

A IMPLEMENTAÇÃO E O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ATRAVÉS DO INQUÉRITO CIVIL, RECOMENDAÇÃO, TERMO DE AJUSTAMENTO, E DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO FUTURO

Silvio Roberto Matos Euzébio¹

Resumo: O sistema normativo é integrado por normas (regras e princípios), procedimentos, e discurso argumentativo. Compreende-se as normas que prescrevem políticas públicas como dotadas de positividade concretizadora dos direitos metaindividuais. Por conseguinte, as políticas públicas estão sujeitas ao processo de exigibilidade e fiscalização ou controle quanto aos seus aspectos funcionais. O Ministério Público tem papel fundamental na promoção dos instrumentos de defesa dos direitos metaindividuais, sem excluir outros órgãos legitimados, posto que dispõe de ampla legitimação dos instrumentos de atuação (o inquérito civil, a recomendação, o termo de ajustamento de conduta e a ação civil pública), consoante estratégia inerente à atividade-fim do *Parquet*.

O reconhecimento do que o Direito diz, quando funciona, não funciona (situações de estrangulamento), e de como deveria funcionar, exige a compreensão do sentido e da finalidade da regulação dos fatos sociais através da aplicação das normas jurídicas.

A regulação dos fatos sociais pelo Direito apresenta uma característica denominada de contrafactividade. Pela contrafactividade a norma jurídica é antagonica aos fatos em três aspectos essenciais:

¹Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe. Titular da 2ª Promotoria de Justiça da Infância e Adolescência da Comarca de Aracaju.

a) a norma continua válida (a cobrança do Estado e da Sociedade pelo respeito à norma, com invocação da sua validade);

b) exprime um dever que objetiva mudar a realidade social, transformar comportamentos (função progressista);

c) deseja impedir que pessoas e grupos venham descumprir (transgredir) a ordem social.²

Desde a perspectiva da linguagem, podemos objetivamente distinguir no Ordenamento Jurídico as *normas sancionadoras* das chamadas *normas-objetivo*. As primeiras, ordenam condutas gerais; as segundas, ordenam condutas enquanto instrumentos ou planos de governos, ou diretrizes programáticas, como bem esclarece o Eminentíssimo Eros Roberto Grau:

Enquanto instrumento de governo, então, o direito passa a ser operacionalizado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos. Pois a definição dos fins de tais políticas é enunciada, precisamente, em textos normativos que consubstanciam normas-objetivo e que, mercê disso, passam a determinar os processos de interpretação do direito.

As normas-objetivo são normas instituidoras ou com pretensão à implementação de Políticas Públicas. São normas com a finalidade de interferência/modificação de uma dada realidade social. Segundo explica Cristiane Derani:

(...) política pública é um conjunto de ações coordenadas pelos entes estatais, em grande parte por eles realizadas, destinadas a alterar as relações sociais existentes. Como prática estatal, surge e se cristaliza por norma jurídica. A política pública é composta de ações estatais e decisões administrativas competentes.⁴

É oportuno deixar assentado o emprego do conceito pós-moderno de norma: cada norma ou é uma regra ou é um princípio (Alexy, Dworkin etc).

E, partindo da compreensão do Direito como um sistema normativo, integrado por normas (regras e princípios), procedimentos, e discurso argumentativo, no próprio Sistema vamos encontrar disposições atinentes ao funcionamento, *modus operandi*, e à eliminação de obstáculos.

2 V. DIMITRI DIMOULIS, Manual de Introdução Ao Estudo do Direito, RT, 2003, pgs. 65/66; e BEN-JAMIN ZYMLER, “Política, Direito e Reforma do Estado: uma visão funcional sistêmica”, in Rev. de Informação Legislativa, a. 37, n.147, jul/set 2000, pgs. 39, com a explicação que o Direito tem a função de “estabilizar congruentemente a expectativa das pessoas, por meio do estabelecimento de normas jurídicas”.

3 Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, 2ª ed., Malheiros, 2003, pg. 123.

4 Política pública e a norma pública, in Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico, org. MARIA PAULA DALLARI BUCCI, Saraiva, 2006, pg. 135.

Por outro aspecto, partindo do ponto ou da premissa existência necessária de ordem normativa válida, com a instituição de Direitos Fundamentais (expressos através da linguagem e do conteúdo dos funtores modais característicos - obrigatório, proibido e permitido, há também a previsão da uso de mecanismos para garantir a observância dos preceitos ou normas-objetivo (procedimento-estruturante). Ou seja, mecanismos capazes de produzir a incidência normativa sobre a realidade social na hipótese de recusa (não aceitação) ou descumprimento por integrantes da própria Sociedade ou do próprio Estado (somente se puder ser caracterizado como Estado de Direito).

No contexto aferição da incidência das normas-objetivo, das políticas públicas, o Ministério Público foi dotado de legitimação ampla através dos instrumentos de defesa dos direito metaindividuais: o inquérito civil⁵, a recomendação⁶, o termo de ajustamento⁷, e da ação civil pública⁸.

Assim, enquanto operador essencial à operatividade do Sistema Jurídico, o Ministério Público passa a lançar mão, a utilizar, tanto chamadas das Normas de Conduta, i.e, normas dirigidas para a regulação da conduta de pessoas, quanto das denominadas Normas de Estrutura, i.e., destinadas a regular a produção de outras normas, como explica o Ilustre Norberto Bobbio⁹.

Como já assinalado, habitamos sob uma Ordem Jurídica complexa que oferece normas de *conduta* e normas de *estrutura* para a solução dos problemas sociais. Dentre as últimas, estão disponíveis aquelas que regulamentam as condutas do Corpo Social e Administrativo, na consecução das suas finalidades, aí incluídas as Políticas Públicas.

Todavia, as normas-objetivo ou de estrutura são editadas num esquema predominantemente declarativo: com o caráter simbólico para o destinatário (o Povo); e caráter discricionário (facultativo), para os responsáveis pelo seu cumprimento, como assinalou Harald Kinderman, com a magistral apresentação pelo Prof. Marcelo Neves, o qual identificou

5 V. artigo 129, III, da Constituição Federal, artigo 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85, arts. 25, IV, e 26, I da Lei nº 8.625/93, e Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público, especialmente a de nº 23/2007, a título exemplificativo.

6 V. arts. 26, V, e 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.625/93, artigo 201, § 5º, “c”, da Lei nº 8.069/90, e Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público, a título exemplificativo.

7 V. artigo 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85, e Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público, especialmente a de nº 23/2007, a título exemplificativo.

8 V. artigo 129, III, da Constituição Federal, arts. 1º, e 5º, I, da Lei nº 7.347/85, artigo 25, IV, da Lei nº 8.625/93, e legislação complementar.

9 Teoria do Ordenamento Jurídico, 4ª ed., EdUNB, 1994, pg. 46/47.

o problema com a designação de “Legislação Simbólica”, através do modelo tricotômico e sistemático:

*Conteúdo de legislação simbólica pode ser: a) Confirmar Valores Sociais, b) Demonstrar a Capacidade de Ação do Estado e c) Adiar a Solução de Conflitos Sociais Através de Compromissos Dilatórios.*¹⁰

Cabe assinalar que a partir da Legislação Simbólica emergiram os problemas funcionais decorrentes da “aparente” insuficiência ou incapacidade do Ordenamento, mas, em verdade, são resultantes de déficits ou outras patologias de aplicação das normas, notadamente da legislação contendo as normas-objetivo, comumente correlatas ao enfrentamento dos problemas da exclusão social¹¹, fenômeno multidimensional pelo qual o aparelho sócio-estatal tanto produz o impedimento do acesso a bens e direitos fundamentais, quanto deixa de estabelecer mecanismos para possibilitar a inclusão ou ressocialização de determinadas parcelas da população, ou ainda eles funcionam precária e insuficientemente.

José Ortega Y Gasset nos oferece três premissas básicas, mas de grande síntese e utilidade para a compreensão da relação entre Política e Estado, ao mesmo tempo em que demonstra, nesta seara, quanto as definições podem tem o papel retórico:

1º. Uma política é clara quando sua definição não o é. É necessário decidir-se por uma dessas tarefas incompatíveis: ou se vem ao mundo para fazer política ou se vem para fazer definições. (...);

2º. Política é ter uma idéia clara do que se deve fazer a partir do Estado em uma nação;

*3º. O Estado não é mais que uma máquina situada dentro da nação para servir a ela.*¹²

É através da edição de um conjunto de normas que o Estado passa a formular seu “programa finalístico”. Nas palavras do Prof. Eros Roberto Grau:

*Os textos normativos são formulados tendo em vista um determinado estado da realidade social (que eles pretendem reforçar ou modificar); este estado da realidade social geralmente não aparece no texto da norma.*¹³

10 A Constitucionalização Simbólica, ed. Acadêmica, São Paulo, 1994, pg. 34.

11 Segundo MARIÂNGELA BELFIORE WANDERLEY, *Refletindo Sobre a Noção de Exclusão*, in *As Artimanhas da Exclusão*, Org. Bader Sawaia, 4ª. Ed., Vozes, 2002, pg. 16, a expressão “exclusão social” foi cunhada por René Lenoir em 1974.

12 Mirabeau ou o Político, EdUNB, 1982, pgs. 71 e 79.

13 Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / Aplicação do Direito, 2ª. ed., Malheiros,, 2003, pg. 73.

E aqui é preciso explicar o mecanismo de funcionalidade do programa finalístico a partir das (interessantes) normas-objetivo. Embora inicialmente concebidas enquanto “instrumento de governo”, todavia, passam integrar e interagir com o plexo sistêmico do ordenamento jurídico, com todas as suas características, inclusive de positividade. São as chamadas popularmente “Normas de Políticas Públicas”.

Mais uma vez o Douto Mestre Eros Roberto Grau vem esclarecer:

Enquanto instrumento de governo, então, o direito passa a ser operacionalizado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos. Pois a definição dos fins de tais políticas é enunciada, precisamente, em textos normativos que consubstanciam normas-objetivo e que, mercê disso, passam a determinar os processos de interpretação do direito¹⁴.

Especificamente neste processo de implementação normativa, ou incidência, também denominado de “processo de concretização” de acordo com o Prof. Marcelo Neves, a norma

sofre bloqueios em toda e qualquer situação no qual o conteúdo do texto legal abstratamente positivado é rejeitado, desconhecido ou desconsiderado nas interações concretas dos cidadãos, grupos, órgãos estatais, organizações etc; inclusive, portanto, nas hipóteses de inobservância ou inexecução da “norma jurídica” (geral) e da “norma de decisão” (individual) produzidas em um caso jurídico determinado, como também quando ocorrer desuso ou abuso de “ofertas de regulamentação”. Entretanto, o processo concretizador não deve suscitar, de maneira nenhuma, “a ilusão da plena correspondência do abstrato ao concreto”, mas sim, como problema, “a ser resolvido através de uma forma de não-identidade integrada do abstrato e do concreto¹⁵.

A necessidade de “desbloqueio” no processo de execução das normas já é bastante sentido quando da necessidade de sujeição das chamadas Políticas Públicas normatizadas aos mecanismos de controle:

Políticas Públicas, na Constituição Federal, podem ser conceituadas, na acepção normativa, como o instrumento de ação do Estado e de seus poderes constituídos, em especial o executivo e legislativo, de caráter vinculativo e obrigatório, que deve permitir divisar as etapas de concreção dos programas políticos constitucionais voltados à realização dos fins da República e do Estado Democrático de Direito, passíveis de exame de mérito pelo Poder Judiciário.¹⁶

Não é possível pensar de outra forma diante do aspecto normativo inafastável do controle administrativo previsto na parte inicial do caput do

14 Idem, pg. 123.

15 A Constitucionalização Simbólica, Acadêmica, São Paulo, 1994, pg. 46.

16 GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA, in Direito ao Desenvolvimento, Ed. Método, 2004, pgs. 104 e 244.

artigo 37 da Constituição Federal (“*A administração pública... de qualquer dos poderes... obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...*”).

Os diversos princípios declinados na cabeça do artigo 37 fundamentam o controle da execução das Políticas Públicas, suas omissões, deficiências, ou abusos, e constituem uma verdadeira “chave de ignição” dos mecanismos de controle, dentre os quais, a Ação Civil Pública (ACP), Recomendação Administrativa (RA), o Inquérito Civil (IC) e o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

Convém esclarecer que a expressão Inquérito Civil (IC) abarca ou contempla o denominado Procedimento Preparatório do Inquérito Civil (PPIC), ou similar, necessário quando não há elementos para abertura imediata do último, ou seja, aquele “*destinado à realização de uma verificação preliminar, com a finalidade de capacitar-se a decidir pelo cabimento ou não de instauração do inquérito civil.*”¹⁷

São instrumentos-garantia, postos à disposição pela própria Sociedade para o controle do Estado, consoante os primeiros frutos da Jurisprudência já amplamente conhecida e que vem sendo citada:

Ação Civil Pública - Adolescente infrator - Artigo 227, caput, da constituição federal - Obrigação de o estado-membro instalar e manter programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores. 1. Descabimento de denúncia da lide à União e ao Município. 2. Obrigação de o Estado-Membro instalar (azer as obras necessárias) e manter programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, para o que deve incluir a respectiva verba orçamentária. Sentença que corretamente condenou o Estado a assim agir, sob pena de multa diária, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público. Norma constitucional expressa sobre a matéria e de linguagem por demais clara e forte, a afastar a alegação estatal de que o Judiciário estaria invadindo critérios administrativos de conveniência e oportunidade e ferindo regras orçamentárias. Valores hierarquizados em nível elevadíssimo, àqueles atinentes à vida e à vida digna dos menores. Discricionariedade, conveniência e oportunidade não permitem ao administrador se afaste dos parâmetros principiológicos e normativos da Constituição Federal e de todo o sistema legal. 3. Provimento em parte, para aumentar o prazo de conclusão das obras e programas e para reduzir a multa diária.

17 LUIS ROBERTO PROENÇA, Inquérito Civil, RT, 2001, pg. 45.

Ementa: Ação Civil Pública. Inépcia. Poder Discricionário da Administração Pública. Descumprimento orçamentário. A peça vestibular do processo é muito clara e precisa ao indicar que pleiteia a formação de estrutura suficiente para concretização dos programas regionalizados de atendimento ao menor infrator, privado de liberdade. Apresenta, inclusive, minúcias sobre a postulação. Invoca o ECA, para apurar o pedido. Ademais, a meteria enfocada na preliminar, se confunde com o mérito. – Não há um laivo sequer de afronta ou negação ao poder discricionário da administração pública, mas simples exigência do cumprimento da lei. Discricionariedade administrativa jamais poderá ser confundida com arbitrariedade e até irresponsabilidade. Para ela existe o controle das leis. – O Poder Judiciário, no estrito cumprimento de sua função, estabelecida pela Lei Estadual acima mencionada, tomou todas as medidas cabíveis e colocou em pleno funcionamento aqueles Juizados Regionais. A Administração Pública Estadual, de sua parte, não proporcionou condições necessárias e imprescindíveis, para viabilizar que as decisões desses Juizados pudessem ser cumpridas adequadamente. Sentença mantida. Recurso improvido.¹⁸

Ação Civil Pública - Legitimidade - Interferência no Poder Executivo - Inexistência - Tratando-se de atendimento social previsto na Constituição da República, é de se reconhecer a existência de direito difuso a ser tutelado por ação civil pública. A determinação para implementação de política pública, já prevista na Constituição da República não caracteriza ingerência no Poder Executivo. Recursos a que se negam provimento.¹⁹

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. MUNICIPALIZAÇÃO. É da responsabilidade do município elaborar projeto sério de implementação de programa de atendimento a adolescentes em cumprimento de medidas sócioeducativas em meio aberto. Agravo de Instrumento desprovido.²⁰

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2.

18 Apelação Cível Nº 595133596, Tribunal de Justiça do RS, 8ª. Câ. Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. em 18/03/1999.

19 Apelação nº. 061.146.5/0 - 2ª Câmara de Direito Público 1 TJSP - Rel. Des. Linneu Peinado, j. 22/06/99.

20 TJRS, AI, n. 70006674253, 8ª. Câmara Cível, Rel. José S. Trindade, j. Em 02/10/2003.

Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido.²¹

Entretanto, se por vezes, em determinadas situações específicas e pontuais, no campo da Administração Pública, a Ação Civil Pública (ACP) será necessária e suficiente para a implementação de obrigações específicas, como por exemplo, reconstrução e conservação de uma escola, de uma estrada, para a reforma de um abatedouro de animais, ou para a instituição de um aterro sanitário, diante da falta de atendimento das condições físicas dos equipamentos em seu estado atual; em outras situações, a mesma Ação Civil Pública (ACP) poderá comportar exigência da implementação de Política Pública Educacional, Política Pública Rodoviária, Política Pública Sanitária, Política Pública Ambiental e Sanitária etc, através da formulação do pedido de tutela para a aplicação de normas gerais já editadas, com vista à estruturação de um conjunto de normas individuais ou concretas a serem observadas em razão de deveres e prestações próprias (sistematização de um plexo de deveres ou obrigações e Direitos).

A Ação Civil Pública (ACP) tem por finalidade proteger interesses difusos e coletivos, conforme preconizado pela Constituição Federal, no seu artigo 129, III. No Diploma Geral regulamentador, a Lei n. 7.347/85, no artigo 3º., consignou a amplitude de espectro do instrumento, capaz de conter ou veicular pretensão do estabelecimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Por conseguinte, ocorrido o pressuposto fático-jurídico subsumível capaz de justificar proteção e tutela aos direitos metaindividuais, é possível instaurar Inquérito Civil (IC) para apuração de violações por parte de uma determinada Política Pública, conste ou não com tal denominação, expedir Recomendação Administrativa (RA) para melhoria dos serviços, firmar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) para sua implementação e implementação ou eficiência, ou propor a Ação Civil Pública (ACP) com o mesmo fim, inclusive de apuração de responsabilidades por danos.

Por outras palavras, os instrumentos de proteção e tutela dos interesses metaindividuais podem veicular de forma coexistencial, uma, duas, três, várias medidas ou providências (obrigações) individuadas, específicas e objetivas, ou um plexo sistematizado delas.

21 STJ, RESP 493811, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 11/11/03, DJ 15/03/04.

O Inquérito Civil (IC), a Recomendação Administrativa (RA), o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e a Ação Civil Pública (ACP) são, portanto, instrumentos capazes de assegurar a efetividade a certos direitos e interesses previstos na Ordem Jurídica, e a respectiva utilização ficará condicionada à estratégia de atuação finalística do responsável pelo Órgão Ministerial, em cada caso.

A Professora e Procuradora da República Luiza Cristina F. Frischeisen examina o assunto de forma conexa ou concomitante com a atribuição do Ministério Público:

A função do Ministério Público não comporta somente atuação para corrigir atos comissivos da administração pública que porventura desrespeitem os direitos constitucionais do cidadão, mas também a correção dos atos omissivos, ou seja, a implementação efetiva de políticas públicas visando a efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988.

A ação civil pública é, portanto, o instrumento processual do Ministério Público para juridicizar a demanda coletiva pela implementação de direitos assegurados pela ordem social constitucional.²²

A Doutrina já vinha assinalando o novo Papel do Ministério Público e pavimentando o caminho:

Neste ponto, devemos destacar que, mesmo diante de uma profunda mobilização social na busca da concretização dos direitos fundamentais por intermédio das políticas públicas, os Poderes Públicos podem permanecer inertes.

Tal quadro, caso se verifique, pode ensejar a intervenção do Ministério Público em outra esfera, qual seja, a judicial.

O Ministério Público vem se mostrando um agente fundamental na implementação de políticas públicas, especialmente atuando como legitimado ativo em processos individuais e coletivos. (...).

Inegável, portanto, a relevância do papel a ser cumprido pelo Ministério Público no que tange à efetivação das políticas públicas, em especial daquelas voltadas para os direitos fundamentais sociais, razão pela qual os responsáveis pelos rumos da Instituição, em suas diversas esferas, devem conduzir suas gestões na busca da concretização de tal modelo institucional. (DERANI, 2006, p. 133-134).

É preciso deixar assentado que não se defende, nem ao longe, a possibilidade do Poder Judiciário editar “legislação”, com edição das chamadas normas primárias e criar políticas públicas. Todavia, é importante

22 POLÍTICAS PÚBLICAS. *A responsabilidade do administrador e o ministério público*, Ed. M. Li-monad, 2000, pgs. 126 e 127. (grifo da autora.)

acrescentar, que é inerente ao Poder Judiciário a possibilidade de controle judicial (princípio da inafastabilidade da jurisdição) sobre a implementação de Políticas Públicas o que pode ser feito, tanto no tocante à legalidade, quanto acerca da razoabilidade na eleição das prioridades em que devam ser aplicadas as verbas públicas.

A prestação da tutela jurisdicional em tais casos constitui a fiscalização do exercício do poder discricionário estatal, sem que ocorra um controle específico do mérito das decisões tomadas pela Administração Pública.

Nesse diapasão, quando da eleição das prioridades e implementação das Políticas Públicas, poderá o Poder Judiciário, por provocação do Ministério Público, ou de outros órgãos legitimados, realizar a revisão judicial do ato, quando caracterizada a violação de princípios e das normas-objetivos.

A propósito, exemplo bem ilustrativo do que ora é afirmado consta de Acórdão do STJ que deixou assentada a exigibilidade da obrigação do oferecimento de creche aos menores de 06 anos pelo Poder Público:

Processual Civil - Ação civil pública - Cabimento - Menores de 6 anos - Creche extensiva - Exigibilidade - ECA, artigo 54. Direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e procedência.

1 - O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal.

É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade.

2 - Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da

erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

3 - Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigir-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

4 - A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pética.

5 - Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6 - *Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.*

7 - As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8 - Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9 - *Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. (...)²³*

23 STJ, 1ª. T., Resp n. 492.904-0-SP, Rel. Min. Luiz Fux, unânime, Data do Julgamento, 23.03.2004, Boletim do Superior Tribunal de Justiça, n. 05/2004, 1ª quinzena de abril de 2002, pgs. 41/44.

O Supremo Tribunal Federal, através de diversos precedentes, também assegurou direitos constitucionais firmando a possibilidade do Poder Judiciário determinar a implementação de Políticas Públicas, dos quais transcrevemos apenas para fins de exemplificativo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. 1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos [artigo 129, I e III, da CB/88]. Precedentes. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.²⁴

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS ASTREINTES CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, Artigo 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, Artigo 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO

24 RE nº 367.432/PR-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 14/5/10.

DAS 'ESCOLHAS TRÁGICAS' - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO JURA NOVIT CURIA - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL.(...) DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes.(...).²⁵

E recentemente o próprio Supremo Tribunal Federal voltou a assinalar de maneira contundente e precisa a legitimação da Ação Civil Pública (ACP)

25 ARE nº 639.337/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 15/9/11

e do próprio Ministério Público para a promoção e a implementação de Políticas Públicas como é possível aferir:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde.

2. 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.

3. *Agravo regimental não provido.*²⁶

É importante destacar que não se verificou a necessidade de edição de normas ou regulamentação legal de direitos fundamentais em matéria de Políticas Públicas uma vez que elas já constam previstas na Constituição Federal, bem como em um sem-número de Leis editadas.

A atuação do Ministério Público não é excludente dos demais Órgãos legitimados à fiscalização ou controle das Políticas Públicas, e tem fundamento na incumbência da defesa da Ordem Jurídica e da Sociedade, como prescrito no artigo 127, “caput”, da Constituição Federal.

O Ministério Público poderá utilizar o Inquérito Civil (IC), a Recomendação Administrativa (RA), o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), e a Ação Civil Pública (ACP) para a apuração ou fiscalização, implementação e controle de Políticas Públicas. E deve fazê-lo mediante a definição do objeto de fiscalização, ou mediante a formulação de um plexo contendo medidas ou providências (obrigações) individuadas e objetivas, em caráter cumulativo, alternativo ou subsidiário diante do contexto fático sobre o qual a incidência normativa deixou de produzir seus efeitos, total ou parcialmente.

A utilização do Inquérito Civil (IC), da Recomendação Administrativa (RA), do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), e da Ação Civil Pública (ACP)

26 STF, AG. REG. NO AI N. 809.018-SC, 1ª. Turma, Relator: Min. Dias Toffoli, unânime, j. em 28.05.2013, Informativo STF Nº 683, Brasília, 8 a 11 de outubro de 2012. (grifo nosso)

dependerá da estratégia de atuação do Membro do Ministério Público, como deixou assentado o Conselho Nacional do Ministério Público sob a relatoria da Conselheira Cláudia Maria De Freitas Chagas, que consignou no seu Voto:

A atividade extrajudicial do Ministério Público demanda uma estratégia. Assim, quando se instaura um inquérito civil público, quando se opta por elaborar um termo de ajustamento de conduta ou em qualquer outro procedimento extrajudicial, tudo é feito com base em uma estratégia elaborada pelo membro do Parquet. É o Promotor de Justiça atuando no exercício de suas atribuições, na sua atividade finalística, que deve avaliar qual o instrumento a ser utilizado, bem como a oportunidade da atuação.²⁷ (pg. 03-04 ou 544 e 545)

Pois, como bem ilustra o Doutor Hugo Nigro Mazzilli, “o dever de agir não obriga à cega propositura da ação pelo Ministério Público”.²⁸

Conclusão

É preciso fazer redirecionar a utilização dos mecanismos de exigibilidade da Administração para a concretização da Ordem Jurídica.

O MINISTÉRIO PÚBLICO tem por atribuição primordial a defesa dos direitos fundamentais do homem e o homem em sociedade.

Mesmo porque, de acordo com o Mestre J. J. Gomes Canotilho:

a base antropológica dos direitos fundamentais não é apenas o ‘homem individual’, mas também o homem inserido em relações sociopolíticas e socioeconômicas e em grupos de vária natureza, com funções sociais diferenciadas.²⁹

Assim, o Ministério Público tem papel fundamental na promoção da defesa dos direitos metaindividuais de segunda dimensão, ou seja, a persecução da implementação e o controle de Políticas Públicas. A atividade do Ministério Público não é excludente de outros Órgãos Legitimados (Tribunais de Contas, Conselhos de Direitos etc.) e tem fundamento ainda no artigo 127, “caput”, da Constituição Federal.

27 Acórdão no Procedimento de Controle Administrativo (PCA) Nº 0.00.000.000225/2013-99, julgado em conjunto com o PCA Nº 0.00.000.000135/2013-06, com a seguinte ementa: PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE. DESCONSTITUIÇÃO DE DECISÃO PROFERIDA PELO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. ATRIBUIÇÃO PARA ATUAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CNMP. IMPROCEDÊNCIA.

1. A jurisprudência firmada por este Conselho Nacional é forte no sentido da impossibilidade de revisão do conteúdo de ato do Procurador-Geral de Justiça relacionado à solução de conflito de atribuições, uma vez que tal matéria não está inserida no rol de competências deste Conselho (Enunciado CNMP nº 6).
2. Ainda que superados os óbices apontados, os elementos constantes dos autos não apontam vícios flagrantes no ato impugnado, capazes de provocar o controle de legalidade, comumente exercido por este Conselho Nacional.
3. Não instauração de Representação por Inércia ou por Excesso de Prazo. 4. Improcedência. (DOU DE 27/06/2013, Seção I, pg. 58)

28 A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Saraiva, 2002, 14ª ed., pg. 96.

29 Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª ed., Almeida, 1999, pg. 382.

A atuação do Ministério Público não está na inovação ou na previsão, mas na realização do que foi pensado no passado, como obra do presente!

Diante de todo o exposto, resta CONCLUIR:

1 - o Ministério Público, na dicção do artigo 127, “caput”, da constituição federal, tem a incumbência e o dever (não excludentes) de promover medidas judiciais e extrajudiciais para formulação, implementação e fiscalização de políticas públicas previstas na constituição e na legislação vigente;

2 - o Ministério Público dispõe dos instrumentos constitucionais e legais afetos à defesa dos direitos metaindividuais para o exercício da atribuição de promover o controle das políticas públicas previstas: o inquérito civil, a recomendação administrativa, o termo de ajustamento, e da ação civil pública;

3 - o Ministério Público utilizará o inquérito civil, a recomendação, o termo de ajustamento, e da ação civil pública, motivadamente, e de acordo com a estratégia de atuação em cada caso, no exercício da sua atividade-fim.

Referências bibliográficas

BOBBIO, NORBERTO. Teoria do Ordenamento Jurídico, EdUNB, 4ª ed., 1994, pg. 46/47.

BUCCI, MARIA PAULA DALLARI. Direito Administrativo e Políticas Públicas, Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª ed, Almedina, 3ª ed., 1999, pg. 382.

DERANI, CRISTIANE. in Política pública e a norma pública, in Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico, org. MARIA PAULA DALLARI BUCCI, Saraiva, 2006, pg. 135.

DIMOULIS, DIMITRI. Manual de Introdução Ao Estudo do Direito, RT, 2003, pgs. 65/66.

FERRAZ, ANTONIO AUGUSTO MELO DE CAMARCO. Considerações Sobre Interesse Social e Interesse Difuso. In: Édis Milaré (Coord.). A Ação Civil Pública Após 20 Anos. RT, 2005, p. 59-71.

FRISCHEISEN, LUIZA CRISTINA F. POLÍTICAS PÚBLICAS, A responsabilidade do administrador e o ministério público, Ed. M. Limonad, 2000, pgs. 126 e 127.

GONÇALVES, LEONARDO AUGUSTO. in O MINISTÉRIO PÚBLICO E A BUSCA PELA INCLUSÃO SOCIAL: ATUAÇÃO NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de

novembro de 2009, bem como também no site http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2005.pdf, respectivamente pgs. 17/18(667/668) e 22(672)

GRAU, EROS ROBERTO. Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, 2ª ed., Malheiros, 2003, pg. 123.

MAZZILLI, HUGO NIGRO. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Saraiva, 2002, 14ª ed., pg. 96.

_____ O Inquérito Civil e o Poder Investigatório do Ministério Público. In: Édis Milaré (Coord.). A Ação Civil Pública Após 20 Anos. RT, 2005, p. 221-245.

NEVES, MARCELO. A Constitucionalização Simbólica, ed. Acadêmica, São Paulo, 1994, pg. 34.

ORTEGA Y GASSET, JOSÉ. Mirabeau ou o Político, EdUNB, 1982, pgs. 71 e 79.

PROENÇA, LUIS ROBERTO. Inquérito Civil, RT, 2001, pg. 45.

SILVA, GUILHERME AMORIM CAMPOS DA, in Direito ao Desenvolvimento, Ed. Método, 2004, pgs. 104 e 244.

WANDERLEY, MARIÂNGELA BELFIORE. “Refletindo Sobre a Noção de Exclusão”, in As Artimanhas da Exclusão, org. Bader Sawaia, 4ª. Ed., Vozes, 2002, pg. 16.

ZYMLER, BENJAMIN. “Política, Direito e Reforma do Estado: uma visão funcional sistêmica”, in Rev. de Informação Legislativa, a. 37, n.147, jul/set 2000, pgs. 39.