

# PRESSUPOSTOS LÓGICOS E JURÍDICOS PARA UMA ADEQUADA ATUAÇÃO AVALIATIVA DAS CORREGEDORIAS QUANTO AO PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS (PRESTACIONAIS)

Luciano Coelho Ávila<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo busca analisar alguns parâmetros e pressupostos lógicos e jurídicos para uma adequada atuação das Corregedorias do Ministério Público brasileiro no plano da avaliação das ações e eventuais omissões dos órgãos do Ministério Público no processo de fiscalização das diversas fases ou ciclos que integram a formulação e a implementação de políticas públicas destinadas à efetivação de direitos fundamentais prestacionais (sociais). A premissa central, embora não exclusiva, para o aprimoramento das atividades avaliativas das Corregedorias nesse âmbito de atuação ministerial, reside na prévia e obrigatória consideração, por parte dos órgãos correccionais, acerca das distintas realidades estruturais de cada ramo ou unidade, o que engloba a exigência de maior conhecimento sobre a estrutura técnica e administrativa dos órgãos do Ministério Público incumbidos de tais misteres. A progressiva ampliação, por parte dos Ministérios Públicos, do quadro de servidores com formação e *expertise* em políticas públicas dos mais variados segmentos prestacionais – especialmente nas áreas de fiscalização preventiva e acompanhamento de execução dos orçamentos públicos, saúde, educação, segurança pública, meio ambiente, urbanismo, entre outros –, não apenas subsidiará a definição das melhores estratégias e rotinas de atuação do órgão, com maiores índices de resolutividade (seja no plano preventivo extrajudicial, seja no âmbito da atuação judicial repressiva), como seguramente facilitará e possibilitará a própria mensuração da atividade de controle sobre referidos fluxos de ação, a cargo das Corregedorias.

**Palavras-chave:** Ministério Público. Direitos fundamentais sociais. Políticas públicas prestacionais e seus diversos ciclos/fases. Fiscalização do Ministério Público. Papel de avaliação das Corregedorias: parâmetros e pressupostos. Avaliação da atuação preventiva e repressiva do Ministério Público.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Parâmetros e premissas para a legitimidade da fiscalização, pelo Ministério Público, e da revisão, pelo Judiciário, sobre as etapas ou ciclos das políticas públicas prestacionais. 3. Pressupostos para uma adequada atuação avaliativa das Corregedorias quanto

<sup>1</sup> Promotor de Justiça do MPDFT. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Especialista em Direito Processual Civil pela UFSC. Professor de Direito Constitucional da Fundação Escola Superior do MPDFT. Assessor Cível e de Controle de Constitucionalidade da PGJ-MPDFT. Membro auxiliar do CNMP, de 2012 a 2015, como coordenador-geral da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais (CDDF).

ao papel do Ministério Público na fiscalização das políticas públicas como instrumentos de efetivação de direitos fundamentais sociais. 3.1. Pressupostos jurídicos: ponderação entre *deveres funcionais* e *independência funcional*. 3.2. Pressupostos lógicos ou “não jurídicos”: consideração às *variáveis* presentes em todas as fases das políticas públicas. 4. Conclusões. 5. Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca examinar alguns parâmetros e pressupostos lógicos e jurídicos para uma adequada atuação das Corregedorias do Ministério Público brasileiro no plano da avaliação das ações e eventuais omissões dos órgãos do Ministério Público no processo de fiscalização das diversas fases ou ciclos que integram a formulação e a implementação das políticas públicas destinadas à efetivação de direitos fundamentais prestacionais (sociais).

Como se evidenciará, a premissa central, embora não exclusiva, para o aprimoramento das atividades avaliativas das Corregedorias nesse âmbito de atuação ministerial, reside na prévia e obrigatória consideração, por parte dos órgãos correcionais, acerca das distintas realidades estruturais de cada ramo ou unidade, o que engloba a exigência de maior conhecimento sobre a estrutura técnica e administrativa dos órgãos do Ministério Público incumbidos de tais misteres.

A progressiva ampliação, por parte dos Ministérios Públicos, do quadro de servidores com formação e *expertise* em políticas públicas dos mais variados segmentos prestacionais – especialmente nas áreas de fiscalização preventiva e acompanhamento de execução dos orçamentos públicos, saúde, educação, segurança pública, meio ambiente, urbanismo, entre outros –, *não apenas* subsidiará a definição das melhores *estratégias* e *rotinas* de atuação do órgão, com maiores índices de *resolutividade* (seja no plano preventivo extrajudicial, seja no âmbito da atuação judicial repressiva), como também *seguramente facilitará* e *possibilitará* a própria mensuração da atividade de controle sobre referidos fluxos de ação, a cargo das Corregedorias.

Almeja-se também contribuir, ainda que a partir de breves apontamentos, para o delineamento de maior *racionalização* e *qualificação* do exercício das atividades de fiscalização ministerial sobre as políticas públicas (ou sua inexistência), evitando-se aquilo que, em alguns casos, tem se apresentado como um impacto substancialmente desestruturante de políticas públicas em curso ou em vias de sê-lo, derivado de provimentos judiciais que só consideram um lado da moeda, reservando-a – a intervenção jurisdicional, normalmente antecedida da fiscalização e do acionamento do Ministério Público –, mediante observância de critérios técnicos adequados, exclusivamente para aqueles casos de efetiva omissão governamental na formulação e na implementação de uma política pública almejada pela sociedade ou de flagrante desvio de finalidade do gestor público na escolha de *caminhos da ação estatal* que, sabidamente, conduzirão a lugar algum em termos de realização do bem-estar social idealizado pelo projeto constitucional em vigor.

Pretende-se, não em menor escala de importância, examinar em que medida os principais agentes da judicialização das discussões em torno das políticas públicas no Brasil, em especial o Ministério Público, podem interferir, em caráter preventivo extrajudicial, de forma mais *qualificada, setorial e efetiva*, sobre **cada uma das etapas** da *elaboração* e da *execução* de uma política pública, contribuindo, tanto quanto possível, para evitar-se o acúmulo de vicissitudes ou falhas técnicas ao longo do ciclo político administrativo de uma política mal planejada ou implementada, seguido da provocação automática do Poder Judiciário para a resolução de questões de *forte impacto coletivo e carga política acentuada*, para as quais ainda não se encontra suficientemente estruturado e preparado.

Cumprindo advertir, desde logo, que os objetivos dos raciocínios desenvolvidos a seguir **não devem ser interpretados como conducentes** a algum grau de limitação ou restrição de eficácia ou efetividade de direitos fundamentais assegurados pela Constituição de 1988, notadamente os de índole social (ou prestacionais), a exigirem um *permanente e progressivo* atuar positivo do Estado, em ordem a concretizar as promessas sociais que tanta esperança despertaram no povo brasileiro, por ocasião da promulgação do novo documento constitucional de inspiração democrática.

Os argumentos ora alinhavados destinam-se, em realidade, a contribuir para a maior qualificação técnica e administrativa – com o consequente *fortalecimento institucional* – do Poder Judiciário e do Ministério Público, nos seus relevantes papéis de *indutores* ou *fomentadores* da transformação positiva da realidade social, a partir de suas missões constitucionais de tornarem efetivos os direitos fundamentais prestacionais (sociais coletivos) negligenciados em solo brasileiro, afigurando-se para isso imprescindível o anúncio de um despertar.

Um despertar para o fato de que, precisamente por ignorar, em significativa parte dos casos judicializados, a verdadeira dinâmica dos diversos ciclos político-administrativos de elaboração e execução das políticas públicas e suas variáveis, a fiscalização ministerial e a intervenção jurisdicional não criteriosas (ou meramente voluntarísticas) nessa seara – mediante expedição sistemática de recomendações, celebração de compromissos de ajustamento de condutas, ajuizamento de ações civis públicas, prolação de sentenças e decisões judiciais de conteúdo indeterminado ou excessivamente aberto –, poderão produzir, em longo prazo, na hipótese de não observados critérios técnicos adequados, efeitos contrários dos pretendidos, contribuindo, em última análise, para fomentar o sentimento de descrédito no próprio Judiciário, bem como para a criação de falsas expectativas e o aumento da sensação de incompreensão sobre seu funcionamento e grau de resolutividade de conflitos por parte da população que, desesperançosa com a crise de representatividade que assola o Parlamento e o próprio Poder Executivo brasileiros, ainda deposita no Judiciário e no Ministério Público, entre outras instituições, seu derradeiro respiro de esperança.

Igualmente imperiosa, como se buscará demonstrar, é a necessidade de se revisitar o fenômeno da fiscalização e da judicialização das políticas públicas

nos tribunais brasileiros com maior senso crítico-reflexivo, de sorte a evidenciar aos operadores do Direito que o controle judicial sobre as políticas públicas governamentais (ou sobre sua inexistência), seja para determinar sua formulação ou implementação, seja para simplesmente corrigi-las, em que pese *admissível em bases excepcionais*, na esteira do que é amplamente reconhecido pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, não pode descurar do necessário *conhecimento metodológico* sobre cada uma das etapas do ciclo de vida de semelhantes políticas, sob pena do discurso jurídico-constitucional da efetividade dos direitos fundamentais correr o risco de não sair do papel e converter-se em mera retórica descomprometida com a efetiva transformação positiva da realidade social.

Apontar-se-á, ainda, para a necessidade de capacitação contínua dos operadores do Direito, desde os bancos da graduação, para os modelos explicativos existentes sobre a criação, execução e avaliação de políticas públicas, em especial os magistrados, membros do Ministério Público, defensores públicos e advogados do Estado em geral, propiciando-lhes *abertura do campo de visão* sobre o tema – de inegável feição *transdisciplinar* (ciência política, gestão pública, ciências da administração e ciência jurídica) –, ainda hoje confinado à análise estritamente jurídica do fenômeno.

Por derradeiro, propõe-se o presente artigo a demonstrar que a *especialização* da estrutura administrativa e judiciária dos Tribunais e da estrutura administrativa dos órgãos do Ministério Público – o mesmo valendo para a Defensoria Pública, quando atua em prol dos necessitados – para os conflitos transindividuais de interesses que envolvem políticas públicas, em todas as suas vertentes, não pode ser interpretada como simples faculdade ou discricionariedade de seus gestores administrativos, que são transitórios, mas autêntico *dever de proteção* que lhes é imposto pela ordem constitucional em vigor, resultante da lógica segundo a qual todo aquele que detém a *competência* para exercer um determinado poder (jurisdicional ou de fiscalização e controle extrajudiciais) ou para tutelar um direito fundamental – o **direito fundamental implícito** aos adequados planejamento e execução de políticas públicas eficazes e efetivas – deve se estruturar adequada e progressivamente para o exercício de seu múnus público. Não o fazendo, incidirão referidos órgãos e poderes em violação ao princípio constitucional que *veda a proteção estatal insuficiente* aos bens, valores e direitos especialmente eleitos pelo legislador constituinte como mercedores de tutela estatal eficiente (**princípio da proibição de proteção insuficiente**), que, para alguns, constitui desdobramento lógico do princípio da proporcionalidade.

Somente assim, segundo cremos, estar-se-á diante de cenário propício, posto que assentado sobre premissas lógicas e bases racionais, a legitimar o exercício responsável e minimamente satisfatório da atuação avaliativa das Corregedorias de Ministérios Públicos no processo do controle da atuação/omissão dos órgãos do Ministério Público na fiscalização das políticas públicas prestacionais como instrumentos adequados de efetivação dos direitos fundamentais.

## 2. PARÂMETROS E PREMISSAS PARA A LEGITIMIDADE DA FISCALIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, E DA REVISÃO, PELO JUDICIÁRIO, SOBRE AS ETAPAS OU CICLOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PRESTACIONAIS

Oscar Vilhena Vieira e Eloísa Machado de Almeida procuram delinear interessantes *parâmetros jurídicos* e *premissas lógicas* sobre a legitimidade do ingresso do Judiciário no âmbito das políticas públicas, com especial ênfase na *forma* pela qual deve se dar referida intervenção, sem prejuízo de seu *conteúdo* ou *extensão*<sup>2</sup>.

Dado seu caráter pedagógico, as reflexões dos referidos autores, guardadas as devidas proporções, podem e devem servir como *ponto de partida* para uma atuação mais *racional, setorial e qualificada* dos órgãos do Ministério Público no processo de fiscalização que deve recair sobre cada uma das etapas que compõem o ciclo de formação e implementação de semelhantes políticas, assim as fases da *construção da agenda governamental* (montagem da agenda), da *formulação da política*, da *tomada de decisão política*, da *implementação da política* e da *avaliação de resultados* da política.

Com efeito, ao analisarem, especificamente, a questão atinente ao controle judicial das políticas públicas voltadas à efetivação do direito fundamental à educação no estado de São Paulo, referidos autores trazem relevantes contribuições práticas e teóricas sobre a própria conveniência dessa revisão judicial no marco de uma democracia representativa. Confira-se a abordagem:

Não basta ao Judiciário desenvolver novas formas de abordar estruturais, com forte repercussão coletiva ou distributiva, pois em última instância precisamos definir se o Judiciário deve ou não interferir na aferição e redirecionamento de políticas públicas; se isto está de acordo com a concepção mais singela de democracia, pela qual aqueles que tomam decisões que afetam a coletividade devem por ela ser escolhidos e além disso devem a ela responder. Essas duas precondições da democracia não se encontram plenamente satisfeitas no caso do Judiciário. Juízes não são eleitos e muito menos podem ser destituídos se tomarem alguma decisão que não agrade à maioria. Assim, dar aos magistrados a responsabilidade de avaliar e eventualmente corrigir uma política pública parece algo arriscado, ao menos da perspectiva democrática. Apenas damos aos políticos eleitos a responsabilidade de tomar decisões em nosso nome, pois podemos puni-los caso hajam contrariamente à vontade dos eleitores. Juízes, no entanto, não respondem por suas escolhas.<sup>3</sup>

Na sequência, após assinalarem que, nos casos mais difíceis – quando o parâmetro legal não está bem determinado, ou em que a Constituição foi muito aberta, oferecendo inúmeras alternativas interpretativas –, “os juízes deveriam

2 Para uma análise mais abrangente acerca das diversas concepções doutrinárias e jurisprudenciais existentes em torno do tema, inclusive no direito comparado (Canadá, EUA, África do Sul e outros modelos explicativos existentes), sugere-se a leitura de nossa obra *Políticas Públicas de Prestação Social: Entre o Método, a Abertura Participativa e a Revisão Judicial*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

3 VIEIRA, Oscar Vilhena; ALMEIDA, Eloísa Machado. Direito, educação e transformação. In: ABMP. *Justiça pela Qualidade na Educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 16-17.

ser o mais deferentes possível às autoridades democráticas, ou seja, eles deveriam tomar todo o cuidado para não buscar substituir a escolha do gestor (se esta for uma aceitável opção interpretativa) pela sua”<sup>4</sup>, **os autores findam por admitir**, sob determinadas *condições*, o controle judicial sobre políticas públicas educacionais, nos seguintes termos (sem grifos no original):

Esta deferência, no entanto, não significa que o juiz não possa interferir nestes casos, até porque a deferência não deve ser cega e absoluta, por diversas razões. Em primeiro lugar, porque políticas públicas podem ser desenhadas formal ou substantivamente em contrariedade à Constituição ou às leis. **Formalmente**, as políticas públicas podem ter desprezado **procedimentos indispensáveis, como publicidade, ou a participação de atores predefinidos legalmente**. Por outro lado, estas políticas **podem atentar contra direitos e princípios como a igualdade, a universalidade ou mesmo a eficiência de uma maneira frontal**. [...] Se os juízes devem ser deferentes com decisões políticas, **não podem abdicar de fazer um escrutínio bastante estrito da compatibilidade das políticas públicas com alguns dos princípios e direitos constitucionais**, ou seja, não deve o juiz se envolver em questões relativas à metodologia do ensino, por exemplo, seja porque ele não está habilitado no tema, seja porque não é responsável por uma eventual decisão. Por outro lado, **pode sim aferir** se os recursos educacionais estão sendo igualmente arbitrados ou se há grupos ou regiões discriminadas. Pode ainda verificar se o processo de formulação da política foi elaborado de forma lícita. **Estes são âmbitos em que o Judiciário pode adjudicar sem qualquer risco de invadir seara de outro poder**. Relembrando sempre que o Judiciário **também está habilitado a engajar-se em discussões mais substantivas, quando for flagrante a falha do corpo político ou mesmo dos gestores**.<sup>5</sup>

Transportando referidas discussões para aquilo mais de perto interessa à atuação do Ministério Público, a reflexão crítica das condições assinaladas por Vilhena e Almeida sugere que, mesmo nos casos de políticas públicas não relacionadas à efetividade do direito fundamental à educação, semelhantes critérios não só podem como devem servir, *mutatis mutandis*, de norte seguro ou ponto de partida para novas formas de abordar *estruturais*, possibilitando uma fiscalização mais *racional, setorial e qualificada* do Ministério Público<sup>6</sup> nesse campo tendencialmente fértil aos desmandos de gestão pública, desvios de finalidade, omissões e abusos de poder estatal.

É o que poderá se dar, *v.g.*, no processo de fiscalização ministerial das políticas públicas (ou de sua omissão) relacionadas ao uso e ocupação do solo, planejamento e mobilidade urbanos; estratégias e efetividade das medidas governamentais de segurança pública e de prestação de saúde pública nos mais variados graus; proteção

4 Idem.

5 Idem.

6 Consoante assinalado em nossa obra anteriormente referida, quanto mais racional, pontual e qualificada for a fiscalização desempenhada pelos órgãos do Ministério Público sobre cada etapa de elaboração e execução das políticas públicas, tanto mais efetiva e eficiente referida atividade de controle tenderá a sê-lo. In: Políticas Públicas de Prestação Social: Entre o Método, a Abertura Participativa e a Revisão Judicial. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 75-122.

ao meio ambiente e exploração dos recursos naturais; bem como, especialmente, na definição das melhores estratégias e rotinas para o exercício do controle, a cargo do Ministério Público, dos orçamentos públicos e dotações orçamentárias específicas destinadas à implementação de uma dada política pública, apenas para ficar em alguns dos mais relevantes focos de atenção do órgão *custos societatis*, precisamente aqueles que mais têm ensejado, ao longo dos últimos anos, o legítimo acionamento da Instituição pelos cidadãos.

Ora, como se buscará evidenciar no tópico seguinte, o exercício pleno e desembaraçado de um tal nível de fiscalização racional e qualificada por parte dos diversos órgãos do Ministério Público, até por uma questão de lógica, não pode prescindir da correspondente e premente reestruturação administrativa interna.

Para possibilitar o desdobramento de referida análise, abordaremos, na sequência, alguns importantes pressupostos jurídicos e não jurídicos (lógicos) que devem anteceder uma adequada atuação avaliativa das Corregedorias quanto ao papel do Ministério Público na fiscalização das políticas públicas sociais.

### **3. PRESSUPOSTOS PARA UMA ADEQUADA ATUAÇÃO AVALIATIVA DAS CORREGEDORIAS QUANTO AO PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Por força de expressa dicção constitucional, compete ao Conselho Nacional do Ministério Público “o *controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros*” (art. 130-A, § 2º – CRFB/1988).

Ainda segundo o Texto Constitucional, compete ao corregedor nacional do CNMP, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, “receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, *relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares*” (art. 130-A, § 3º, I – CRFB/1988).

Recentes pesquisas de opinião realizadas pelo próprio CNMP, em âmbito nacional, e pelos diversos Ministérios Públicos da União e dos estados, em níveis mais regionalizados, revelaram os maiores anseios da população em termos de *aprimoramento e priorização* da atuação do Ministério Público em defesa dos interesses sociais<sup>7</sup>. Atribuições como a defesa do direito à *saúde*, à *educação*, à *segurança*, ao *meio ambiente*, o *combate à corrupção* e à *criminalidade em geral* aparecem em todas as pesquisas entre as primeiras que devem restar fortalecidas na atuação do órgão, conclusão que impõe aos gestores do Ministério Público, observadas as restrições orçamentárias de cada órgão em tempos de crise econômica e fiscal, que as definições das *prioridades institucionais* não estejam dissociadas da vontade do corpo social que *legitima e fortalece* a Instituição que é, por definição constitucional, um Ministério Público.

<sup>7</sup> Apenas a título exemplificativo, podem ser lembradas a Pesquisa Nacional de Opinião realizada pelo CNMP nos anos de 2014/2015 e a Pesquisa de Opinião realizada pelo MDPFT nos anos de 2014/2015, ambas por amostragem e com entrevistas domiciliares.

Ora, partindo-se de referidas premissas, parece adequado, oportuno e necessário problematizar o tema central objeto do presente artigo – sem pretensão de exaurimento de todas as suas nuances e variações – da seguinte forma: i. A análise, a cargo das Corregedorias de Ministérios Públicos, de possíveis situações de omissão funcional dos membros do Ministério Público na fiscalização das políticas públicas prestacionais em áreas *prioritariamente* eleitas pela própria sociedade, deve se dar a partir de *quais filtros jurídicos?* ii. Quais são as mais relevantes *premissas lógicas* (não jurídicas) para uma atuação adequada das Corregedorias locais e nacional do Ministério Público na avaliação da atuação dos órgãos do Ministério Público nessa delicada temática?

É do que falaremos nos próximos subitens.

### 3.1. Pressupostos “jurídicos”: ponderação entre deveres funcionais e independência funcional

Para responder ao primeiro questionamento acima levantado, há que se ter em vista, antes de mais nada, que as políticas públicas configuram, como se colhe do discurso jurídico contemporâneo, *instrumentos adequados* de realização de direitos fundamentais prestacionais, a ponto de sua realização e planejamento configurarem, por si sós, um **direito fundamental autônomo**, posto que de caráter **implícito** ou **inerente**<sup>8</sup>.

Vista por essa ótica, torna-se mais nítida a percepção, em bases dogmáticas mais densas e ordenadas, da *correlação* que se estabelece entre o *direito fundamental difuso* em questão e o correspondente *dever funcional* que recai sobre os membros do Ministério Público – especialmente dos que militam nas áreas de atuação extrajudicial (defesa dos direitos difusos em geral), mas não apenas nelas – de não se omitirem na adoção das providências que lhes competem, segundo os Estatutos Orgânicos que regem a atuação de cada Ministério Público, nas hipóteses de flagrante desídia governamental ou desvios de finalidade perpetrados por escolhas legislativas *manifestamente incoerentes*<sup>9</sup> e desalinhadas das políticas públicas prioritariamente eleitas pela própria Constituição Federal e por imperativos da sociedade.

8 Com efeito, defendemos em nossa obra *Políticas Públicas de Prestação Social: Entre o Método, a Abertura Participativa e a Revisão Judicial*, p. 140-144, já citada, a existência de um verdadeiro *direito fundamental implícito* ou *inerente*, decorrente da própria lógica que orienta a teoria geral dos direitos fundamentais e do disposto no art. 3º, inciso I, da CRFB/1988, aos *adequados planejamento e execução de políticas públicas eficazes e efetivas*, que fundamenta a reivindicação, pela sociedade, do *direito à realização de políticas públicas*. Para mais informações acerca do embasamento teórico e dogmático de referido ponto de vista, remetemos o leitor interessado às p. 140-158 daquela publicação.

9 ALEXY admite a revisão judicial de políticas públicas e alocações orçamentárias, ainda que em bases excepcionais, quando as escolhas legislativas e governamentais se apresentarem manifestamente *incoerentes*, a ponto de acarretarem *comprometimento* do próprio *direito à vida* ou ao *mínimo existencial* (dignidade da pessoa humana) (*Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2. reimp. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 495-496). **No mesmo sentido**, Ingo Wolfgang SARLET, no Brasil, para quem a denominada *liberdade de conformação do legislador* nos assuntos orçamentários “encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira.” (*A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. Atual, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 299).

Em outros termos, a um verdadeiro direito fundamental difuso, titularizado por toda a sociedade, à realização de políticas públicas adequadas e bem planejadas, corresponde a um dever funcional dos membros do Ministério Público de bem e que intentam fielmente desempenharem suas funções e atribuições, com zelo e denodo<sup>10</sup>, **na defesa da ordem jurídica** e dos **interesses sociais**, consoante o disposto no art. 127 – CRFB/1988.

A própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, inciso II, ao consagrar as funções institucionais do Ministério Público, reforça a tipificação desse autêntico **dever de fiscalização e monitoramento contínuos das políticas públicas prestacionais**, ao estabelecer a obrigação (e não mera faculdade) de o órgão “*Zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.*” (Grifos nossos).

Outro aspecto “jurídico” a ser rigorosamente observado e depurado pelas Corregedorias de Ministérios Públicos (nacional, federal e estaduais) quando da avaliação da fiscalização das políticas públicas pelos membros do Ministério Público diz respeito aos *limites, alcance e contornos*, à luz das *peculiaridades* de cada caso concreto avaliado, do **princípio institucional da independência funcional** (que, como princípio de magnitude “constitucional” – *não* mera regra – atua como mandado de *otimização* do sistema normativo ao qual está vinculado, comportando, pois, exercício de *ponderação*), considerada a exigência de averiguação, pelas equipes de inspeção daqueles órgãos correcionais, acerca da presença de elementos que apontem para a efetiva caracterização, ou não, de situação de *omissão funcional* na fiscalização de políticas públicas prestacionais (ou da inexistência delas).

Entendemos que, para tal fim, os órgãos correcionais deverão avaliar, com o máximo de cautela e comedimento, em homenagem à *máxima efetividade* das *prerrogativas e garantias* de independência dos membros do Ministério Público – e considerada a própria delicadeza/complexidade do tema afeto à fiscalização das políticas públicas –, a caracterização formal de infração funcional somente após promoverem, mediante exercício de ponderação ou harmonização, o que ora apresentamos como teste do diálogo entre o *princípio da independência funcional*, por um lado, e a *exigência de cumprimento dos deveres funcionais*, por outro. Onde se concluir, no caso concreto, pela configuração de quadro de desídia no cumprimento de um verdadeiro dever funcional, restringir-se-á, proporcionalmente, o espaço para alegação, por parte do membro responsável, de preservação de “sua” independência funcional. Afinal, não pode haver, pena de completa *incoerência*

10 Art. 236 da LC 75/1993, no caso dos membros do MPU, por exemplo. “Art. 236. O membro do Ministério Público da União, em respeito à dignidade de suas funções e à da Justiça, **deve observar as normas que regem o seu exercício e especialmente:** I - cumprir os prazos processuais; II - guardar segredo sobre assunto de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função; III - velar por suas prerrogativas institucionais e processuais; IV - prestar informações aos órgãos da administração superior do Ministério Público, quando requisitadas; V - atender ao expediente forense e participar dos atos judiciais, quando for obrigatória a sua presença; ou assistir a outros, quando conveniente ao interesse do serviço; VI - declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei; **VII - adotar as providências cabíveis em face das irregularidades de que tiver conhecimento ou que ocorrerem nos serviços a seu cargo;** VIII - tratar com urbanidade as pessoas com as quais se relacione em razão do serviço; **IX - desempenhar com zelo e probidade as suas funções;** X - guardar decore pessoal.

do sistema normativo que rege a atuação dos membros do Ministério Público, independência funcional que resista ao descumprimento dos próprios deveres funcionais inerentes ao cargo.

Somente ao cabo de referido teste, que deve se dar **a partir das circunstâncias de cada caso concreto avaliado**, poderão as Corregedorias concluir pela eventual tipificação de omissão atentatória aos deveres funcionais dos membros do Ministério Público, considerando a *inexistência* de independência funcional (limite ao princípio-garantia) para **deixar de adotar quaisquer providências** a partir de cenários de manifesta inércia governamental ou legislativa na realização de políticas públicas sociais.

A adoção de providências iniciais, por parte do membro do Ministério Público, não afastará, como resulta óbvio, a possibilidade de posterior arquivamento dos respectivos procedimentos por ausência de elementos de informação ou por outras razões idôneas e racionalmente fundamentadas.

### **3.2 Pressupostos lógicos ou “não jurídicos”: consideração às variáveis presentes em todas as fases das políticas públicas**

Com relação ao segundo questionamento proposto no item 3 (ii. quais são as *premissas lógicas* para uma atuação adequada das Corregedorias locais e nacional do Ministério Público na avaliação da atuação do órgãos do Ministério Público nessa delicada temática?), é necessário levar em conta ser passado o momento de levar a sério a já frequente advertência de que os juristas devem “tomar o cuidado de não reduzir as políticas públicas a sua dimensão normativa, que não é a única e nem necessariamente a mais importante.”<sup>11</sup>

Segundo Rothenburg, “não conseguiremos separar absolutamente as políticas públicas das normas jurídicas que as constituem.”<sup>12</sup>

É inegável que o complexo de todos os elementos integrantes das políticas públicas inclui normas jurídicas,

que se referem a todos os momentos daquelas: desde a formulação à execução, inclusive em relação ao controle que as fiscaliza, as políticas públicas contêm normas jurídicas. As políticas públicas são, portanto, categorias jurídicas e podem ser tratadas pelo Direito.<sup>13</sup>

A corroborar referido ponto de vista, há que se recordar, com Maria Paula Dallari Bucci, que as políticas públicas

podem ser instituídas por leis, como a Política Nacional de Recursos Hídricos – Lei n. 9.433/97; outras vezes, são consubstanciadas em emendas constitucionais, como no caso do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento

11 ROTHENBURG, Walter Claudius. *Políticas Públicas – da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos*. Birigui: Boreal Editora, 2011. (Prefácio à obra).

12 Idem.

13 Ibidem.

do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, criado pela Emenda Constitucional n. 14/96; em outros casos, podem ainda decorrer de atos administrativos isolados ou ordenados em programas, como as políticas de transporte municipal.<sup>14</sup>

Em que pese a irrecusável *juridicidade* de que se revestem as políticas públicas, ressoa igualmente inegável que os modelos explicativos existentes sobre os diversos ciclos ou fases das políticas públicas estão permeados pela presença das mais diversas *variáveis* (econômicas, financeiras, políticas, sociais, históricas e até mesmo culturais), muitas vezes não consideradas pelos “juristas” e operadores do direito quando da análise dos casos concretos.

Assim, é passada a hora de os operadores do Direito que lidam com a temática no exercício cotidiano de suas funções, melhor compreenderem, também à luz da Ciência Política, das Ciências da Administração e da Gestão Pública, os aspectos técnicos e metodológicos que giram em torno dos diversos ciclos administrativos de elaboração e execução de semelhantes políticas, o que seguramente os conduzirá à maior reflexão sobre o fenômeno como um todo, com ganhos evidentes do ponto de vista de suas intervenções no exercício das atividades de controle e fiscalização das ações e programas governamentais.

É dizer: será tanto mais qualificado e efetivo o exercício das funções de fiscalização extrajudicial e de exame judicial sobre a Administração Pública quanto maior o domínio técnico sobre o método (e as variações decorrentes) do objeto controlado.

O desconhecimento técnico sobre a metodologia inerente à estruturação das políticas públicas (como instrumentos políticos de realização de direitos fundamentais), suas limitações e variáveis, revela antes um problema estrutural da própria educação jurídica atual no Brasil, que não se preocupa em formar bacharéis para lidar com esse tipo de questão de interesse coletivo, fruto de uma cultura demandista individualista ainda reinante nos cursos de Direito.<sup>15</sup>

Nesse contexto, parece que nem mesmo o desejo consciente ou inconsciente de promover justiça que move boa parte dos juízes, membros do Ministério Público e defensores públicos na arena da judicialização das políticas públicas – motivados, em especial, pela quase absoluta ausência de *programas* ou *projetos governamentais*, de médio a longo prazo, efetivamente comprometidos com a satisfação “coletiva”

14 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 257.

15 Segundo Virgílio Afonso da Silva, o tema de fundo discutido na judicialização das políticas públicas não pode ser visto como “uma mera questão de opção entre ativismo ou contenção judicial, embora ela seja frequentemente apresentada como se assim o fosse. É certo que os partidários da ideia de contenção judicial têm que defender que os juízes devem se manter afastados de decisões relativas a políticas públicas, mas isso não significa que toda corrente ativista tenha necessariamente que defender o seu oposto, ou seja, que os juízes devem sempre decidir sobre políticas públicas.” Nesse sentido, prossegue o autor, “é possível defender uma forma de ativismo judicial – ou seja, defender que os juízes são legítimos para discutir políticas públicas – e, mesmo assim, sustentar que esse ativismo é limitado por uma série de razões estruturais. Isso significa que, embora o ativismo judicial seja uma possibilidade, ele depende de diversas mudanças estruturais na educação jurídica, na organização dos tribunais e, sobretudo, nos procedimentos judiciais, para que passe a ser possível tratar os direitos sociais e sobre eles decidir de forma coletiva.” (SILVA, Virgílio Afonso da. *O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculos à realização dos direitos sociais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008).

dos direitos sociais, bem como pelo desvio anual de bilhões de reais de recursos decorrentes dos atos de corrupção, que a todos causa consternação – tem se revelado como combustível adequado e eficiente do ponto de vista da efetividade das políticas públicas “determinadas” ou “corrigidas” pelo Judiciário, dado que essa intervenção generalizada, heroica e por vezes amadora, por mais bem-intencionada que se apresente, não tem sido capaz de autoavaliar-se com a necessária autocrítica, ao menos no tocante aos impactos de seus comandos para o sistema como um todo e para a comunidade à qual se direciona, em particular, no plano da **efetividade social**.

Assim, não haverá controle efetivo sobre o que não se conhece em plenitude. O exercício das funções de fiscalização extrajudicial e julgamento pela via judicial sempre pressupõem (ou deveriam pressupor) domínio técnico sobre os mecanismos ou instrumentos de funcionamento do objeto controlado ou examinado, suas finalidades, variações, limites e possibilidades.

Desse modo, falar em controle preventivo e revisão judicial de políticas públicas, na perspectiva de se conferir maior efetividade a direitos fundamentais negligenciados (sobretudo os de índole social), implica a exigência de prévio conhecimento metodológico e senso crítico sobre os modelos explicativos em matéria de criação, execução e monitoramento de resultados das políticas públicas (ou as razões de sua inexistência), seus desdobramentos e especificidades. Mais que isso, implica não ignorar as diversas *variáveis* presentes ao longo desse processo, sem as quais a fiscalização extrajudicial e a intervenção jurisdicional, motivadas exclusivamente pelo ideário de se fazer justiça nos casos concretos, correm o sério risco de descambar para a irracionalidade metodológica ou para o excesso de voluntarismo prejudiciais ao próprio objeto que se pretendia tutelar, a saber, a plena efetividade dos direitos fundamentais sociais coletivamente considerados.

Como se tal não bastasse – e embora ainda sem muita ressonância na doutrina nacional, que apenas começa a se dar conta dos tempos difíceis que estão por vir nas ordens econômicas nacional e mundial –, estudos econômicos da década de 90 do século passado na Alemanha, um dos exemplos mais bem-sucedidos de *Welfare State*, a servir de permanente inspiração para os países ditos “em desenvolvimento”, já reconheciam os *primeiros sinais de exaurimento* do Estado do Bem-Estar Social, do modelo de Estado Providencialista que emergira do 20 pós-guerra, na tentativa de conciliar liberalismo com políticas de bem-estar.<sup>16</sup>

Chega-se mesmo a falar, mais modernamente, da necessidade de um “recuo” desse modelo de Estado Providência, a partir do diagnóstico de que a viabilidade do modelo atual teria chegado ao fim com o quadro de estagnação da economia e a crise de desemprego que assolam a comunidade europeia, entre outros fatores, levando os Estados à incapacidade de suportar o nível cada vez mais crescente de

16 OFFE, Claus. A democracia contra o Estado do Bem-Estar. In: OFFE, Claus. *Capitalismo Desorganizado: transformações contemporâneas do trabalho e da política*. Trad. Wanda Caldeira Brant, São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 271-285.

demanda social, num cenário econômico globalizado que caminha rumo a níveis decrescentes.

Não sem motivo, Claus Offe obtempera que esse cenário de estagnação na Europa nos conduziria a consequências políticas, econômicas e sociais significativas, entre as quais se destacam:

i) o processo de autopropulsão das “expectativas crescentes” torna mínimos os padrões máximos, impossibilitando que se satisfaça plenamente as demandas que nunca param de crescer; ii) a exigência de igualdade (princípio liberal do Estado de Direito) impede que se utilize critérios de merecimento ou necessidade na redistribuição de recursos; e iii) o Estado age por meio de políticas reativas, que não o imunizam quando ocorrem flutuações cíclicas e mudanças econômicas. Esse quadro cria um ambiente que incentiva os cidadãos a entrarem em um “estado de necessidade”, com o objetivo de receber a ajuda estatal.<sup>17</sup>

Considerando, por outro lado, que boa parte das consequências desses sinais de exaurimento do modelo europeu de Estado de Bem-Estar Social já se tem feito sentir no Brasil de hoje<sup>18</sup> – sobretudo com os recentes reajustes econômicos, elevação de impostos e tarifas, revisões de benefícios trabalhistas e previdenciários promovidos pelo Governo Federal e Congresso Nacional, quadro de estagnação econômica e crescente elevação do desemprego entre os brasileiros, caos das contas públicas e encolhimento dramático do PIB, entre outras –, torna-se imprescindível e premente, e não apenas facultado, que os agentes da judicialização das políticas públicas no país (juízes, membros do Ministério Público, defensores e procuradores de Estado, além de advogados públicos e particulares militantes na área) adotem consciência crítica acerca desse grave cenário que se avizinha, cumprindo com seu **dever ético e funcional** de permanente capacitação e aperfeiçoamento técnico na temática das “abordagens metodológicas em políticas públicas”, sob pena de contribuírem para o progressivo descrédito do sistema de justiça, resultante de intervenções “despreparadas” (expressão de Virgílio Afonso da Silva) nessa seara, com o agravamento da verdadeira endemia nacional representada pela **falta de coordenação, planejamento e eficiência dos gastos públicos**, que tem como um de seus pilares estruturantes a ausência de “concertação entre os poderes em prol de maior ajuste e responsabilidade com o planejamento e execução das políticas públicas sociais”<sup>19</sup>.

A incursão teórica sobre o método das políticas públicas ainda permitirá demonstrar como a necessária intensificação da atuação preventiva resolutiva, de

17 OFFE, Claus, op. cit. p. 274 e ss.

18 Sem embargo das distinções entre o modelo econômico europeu, de feição *neoliberal*, e o modelo brasileiro de Estado de Bem-Estar Social, de viés mais *paternalista*, fato é que alguns dos reflexos do exaurimento do modelo econômico europeu estão se fazendo sentir intensamente no Brasil de hoje, conseqüência lógica de um modelo econômico mundial globalizado e de diversos equívocos de políticas econômicas internas.

19 MARRAFON, Marco Aurélio. *Esgotamento do estado do bem-estar afeta concretização dos direitos sociais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-10/constituicao-poder-esgotamento-estado-bem-estar-afeta-concretizacao-direitos-sociais>>. Acesso em: 14 mar. 2017. Texto original.

caráter extrajudicial, protagonizada por instituições essenciais à Justiça, como o Ministério Público (Ministério Público de caráter “resolutivo”, em complementação ao modelo tradicional de Ministério Público estritamente “demandista”), mediante emprego adequado e potencializado de *instrumentos extraprocessuais* de atuação legalmente existentes, ao lado de *métodos autocompositivos* de conflitos, como a *negociação* e a *mediação* em tutela coletiva<sup>20</sup> – a serem utilizados para o melhor monitoramento e participação proativa do Ministério Público em cada fase ou ciclo de planejamento, elaboração e execução das políticas públicas –, **poderá contribuir consideravelmente** para a redução dos níveis de judicialização da matéria, com ganhos inegáveis do ponto de vista do maior atendimento dos interesses sociais.

No ponto, cabe não perder de vista a oportuna advertência do procurador Regional da República Alexandre Amaral Gavronski acerca das frequentes confusões conceituais e conseqüente incompreensão de parte dos membros do Ministério Público no tocante ao uso dos métodos autocompositivos nas hipóteses que justificam a atuação da Instituição. Segundo o jurista,

Da indisponibilidade dos direitos coletivos pelo Ministério Público, como legitimado que é para sua defesa, muitos concluem pela impossibilidade de negociação em tutela coletiva pelo Ministério Público. No que respeita aos direitos individuais indisponíveis ou de incapazes (indisponíveis pelo seu titular), há quem sustente não haver espaço para composição consensual que não contemple o reconhecimento dos direitos pelo réu, tal qual demandados na ação. Essa conclusão parte da premissa de que negociação ou autocomposição importa, necessariamente, na disposição sobre o direito, premissa que está amparada na concepção de transação que orienta o direito privado e está disciplinada nos arts. 840-850 do Código Civil. A premissa é equivocada. É, sem dúvida, possível a negociação em tutela coletiva sem que haja disposição sobre os direitos coletivos pelos legitimados a defendê-los, residindo o equívoco fundamental, justamente, na confusão entre essa negociação e a transação do direito civil. Sem dúvida, a negociação em tutela coletiva não comporta, como a transação, concessões sobre o conteúdo dos direitos (renúncias), ao menos não por parte dos legitimados coletivos em relação aos direitos coletivos que defendem, titularizados por terceiros que não participam, via de regra, da negociação. Da negociação em tutela coletiva resulta, sempre, um negócio jurídico *sui generis*, marcado pela nota da indisponibilidade dos direitos pelos legitimados coletivos. [...] No Ministério Público, na verdade, inúmeras

20 De se destacar, a propósito, que o próprio Conselho Nacional do Ministério Público, por intermédio da Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, regulamentou, como marco simbólico dessa remodelagem institucional por que vem passando o Ministério Público brasileiro, uma *Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público*, reconhecendo a plena compatibilidade das técnicas da negociação, mediação, conciliação, convenções processuais e práticas restaurativas com algumas funções e atribuições legais e constitucionais do Ministério Público. Defendemos, em nossa obra *Políticas Públicas de Prestação Social* (já citada), que referida Resolução configura, ela própria, uma verdadeira política pública institucional que não apenas sinaliza positivamente para a necessária imersão do Ministério Público na nova era de resolução dos conflitos, como seguramente induzirá ao maior estímulo dos promotores de Justiça, procuradores da República, do Trabalho e Militares, e dos próprios servidores integrantes da carreira, na busca pelo aprimoramento de suas atuações a partir do emprego potencializado das técnicas mencionadas, pautadas pelo diálogo e pelo consenso.

negociações dentro e fora do processo judicial ocorrem a cada ano, com grande reconhecimento institucional e social das vantagens dessa técnica de atuação. A cada ano, milhares de processos envolvendo incapazes são objeto de composições consensuais.<sup>21</sup>

Por força de referida ordem de considerações de caráter meramente ilustrativo (não exaustivo), afigura-se altamente *desaconselhável, ilógico e improdutivo* que as Corregedorias de Ministérios Públicos, quando de sua atividade de avaliação da atuação do Ministério Público na fiscalização das políticas públicas, simplesmente releguem a segundo plano a prévia e obrigatória análise referente à estruturação administrativa mínima dos órgãos fiscalizados para o adequado desempenho de suas funções de fiscalização das políticas públicas sociais.

Para mais que isso, é imperioso o anúncio de um despertar para que os operadores do Direito, em geral – desde os bancos das faculdades de graduação –, e os agentes da judicialização das políticas públicas, particularmente (em especial os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da advocacia de interesse público, que possuem atuação mais destacada nessa área), procurem aperfeiçoar-se continuamente sobre a vasta temática transdisciplinar que envolve as abordagens metodológicas em políticas públicas e suas implicações no âmbito da revisão judicial ou da fiscalização extrajudicial, cumprindo com seu *dever ético e funcional* de permanente atualização para o bom exercício de suas funções.

Referida exigência de conhecimento metodológico, ainda que de natureza geral, sobre as fases e ciclos das políticas públicas prestacionais, também deve se fazer presente nos programas dos editais de concursos públicos de ingresso para as respectivas carreiras, passando, ainda, pela capacitação inicial de seus integrantes, tão logo investidos no cargo, e por cursos de atualização permanente, propiciando-lhes abertura do campo de visão crítica sobre o fenômeno, hoje limitado ao ângulo estritamente jurídico do fenômeno.

Todas essas providências administrativas não só podem como devem ser mais cobradas pelas Corregedorias de Ministérios Públicos dos respectivos gestores institucionais, sem riscos de invasão da atividade fim dos órgãos do Ministério Público, respeitados e observados, em todos os casos, os limites financeiros e orçamentários de cada Instituição para as necessárias reestruturações administrativas internas.

Impostergável também se mostra a exigência de melhor estruturação das equipes técnicas especializadas de apoio do Ministério Público, mediante *progressiva ampliação* do quadro de servidores com formação e *expertise* em políticas públicas dos mais variados segmentos (especialmente nas áreas de fiscalização preventiva e monitoramento da execução dos orçamentos públicos, saúde, educação, segurança pública, meio ambiente e urbanismo, entre outras), o que *não apenas* subsidiará a definição das melhores *estratégias e rotinas* de atuação do órgão, com maiores índices de *resolutividade* (seja no plano preventivo extrajudicial, seja no âmbito

21 *Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público*, p. 152-154.

da atuação judicial repressiva), como *seguramente facilitar* e *possibilitar* a própria mensuração da atividade de controle sobre referidos fluxos de ação, a cargo das Corregedorias.

A propósito, cumpre observar que a especialização da estrutura administrativa e judiciária dos Tribunais e da estrutura administrativa dos órgãos do Ministério Público (o mesmo valendo para a Defensoria Pública, quando atua em prol dos necessitados) para lidarem adequadamente com os conflitos transindividuais de interesses que envolvem as políticas públicas, em todas as suas vertentes, não constitui simples *faculdade* ou *poder discricionário* desses órgãos, mas verdadeiro *dever de proteção* que lhes é imposto pela ordem constitucional, decorrente da lógica segundo a qual todo aquele que detém a competência para exercer o poder (jurisdicional ou de fiscalização e controle extrajudiciais) sobre determinada matéria ou para tutelar um direito fundamental – no caso, o direito fundamental implícito aos adequados planejamento e execução de políticas públicas eficazes e efetivas – deve se aparelhar e se estruturar da melhor forma possível para o exercício responsável de seu múnus público, pena de, não o fazendo, fere de morte o princípio segundo o qual é vedada a proteção insuficiente aos bens, valores e direitos especialmente eleitos pelo legislador constituinte como merecedores de tutela estatal eficiente (**princípio da proibição de proteção insuficiente** que, para alguns, constitui desdobramento lógico do princípio da proporcionalidade).

Ainda que não se considere violado o núcleo estruturante do princípio da proibição de proteção insuficiente na espécie, conforme sustenta parte da doutrina<sup>22</sup>, estar-se-á diante de hipótese de flagrante descumprimento de um *dever estatal de atuação* ou *proteção*, cujo inadimplemento poderá, a depender do caso, resultar na própria responsabilidade civil do Estado por omissão.

Fica evidente, desse modo, o dever do Estado brasileiro de promover a criação de varas (Judiciário) e promotorias/procuradorias (Ministério Público) especializadas na fiscalização e controle das políticas públicas, cujos membros integrantes **deverão** (dever funcional de atualização) possuir formação e especialização na matéria, o que seguramente propiciará resultados mais efetivos e benéficos aos destinatários de seus serviços.

Nessa linha de ideias, importa enfatizar que continua em trâmite pela Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 8.058/2014, que “institui processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências” e em cujo art. 29, no capítulo das disposições finais, está dito que

No prazo de 120 (cento e vinte) dias, contado a partir da entrada em vigor desta lei, os tribunais federais criarão, e os estaduais poderão criar varas

<sup>22</sup> Ao comentarem o princípio da proporcionalidade na vertente da proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*), assinalam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco que, segundo o jurista alemão Bernhard Schlink, “Se o Estado nada faz para atingir um dado objetivo para o qual deva envidar esforços, não parece que esteja a ferir o princípio da proibição da insuficiência, mas sim um dever de atuação decorrente do dever de legislar ou de qualquer outro dever de proteção.” (*Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 323).

especializadas para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas.

Trata-se, inequivocamente, de valiosa medida de natureza legislativa que, somada a outras de natureza estrutural e administrativa, seguramente contribuirá para maior sensibilização e profissionalização do Poder Judiciário brasileiro para com a delicada temática da revisão das políticas públicas, evitando-se que, por desconhecimento técnico sobre a matéria, desestrutura funcional e carência de serviços administrativos de apoio especializados, os órgãos judiciários continuem a proferir decisões que, desvestidas de fundamentação racional adequada, possam acarretar impactos negativos e desestruturantes no seio da coletividade.<sup>23</sup>

#### 4. CONCLUSÕES

Assentadas todas as premissas lógicas e jurídicas analisadas no presente artigo, sem prejuízo de outras, estar-se-á diante de cenário propício, consolidado sobre bases racionais idôneas, a possibilitar o exercício responsável e minimamente satisfatório da atuação avaliativa das Corregedorias de Ministérios Públicos no processo do controle da atuação/omissão dos órgãos do Ministério Público na fiscalização das políticas públicas prestacionais como instrumentos adequados de efetivação dos direitos fundamentais.

23 Confira-se, por sua pertinência, o teor da *justificação* apresentada ao PL em questão: “O controle jurisdicional de políticas públicas é uma realidade presente no dia-a-dia dos tribunais brasileiros. Embora a doutrina e a jurisprudência, sobretudo do STF, tenham se debruçado sobre a questão, fixando limites ao próprio controle e construindo princípios a respeito da matéria, ainda remanescem dúvidas e, frequentemente, o juiz enfrenta dificuldades concretas para decidir assuntos tão relevantes. São dificuldades oriundas da falta de informações e de dados, da falta de assessoria, da falta de contatos com a própria Administração encarregada da implementação da política pública, com os demais juízes, com os tribunais; dificuldades de ordem orçamentária, dificuldades oriundas da multiplicidade de ações individuais que vão inevitavelmente incidir sobre as políticas públicas. É preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e é preciso, principalmente, criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, de natureza dialógica e colaborativa, com ampla intervenção do Poder Público e da sociedade, ou seja, um novo processo adequado à tutela jurisdicional dos chamados conflitos de ordem pública. Somente assim a intervenção judicial em políticas públicas não criará problemas insolúveis para a Administração e para a população, como tem ocorrido, e o juiz poderá decidir com equilíbrio e justiça após conhecer todos os dados da questão que está em jogo, sem se substituir ao administrador. E deverá acompanhar a execução que, por sua vez, há de ser flexível para a efetividade do comando judicial. Para auxiliá-lo no cumprimento da sentença está prevista a figura de uma pessoa ou ente colaborador, cuja denominação – comissário – foi inspirada na prevista nos arts. 21 e 114, § 3º, “d” do Código de Processo Administrativo italiano. Função semelhante também existe no ordenamento norte-americano. É com tal finalidade que se propõe o presente projeto de lei, resultado de trabalho coletivo empreendido inicialmente pelo CEBEPEJ – Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, ora presidido pela Professora Ada Pellegrini Grinover, que sucedeu a seu criador, Professor Kazuo Watanabe. Pesquisadores do CEBEPEJ analisaram, em todos os seus aspectos, a problemática do controle jurisdicional de políticas públicas, apresentando seus trabalhos em seminário aberto ao público, realizado pelo CEBEPEJ e pelo Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP, em 14 e 15 de abril de 2010. O Seminário apresentou conclusões, traçando as linhas gerais de um projeto de lei sobre controle jurisdicional de políticas públicas. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe encarregaram-se da primeira versão do projeto, que foi depois aperfeiçoado pelos pesquisadores do CEBEPEJ e pelos alunos e professores do mestrado da FDV – Faculdade de Direito de Vitória, na disciplina ‘Controle Jurisdicional de Políticas Públicas’. Posteriormente, a última versão do projeto foi debatida por grupos de trabalho durante o 2º Seminário sobre controle jurisdicional de políticas públicas, realizado pelo CEBEPEJ-IBEA/RJ – Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP em 3 de outubro de 2011. As propostas de modificação foram incorporadas ao projeto, cuja nova versão ainda foi examinada pelos alunos de mestrado/doutorado da disciplina ‘Políticas Públicas’ ministrada na USP (com a colaboração de Paulo Lucon) e da mesma disciplina de doutorado da Universidad Lomas de Zamora, em Buenos Aires. Apresentado a debate público na AASP de São Paulo no decorrer de 2012, com a participação de magistrados, membros do Ministério Público, defensores públicos e advogados públicos e privados, o projeto incorporou outras sugestões. Foi também debatido na Universidade de Itatína, onde é ministrada a disciplina ‘Controle Jurisdicional de Políticas Públicas’, em nível de mestrado. E, finalmente, foi exposto e debatido mais uma vez em 2013 em seminário conjunto do CEBEPEJ e do IASP, na presença de especialistas argentinos e do Deputado Paulo Teixeira. Mais recentemente, foram incorporadas ao projeto as últimas experiências de tribunais da Argentina, da Colômbia e dos Estados Unidos da América, que indicam o caminho a ser seguido pelo Poder Judiciário, em estreito contato com o Poder Público, para a construção do consenso ou a formulação de comandos flexíveis e exequíveis, que permitam o controle da constitucionalidade e a intervenção em políticas públicas, evitando que o juiz se substitua ao administrador. É o resultado de todo esse trabalho, iniciado em 2010 e profundamente elaborado e discutido, que se apresenta agora ao Congresso Nacional.”

Somente assim, segundo cremos, estará o Sistema de Justiça brasileiro, composto pelo Poder Judiciário e suas funções essenciais, com destaque para o Ministério Público, em condições de prestar um atendimento verdadeiramente profissional e de qualidade à população brasileira, cada vez mais carente da formulação e implementação material de políticas públicas eficientes, rumo à *construção* de uma *sociedade justa e solidária*, que tem como **objetivos fundamentais** a *redução das desigualdades sociais*, a *erradicação da pobreza* e da *marginalidade* e a *promoção do bem de todos*, e como **fundamento maior** a exigência de respeito dos poderes constituídos à tão vilipendiada **dignidade da pessoa humana** e seu **mínimo existencial**.

## 5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra; BELTRAME, Martha Silva; ROMANO, Michel Betenjane Novo perfil constitucional do Ministério Público – Negociação e Mediação e a postura resolutiva e protagonista do Ministério Público na resolução consensual das controvérsias, conflitos e problemas. In: GAVRONSKI, Alexandre Amaral et al. *Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 106-107.

ARRUDA NETO, Pedro Thomé de. *Direito das Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ÁVILA, Luciano Coelho. *Políticas públicas de prestação social: entre o método, a abertura participativa e a revisão judicial*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.058/2014*, que institui processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>>. Acesso em: 14 ago. 2015. Texto Original.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília. *ADPF 45*, Decisão Monocrática, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 29.04.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Brasília. *RE 436.996*, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 3.2.2006. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Brasília. *STA 175-AgR/CE*, Ministro Celso de Mello, DJ de 17.3.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRUM, Gustavo Valle. *Discrecionariade judicial e políticas públicas: coerência, consistência e consequências na interpretação do direito*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 257.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Potencialidades e limites da negociação e mediação conduzida pelo Ministério Público. In: GAVRONSKI, Alexandre Amaral et al. *Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público*, Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 148-149.

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

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora*. Trad. técnica Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

MARINHO, Carolina Martins. *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à Educação sob o enfoque da capacidade institucional*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARRAFON, Marco Aurélio. *Esgotamento do estado do bem estar afeta concretização dos direitos sociais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-10/constituicao-poder-esgotamento-estado-bem-estar-afeta-concretizacao-direitos-sociais>>. Acesso em: 14 mar. 2017. Texto original.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

OFFE, Claus. A democracia contra o Estado do Bem-Estar. In: OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado: transformações contemporâneas do trabalho e da política*. Trad. Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Brasiliense, 1995.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Ministério Público e políticas públicas. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.) *Temas Atuais do Ministério Público*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livrara do Advogado Editora. 2003. p. 340.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculos à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira Siqueira; ALVES, Fernando de Brito (Org.). *Políticas Públicas – da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos*. Birigui-SP: Boreal Editora, 2011. (Prefácio à obra).

VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *Revista de Administração Pública (RAP)*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, p. 5-43, mar./abr. 1996.

VIEIRA, Oscar Vilhena; ALMEIDA, Eloísa Machado. Direito, Educação e transformação. In: ABMP. *Justiça pela Qualidade na Educação*. São Paulo: Saraiva, 2013.