a realização de fins econômicos, sociais e culturais relevantes** [...]”.⁹¹

Ademais, assevera Rodolfo de Camargo Mancuso que “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** [...]”.⁹²

Leciona Fauzi Hassan Choukr que a política pública é um meio em que se define concretamente o destino a ser dado aos recursos públicos, “[...] a partir de **orientações gerais de planos de governos** ou para um governo, sendo tais propostas [...] dotadas de caráter abstrato e colocadas **em discussão nos momentos em que são possíveis as escolhas políticas** (em sentido amplo) no jogo democrático.”⁹³

Por fim, segundo Maria Paula Dallari Bucci, o conceito de política pública em Direito é apresentado como

o **programa de ação governamental** que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a **realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados**.⁹⁴

Dada todas as lições acima transcritas, é de se concluir que o conceito de políticas públicas liga-se, fundamentalmente, a escolhas perante exigências de atuações governamentais⁹⁵ positivas, e não meramente absenteístas, com vistas à consecução de interesses públicos comuns e necessários à satisfação de direitos. São, portanto, diretrizes setorizadas – políticas educacionais, de saúde, de segurança pública,

⁹¹ DE BARROS (2014, p. 5). – grifo meu.

⁹² MANCUSO (2001, p. 730). – grifo meu.

⁹³ CHOUKR (2010, p. 438).

⁹⁴ BUCCI (2009, p. 39). – grifo meu.

⁹⁵ Há de se ressaltar, contudo, que a hodierna conjuntura social exige que as políticas públicas ultrapassem o horizonte dos mandatos pessoais, isto é, que não sejam políticas de um governo determinado, mas sim programas de governo de governantes sucessivos, até a realização plena e efetiva. DE BARROS (2014, p. 2).

habitacionais, ambientais, econômica – que dão vida a direitos coletivos ou difusos, ora assegurados ao todo social, ora a categorias necessitadas de especial proteção.⁹⁷

3.2. Implementação das políticas públicas e a necessidade de mobilização de esforços

A exigibilidade do direito faz-se presente em todo o ciclo de organização da política pública, o qual perpassa pelos seguintes estágios: definição da agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão (por meio da avaliação e seleção das opções), implementação, execução e avaliação.⁹⁸

Não há como se negar que o planejamento, definição e execução das políticas públicas se acham, primariamente, na alçada de atuação do Poder Executivo. É ele, portanto, o responsável direto pela implementação desses direitos em que ação do legislador não é suficiente por si só⁹⁹, suplicando-se, assim, a ação planejada do Estado à luz dos recursos disponíveis.¹⁰⁰

Assim sendo, a execução dessas políticas sujeita-se a oportunidade e conveniência das ações governamentais, haja vista a necessidade de ponderações concretas face às alternativas que se colocarão ao gestor público. Por óbvio, tais escolhas perpassam por análises econômicas e previsões orçamentárias em busca de uma adequada alocação dos recursos disponíveis. E é nesta conjuntura, pois, que a Administração Pública exercita sua autonomia em escolher, dentro dos parâmetros legais e faticamente possíveis, a melhor opção a ser seguida rumo à realização do bem comum.

Contudo, além das inarredáveis atuações do Legislativo e, sobretudo, do Executivo, as políticas públicas devem permitir a atuação da sociedade. Este ideário conforma-se com a definição proposta por Maria Paula Bucci, segundo a qual a política

⁹⁷ DE BARROS (2014, p. 6)

⁹⁸ BUCCI (2001, p. 12).

⁹⁹ Ressalta-se, nesse contexto, que a proeminência da Constituição Federal, na medida em que se coloca “[...] a base da fixação das políticas públicas, porque ao estabelecer princípios e programas normativos já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, as estradas a percorrer, obrigando o legislador infraconstitucional e o agente público ao seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado. SANTIN apud GONÇALVES (2009, p. 4).

¹⁰⁰ BARROS (2011, p. 17-8).

pública deve ser encarada enquanto instrumento de planejamento, racionalização e também de participação popular.¹⁰¹

Neste contexto se coloca o auxílio dos Conselhos de Gestão, isto é, como importantes organismos que operam em conjunto com os Poderes do Estado, atuando tanto na elaboração e implementação, quanto no controle das políticas públicas. Tais organismos compõem-se de variadas porções da sociedade, incluindo-se, por exemplo, entidades de classe, associações, clubes de serviço, representantes do governo, dentre outros.

No Brasil, resultam em grande medida das mobilizações e dos debates que antecederam a Constituição de 1988, daí porque a adoção do princípio da participação popular em diversos dispositivos concernentes à elaboração e formulação das políticas públicas¹⁰². Denota-se que esta atuação é fundamental para fortalecimento do Estado Democrático de Direito, especialmente porque a participação democrática não se esgota na eleição de governantes, exigindo-se, antes de tudo, uma atuação conjunta entre Executivo, Legislativo e Conselhos Gestores de Políticas Públicas.¹⁰³

Há de se falar ainda do papel da Defensoria Pública dentro de toda esta conjuntura de atores que propiciam a execução e implementação de políticas públicas. Considerando-se a atribuição constitucional conferida a ela para defesa – em todos os graus, judicial e extrajudicial – dos direitos individuais e coletivos, aos necessitados,¹⁰⁴ deduz-se que a Defensoria Pública também atua em conjunto com os demais organismos na busca da efetivação de políticas públicas, já que estas se encerram em legítimos instrumentos de concretização de direitos.

3.2.1. Destaque do Ministério Público e seus instrumentos processuais

Soma-se a tudo isso a maciça atuação do Ministério Público, órgão constitucionalmente destinado à intermediação dos personagens acima descritos, bem suas ações e inações:

¹⁰¹ BUCCI (2001, p. 13).

¹⁰² Cita-se os dispositivos constitucionais: artigos 29, inciso XII; 194, parágrafo único, inciso VII; 198, inciso III; 204, inciso II; 206, inciso VI; e 227, § 1º

¹⁰³ BUCCI (2001, p. 48).

¹⁰⁴ Vide artigo 134 da Constituição Federal.

Desta feita, é legalmente incorreto se pensar que as escolhas das políticas públicas a serem implantadas no Estado brasileiro é tarefa de atribuição exclusiva do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Os mandamentos emancipatórios da Constituição Federal de 1988 vinculam todos os Poderes e os órgãos criados ou reformulados com a incumbência de garantir vigência material à citada norma. Mas, **destaque especial é concedido ao Ministério Público porque foi um órgão, dentre tantos outros, escolhido pelo legislador para fiscalizar os atos de gestores públicos em defesa dos direitos do povo brasileiro [...]**.¹⁰⁵

Assim, os agentes ministeriais são chamados a atuar nos conflitos coletivos decorrentes da omissão ou ineficiência estatal na implementação de políticas públicas, bem como nos casos de violações aos interesses coletivos e difusos, aptos à produção de danos de massa.¹⁰⁶ Muito disso em decorrência do artigo 129 do texto constitucional que estabelece que são funções institucionais do Ministério Público, dentre tantas outras, *zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia* (inciso II)¹⁰⁷.

À vista disso, além da promulgação da Constituição Federal em 1988, o advento da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) e do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), sinalizam confessadamente a “vocação ministerial como órgão promovente”.¹⁰⁸

Assim sendo, viu-se o sistema processual compelido a romper com a tradição individualista, daí a acumulação de novas e importantes atribuições pelo Ministério Público. Deste modo, e enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, passou o órgão ministerial a contar com mecanismos aptos à consecução dessas finalidades, dentre as quais se destacam: a formulação dos termos de ajustamento de condutas, a promoção do inquérito civil, bem como da ação civil pública (os últimos, de matriz constitucional – *vide* CF, art. 179, inciso III). De tudo isso,

¹⁰⁵ FAÇANHA E LIMA (2011, p. 4). – grifo meu.

¹⁰⁶ GOULART (2013, p. 22-3).

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição, 1988.

¹⁰⁸ FERRAZ E GUIMARÃES JR. (1997, p. 27).

portanto, factível que a atuação do Ministério Público no exercício de suas atribuições pode se dar tanto extrajudicialmente, quanto judicialmente.

Os **termos de ajustamento de condutas**, inseridos na legislação disciplinadora da ação civil pública (Lei nº 7.347/85)¹⁰⁹, compreendem um meio alternativo de solução extrajudicial de conflitos. De acordo com o art. 5º, §6º do citado dispositivo legal, *os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, tendo como eficácia de título executivo extrajudicial.*

Por sua vez, o **inquérito civil** compreende um procedimento administrativo e inquisitivo, não se falando, portanto, em contraditório, acusação, tampouco sanção. É disciplinado pelo §1º do artigo 8º da citada legislação (Lei nº 7.347/85)¹¹⁰, segundo o qual *O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.*

Trata-se, assim, de um instrumento de caráter pré-processual informativo, isto é, medida – facultativa – prévia ao ajuizamento da ação civil pública. Objetiva basicamente a produção de um conjunto probatório investigativo para que o agente ministerial possa lastrear o eventual ajuizamento de sua ação, ou seja, não se solucionam interesses, “não se aplicam penalidades ou sanções, não se extinguem nem se criam novos direitos. Apenas serve para colher elementos ou informações, [...] com o fim de formar-se a convicção do órgão do Ministério Público [...]”¹¹¹

Ademais, grande relevo é dado à **ação civil pública**, regulamentada pela já citada Lei nº 7.347/85¹¹². Por esta via faz-se a defesa do meio-ambiente, do consumidor, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como de qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Pode-se, ainda,

¹⁰⁹ Também no artigo 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069/90) e no artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078/90), encontra-se consagrado e disciplinado o mecanismo de ajustamento de conduta.

¹¹⁰ Além das disposições da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), anote-se a existência da Resolução 23 do Conselho Nacional do Ministério Público de 2007 (alterada pelas Resoluções nºs 35/2009, 59/2010 e 107/2014) que padronizou o procedimento a ser seguido nos âmbitos estadual e federa. Mais especificamente, regulamentou os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil.

¹¹¹ MAZZILLI, (2007, p. 56).

¹¹² Anota-se, contudo, que a ação civil pública preexistiu ao texto de 1985.

defender a ordem econômica, urbanística, honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, além do patrimônio público e social (art. 1º).¹¹³

Assim, a ação civil pública tem se mostrado como importante instrumento de controle contra possíveis e eventuais abusos, irregularidades e ilegalidades provenientes de ações e omissões da Administração Pública, especialmente em razão das inúmeras possibilidades de aplicação do instituto. Destarte, através deste instrumento “o MP tem a possibilidade de acionar o Poder Judiciário para promover a defesa dos direitos transindividuais, recentemente instituídos por lei e mais conhecidos como direitos difusos e coletivos.”¹¹⁴

Além do Ministério Público, podem propô-la, segundo o dispositivo legal citado (art. 5º): a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; a associação, constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil, que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.¹¹⁵ Em que pese a não exclusividade, mostra-se essencialmente atrelada à atuação ministerial.

Por todo o exposto, é de se ver que a maximização de direitos via políticas públicas demanda uma atuação conjunta entre os diversos segmentos da sociedade. Entretanto, não há como se negar que as *policies* são, primariamente, responsabilidades dos poderes políticos, a quem cabe, através de um planejamento governamental, eleger as melhores opções diante não somente do interesse público, mas também dos limites orçamentários, atendendo assim, aos critérios de conveniência e oportunidade.

É nítida, contudo, a proeminência do envolvimento do Ministério Público. Todavia, por mais que a atuação ministerial na temática de políticas públicas seja efusiva, inflamada e crescente, deve esta ser tratada com parcimônia. Os cuidados, limites e contradições dessa atuação serão a seguir delineados, buscando-se, por

¹¹³ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

¹¹⁴ ARANTES (1999, p. 84).

¹¹⁵ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

consequente, e daí se erige o foco do presente trabalho, um ponto balizador desta atuação, isto é, a chave para definição da legítima intervenção ministerial.

4. LIMITES E CONTRADIÇÕES DA ATUAÇÃO MINISTERIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS

De tudo até aqui explorado, restou-se evidente que a independência institucional do Ministério Público é crucial para realização de todas as suas atividades, sendo estas tão menos eficazes quanto menor autonomia for confiada a seus membros.¹¹⁶ É inegável que esse fortalecimento foi arquitetado na Constituição de 1988, onde inúmeras funções passaram a ser cometidas à Instituição. Nada obstante, não há como se desprezar os interesses corporativos circunstanciais, convenientes, nesse sentido, à ampliação e fortalecimento dos horizontes de sua atuação.

Ocorre que todo esse panorama em busca de afirmação gerou certa despersonalização, e mais do que isso, fez com que o “interesse público” acossado pela atuação ministerial nunca fosse compreendido precisamente, daí o surgimento de situações juridicamente contraditórias. É o que o Procurador de Justiça Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz chamou de “estratégia de ocupar quaisquer espaços”.¹¹⁷ Afirma que essa técnica, por muito tempo adotada pelo Ministério Público, não mais se justifica após a vinda do atual texto constitucional, sendo imperante questionar e definir seu atual papel jurídico-político.¹¹⁸

É basicamente isso que o presente trabalho se propõe a fazer agora, isto é, uma reflexão crítica da postura ministerial, mais especificamente no que concerne ao âmbito de atuação na seara de implementação de políticas públicas, evidenciando, de tal modo, os riscos do voluntarismo exacerbado que acaba por imiscuir-se em questões de alçada do Poder Executivo.

O entendimento ministerial majoritário parte da premissa de que a solução obrigatória aos conflitos coletivos é não somente judicial, como antipolítica. Como se

¹¹⁶ CHOUKR (2010, p. 443).

¹¹⁷ FERRAZ (1993, p. 9).

¹¹⁸ FERRAZ E GUIMARÃES JR. (1997, p. 25-7).

panaceia para todos os males fosse, enuncia-se a necessidade de que o Ministério Público invoque o Judiciário para que este funcione como instância de substituição dos poderes políticos, sob o argumento da incapacidade, omissão ou má-fé, desses últimos, em atender aos apelos da sociedade.¹¹⁹ A fundamentação dessa atuação voluntarista segue, portanto, o seguinte silogismo:

[...] o Ministério Público existe para a defesa do interesse social; o Estado, para promover o bem-estar coletivo. No Brasil, o Poder Público não vem cumprindo sua finalidade. Logo, o Ministério Público, aqui, deverá efetuar a defesa do interesse social sobretudo em face da própria Administração Pública.¹²⁰

Soma-se a isso o fator endógeno no qual os membros ministeriais enxergam a si próprios como os que mais auxiliam e contribuem para a ampliação e concretização de direitos transindividuais. Nessa perspectiva, e ainda segundo entrevistas divulgadas por Rogério Bastos Arantes – no *survey* “O Ministério Público e a Justiça no Brasil” –, promotores e procuradores chegaram a afirmar que os agentes tradicionais da política (incluindo-se partidos políticos, Poder Legislativo e Poder Executivo) estão em último plano quando da produção e preservação desses direitos.¹²¹

Os cuidados devem ser reduplicados quando da assunção dessa postura de verdadeiro agente político. A atuação ministerial deve ter a cautela de não intrometer-se indevidamente na esfera dos poderes políticos sob a mera alegação dos silogismos e entendimentos pessoais outrora delineados, sob risco de ofensa ao princípio da separação dos Poderes, insculpido no art. 2º da Carta Magna.

Obviamente, não se questiona aqui que o Ministério Público exerce de forma realçada a função de fomentar a efetivação de políticas públicas, e nem se pretende, ainda, extirpar essa missão constitucional. É que, conduzida ao extremo a possibilidade de invocar imponderadamente a tutela judicial em face dos poderes políticos, o juiz – alvo dessa atuação – chegaria ao ponto de exceder sua função jurisdicional, abafando indevidamente a função administrativa.¹²²

¹¹⁹ ARANTES (1999, p. 96-7).

¹²⁰ CHOUKR (2010, p. 442).

¹²¹ ARANTES (1999, p. 94).

¹²² CARVALHO FILHO (2001, p. 80).

Nesse sentido, restou-se latente que não são raros os casos em que, buscando dar direcionamento às políticas públicas, as providências ministeriais acabaram por exceder os limites de sua competência. Destarte, não pode o Ministério Público decidir pelo Executivo as prioridades de governo, as medidas administrativas, bem como as regras de utilização do orçamento. Mais do que isso, e nas palavras do Promotor de Justiça Marcus Aurélio de Freitas Barros: “o agente ministerial não pode, sob qualquer pretexto, se transformar em legislador ou administrador. Urge, portanto, lançar luzes sobre algumas questões bastante pertinentes.”¹²³

Inúmeras são as possibilidades de aplicação dos institutos processuais confiados ao Ministério Público, daí se incluindo a ação civil pública, o inquérito civil e os termos de ajustamento de condutas. Ocorre que, por vezes, os objetivos desses institutos restam-se malversados. Ante o percebimento de tão vasto campo de atuação, portanto, a operacionalização tem se revelado, em muitos dos casos, inconsistente e imprecisa.

Destacar-se-á aqui a propositura das ações civis públicas, já que, em casos relacionados a políticas públicas, é recorrente a prática de promotores e procuradores em instaurá-las por todo o país solicitando ao Poder Judiciário que condene prefeituras e governos (estaduais e federal) à obrigação de fazer.¹²⁴, revelando-se, assim, como a porta para que o membro ministerial alcance o status de agente político.

É inegável que a ação civil pública mostra-se, sob o manto de um novo constitucionalismo, e de uma concepção atualizada e enérgica dos atos da Administração, como um importante e apto mecanismo de controle de abusos, irregularidades e ilegalidades porventura advindos de atos da Administração Pública.

Ocorre que, sob a égide de proteção de direitos individuais e coletivos, e aproveitando-se da abrangência constitucional que lhes fora adjudicada, percebe-se que seu manejo “[...] têm promovido uma verdadeira devassa investigativa, usurpado competências e transgredido a natureza dos institutos [...]”¹²⁵. Soma-se a isso a postura apática e acomodada da sociedade civil brasileira que tem percebido que é muito mais

¹²³ BARROS (2012, p. 12).

¹²⁴ ARANTES (2002, p. 135).

¹²⁵ PARAGUASSU (2010, p. 75-6).

simples cobrar a propositura do Ministério Público do que se mobilizar e assumir a posição de defesa dos direitos transindividuais.¹²⁶

Resta-se, pois, sobremaneira tênue e indefinido o marco delimitador entre aquilo que pode ser obtido em juízo via ação civil pública e o que se acha afeito à esfera exclusiva de atuação administrativa.¹²⁷

A execução que antes se sujeitava à vontade do governante, através de estímulos, impulsos e constrangimentos ínsitos ao processo político, passa agora a ser exigida do poder público por um órgão do próprio Estado, através de uma instância não política de solução de conflitos (instância judicial).¹²⁸ Acha-se o Executivo, portanto, em um meio caminho, em que:

assoberbado por uma gama de políticas públicas obrigatórias acaba por remediá-las na medida de suas possibilidades e o Judiciário, necessitando lhes dar cumprimento e eficácia, busca constranger as opções do Executivo em temas pontuais que lhe são levados pelo MP.¹²⁹

Nesse desiderato, adverte Luís Roberto Barroso que o **sistema “começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer de cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérose de voluntarismos diversos.”**¹³⁰ De outro modo, assevera que **“o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal”**.¹³¹

Enquanto tipo ideal, a política pública visa à efetivação de objetivos definidos, exprimindo a eleição de prioridades, a reserva dos meios necessários ao seu conseguimento, bem como o espaço temporal em que se espera a realização dos resultados.¹³² O Ministério Público, portanto, esbarra-se em uma série de problemáticas quando de sua atuação messiânica na busca de implementação de políticas públicas, algumas das quais, a seguir delineadas.

¹²⁶ FERRARESI (2010, p. 291).

¹²⁷ LEONEL (2010, p. 730).

¹²⁸ ARANTES (1999, p. 90).

¹²⁹ CASAGRANDE (2008, p. 260).

¹³⁰ BARROSO (2009, p. 12). – grifo meu.

¹³¹ BARROSO (2009, p. 12). – grifo meu.

¹³² BUCCI (2006, p. 39).

4.1. Separação dos Poderes

De início, importante trazer à baila a doutrina da Separação dos Poderes, classicamente afirmada em *O espírito das leis (De l'esprit des lois)*, de Montesquieu. Trata-se de um conceito seminal do constitucionalismo moderno, vindo assim, a enraizar a defesa dos direitos fundamentais.¹³³

De forma bastante simplória, entendia Montesquieu que os poderes de *criar leis*, de *executar políticas públicas* e o de *julgar*, não poderiam estar reunidos em um só homem.

Nesses moldes, o conteúdo nuclear e histórico deste princípio reside no fato de que as funções estatais devem ser decompostas e repartidas a órgãos distintos, devendo ainda contar com mecanismos de controle recíproco (*checks and balances*), de forma a resguardar os indivíduos contra eventuais abusos de um poder absoluto.¹³⁴

Assim sendo, consagrou-se no texto constitucional brasileiro, em seu art. 2º, a seguinte conformação: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”¹³⁵. Ademais, o princípio da separação dos poderes, aí insculpido, foi também erigido ao patamar de cláusula pétrea, conforme assinalado pelo art. 60, §4º, III da Constituição Federal.

De tudo isso, e conforme ensinamentos de Luis Roberto Barroso, extrai-se dois corolários, quais sejam: *especialização funcional* e necessidade de independência orgânica. Desses, destaca-se o primeiro, segundo o qual se “inclui a titularidade, por cada Poder, de determinadas competências privativas”¹³⁶.

Sabendo-se disso, em princípio não pode o Poder Judiciário, via invocação ministerial, intervir na esfera reservada a outro Poder, substituindo assim o administrador na escolha das prioridades administrativas, logo, em seus juízos de conveniência e oportunidade:

¹³³ BARROSO (2011, p. 174).

¹³⁴ BARROSO (2011, p. 174).

¹³⁵ BRASIL. Constituição, 1988.

¹³⁶ BARROSO (2011, p. 175).

Trata-se de **desvio de perspectiva, porquanto o sistema de separação de Poderes e funções adotado pelo direito pátrio não pode render ensejo a esse tipo de ingerência**. O equívoco, diga-se por questão de justiça, não se aloja apenas na decisão judicial, **mas também no pedido formulado na ação civil pública**.¹³⁷

Esse foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul quando do julgamento de apelação da sentença de improcedência proferida nos autos da ação civil pública. Ajuizada contra o Estado do Rio Grande do Sul, pretendia-se a condenação do réu à obrigação de recompor o efetivo previsto para a Delegacia de Polícia de Barra do Ribeiro, com lotação de servidores, assegurando-se manutenção em número suficiente a não prejudicar as atividades de segurança pública da região.

Entendeu o Tribunal, em suma, que não estando os atos eivados de nulidade, ilegitimidade ou ilegalidade, não cabe ao Poder Judiciário imiscuir-se em atos discricionários de competência exclusiva do Executivo, “sob pena de passar a gerir outro Poder, em grave desconsideração à independência e autonomia constitucionalmente previstas”.¹³⁸

Mesmo se comprovada a inadimplência por parte do Estado, e sem desmerecer a importância das questões ventiladas pelo Ministério Público – como aconteceu no caso acima abordado – ainda assim não é dado ao Judiciário determinar e definir toda e qualquer postulação, sob pena de que se extrapole os limites do controle jurisdicional, desrespeitando-se, em decorrência, o princípio constitucional da separação dos poderes.

Nesse sentido também se deu o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais quando do julgamento de ação civil pública em que se demandava a construção de casa de albergado, *in verbis*:

A construção de casa do albergado encontra-se no âmbito da discricionariedade administrativa, de modo que **não pode o Poder Judiciário determinar que o Estado a construa, sob pena de inadmissível ofensa ao princípio constitucional da separação dos Poderes**.¹³⁹

¹³⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AI 138.901-GO, Min. José delgado, 1997. – grifo meu.

¹³⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AC 70042854224, Des. Almir Porto da Rocha Filho, 2011.

¹³⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, AC 10035100133194001/MG, Min. Hilda Teixeira da Costa, 2013. – grifo meu.

Por fim, ressalta-se ainda que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a despeito de reconhecer a possibilidade de que o Poder Judiciário determine à Administração Pública a adoção de medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isto viole o princípio da separação dos poderes, ressalta a **excepcionalidade** desta medida.¹⁴⁰

4.2. Incapacidade técnica e cognição sumária: “decisões emocionais”

A análise acerca da separação dos poderes relaciona-se, em grande medida, à capacidade técnica dos agentes envolvidos, daí a problemática sequente. Muitos dos que sustentam os riscos de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir o modo de alocação dos recursos gastos em políticas públicas, arguem a deficiência do Ministério Público, e obviamente, do Poder Judiciário, em relação aos desdobramentos técnicos dessas escolhas.

A grande maioria dos Estados democráticos mundiais organiza-se com base no modelo de separação de poderes, de modo que as funções estatais de legislar, administrar e julgar são atribuídas a órgãos distintos, especializados, independentes e harmônicos. Pela conjuntura institucional hodierna, em caso de divergência na interpretação normativa a palavra final será dada pelo Judiciário. Contudo, esta primazia não importa que toda e qualquer matéria seja decidida em um tribunal, não legitimando, portanto, a arrogância judicial.¹⁴¹

Dentro dessa temática a doutrina constitucional contemporânea explora, segundo Luis Roberto Barroso, o conceito de *capacidade institucional*. De acordo com suas lições, compreende a percepção por meio da qual se denota qual Poder se mostra

¹⁴⁰ Vide ementa do acórdão citado:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes.

1. 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.

2. Agravo regimental não provido.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AI 708667 AgR. Min. Dias Toffoli, 2012).

¹⁴¹ BARROSO (2009, p. 16).

mais competente em produzir a melhor decisão dentro de uma determinada matéria. Afirma, nesse sentido:

Temas envolvendo **aspectos técnicos ou científicos** de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. **Mas em [algumas] situações [...], normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade.**¹⁴²

Portanto, facilmente aplicável o conceito de capacidade institucional à discussão em tela. Mais uma vez, não se afirma aqui a impossibilidade de que o Ministério Público invoque o Judiciário para que aprecie temas afetos às políticas públicas. De outro modo, evidencia-se a necessidade de que se considere, de acordo com a matéria postulada, qual instância se mostra mais habilitada à produção da melhor decisão.

A complexidade social dotou o Executivo de maiores proceduralismos e tecnicidades em temas que lhes são competentes, daí se incluindo as políticas públicas. De modo geral, organiza-se hoje “como uma agência de especialistas em todas as matérias afetas à Administração Pública”¹⁴³, detendo, deste modo, informações, dados, recursos humanos, estrutura técnica e conhecimentos específicos.

Por motivos óbvios, toda essa capacidade técnica não se faz presente no Ministério Público, tampouco no Judiciário. Nesse sentido, não parece razoável que um órgão carente de capacidade técnica (Ministério Público) invoque outra instância estatal (Judiciário) para que execute toda e qualquer política pública, já que – pegando-se emprestado o conceito supracitado – ambos desprovidos de capacidade institucional. Isso porque as manifestações do Executivo mostram-se, aprioristicamente, *competentes em produzir a melhor decisão* dentro da seara de implementação de políticas públicas.

Ocorre que o panorama atual, marcado pela exacerbada judicialização, denuncia uma realidade que vai de encontro com a ideia acima delineada. A crescente propositura de ações civis públicas postulando ao Judiciário que condene o Poder

¹⁴² BARROSO (2009, p. 16). – grifo meu.

¹⁴³ CASAGRANDE (2008, p. 262).

Público à obrigação de fazer (no caso, implementar determinada política pública), suscita o desafio de como executar eficazmente essa demanda sem um conhecimento especializado e/ou um corpo técnico preparado, e de modo a não comprometer outros serviços igualmente importantes, por vezes indispensáveis à sociedade.

Os excessos e inconsistências dessa prática ambiciosa e voluntarista de compelir o Poder Público a “implementar e executar” geram a proliferação do que foi chamado por Luís Roberto Barroso de “decisões extravagantes ou emocionais”¹⁴⁴.

Tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica, e considerando o apelo emocional intrínseco aos pedidos judiciais no âmbito das políticas públicas, especialmente na seara de saúde e educação, o magistrado acaba por voltar sua análise ao caso concreto, afastando-se, por vezes, das necessidades e dos anseios da coletividade com um todo.¹⁴⁵ Neste panorama, diz-se que o juiz observa sobremaneira a conjuntura casuística e, portanto, a *microjustiça*, já que o gerenciamento da *macrojustiça* mostra-se mais afeto à Administração Pública.¹⁴⁶

As políticas de saúde ilustram bem este panorama, uma vez que a carência da capacidade técnica é, por assim dizer, bastante sintomática. De forma bastante simplória, tem-se que os diferentes níveis federativos, ante a uma infinidade de estratégias possíveis, elaboram as listas de medicamentos/tratamentos a serem fornecidos à população, considerando aspectos como: comprovação da eficácia, disponibilidade no Brasil, menor custo e indispensabilidade à vida.

Apesar disso, o Ministério Público paulista ajuizou ação civil pública objetivando o fornecimento, por parte do Estado de São Paulo, do medicamento *Interferon Peguilado* para pacientes, presentes e futuros, portadores de Hepatite “C” do Sistema Único de Saúde – SUS, **quando já se fornecia gratuitamente o medicamento *Interferon Comum***. Ademais, pleiteou antecipação dos efeitos da tutela. O Juízo da 1ª

¹⁴⁴ BARROSO (2009, p. 12). Utilizou dessa qualificação quando tratou do direito à saúde, mais especificamente do fornecimento gratuito de medicamentos e custeio de tratamentos.

¹⁴⁵ PEREIRA (2010, p. 257).

¹⁴⁶ BARROSO (2009, p. 35-6).

A este respeito confira-se a explicação de Ana Paula de Barcellos: Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de *microjustiça* –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macrojustiça*. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado”. BARCELLOS (2006, p. 22-3).

Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, apreciando o pedido liminar, deferiu-o.¹⁴⁷ O Superior Tribunal de Justiça, contudo, suspendeu os efeitos antecipatórios, entendendo que o novo medicamento possuía custo muito mais elevado que o já aplicado, além de não possuir eficácia comprovada. Nesse sentido, afirmou-se a impossibilidade de se fundar as postulações em opiniões médicas minoritárias ou em casos episódicos de eficácia do tratamento.¹⁴⁸

Não se discute aqui a eficácia ou não de tratamentos específicos. Evidencia-se apenas que não são raros os casos em que o Ministério Público busca no Poder Judiciário o fornecimento de prestação tecnicamente indesejável, seja porque destituída de comprovação, seja porque indisponíveis no Brasil, ou até mesmo porque de maior custo¹⁴⁹. O resultado disso tudo é flagrantemente arriscado e desastroso:

Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que **condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis** – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. [...] Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, **desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas.**¹⁵⁰

Apesar de bastante elucidativas, não é somente na saúde que postulações irrazoáveis acontecem. De igual modo, o Ministério Público ajuizou ação civil pública contra o Estado do Rio Grande do Sul postulando a imediata recomposição do quadro provisório de servidores juntos a cada Delegacia e cada Grupamento da Brigada Militar da Comarca de Marau e suas imediações, mediante remoção ou nomeações de servidores, sob pena de multa diária. Requereu, para tanto, a condenação do demandado

¹⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg na Petição nº 1.996-SP (2002/0126364-9), Min. Nilson Naves, 2004.

¹⁴⁸ BARROSO (2009, p. 40).

¹⁴⁹ Merece registro a colocação de Lúcia Tavares: “Uma última questão restaria a ser discutida, tendo em vista que as decisões judiciais não são ‘seletivas’ no que se refere à definição dos medicamentos que devem ser fornecidos. É comum que alguns magistrados determinem a entrega de remédios inexistentes no país, que devem ser importados, às vezes muito dispendiosos. Em geral, não são sensíveis aos argumentos de sua inexistência ou de seu alto custo, firmes na posição de que recursos existem, mas são mal aplicados pelo Poder Executivo.” TAVARES (2002, p. 109).

¹⁵⁰ BARROSO (2009, p. 12-3).

à elaboração de estudos técnicos em relação ao contingente necessário para cada Delegacia e Grupamento. Parece, portanto, ter reconhecido sua incapacidade técnica.

Corroborando este aspecto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pugnou pela impossibilidade do Judiciário, quando da apreciação de ação civil pública, de se imiscuir no mérito administrativo, substituindo a Administração em sua atividade precípua e “proferindo determinações que dela são privativas, no âmbito da discricionariedade assegurada ao Poder Executivo.”¹⁵¹

Uma das respostas do Ministério Público ao problema da falta de tecnicidade tem se dado por meio da especialização de suas atribuições em áreas de notável interesse social, tais como saúde, educação, meio ambiente, assistência social e consumidor. Dessa forma, tem-se assistido a criação de promotorias especializadas, núcleos de estudos, grupos temáticos, daí se conformar uma espécie de setorização das políticas públicas. Ocorre que, a despeito de todo esse progresso técnico, certamente não se alcançou ainda o mesmo grau de organização e especialização adquirido pelo Poder Executivo.¹⁵²

Ademais, há quem afirme que, do ponto de vista técnico, mesmo estando o Ministério Público e o Judiciário amparados por laudos, ainda assim não seriam capazes de rivalizar com os da Administração Pública.¹⁵³

Nesse contexto, outra solução utilizada pelo órgão ministerial tem sido a utilização de técnicos e serviços da própria Administração Pública, por mais paradoxal que essa situação possa parecer. Embora não muito usual, essa manobra é possibilitada pelas leis orgânicas do Ministério Público, que preveem a possibilidade de requisição de servidores de outras instâncias de Poder.¹⁵⁴

De todo modo, os processos acabam por motivar uma “superposição de esforços e de defesas”, exigindo a mobilização de uma grande gama de agentes públicos, incluindo-se aí membros ministeriais e servidores administrativos, comprometendo, ainda mais, diferentes entidades federativas. O resultado danoso disso

¹⁵¹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 70063508436, Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, 2015.

¹⁵² CASAGRANDE (2008, p. 262).

¹⁵³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 70063508436, Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, 2015.

¹⁵⁴ CASAGRANDE (2008, p. 262).

tudo aparece por meio de gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional e administrativa.¹⁵⁵

Não se defende, com isso, que o Poder Executivo deva se utilizar dos recursos públicos indistintamente, isto é, como “um cheque em branco” que lhe fora outorgado.¹⁵⁶ Existem diversos níveis de decisão política. E, nesse sentido, não é tarefa do Ministério Público disciplinar as especificidades técnicas, bem como as preferências orçamentárias nas escolhas de políticas públicas.

Por tudo isso, e retomando o conceito de capacidade institucional, parece razoável que Ministério Público e Judiciário verifiquem, em relação à matéria tratada, qual Poder, órgão ou entidade possui a melhor qualificação para decidir. Reconhecendo, assim, suas possíveis incapacidades, a regra deverá ser a de deferência pelas valorações feitas pela instância especializada, obviamente observando-se a racionalidade, motivação, correção e justiça, todas essas, barreiras procedimentais e substantivas do Direito. Ressalta-se, ainda, que deferência não implica abdicação de competência.¹⁵⁷ Acrescenta-se:

[...] O Promotor de Justiça não nasce pronto, o fato de ter sido aprovado em um concurso público não o transforma naquele momento em um profissional dotado de todos os recursos para a solução dos conflitos [...]. Característica fundamental a ser observada pelo Promotor que pretende mobilizar a sua Comarca é a humildade, **humildade entendida não como subserviência**, mas como equilíbrio emocional que o inspira para o desempenho de suas funções e o envolve com o sentimento de **responsabilidade social**.¹⁵⁸

4.3. Reserva do Possível

Diferentemente dos direitos individuais, cuja defesa se perfaz sem maiores dispêndios econômicos pelo Estado, a realização prática dos direitos fundamentais via políticas públicas – incluindo-se aí os direitos sociais e os coletivos lato sensu – condiciona a atuação estatal a prestações positivas, demandantes, obviamente, de recursos capazes de cobrir os custos delas decorrentes.

¹⁵⁵ BARROSO (2009, p. 12).

¹⁵⁶ FAÇANHA E LIMA (2011, p. 4-5).

¹⁵⁷ BARROSO (2009, p. 19).

¹⁵⁸ TARIN (2009, p. 60-1). – grifo meu.

Assim, inegável que “o gasto público é *conditio sine qua non* da eficácia das políticas públicas”¹⁵⁹. Destarte, a disponibilidade orçamentária, bem como a destinação dos bens públicos, necessariamente influirão na tomada de decisão do agente político, isto é, as escolhas feitas pelos responsáveis diretos pela implementação de programas de governo deverão seguir as previsões orçamentárias, daí o estabelecimento, ante o panorama encontrado, daquelas tidas como prioritárias.

Dito de outro modo, as necessidades sociais são infinitas, ao passo que os recursos públicos não o são. Assim, diante da escassez de recursos e da multiplicidade de necessidades sociais, cabe ao Poder Público o estabelecimento de critérios e prioridades quando da efetuação de suas escolhas.

Por assim dizer, a tutela coletiva normalmente envolve o controle do orçamento, seja por meio do remanejamento de verbas, seja por meio da inclusão da política na dotação do ano seguinte. O conhecimento da problemática orçamentária se coloca, portanto, como elemento intrínseco ao debate, daí porque não basta ao Ministério Público invocar o Judiciário para que condene o Poder Público a implementar toda a sorte de política social.¹⁶⁰

Quando invocado pelo órgão ministerial em face da implementação de políticas públicas, o Poder Judiciário acaba por assumir funções importantes, porém arriscadas ao cometimento de interferências desnecessárias: atua como **legislador negativo** – quando, por exemplo, da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo – e como **legislador positivo** – a exemplo da decisão em mandado de injunção para suprir omissão legislativa; ademais, atua também como **administrador negativo** – declarando a inconstitucionalidade/ilegalidade dos atos do Poder Executivo – e ainda como **administrador positivo** – impondo, ilustrativamente, a condenação do Estado a obrigação de fazer.¹⁶¹

Porém, ainda que a Administração Pública se veja compelida por decisão judicial a satisfazer prestações reclamadas em juízo, a limitação de recursos existe. E é justamente aqui se apresenta a chamada “reserva do possível”.

¹⁵⁹ DE BARROS (2014, p. 19).

¹⁶⁰ FERRARESI (2009, p. 69).

¹⁶¹ OLIVEIRA JR. (2009, p. 43).

O supracitado instituto tem origem na jurisprudência constitucional alemã. A expressão “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) foi utilizada pela primeira vez no julgamento proferido em 18 de julho de 1972, na decisão ¹⁶² conhecida como “*numerus clausus*”. Em resumo, tratava-se de ação em que alunos postulavam o direito de acesso ao ensino superior em relação a cursos de grande concorrência (medicina nas universidades de Hamburgo e Baviera), com base em dispositivo da Lei Fundamental germânica. ¹⁶³

In casu, o Tribunal Constitucional Federal entendeu ser constitucional o acesso restrito aos cursos em tela, uma vez que a garantia de vagas a todos os interessados acabaria por sacrificar serviços públicos, tanto em decorrência da grande onerosidade, quanto da escassez de recursos (especialmente em decorrência do período pós-guerra). Ademais, empregou-se a ideia da reserva do possível para sustentar a impossibilidade de se conceder aos indivíduos tudo o que pretenderem, haja vista a existência de pleitos cuja exigência é desarrazoada. ¹⁶⁴ Deste modo, verificou-se que

a ideia de reserva do possível para o Tribunal Federal Alemão não se relaciona necessariamente com as possibilidades fáticas em termos de disponibilidade financeira, mas com o que é racional ao indivíduo exigir do Estado e, conseqüentemente, da sociedade. Caberia, então, à sociedade determinar a razoabilidade ou não da pretensão. De acordo com o Tribunal, “*o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a ideia do Estado social*”. ¹⁶⁵

Desde então, o ideário da reserva do possível logrou centralidade sistemática dentro da seara de implementação de políticas públicas. Mas na maioria dos casos, não é vista com bons olhos. A invocação da insuficiência de recursos é frequentemente enxergada como um meio do Estado de se eximir do cumprimento prestacional no campo dos direitos sociais. Assim, é encarada como uma escusa genericamente utilizada por entes estatais como forma de esquivarem-se de suas obrigações.

¹⁶² BVerfGE 33, 303. Esclarece-se que BVerfGE denota a abreviação de Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (decisões do Tribunal Constitucional Federal).

¹⁶³ O artigo 12, I da Lei Fundamental Alemão estabelece que “*todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e formação profissional*”. Assim, entendiam que o direito fundamental à liberdade profissional, dada a sua amplitude, abarcaria também o direito de escolher o local de formação profissional (e não somente o direito de escolher a profissão e o local de trabalho).

¹⁶⁴ Nesse sentido: OLSEN (2008, p. 215); SARLET E FIGUEIREDO (2008, p. 29); FALSARELLA (2012, p. 3).

¹⁶⁵ FALSARELLA (2012, p. 4). – grifos da autora.

Há quem entenda que o argumento da indisponibilidade financeira não pode ser acolhido. Há ainda quem afirme que pode ser aceito em determinadas circunstâncias. Grande parte desses invocam o chamado “mínimo existencial”, isto é, o núcleo de direitos relacionados a condições mínimas de existência digna. Quanto a isso parece haver certo consenso doutrinário no sentido de que é inoponível a cláusula da reserva do possível em matérias de direitos integrantes do mínimo existencial. Nesse sentido, vide trecho de ementa do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em 23 de agosto de 2011 em sede de Agravo Regimental:

A cláusula da reserva do possível [...] encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.[...]. A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF , art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir **condições adequadas de existência digna**, em ordem a assegurar , à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e , também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos [...].¹⁶⁶

De fato, a construção em torno no núcleo existencial desponta-se como um importante mecanismo de defesa da dignidade da pessoa humana. Contudo, mostra-se muito mais como um arcabouço teórico passível de se ser invocado indistintamente, enquanto cláusula geral servida para uma infinidade de propósitos, do que como um meio de concretamente assegurar a implementação prática de políticas públicas.

Para além das argumentações teóricas construídas em torno desse conceito existencial, a incapacidade econômico-financeira existe e é uma contingência que não pode ser afastada ou ignorada. Assim, não há como se negar que a concretização dos direitos transindividuais, com especial destaque aos direitos sociais, fatalmente se sujeita a limites fáticos e jurídicos, incluindo-se a reserva do possível e as regras orçamentárias.

Não se defende com isso a possibilidade de que o Estado se utilize da cláusula da reserva do possível com o objetivo de fraudar, frustrar ou inviabilizar a realização de políticas públicas definidas na própria Constituição.

¹⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337-AgR, Min. Celso de Mello, 2011–grifo meu.

Diferente disso, busca-se tão somente evidenciar que as postulações feitas pelo Ministério Público perante o Judiciário para que condene o Poder Público a execução de políticas públicas esbarram-se inevitavelmente no limite fático da disponibilidade de recursos financeiros. E isso é um fato, e não um mero argumento utilizado para escusar ou eximir os poderes políticos de suas atuações.¹⁶⁷

Assim, a preocupação do presente trabalho vai ao encontro do que adverte Eurico Ferraresi na seguinte passagem: “o administrador público não pode se esconder atrás do falso dogma da reserva do possível; tampouco toca ao Judiciário estabelecer que todo e qualquer pedido seja imediatamente atendido [...]”¹⁶⁸

A título exemplificativo cita-se a ação civil pública, proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, consistente em obrigação de fazer para que o prefeito do Município de Belo Horizonte incluísse no Projeto da Lei Orçamentária Anual de 2008 verbas suficientes para a criação, instalação e manutenção em funcionamento de no mínimo 02 (duas) casas-lares com 10 (dez) leitos cada uma, destinadas a pessoas com deficiência em situação de pobreza, sem moradia, sem família ou impossibilitada de com esta sobreviver. A decisão sentencial deferiu o pedido antecipatório dos efeitos da tutela. Em sede de agravo de instrumento de nº 1.0024.07.760590-5/001 julgado em 22 de abril de 2008 (publicado em 05 de junho de 2008), o Município de Belo Horizonte postulou a cassação da decisão ou, alternativamente, a decretação da extinção do processo.

O então Relator Des. Belizário de Lacerda conheceu e deu provimento ao agravo, entendendo que, a despeito da legitimidade ministerial em propor ação civil pública protegendo interesses coletivos, é inadmissível que utilize de suas prerrogativas constitucionais para constranger o Chefe do Executivo Municipal a incluir no Projeto de Lei Orçamentária Anual a verba requerida, aduzindo em seu voto:

As leis orçamentárias são propostas pelo Poder Executivo e votadas pelo Legislativo (art. 165, CF). Cabe a estes poderes a decisão sobre qual será a destinação dada aos recursos públicos. Não pode o Judiciário intervir e determinar a inclusão de verba para a realização

¹⁶⁷ Merece registro a sustentação do então Desembargador Carpena Amorim quando do julgamento de Apelação Cível: “Lamentavelmente, estamos num país do 3º (terceiro) mundo, onde as prioridades têm que se estabelecer. [...] É óbvio que a invocação do texto constitucional só serviria para lastrear o pedido se vivêssemos em outro país. A realidade do nosso meio, porém, é de todo conhecida.”. BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 1994.001.01749, Des. Carpena Amorim, 1994.

¹⁶⁸ FERRARESI (2009, p. 61).

de uma determinada obra, pois estaria invadindo a esfera da conveniência e competência administrativas, mesmo porque é vedada qualquer vinculação de receita a despesa, a não ser as expressas exceções (art. 167, IV, CF).¹⁶⁹

Por óbvio, existem hipóteses em que a intervenção do Ministério Público via tutela jurisdicional é necessária e indispensável. Entretanto, há hipóteses em que a intervenção é descabida, seja em face do princípio da separação dos poderes, seja pela disponibilidade orçamentária.

Deste modo, considerando-se que o orçamento se apresenta, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, não pode o Judiciário obrigar a Administração Pública a fazer o que lhe seja impossível, sob pena de que se constitua um “governo de juízes”.

Mais do que isso, defende-se aqui – muito ainda nos moldes do que fora estabelecido pelo Tribunal Constitucional alemão – que mesmo ante a disponibilidade de recursos financeiros, não se mostra aceitável o atendimento pelo Estado de tudo o que lhe é exigido, de modo que “somente será possível atender àquilo que se insira nos limites do razoável. Somente o que se aceite, racionalmente, como exigível do Estado e, em última instância, da própria coletividade”¹⁷⁰.

Ademais, mesmo havendo a necessidade, como no caso acima ilustrado, de implementação da infraestrutura requerida, impera também a primordialidade da construção de hospitais, de escolas, de creches e de muitos outros serviços estruturais, igualmente importantes para a sociedade. E em termos práticos, “investir recursos em determinado setor implica deixar de investi-los em outros”.¹⁷¹ Escolhas devem ser feitas. Não parece razoável, portanto, imposições descomedidas sem análises acerca das prioridades sociais e orçamentárias.

4.4. Privilégios de uns em detrimento de todos os outros

¹⁶⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo n° 1.0024.07.760590-5/001, Des. Belizário de Lacerda, 2008.

Ver ainda: BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n° 1.0024.03.138313-6/001(1), Des. Wander Marotta, 2004.

¹⁷⁰ FALSARELLA (2012, p. 14).

¹⁷¹ BARROSO (2009, p. 32).

Neste ponto do debate, pode-se supor, aprioristicamente, que se está diante de valores que contrapõem, de um lado, o direito à vida, à saúde, à educação, à segurança (dentre tantos outros direitos), e de outro, a separação dos Poderes, os princípios orçamentários, a reserva do legal e a capacidade técnica. Ocorre que a preocupação vai muito além de uma simples colisão de interesses. Conforme proposto por Barroso, o que está em jogo é o direito à vida, à saúde, à educação e à segurança **de uns versus** o direito à vida, à saúde, à educação e à segurança de **todos os outros**.¹⁷²

A concretização das necessidades imediatas do jurisdicionado gera, quase que inevitavelmente, o sacrifício do atendimento macro dos anseios da coletividade. Isto porque determinações judiciais para que a Administração Pública cumpra uma obrigação de fazer acaba por privá-la de seu planejamento, comprometendo sua eficácia global. Soma-se a isso o fato de que os recursos materiais são limitados, de modo que o atendimento de um direito poderá vir a significar o não atendimento de tantos outros, igualmente importantes. Assim, uma vez decretadas pelo Judiciário, certas prestações poderão impossibilitar o aporte estendido a outras pessoas, com evidente prejuízo ao princípio da igualdade.¹⁷³

Nessa esteira, algumas considerações acerca dos direitos tutelados pelo Ministério Público merecem adendo. Conforme já mencionado, o artigo 127 da Constituição Federal dispõe que ao Ministério Público incumbe a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesse sentido, *são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados*¹⁷⁴ (art. 6º). A seu turno, os direitos individuais indisponíveis compreendem aqueles em que o titular não conta com qualquer poder de disposição, sendo irrenunciáveis e, em regra, intransmissíveis. Envolvem os direitos de personalidade, os referentes ao estado e à capacidade da pessoa. Ademais, depreende-se do art. 129, inciso III, tratar de função institucional do Ministério Público a proteção de interesses difusos e coletivos.

¹⁷² BARROSO (2009, p. 13).

¹⁷³ GOUVÊA (2003, p. 19).

¹⁷⁴ BRASIL. Constituição, 1988.

De toda forma, parece certo que o Ministério Público “existe para **defender a sociedade de forma coletiva, e não para defender o direito ou interesse individual de uma única pessoa.**”¹⁷⁵ Nesta perspectiva, portanto, não é dado ao órgão ministerial que aja na proteção do interesse individual e divisível de uma pessoa determinada (direitos individuais heterogêneos), sob pena de que se configure verdadeiro substituto processual em hipóteses não contempladas pelo ordenamento jurídico.¹⁷⁶ Embora louvável, a iniciativa não justifica o atropelo das normas jurídicas procedimentais.

É bastante perceptível o realce dessa discussão na seara da saúde. É comum e crescente a utilização do processo judicial, pelos membros ministeriais, como forma de compelir o Poder Público à implementação de políticas de saúde, proliferando, dessa forma, centenas de medidas judiciais liminares impondo a **atenção prioritária a determinado indivíduo**, seja para o fornecimento de fármacos, seja para a disponibilização de tratamento médico integral.

Constata-se, em verdade, uma atuação na defesa de **direitos individuais**, travestidos de direitos difusos e coletivos – especialmente em se tratando de um direito social, *in casu*, a saúde. Todavia, não compete ao Ministério Público, em nome de um indivíduo singularizado, pleitear o direito à saúde, já que não detém legitimidade para tanto. A imérita intervenção do órgão ministerial nesses casos, isto é, em que se constata uma indevida substituição processual (por faltar-lhe o requisito da homogeneidade)¹⁷⁷,

¹⁷⁵ BUCCI (2001, p. 49). – grifo meu.

¹⁷⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0245.04.048513-9/001, Des. Orlando Carvalho, 2005.

¹⁷⁷ Nesse sentido, vide as seguintes ementas:

ACÇÃO ORDINÁRIA C/C ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E TRATAMENTO MÉDICO - INTERESSE INDIVIDUAL DE UM ÚNICO CIDADÃO - ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR A ACÇÃO - PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - SENTENÇA REFORMADA, EM REEXAME NECESSÁRIO. 1. Os interesses individuais a serem defendidos pelo Ministério Público englobam apenas a categoria dos direitos individuais homogêneos, entendidos como tais, aqueles, cuja titularidade pertença a variados indivíduos, ajustando-se à noção de direito coletivo em sua acepção ampla. 2. **A pretensão de que seja reconhecida a legitimidade do Parquet para representar uma pessoa individualizada, em Ação Civil Pública, implica em supressão do requisito da homogeneidade do direito a ser defendido.** 3. Acolher a preliminar, no reexame necessário, para extinguir o processo, sem resolução do mérito, com base no art. 267, VI, do Código de Processo Civil. BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC/Reex. Necessário 1.0245.01.000084-3/001, Des. Nepomuceno Silva, 2006. – grifo meu.

PROCESSO CIVIL – ACÇÃO CIVIL PÚBLICA: LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – NULIDADE ABSOLUTA NÃO ARGÜIDA – LIMITES DO RECURSO ESPECIAL. 1. O prequestionamento é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer as nulidades absolutas. 2. A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas ex officio, por ser matéria de ordem pública. Assim, se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial (Súmula 456/STF). 3. Hipótese em que se conhece do especial por violação do art. 535, II, do CPC e por negativa de vigência ao art. 87 da Lei 9.393/96, ensejando o reconhecimento ex officio da ilegitimidade do Ministério Público para, via ação civil pública, defender interesse individual de menor. 4. **Na ação civil pública atua o parquet como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Município para terem assistência educacional.** 5. **Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de um único menor para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não substituto processual.** 6. Recurso especial provido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp 485969/SP, Recurso Especial 2002/0165541-6, Min(a). Eliana Calmon, 2003. – grifo meu.

aumenta ainda mais os efeitos perniciosos da ingerência judicial nas políticas públicas.

178

Ainda mais, há de se ressaltar outra preocupação bastante pertinente. Os direitos sociais foram formulados para serem desfrutados por toda coletividade. Não é legítimo, nesse sentido, que o indivíduo exija do Estado condições para o desenvolvimento de sua personalidade *isoladamente*, à exclusão de todas as demais. Uma errônea compreensão individualista é capaz de desvirtuar a própria natureza dos direitos sociais, calcados nos princípios da universalidade e impessoalidade.¹⁷⁹

O grande problema reside no fato de que nem todos terão a mesma sorte de obter uma decisão que lhes seja favorável. O resultado disso tudo se encerra, ora na concessão de **privilégios**, ora a criação de **novas filas de espera**:

Não existindo escolas, hospitais e serviços capazes e em número suficiente para prestar o serviço o que fazer? **Prestá-lo a quem tiver a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera?** Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros?.¹⁸⁰

Por tudo isso, não cabe ao Ministério Público avocar para si a tarefa de uma defesa individual. Quando assim o faz, invocando o Judiciário e desencadeando a implementação de determinadas políticas – especialmente em postulações individuais calcadas em direitos sociais –, assume o risco de que privilégios sejam concedidos a somente alguns jurisdicionais¹⁸¹, em detrimento de todo o resto da coletividade, que permanece à mercê de políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.¹⁸² Nesse sentido, portanto, e levando-se em consideração a carência de recursos, não pode a Administração Pública vir a ser compelida a privilegiar um indivíduo em detrimento

¹⁷⁸ PEREIRA E LIMA (2010, p. 258).

¹⁷⁹ LINS (2008, p. 4-6).

¹⁸⁰ LOPES (2002, p. 131). – grifo meu.

¹⁸¹ Merece registro a seguinte colocação de Roberto Barroso: “[...] quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, **privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial**. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.” BARROSO (2009, p. 34-5).

¹⁸² BARROSO (2009, p. 13).

de centenas de outros, “também carentes, que se conformam com as deficiências do aparelho estatal”.¹⁸³

Importante destacar que não se pretende aqui, a pretexto de um argumento formal-processualista da ilegitimidade ativa, negar o direito de acesso à saúde, ou a qualquer outro. Intentando o indivíduo, por exemplo, receber medicamento ou tratamento à custa do Estado, deverá postular judicialmente em nome próprio, representado por advogados particulares ou até mesmo pela **Defensoria Pública**, utilizando-se da via processual adequada. Mais ainda, oportuno destacar que esta titularidade individual também aqui deve ser vista como meramente residual, até mesmo “pelos problemas inerentes ao privilegiamento de um indivíduo isoladamente em detrimento dos demais, quando este obteve uma sentença judicial que os demais, por inúmeras razões, não puderam obter.”¹⁸⁴

5. SAÍDAS POSSÍVEIS

5.1. Considerações iniciais: não-obrigatoriedade da ação coletiva e atuação extrajudicial

Do que foi dito até aqui, restou-se perceptível que o Ministério Público brasileiro assumiu a dianteira dos demais legitimados quanto à propositura de ação civil pública, tendo em vista a defesa dos interesses da coletividade. Contudo, essa atuação concentrada, somada aos limites e contradições outrora abordados, não se mostram de todo eficientes, notadamente porque os conflitos daí decorrentes claramente ultrapassam discussões jurídico-processuais.

Acima de quaisquer argumentos retóricos sobre a prescindibilidade das ações coletivas, merecem registro as considerações do Promotor Eurico Ferraresi com base em um exemplo do que acontece no dia-a-dia forense. A argumentação é proposta através de um trabalho imaginativo, isto é, o autor convida o leitor a imaginar uma cidade nos seguintes moldes: que não dispõe de estação adequada para tratamento do

¹⁸³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 1994.001.01749, Des. Carpena Amorim, 1994. – grifo meu.

¹⁸⁴ LINS (2008, p. 4).

lixo e esgoto; onde migrantes invadem áreas de preservação permanente, ocupando o solo irregularmente; onde danos ambientais e urbanísticos são frequentes; que não conta com conselhos tutelar e municipal; onde a casa de abrigo, a única existente, é precária; onde o serviço de assistência social não funciona há meses; na saúde, os funcionários do hospital local são comissionados, afrontando princípios elementares da Administração Pública; onde inúmeros outros direitos transindividuais, como os de deficientes, idosos e consumidores, são ofendidos.¹⁸⁵

Feito isso, o Promotor afirma ser esta, em maior ou menor grau, a realidade de grande parte dos municípios brasileiros e, nesse sentido, assevera que se realmente vige o princípio da obrigatoriedade da ação coletiva para o Ministério Público – considerando-se que em todos os supracitados exemplos são descritas lesões a direitos transindividuais – não haveria outra solução senão o ajuizamento de uma infinidade de demandas coletivas, daí a configuração do que chamou de “caos processual coletivo”¹⁸⁶. Por tudo isso, assim concluiu:

[...] o princípio da obrigatoriedade colide com a natureza política da ação coletiva. A aplicação da obrigatoriedade no ajuizamento da ação coletiva para o Ministério Público, mesmo quando esteja configurada a lesão a direitos supra-individuais, **retira o caráter político e social do instrumento, amesquinhando-o**. Um dos pilares dos modelos processuais coletivos reside na conveniência e oportunidade de sua utilização. **Os interesses em jogo não permitem a atuação cega e burocrática do autor coletivo.**¹⁸⁷

Por tudo isso, e sem desmerecer a atuação do Ministério Público perante o Judiciário, via invocação da tutela jurisdicional, há que se considerar, outrossim, sua atuação extrajudicial. É fundamental, dessa maneira, “que o promotor tenha em mente que o Judiciário é a última, porém, não a única via para a solução e prevenção de conflitos.”¹⁸⁸ E é nesse sentido que o presente trabalho buscar ressaltar a importância das seguintes formas de atuação: termos de ajustamento de conduta e mobilização social.

¹⁸⁵ FERRARESI (2010, p. 290).

¹⁸⁶ FERRARESI (2010, p. 290).

¹⁸⁷ FERRARESI (2010, p. 294). – grifo meu.

¹⁸⁸ FERRAZ E GUIMARÃES JR. (1997, p. 27, nota de rodapé nº 15).

Pondera-se, ainda, que a pacificação social, a promoção do bem comum e a redução da litigiosidade são metas que devem ser buscadas pelo Estado, obviamente através de outros meios que não o judiciário.¹⁸⁹

5.2. Termos de Ajustamento de Condutas

Os termos ou compromissos de ajustamento de conduta foram introduzidos no Direito brasileiro quando da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) e, em seguida, do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).¹⁹⁰ Fora justamente o art. 113 deste último dispositivo legal que veio a acrescentar o §6º ao art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, disciplinadora da ação civil pública.

Conforme anteriormente afirmado, compreendem um meio alternativo de solução extrajudicial de conflitos, no qual *os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, tendo como eficácia de título executivo extrajudicial.*¹⁹¹

O objeto do termo de ajustamento poderá versar sobre obrigação de fazer ou não fazer, zelando de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Ademais, extrai-se do dispositivo legal supracitado que nem todos os legitimados à ação civil pública podem tomar compromisso de ajustamento, fazendo-se necessário ainda a condição de “órgãos públicos legitimados”. Ilustrativamente, associações civis, fundações privadas e sindicatos, embora possam propor este tipo de ação, não podem tomar compromissos.¹⁹²

Posta tais considerações, e considerando-se que existe justiça para além do Judiciário, quer-se avivar a importância do instituto, seja porque representa uma solução

¹⁸⁹ FERRARESI (2010, p. 291).

¹⁹⁰ Registra-se a ressalva do autor Hugo Nigro Mazzilli: “De fato, nas décadas que antecederam a edição dessas leis, principalmente nas comarcas do interior, já vinha o Ministério Público brasileiro mantendo a saudável experiência do atendimento ao público. Questões criminais, de família, de menores, de trabalhadores, de vizinhos, entre outras, sempre lhe eram trazidas à sua presença (não raro até mesmo informalmente), para uma orientação, um conselho, uma admoestação ou até mesmo uma providência policial ou judicial.” MAZZILLI (2006, p. 3).

¹⁹¹ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

¹⁹² MAZZILLI (2006, p. 11).

negociada entre as partes, logo, conforme suas possibilidades – técnicas, orçamentárias, materiais –, seja porque contribui para o descongestionamento da Justiça.¹⁹³

A busca da prestação jurisdicional deve ser o último recurso a ser buscado, isto é, deve vir à tona somente após inequívoca impossibilidade de solução extrajudicial. Não se quer dizer com isso que o termo de ajustamento de conduta é sempre melhor que a ação civil pública, mas tão somente evidenciar que a composição negociada, entre os atores e responsáveis envolvidos, traz inúmeras vantagens em relação a uma sentença condenatória imposta à parte contrária, algumas das quais, a seguir delineadas.¹⁹⁴

A composição negociada alcançada nos termos de ajustamento compreende o que Daniel Roberto Fink intitulou de “realização do possível”, e disso se extrai uma primeira vantagem. As cláusulas e condições transacionadas pelas partes serão resultado de um processo psicológico, de modo que, “[...] ao final, cada parte terá a certeza de que cada obrigação é resultado **daquilo que cada um pode dar e na forma como pode dar.**”¹⁹⁵

Dessa assunção voluntária e consciente decorre a facilidade quanto à sua posterior execução, isto é, considerando-se que o compromisso será um ato de vontade, e não um ato de imposição, sua execução restará simplificada, com ganhos expressivos das medidas implementadas.

O trâmite processual é bastante moroso, especialmente em função da exigência de prazos e formalismos processuais. No mais, o acesso à Justiça é caro, de modo que “evitar-se estar em juízo é economicamente melhor”¹⁹⁶. Esse custo é revertido não somente para as partes, que o suportam diretamente, mas também para toda a sociedade, responsável em manter, ampliar e modernizar o aparelho judiciário.¹⁹⁷

Ademais, há de se falar que, não estando as partes adstritas ao pedido como o juiz, as soluções poderão ser livremente adotadas conforme os entraves forem surgindo, ganhando-se, com isso, na qualidade do pacto extrajudicial em relação à

¹⁹³ MAZZILLI (2006, p. 18).

¹⁹⁴ FINK (2002, p. 132).

¹⁹⁵ FINK (2002, p. 132). – grifo meu.

¹⁹⁶ FINK (2002, p. 133).

¹⁹⁷ FINK (2002, p. 133-4).

sentença. Em outros termos, tem-se que a “discussão das condições de modo, tempo e lugar do cumprimento dessas obrigações pelos interessados cria horizontes muito mais generosos em termos de alternativas que a composição judicial do conflito.”¹⁹⁸

Por fim, há de se ressaltar que o instituto em tela mostra-se mais adequado ao interesse público, na medida em que insta o administrador a agir, sem que sua margem de discricionariedade seja tolhida, isto é, permite-se, em regra, a íntegra manutenção da coerência do conjunto da ação do governo ou do órgão público.¹⁹⁹

5.3. Mobilização social

A busca do efetivo equilíbrio na convivência da sociedade, portanto, especialmente em matéria de interesses coletivos, exige muito mais que um exercício da cidadania participativa de forma indireta, isto é, através do órgão ministerial.²⁰⁰ Por certo, “o interesse seria muitíssimo mais valorizado, se a sociedade se insurgisse diretamente contra as ofensas praticadas em desrespeito a seus direitos”.²⁰¹

Deste modo, sustenta-se que o sucesso da atuação na defesa dos interesses coletivos depende de uma correlação de forças sociais, isto é, de um conjunto de medidas que precedem e vão além da instauração dos procedimentos administrativos e dos processos judiciais.²⁰² Nesse sentido, e sob pena de ineficácia social de sua atuação, não deve o Ministério Público se limitar ao espaço do sistema da Administração da Justiça.

Em primeiro lugar, destaca-se a possibilidade e necessidade da realização de audiências públicas, até mesmo para se que obtenha uma atuação aproximada e conhecedora das demandas sociais. Dessa forma será possível que o agente ministerial

¹⁹⁸ FINK (2002, p. 135).

¹⁹⁹ BUCCI (2006, p. 32).

²⁰⁰ TARIN (2009, p. 59).

²⁰¹ LEITE E OLIVEIRA *apud* TARIN (2009, p. 59).

²⁰² GOULART (2013, p. 174).

se coloque na desejável posição de elo entre o indivíduo, a sociedade e os poderes políticos.²⁰³

No mais, sugere-se o estabelecimento de parcerias entre o órgão ministerial e os cidadãos e associações civis, objetivando-se desencadear, na sociedade como um todo, um processo de cobrança de efetivação de direitos, em resposta às inações estatais. Impera-se, portanto, a necessidade de mobilização do grupo social.

Segundo os ensinamentos de José Bernardo Toro A. e Nísia Maria Duarte Werneck, o processo de mobilização social inicia-se quando uma pessoa, grupo ou instituição resolve dar início a um movimento visando o compartilhamento de um imaginário e do esforço para alcançá-lo. Afirma que o desempenho desses papéis é exercido pelo produtor social, reeditor social²⁰⁴ e editor²⁰⁵, dentre os quais se destaca o primeiro.

O Produtor Social compreende “a pessoa ou instituição que tem a capacidade de criar condições econômicas, institucionais, técnicas e profissionais para que um processo de mobilização ocorra”²⁰⁶. Assim, com vistas a transformar a realidade, convoca outros atores (no caso, os reeditores) a produzirem modificações em seu campo de atuação. No mais, guia as negociações que lhe darão aporte de validade política e social, mostrando-se, assim, responsável por tornar viável o movimento.

Para tanto, imprescindível que detenha legitimidade, isto é, a credibilidade e confiança necessárias no primeiro momento, sendo certo que esta crescerá ou diminuirá no decorrer no processo, conforme a qualidade de sua gestão. Ademais, indispensável que “[...] seja visto não como dono, mas como precursor de um movimento que reflete uma preocupação e um desejo de mudança compartilhado.”²⁰⁷

Tomando-se emprestados estes conceitos, e dada a imperatividade de participação direta do Ministério Público perante os cidadãos, acredita-se que os membros ministeriais devem se apropriar da condição de Produtor Social, com fins à

²⁰³ BARROS (2012, p. 14-5).

²⁰⁴ Designa-se **Reeditor Social** uma pessoa que, em virtude de seu papel social, trabalho ou ocupação, socialmente reconhecido, “tem a capacidade de negar, transformar, introduzir e criar sentidos frente a seu público, contribuindo para modificar suas formas de pensar, sentir e atuar” TORO e WERNECK (1997, p. 24), a exemplo dos educadores, párocos, gerentes e líder comunitários.

²⁰⁵ Editor é o profissional que garante a comunicação entre o produtor social e o reeditor social. TORO e WERNECK (1997, p. 25).

²⁰⁶ TORO e WERNECK (1997, p. 22).

²⁰⁷ TORO e WERNECK (1997, p. 22).

formulação de políticas públicas e implementação de direitos. Forçoso, nesse sentido, que se insiram no meio social e, a partir disso, redefinam as prioridades de engajamento nas demandas mais importantes.²⁰⁸ Ademais, os representantes do Ministério Público poderão atuar ainda educando, sensibilizando e conscientizando os cidadãos de seus direitos civis, políticos e sociais – através, por exemplo, dos instrumentos de comunicação (cartilhas, vídeos, peças de teatro, palestras, veículos de comunicação de em massa, dentre outros).

De todo modo, o importante é que o Ministério Público, enquanto Produtor Social e precursor da movimentação, incite a coletividade à criação de meios aptos para que se evolua “de uma posição reativa (**fatalista frente aos problemas**), para uma posição **proativa** (ver os problemas como situações a serem trabalhadas, como **oportunidades de ação**, ver na busca de soluções um desafio estimulante).”²⁰⁹

Esta mudança de perspectiva, aliada ao empoderamento de espaços pelos cidadãos, consolida a mobilização social na busca da concretização dos direitos fundamentais via políticas públicas. Cidadãos e instituições integrantes, portanto, acabam por pressionar o Executivo local, forçando-o a abandonar sua posição inercial e a atuar no atendimento do propósito desta reação popular.²¹⁰

Para que se entenda melhor a proposta de mobilização social e seus benefícios, aponta-se o Projeto “Morte Zero” desenvolvido na cidade de Petrópolis-RJ no período de 27 de setembro de 2003 a 27 de março de 2005 pela Promotora Denise Tarin.

A cidade em tela é geologicamente vulnerável. Do elevado índice de precipitação de chuvas na estação do verão, agravada pela ocupação desordenada nas encostas, decorre uma alta probabilidade da ocorrência de deslizamentos. Com este quadro, o projeto foi lançado com o objetivo de mobilizar a sociedade civil em relação à necessidade de que medidas preventivas fossem adotadas, especialmente em razão dos acidentes, por vezes causando inúmeras mortes (68 mortes em 1988; 50 mortes em 2001; 17 mortes em 2003).²¹¹

²⁰⁸ GONÇALVES (2009, p. 21).

²⁰⁹ TORO e WERNECK (1997, p. 23). – grifo meu.

²¹⁰ TARIN (2009, p. 68).

²¹¹ TARIN (2009, p. 69).

De início o Ministério Público propôs a ação civil pública na tentativa de compelir o Poder Público a delimitar áreas de preservação permanente nas comunidades mais vulneráveis, e implantar medidas minimizadoras dos riscos. Percebendo-se que as respostas pelo Poder Judiciário e, ainda mais, pelo Poder Executivo, não viriam a tempo, já que os processos judiciais e procedimentos administrativos demandam o perpasso necessário por trâmites e etapas legais, a Promotoria de Justiça optou por incitar um processo de reação popular, o que viria a influenciar o poder local a adotar medidas de prevenção. Integraram o processo: Promotor de Justiça do Meio Ambiente, Associações de Moradores, engenheiros, APA-Petrópolis-IBAMA, Conselho Gestor da APA, padres e pastores evangélicos, educadores, agentes de saúde, jornais, emissoras e rádios locais.²¹²

Várias foram as etapas do movimento, incluindo: a identificação e delimitação das comunidades; sensibilização dos engenheiros moradores da cidade (via correio eletrônico e cartas) para realização de vistorias identificando os riscos e medidas; mobilização das lideranças da comunidade; implementação de estratégia de comunicação; mobilização da Defesa Civil; monitoramento dos índices pluviométricos, que passaram a ser divulgados; e orientação de cuidados a serem tomados. O resultado não poderia ser diferente: no período de acompanhado pela Promotoria responsável, segundo dados repassados pela Defensoria Civil municipal, advieram cerca de 2.000 (dois mil) deslizamentos, sem, contudo, a verificação de mortes.²¹³

De tudo isso, transparece muito acertada a postura tomada pela Promotoria de Justiça. Tão importante quanto à criação de leis e regras, e implementações dispendiosas pelo Poder Executivo, se coloca a transformação via conscientização e mobilização da sociedade, talvez até mais eficiente à solução de problema. E essa é a chave da questão. Muito antes de uma postura fatalista em relação aos problemas, apontando erros e culpados, e exigindo obrigações imensuráveis, a ideia é buscar soluções.

Por óbvio, a mobilização social não garante a atuação dos Poderes Públicos. E agora sim, isto é, em se verificando a permanência da inação estatal em assuntos

²¹² TARIN (2009, p. 69).

²¹³ TARIN (2009, p. 69-70).

material e tecnicamente possíveis, bem como prioritários, dá-se margem à intervenção judicial.²¹⁴

Quer-se evidenciar, com isso, a enorme responsabilidade do Ministério Público enquanto fomentador de políticas públicas indispensáveis à concretização de direitos fundamentais. De tal modo, não se nega que deverá o membro ministerial perpassar consistentemente entre o Direito, a Política e a Sociedade, transformando-se em um verdadeiro canal de ligação e propulsão. A inquietação é outra. De fato, a “grande preocupação, certamente, deve ser com os resultados, mas também com a legitimidade de sua atuação na moldura do Estado Constitucional, até porque uma atuação ilegítima, certamente, não levará a resultados satisfatórios.”²¹⁵

CONCLUSÃO

A crença na hipossuficiência da sociedade brasileira, aliada ao descrédito atribuído – sem qualquer chance de defesa – ao Poder Executivo, cumularam no voluntarismo exacerbado da atuação ministerial. Muito disso em decorrência do próprio status atribuído ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988, que acabou por expandi-lo e fortalecê-lo, sobrevivendo o que foi chamado de renascimento ministerial.

Ademais, o reconhecimento e relevo dados à dimensão coletiva de certos interesses, bem como a elaboração técnico-jurídica do conceito de direito transindividual em campos carentes de prestações positivas pelo Estado, colocou o acesso à justiça em outros patamares. Nesse sentido, aliando-se à evolução institucional do Ministério Público e à utilização em larga escala da ação civil pública, abriu-se margem a uma crescente judicialização de conflitos políticos, desencadeando, ainda, exigências intricadamente relacionadas à seara de execução de políticas públicas.

Dentro de todo este panorama, não se questionou o papel de destaque exercido pelo Ministério Público frente à fomentação e efetivação dessas políticas. Nem se pretendeu, ainda, extirpar essa missão constitucional paulatinamente angariada. De

²¹⁴ GONÇALVES (2009, p. 23).

²¹⁵ BARROS (2012, p. 14). – grifo meu.

outro modo, a preocupação girou em torno dos limites e contradições dessa atuação messiânica, já que, conduzida ao extremo a possibilidade de invocar imponderadamente a tutela judicial em face dos poderes políticos, o juiz – alvo dessa atuação – chega ao ponto de exceder sua função jurisdicional, abafando indevidamente a função administrativa.

Restou-se perceptível que a proeminência ministerial frente a este tipo de demanda é um fato enraizado nas próprias características da sociedade, que, de modo geral, percebeu ser muito mais fácil exigir e cobrar, do que se mobilizar e unir esforços em busca da concretização de direitos. Nesse sentido, a apatia, a inércia e o comodismo dos indivíduos, singular e coletivamente considerados, foram determinantes à expansão do Ministério Público em questões que não são, a priori, de sua competência.

Isto porque, seja qual for o conceito adotado, não há como se negar que o planejamento, definição e implementação das políticas públicas, se acham, primariamente, na alçada de atuação do Poder Executivo. E é a partir disso que os cuidados passam a ser redobrados.

Primeiramente, a separação dos poderes, e por mais retórico que este argumento possa parecer, implica uma distribuição de competências que, dada sua previsão constitucional e sua rotulação enquanto cláusula pétrea, não permite que se dê ensejo a esse tipo de ingerência, sob pena de que desvios e inconsistências sejam cometidos. Intromissões são sempre muito perigosas, desejando-se, diferentemente, uma atuação harmoniosa entre os três Poderes. Muito porque a execução dessas políticas se sujeita, originariamente, à oportunidade e conveniência das ações governamentais, imperando-se a feitura de ponderações pelo gestor público, e não por agentes ministeriais.

Esta análise acerca da separação dos poderes relaciona-se, em grande medida, à capacidade técnica dos agentes envolvidos, daí a subsequente conclusão. Muito em função dos procedimentos e tecnicidades adotados pelo Executivo ao longo dos anos, o que lhe fez deter informações, dados, recursos humanos e conhecimentos específicos acerca de questões que lhes são competentes, mostra-se desarrazoado o disciplinamento técnico, pelos membros ministeriais, de temas afetos às políticas públicas.

Assim, a crescente propositura de ações civis postulando ao Judiciário que condene o Poder Público à obrigação de fazer (no caso, implementar determinada política pública), suscita o desafio de como executar eficazmente essa demanda sem um conhecimento especializado e/ou um corpo técnico preparado, e de modo a não comprometer outros serviços igualmente importantes, por vezes indispensáveis à sociedade.

Nesse contexto, revela-se impróprio e inadequado que um órgão carente de capacidade técnica (Ministério Público) invoque outra instância estatal (Judiciário) para que execute toda e qualquer política pública, já que ambos desprovidos de capacidade institucional. Isso porque as manifestações do Executivo mostram-se, aprioristicamente, *competentes em produzir a melhor decisão* dentro da seara de implementação de políticas públicas.

No mais, o conhecimento da problemática orçamentária se coloca como elemento intrínseco ao debate, daí porque não basta ao Ministério Público invocar o Judiciário para que condene o Poder Público a implementar toda a sorte de política social. Sabendo-se o gasto público é uma condição sem a qual não se alcança a eficácia das políticas públicas, o gestor busca, por meio de análises econômicas e previsões orçamentárias, uma adequada e eficiente alocação dos recursos disponíveis. Nesse sentido, diante da escassez de recursos e da multiplicidade de necessidades sociais, cabe ao Poder Público, e não ao órgão ministerial, o estabelecimento de critérios e prioridades quando da efetuação de suas escolhas.

Dessume-se, por óbvio, que o limite fático da disponibilidade de recursos financeiros é real, e não um mero argumento utilizado para escusar ou eximir os poderes políticos de suas atuações. Nesse sentido, ainda que a Administração Pública se veja compelida por decisão judicial a satisfazer prestações reclamadas em juízo, a reserva do possível é um argumento válido e necessário a ser considerado neste caso, já que a limitação de recursos é uma contingência viva, da qual não se pode ignorar.

Outra preocupação trazida neste estudo diz respeito à concessão de privilégio a apenas alguns indivíduos, em detrimento de todos os outros. Percebe-se, por isso, que a inquietação vai muito além de um discurso que contrapõe, de um lado, a busca pela concretização de direitos e, de outro, a separação dos Poderes, os princípios orçamentários, a reserva do legal e a capacidade técnica. Diferentemente, o que está em

jogo é o direito à vida, à saúde, à educação e à segurança de uns *versus* o direito à vida, à saúde, à educação e à segurança de todos os outros.

Em termos bastante práticos, o atendimento de um direito poderá vir a significar o não atendimento de tantos outros igualmente importantes, já que os recursos materiais são finitos e limitados. Nesse sentido, a concretização das necessidades imediatas do jurisdicionado gera, quase que inevitavelmente, o sacrifício do atendimento macro dos anseios da coletividade.

Por tudo isso, e partindo-se da premissa de que existe para defender a sociedade coletivamente, não cabe ao Ministério Público avocar para si a tarefa de uma defesa individual. A imérita intervenção do órgão ministerial nesses casos, isto é, em que se constata uma indevida substituição processual (por faltar-lhe o requisito da homogeneidade), aumenta ainda mais os efeitos perniciosos da ingerência judicial nas políticas públicas.

Quando assim o faz, invocando o Judiciário e desencadeando a implementação de determinadas políticas – especialmente em postulações individuais calcadas em direitos sociais –, assume o risco de que privilégios sejam concedidos a somente alguns jurisdicionais, em detrimento de todo o resto da coletividade, que permanece à mercê de políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo, por vezes conformado com as deficiências estatais.

No mais, a atuação concentrada quanto à propositura de ações civis públicas, somada aos limites e contradições outrora abordados, não se mostram de todo eficientes, notadamente porque os questionamentos inseridos no âmbito de implementação de políticas públicas claramente ultrapassam discussões jurídico-processuais. Nesse sentido, conclui-se pela prescindibilidade das ações coletivas, considerando-se, ainda, a necessidade de que a redução da litigiosidade, aliada à pacificação social e à promoção do bem comum, sejam buscadas pelo Estado, através de outros meios que não o Judiciário.

Enquanto uma saída a toda essa exacerbada atuação voluntarista ministerial, e sem desmerecer a atuação do Ministério Público perante o Judiciário, o presente trabalho dedicou especial realce à atividade extrajudicial, com destaque aos termos de ajustamento de conduta e à mobilização social.

Os termos de ajustamento de condutas, já que representam uma solução negociada entre as partes, contribuem para o descongestionamento do Judiciário. O acesso à Justiça é caro e delongado. No mais, dada a assunção voluntária e consciente, este instrumento representa a “realização do possível”, restando-se facilitada a proposição de soluções, bem como a execução de todas as medidas acordadas. Por fim, o instituto mostra-se mais adequado ao interesse público, na medida em que insta o administrador a agir, sem que sua margem de discricionariedade seja tolhida, isto é, permite-se, em regra, a íntegra manutenção da coerência do conjunto da ação do governo ou do órgão público.

Outrossim, tão importante quanto à criação de regramentos e implementações dispendiosas pelo Poder Executivo, se coloca a transformação via conscientização e mobilização da sociedade, talvez até mais eficiente à solução de problema. E essa é a chave da questão. Muito antes de uma postura fatalista em relação aos problemas, apontando erros e culpados, e exigindo obrigações imensuráveis, a ideia é buscar soluções. Por óbvio, a mobilização social não garante a atuação dos Poderes Públicos, mas certamente permite um ponto balizador. Agora sim, isto é, em se verificando a permanência da inação estatal em assuntos material e tecnicamente possíveis, bem como prioritários, dá-se margem à intervenção judicial.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Claudio Tenorio Figueiredo. O Ministério Público e a Implementação de Políticas Públicas – Dever Institucional de Proteção do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: VILLELA, Patrícia (coord.). **Ministério Público e Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba, Juruá, 2006.

ARANTES, Rogério Bastos. **Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 14, nº 39, fev. 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723>. Acesso em: 20 mar. 2015.

_____. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC, Editora Sumaré, Fapesp, 2002.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Revista de Direito do Estado 3:32, 2006. (p. 1-50). Disponível em:

<https://www.academia.edu/7784818/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_das_pol%C3%ADticas_p%C3%BAblicas_em_mat%C3%A9ria_de_direitos_fundamentais._O_controle_pol%C3%ADtico-social_e_o_controle_jur%C3%ADdico_no_esp%C3%A7o_democr%C3%A1tico>
Acesso em: 20 mai. 2015.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **O Ministério Público Social e o controle de políticas públicas no Brasil**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Ano 1, n.1 (jun./dez.2011) – Natal, 2012. (p. 6-16). Disponível em: <http://www.revistapesquisasjuridicas.com.br/ojs/index.php/RPJur/article/view/2/1>. Acesso em: 25 mar. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Eletrônica OAB, 2009. (p. 1-29). Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2015.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista de Direito Social 34, abr./jun, 2009. (p.11-43).

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Carlos Nelson Coutinho (trad.). São Paulo: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 15 abr. 2015.

_____. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em 15 mar. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm#art118. Acesso em: 10 mar. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari et alli. **Direitos humanos e políticas públicas.** São Paulo: Pólis, 2001. 60p. (Caderno Pólis, 2). Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/download/Direitos%20Humanos%20e%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2015.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil:** apontamentos para uma nova abordagem. Revista Sociol. Polít., Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASAGRANDE, Cássio. **Ministério Público e a Judicialização da Política – Estudos de Casos.** Porto Alegre: Editora Sergio Fabris, 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Ministério Público e Políticas Públicas. In: CHAVES, Cristiano; MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ROSENVALD, Nelson. (Coord.)

Temas Atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DE BARROS, Sérgio Resende. **Políticas públicas e o Poder Judiciário.** Revista Unar, vol. 12, n.5, 2014. Disponível em: http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol12_n5_2014/1.politicaspUBLICAS.pdf. Acesso em: 10 abr. 2015.

FAÇANHA, Luzijones Felipe de Carvalho; LIMA, Solimar Oliveira. **O Ministério Público dos Estados e a implementação das políticas públicas sociais:** um caminho para o enfrentamento à pobreza, à desigualdade e à exclusão social. Code 2011, Anais do I Circuito de Debates Acadêmicos. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area2/area2-artigo25.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.

FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado.** 2012. Disponível em: http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf. Acesso em: 26 abr. 2015

FERRARESI, Eurico. **A responsabilidade do Ministério Público no controle de políticas públicas.** Cadernos de Direito, Piracicaba, v.9 (16-17): 61-74, jan-dez. 2009.

_____. O Ministério Público e o Princípio da Não-Obrigatoriedade da Ação Coletiva. In: CHAVES, Cristiano; MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ROSENVALD, Nelson. (Coord.) **Temas Atuais do Ministério Público:** a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; GUIMARÃES JR, João Lopes. A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional. In: FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (coord.). **Ministério Público:** instituição e processo. São Paulo: Atlas S.A., 1997.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. **O delineamento constitucional de um novo Ministério Público.** Justitia, São Paulo, 1993, v.161. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/c24153.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2015.

FINK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta). In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública:** lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. **O Ministério Público na tutela dos direitos sociais: atuação no âmbito das políticas públicas.** Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, 2009. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/151/151>. Acesso em: 15 abr. 2015.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

_____. **Ministério Público e Democracia**. Trabalho apresentado no II Congresso do Movimento do Ministério Público Democrático, Ribeirão Preto (SP), set. 1995.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KERCHE, F. **O Ministério Público e a constituinte de 1987/88**. In SADEK, MT, org. O sistema de justiça [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. O sistema de justiça. pp. 106-137. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/59fv5/pdf/sadek-9788579820397-04.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2015.

LEONEL, Ricardo de Barros. Novos desafios do Ministério Público na tutela coletiva. In: Edis Milaré (org.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: RT, 2010.

LINS, Liana Cirne. **A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais**. Revista Direito do Estado n. 12, Rio de Janeiro: Renovar/Instituto Idéias, out-dez 2008, p. 223-261.

LOPES, José Reinaldo Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça: A Função Social do Judiciário**, 2002.

LYRA, Roberto. **Ministério Público Social**. Texto do Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco, 1952. Disponível em http://siteantigo.mppe.mp.br/index.pl/dicas_mp. Acesso em: 25 abr. 2015.

MACHADO, Antonio A.; GOULART, Marcelo P. **Ministério Público e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle Judicial das chamadas Políticas Públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOURA ROCHA, J. E. D. de. **Ministério Público no estado democrático de direito**. Recife: Procuradoria de Justiça, 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público e Constituinte**. Revista Justitia 137:57, do Ministério Público do Estado de São Paulo, 1987.

_____. **O Ministério Público e Constituinte**. Revista Justitia 137:57, do Ministério Público do Estado de São Paulo, 1987.

_____. **Manual do promotor de justiça**. 2.ed.ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Regime jurídico do Ministério Público**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 14^a ed., Saraiva, 2002.

_____. **Introdução ao Ministério Público**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. **A judicialização da política no Brasil**: análise das decisões do TSE e do STF sobre verticalização das coligações e fidelidade partidária. Tese de Doutorado apresentada ao Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília – IPOL/UnB. Brasília, 2014.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA JR., Valdir Ferreira de. **Políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais**: controle judicial do dever de progresso e da proibição de retrocesso. Caderno de Ciências Sociais Aplicadas, Vitória da Conquista-BA, n. 7, 33-49, 2009. Disponível em: <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/869/875>. Acesso em 15 abr. 2015.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

PARAGUASSU, Geordano. A utilização indevida da ação civil pública. In: SILVA JÚNIOR, Arnaldo; PEREIRA, Rodrigo Ribeiro. (Coord.) **Limites de atuação do Ministério Público**: a defesa nas Ações Cíveis Públicas. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

PEREIRA, Mariana de Paula. A origem e a evolução histórica do Ministério Público. In: SILVA JÚNIOR, Arnaldo; PEREIRA, Rodrigo Ribeiro. (Coord.) **Limites de atuação do Ministério Público**: a defesa nas Ações Cíveis Públicas. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público**: reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo 3744

Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AI 138.901-GO**, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/1997, DJ 17/11/1997.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg na Petição nº 1.996-SP (2002/0126364-9)**, Rel. Ministro NILSON NAVES, julgado em 03/03/2004, DJ 05/04/2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Resp 485969/SP, Recurso Especial 2002/0165541-6**, Rel. Ministra ELIANA CALMON, julgado em 11/11/2003, DJ 04/04/2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337-AgR**. Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJ 15/09/2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AI 708667 AgR**. Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJ 10/04/2012.

TARIN, Denise. A aliança entre o Ministério Público e a Sociedade Civil na definição de Políticas Públicas. In: VILLELA, Patrícia (coord.). **Ministério Público e Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. **O fornecimento de medicamentos pelo Estado**. Revista Direito Processual Geral, Rio de Janeiro, (55), 2002 (p. 101-111). Disponível em: http://download.rj.gov.br/documentos/10112/777435/DLFE-46810.pdf/Revista55Doutrina_pg_101_a_111.pdf. Acesso em: 19 mai. 2015.

TORO, José Bernardo A.; WERNECK, Nísia Maria Duarte. **Mobilização Social: um modo de construir a democracia e a participação**. Ministério do Meio Ambiente, Recursos Hídricos e Amazônia legal, Secretaria de Recursos Hídricos, Associação Brasileira de Ensino Agrícola Superior, Brasília: UNICEF, 1997.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **AC 1994.001.01749**, Rel. Desembargador CARPENA AMORIM, julgado em 20/09/94, DJ 07/02/95.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Agravo de Instrumento nº 1.0245.04.048513-9/001**, Rel. Des. ORLANDO CARVALHO, julgado em 08/03/2005, DJ 15/04/2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **AC/Reexame necessário 1.0245.01.000084-3/001**, Rel. Des. NEPOMUCENO SILVA, julgado em 31/08/2006, DJ 29/09/2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Agravo nº 1.0024.07.760590-5/001**, Rel. Des. BELIZÁRIO DE LACERDA, julgado em 22/04/2008, DJ: 05/06/2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **AC 70042854224**, Rel. Desembargador ALMIR PORTO DA ROCHA FILHO, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, julgado em 22/06/2011, DJ 13/07/2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **AC 10035100133194001/MG**, Rel. Desembargadora HILDA TEIXEIRA DA COSTA, Câmaras Cíveis Isoladas /2ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 29/01/2013, DJ 01/02/2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **AC 70063508436**, Rel. Desembargador CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO, VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Comarca de Marau, julgado em 12/02/2015, DJ 18/02/2015.

VALLINDER, T. 1995. When the Courts Go Marching In. In : VALLINDER, T. e TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics**. New York : New York University, 1995.

VASCONCELOS, Clever. **Ministério Público na Constituição Federal: doutrina e jurisprudência – comentários aos artigos 127 a 130-A da Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

WEDY, Gabriel. **A separação dos poderes e a independência do Poder Judiciário**. Interesse Público – IP: Revista Bimestral de Direito Público. Belo Horizonte, ano 14, n. 72, mar./abr. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=79191>>. Acesso em: 25 maio 2012.