



O PAPEL DO MINISTÉRIO DO PÚBLICO NA IMPLEMENTAÇÃO E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: POSSIBILIDADES E LIMITES DE ATUAÇÃO

THE ROLE OF PUBLIC PROSECUTION IN THE IMPLEMENTATION AND CONTROL OF PUBLIC POLICIES: POSSIBILITIES AND LIMITS OF OPERATION

<i>Recebido em:</i>	20/06/2018
<i>Aprovado em:</i>	15/09/2018

Maurel Mamede Selares ¹

Julio Cesar de Aguiar ²

Wilson de Jesus Beserra de Almeida ³

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Procurador do Trabalho na Procuradoria do Trabalho da 16ª Região - São Luís/Ma; Endereço eletrônico: maurelcelares@hotmail.com.

² Doctor of Philosophy (PhD) in Law, pela Universidade de Aberdeen, Reino Unido. Professor do Mestrado da Universidade Católica de Brasília. Procurador da Fazenda Nacional; Endereço eletrônico: juliocesar.deaguiar@gmail.com.

³ Pós-doutor em Relações Internacionais pela Georgetown University, Washington, DC e Pós-doutor em Relações Internacionais pela University of Wisconsin-Madison. Pesquisador visitante na National Taiwan University e Avocational Professor da Steinbeis University of Berlin. Professor do Mestrado em Direito e do Curso de Relações Internacionais da Universidade Católica de Brasília; Endereço eletrônico: 88walmeida@gmail.com.



RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de apresentar uma contribuição ao estudo da atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas governamentais. O trabalho inicia-se com uma breve abordagem sobre a conceituação de políticas públicas e seu papel relevante para a consecução dos direitos de segunda dimensão, fazendo a conexão entre a necessidade de implementação destes direitos, em um ambiente de dirigismo constitucional, e o papel do Ministério Público neste processo. Abordando não somente a importância da atuação do *Parquet*, mas, principalmente, apresentando alguns limites a serem respeitados neste processo, mormente a observância da existência de escassez orçamentária, com o estudo da aplicação da teoria da reserva do possível; o princípio da separação dos poderes; a participação popular na formulação das políticas públicas; a discricionariedade atribuída ao gestor público em suas atuações e as limitações técnicas do Ministério Público para o exercício deste mister.

Palavras-chave: políticas públicas; atuação do ministério público; limites a serem observados.

ABSTRACT

This article aims to present a contribution to the study of the Public Prosecution in the implementation of governmental public policies. The work begins with a brief approach on the conceptualization of public policies and their relevant role for the achievement of second dimension rights, making the connection between the need to implement these rights, in an environment of constitutional dirigisme, and the role of the Public Prosecution in this process. Approaching not only the importance of the Parquet's performance in this situation, but mainly presenting some limits that should be respected in this performance, especially the observance of the existence of budget shortages, with the study of the application of the principle of reserve for contingencies; the principle of separation of



constitutional powers; the public participation in the formulation of public policies; the administrative discretion attributed to the public manager in his actions; the technical limitations of the Public Prosecution for the exercise of this duty; the difficulty of analyzing the results of public policies and the possibility of reversion or modification.

Keywords: public policies; public prosecution service; limits to be observed.

INTRODUÇÃO

Este trabalho, por possuir como finalidade dar uma contribuição ao estudo das políticas públicas governamentais, sem qualquer pretensão de esgotar o tema ou de dar a palavra final sobre o que aqui é tratado, versa sobre a atuação do Ministério Público nas etapas da implementação destas políticas públicas, com a particular atenção na análise de algumas limitações existentes na atuação do *Parquet*.

De início deve-se ressaltar que neste artigo não se discutirão as formas de superação destes limites na atuação do Ministério Público, nem se discutirá se existe ou não uma maneira de superar as balizas aqui colocadas, ou de minimizar os seus efeitos. Do mesmo modo, não se tem aqui o objetivo de realizar-se algum tipo de crítica à atuação do *Parquet*, embora fique claro o entendimento de que deva existir limites nesta atuação. Mesmo pelo fato de que algumas limitações na atuação do Órgão aqui estudadas podem ser interpretadas, com perfeição ou não, como crítica à própria maneira como estruturado o Ministério Público, atualmente, e, repisa-se que, também, apesar de ser possível chegar-se a esta conclusão, não foi o objetivo deste trabalho o alceamento desta discussão, até pelo fato de que se preferiu fazer um estudo conciso, com o objetivo maior de colocação de questões a serem refletidas do que a apresentação de soluções porventura existentes.

Como uma forma de abordar os limites na atuação do Ministério Público na implementação e controle de políticas públicas governamentais, inicia-se o artigo definindo



e analisando o conceito das políticas públicas, apresentando-se uma resumida diferença de tratamentos doutrinários sobre o tema. Depois, estuda-se o porquê da necessidade da implementação das políticas públicas para a consecução dos direitos fundamentais, mormente os direitos considerados de segunda dimensão, que, por suas próprias características, exigem prestações por parte do Estado. Posteriormente, analisa-se a vinculação do governante à implementação das normas referentes aos direitos fundamentais, sob a égide das constituições denominadas dirigentes. Neste tópico é tratado, também, o papel do Ministério Público na implementação das políticas públicas governamentais, com o fundamento, entre outros, de que, se as políticas públicas decorrem de qualquer intervenção do poder público na vida social, não é difícil conceber a ideia de que não há qualquer ilegalidade na atuação do *Parquet* nesta seara, principalmente com o alargamento da atuação deste Órgão após a Constituição Federal de 1988.

No último tópico são apresentadas as limitações existentes na atuação do Ministério Público relacionadas às implementações e controles de políticas públicas, tratando-se da reserva do possível e da sua dimensão tríplice, com a verificação de que os direitos sociais, por possuírem um caráter prestacional, dependem, para a sua execução, da disponibilidade de recursos por parte do Estado e da razoabilidade da pretensão da sua implementação. Após isto, é estudada a gestão democrática dos recursos públicos, com a afirmação de que deve ocorrer, no processo de criação e execução das políticas públicas, a necessária participação popular, pois o destinatário final das políticas deve ser sujeito ativo da sua criação e tem que lhe ser oferecida a possibilidade de ampla intercessão em todo o processo de confecção das políticas, trazendo isto como resultado a progressiva racionalização e eficiência do poder estatal na esfera administrativa. Em seguida trata-se da separação dos Poderes e os obstáculos que esta teoria pode apresentar à atuação do Ministério Público, principalmente analisando-se que, apesar de existir um controle recíproco sobre as atividades de cada um dos Poderes, como forma de impedir o surgimento de instâncias



hegemônicas, deve-se também observar um limite da interferência nesta atuação, sendo necessária a imposição de parâmetros objetivos. Outro ponto tratado neste tópico é a importância, como limitador da atuação do Ministério Público na implantação de políticas públicas, do conhecimento técnico para a verificação das necessidades de implementação de determinada política, sua escolha adequada e a forma de desenvolvê-la. Finalmente é explorada a questão da discricionariedade do administrador público na criação de políticas governamentais como mais um limitador da atuação do Ministério Público na efetivação destas políticas, visto que a discricionariedade constitui uma das prerrogativas da Administração Pública a permitir que seus agentes cumpram os objetivos previamente definidos.

1- DAS POLÍTICAS PÚBLICAS GOVERNAMENTAIS

O Estado, para executar as suas funções de atendimento ao interesse da população, precisa usar instrumentos para efetivar as suas ações, ou seja, para que os planejamentos e projetos adrede elaborados sejam postos em prática há a necessidade de ações governamentais denominadas de políticas públicas. Guardando a ideia moderna de política pública íntima relação com o surgimento do Estado de bem-estar social (*Welfare State*), com suas características dirigentes e prestacionais marcadas pelo compromisso de promover as necessidades sociais.

Segundo Mancuso (2002, p.776), política pública é

[...] a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à



eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

Através de tais políticas verifica-se a atuação dos governantes e a eficácia ou efetividade dos seus projetos políticos, a submissão das suas ações aos ditames previstos na Constituição Federal e nas leis, assim como a satisfação dos interesses públicos.

Assim, um Estado altamente intervencionista requer uma maior preocupação teórica com as políticas públicas que aquele abstencionista, visto que o primeiro exigirá mais recursos para implementar as suas ações (FONTE, 2015).

A doutrina costuma apresentar as diferenças entre as políticas públicas de estado e as políticas de públicas de governo, apesar de nem sempre haver uma diferenciação clara do que seria cada uma (SAAD, 2016). Ora considerando a diferenciação tão-somente temporal, pois as políticas públicas de estado seriam aquelas que demandam mais tempo para a sua implementação, normalmente o período de mais de um governo ou de uma legislatura, e as políticas públicas de governo necessitariam de um tempo mais curto, normalmente resumindo-se a um governo ou a uma legislatura (BUCCI, 2006). Ora diferenciando pela própria materialidade da política, afirmando que as políticas de governo seriam menos importantes ou menos prioritárias, ao passo que que as de Estado seriam mais relevantes ou mais prioritárias (AITH, 2006).

Pode-se concluir que as políticas de estado, por serem dotadas de uma maior importância e comumente originarem-se de fontes constitucionais, não se resumem a um mandato eletivo, pois são obrigações permanentes do Poder Público e devem ser oferecidas para a população em quaisquer circunstâncias, independentemente de ideologias, plataformas de trabalho ou outra qualquer característica decorrente do governante ou partido político. As políticas públicas de governo não são tão prementes e, normalmente, traduzem-se em características momentâneas do modo de administração do chefe do Poder



Executivo, consubstanciadas em pequenos projetos ou ações oriundas de atos administrativos de menor importância.

De qualquer modo, trata-se de uma distinção importante, neste momento inicial, para assentar-se que as atuações do *Parquet* são mais voltadas para a verificação e o controle das políticas públicas de estado. Considerando-se estas direcionadas para o cumprimento do escopo constitucional. Tendo, por consequência lógica, o fato de que há uma maior liberdade do governante em atuar nas escolhas das políticas de governo, desde que a atuação nestas não prejudique as políticas prioritárias, seja no tratamento dado ao orçamento público, seja quanto à finalidade objetivada pela política de governo, que também deve possuir como alvo a finalidade pública. Visto que os atos da administração devem ter este fundamento em quaisquer circunstâncias.

1.1 DA NECESSIDADE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A CONSECUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Considerando que a implementação das políticas públicas é necessária para o alcance de alguns objetivos previstos na Constituição e nas normas legais e infra legais, mormente os direitos sociais, verifica-se, então, que elas decorrem, frequentemente, de uma ação do Estado, ou seja, são provenientes de prestações a serem realizadas pelo governo, vindo à mente, nesta conceituação, que as políticas públicas estão intrinsecamente relacionadas com a efetivação dos direitos fundamentais da segunda geração.

Isto não impede, no entanto, que uma ausência de intervenção estatal também possa ser caracterizada como política pública, embora não seja algo tão comum. A título de exemplo, pode-se citar o bastante discutido Projeto de Lei nº 6.787/2016, o qual altera a Consolidação das Leis do Trabalho, conhecido como projeto de lei da reforma trabalhista, que, em diversos artigos, permite que os sindicatos das categorias de empregados e



empregadores possam negociar alguns direitos outrora regulamentados ou que possuíam pelo menos um patamar mínimo regulamentado por lei, resultando em uma nova política pública trabalhista em que o Estado deixa de agir, com as respectivas construções legais, abrindo o espaço para que os representantes dos trabalhadores o façam.

Sobre a possibilidade de existência de direitos sociais propiciada pela omissão estatal, Sarlet (2010) exemplifica os direitos de greve e à livre organização sindical como exemplos típicos de direitos sociais não prestacionais, mas de defesa ou de abstenção. No entanto, são as ações estatais que normalmente implementam as políticas públicas.

Há uma divisão dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, sendo que a primeira dimensão trata de direitos fundamentais de cunho individualista, traduzindo-se em direitos dos indivíduos perante o estado, caracterizando-se como direito de defesa do cidadão contra o ente público, considerado, por estes motivos de direitos de cunho negativo, de resistência ou de oposição perante o estado (direitos à vida, à liberdade, à propriedade à igualdade perante à lei). Ocorre que, com a industrialização e seus problemas graves, sociais e econômicos, houve a verificação da necessidade de um comportamento ativo do Estado na realização da justiça social, sobrevivendo o nascimento da obrigatoriedade de garantir-se os direitos de segunda dimensão, caracterizando-se estes por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais relacionadas à assistência social, saúde, educação, trabalho, etc (SARLET, 2007).

Portanto, a partir da eclosão da segunda geração de direitos fundamentais, surgiu a necessidade da atividade positiva do Estado de agir para criar prestações governamentais com o objetivo de efetivar os direitos fundamentais, que exigem uma ação estatal para a sua implementação. Direitos estes que exigem uma realização concreta e com pressupostos a serem criados, tornando o Estado um artífice com grande importância para a efetiva concretização dos direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão (BONAVIDES, 2012).



Hoje não é possível a concretização dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional de segunda dimensão sem que ocorra a efetiva participação do Estado, com o correlato dispêndio de recursos orçamentários, exceto, logicamente, nos casos de implementação de políticas públicas por entes diversos das pessoas jurídicas governamentais, como através de entidades do terceiros setor, tais quais ONGS, instituições de defesa de certas categorias, entre outras, que também podem exercer este papel de efetivação ou de auxílio estatal na implementação de diversos direitos ditos prestacionais, de forma exemplificativa no combate ao trabalho análogo ao de escravo, áreas da cultura e educação, meio ambiente, entre outros.

Neste contexto, o Poder Executivo não apenas executa as normas legislativas. Ele elabora as políticas (*policies*) e os programas pertinentes, ou seja, planeja e implementa, o que se reflete na prestação dos serviços e a não alocação dos recursos necessários, ou a falta de empenho dos recursos destinados às políticas, também determinará o fracasso destas (KRELL, 2002).

Deste modo, o fundamento das políticas públicas é, regra geral, a existência dos direitos sociais – assistência social, habitação, previdência, saúde, educação, frisando-se, no entanto, que esse raciocínio não explica todas as formas e modalidades de políticas públicas existentes, porquanto existem algumas como as de fomento industrial, de energia, de transportes, que não se enquadram necessariamente na realização de direitos fundamentais sociais, mas possibilitam uma elevação do nível e da qualidade de vida da população (BREUS, 2006).

Em resumo, os direitos sociais, por suas próprias características, não podem ser simplesmente atribuídos aos cidadãos, mas requerem a entrega de prestações materiais, pelo Estado, não se podendo imaginar a sua implementação sem ser por meio de políticas públicas, sendo que a ausência destas políticas, por consequência, implica a negação destes



direitos, abrindo espaço para atuação do Ministério Público como forma de suprir esta omissão (MOUSINHO, 2006).

1.2 DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E DA VINCULAÇÃO DO GOVERNANTE À SUA IMPLEMENTAÇÃO

Um fator importante para a análise das políticas públicas, hodiernamente, e também para a análise da possibilidade de atuação do Ministério Público no controle e implementação destas políticas, corresponde à mudança ocorrida no nosso ordenamento jurídico da concepção de Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito. Com esta nova concepção, a Constituição passa a ser vista com o papel mais proeminente, podendo-se afirmar que continua a existência de um estado de Direito, pois há a submissão de todos a um ordenamento jurídico, mas a um ordenamento em que a Constituição se torna o limitador, o autorizador e o instrumento obrigacional mais importante na sociedade.

Temos, portanto, como consequência, mormente no Direito Administrativo e para o presente estudo das políticas públicas governamentais, duas importantes modificações: De um lado a antiga fórmula de interpretação das normas para o administrador e para o administrado observou uma mudança peculiar, visto que, se, no Estado de Direito, ao particular era lícito fazer tudo o que a lei não proibia e ao administrador somente era permitido fazer o que havia determinação legal para tanto. No Estado Constitucional de Direito, ocorreu uma drástica mudança, visto que tanto a Administração Pública pode atuar sem prévia determinação legal, quanto há várias regras que limitam a sua autonomia (BREUS, 2006), além do que há agora uma elevada submissão do administrador ao texto constitucional.



Com o advento do Estado Constitucional ocorre uma diferença essencial de sua Constituição em relação à Carta Magna do Estado de Direito, incidindo, principalmente, em relação ao seu dirigismo ou à sua programaticidade. Significando isto que a Constituição do ordenamento jurídico do Estado Constitucional não pretende mais apenas receber a estrutura econômica e social existente, mas conformá-la e/ou transformá-la (BREUS, 2006). Assim nascem as Constituições programáticas ou dirigentes, que trazem em seu bojo as denominadas “cláusulas transformadoras”, tal como o artigo terceiro da Constituição Federal brasileira de 1988, que dispõe que:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – Garantir o Desenvolvimento Nacional; III – Erradicar a Pobreza e a Marginalização e Reduzir as Desigualdades Sociais e Regionais; IV – Promover o Bem de Todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Desta forma, há uma dupla importância para a atuação do Ministério Público, visto que, além da maior possibilidade de atuação do *Parquet* nas omissões constitucionais, tendo em vista a maior força que possui o texto constitucional, há uma diminuição na discricionariedade de atuação do chefe do Poder Executivo, o que influenciará de uma maneira intensa a diminuição das limitações atribuídas Ministério Público no controle e implementação de políticas públicas.

1.3 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS GOVERNAMENTAIS



Apesar de ter-se conhecimento de que a criação de políticas públicas é uma das atividades precípuas da Administração Pública, há muitas conceituações de políticas públicas que ressaltam um consenso de que estas resultam de decisões governamentais e se referem a ações de governo (FONTE, 2015).

Para Grau (2011, p.16) “a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”.

Deste modo, as próprias decisões judiciais seriam espécies de políticas públicas, pois tratam de intervenção do Estado na vida social (FONTE, 2015). Acrescentando-se que as intervenções realizadas pelo Ministério Público poderiam, assim, dar vazão à implementação de políticas públicas, através do ajuizamento de ações, assinaturas de termos de ajuste de conduta, envio de notificações recomendatórias, realização de acordos extrajudiciais, ou outros meios de atuação do *Parquet*.

Com esta visão de que as políticas públicas decorrem de qualquer intervenção do poder público na vida social, não é difícil conceber a ideia de que não há qualquer ilegalidade nesta atuação do Ministério Público, visto que, se ocorre através do ajuizamento de uma ação civil pública ou outro instrumento judicial adequado, há uma determinação judicial para tanto, e, se ocorre através das vias administrativas, ou seja, através de um termo de ajuste de conduta, por exemplo, há uma concordância do administrador público no que diz respeito à ilegalidade da sua conduta, ou algum tipo de omissão sua que deva ser regularizada. Sendo que em ambos os casos, comumente, é o próprio administrador público que implementa a política pública, coagido por uma decisão judicial ou concordando com os argumentos utilizados pelo representante do *Parquet* para a criação ou modificação de uma determinada política pública.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira a participação do Ministério Público na implementação dos direitos fundamentais, sendo que este papel do *Parquet*, por si só, já o legitima para a atuação na fiscalização e interferência efetiva na



criação das políticas públicas governamentais que digam respeito a direitos fundamentais ou não, visto que a criação de políticas que versem sobre direitos não considerados fundamentais, podem, de algum modo, às vezes interferir na criação ou efetivação de direitos considerados de relevante importância pela nossa Carta Magna, principalmente considerando-se a exiguidade do orçamento público para a realização de diversos direitos ali previstos.

Assim, submetendo esta possibilidade de atuação do Ministério Público na criação e implementação de políticas públicas, não será difícil encontrar dispositivos legais para fundamentar nossa resposta positiva, pois, ressalvado a Constituição de 1937 (BRASIL, 1937), pode-se perceber que, durante o período republicano, houve um nítido desenvolvimento institucional do Ministério Público, especialmente a partir da Constituição de 1946 (BRASIL, 1946), sempre acompanhado de novos campos de atuação conferidos pelas leis ordinárias. Ressaltando-se que nos Códigos de Processo Civil de 1939 (BRASIL, 1939) e 1973 (BRASIL, 1973), o Ministério Público evoluiu bastante em suas possibilidades de atuação, tanto como órgão agente, quanto como órgão interveniente. Ocorrendo, porém, uma grande evolução na sua atuação com a Lei Complementar federal nº 40/81 (BRASIL, 1981, *on-line*), que foi a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Neste diploma legal havia a previsão dos poderes de requisição e notificação para o Ministério Público, considerado como ponto de partida para as investigações ministeriais independentes (MAZZILLI, 2007). Com a Lei nº 7.347/85 (BRASIL, 1985, *on-line*), recebeu a incumbência da defesa de qualquer direito difuso ou coletivo. Posteriormente, com a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o *Parquet* alcançou a sua posição constitucional de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme o art. 127.



O Ministério Público, hoje, tornou-se uma instituição indispensável e inseparável dos direitos fundamentais, não se podendo imaginar a busca da plena efetividade dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana sem a participação do *Parquet* (LOPES, 2006) e, no tocante ao orçamento público, o Ministério Público tem uma larga atuação, visto que pode atuar desde a captação da receita (fiscalização da sonegação), indução da boa despesa, tanto na esfera do Executivo (indução de políticas públicas), do Legislativo (indução de processos legiferantes com o objetivo de promulgação de leis) ou do Judiciário (com a utilização de instrumentos judiciais para a efetivação de disposições constitucionais e legais) (WEINGARTNER NETO; VIZZOTTO, 2008).

A atuação do Ministério Público, seja atuando judicialmente ou administrativamente, tem a função de fiscalizar as ações do governante na implementação de políticas públicas, seja no aspecto formal, seja no aspecto material. No aspecto formal deve ser verificado se no processamento da política houve o respeito à legitimidade democrática, se o que foi indicado como fundamento ou finalidade para a construção da política pública foi observado ou corresponde à realidade e se houve a observância do princípio da transparência administrativa (que pressupõe uma ampla divulgação, possibilitando a participação dos cidadãos interessados). No processo de construção da política pública deve ocorrer um processo de ponderação, objetivando que os próprios órgãos de controle consigam vislumbrar claramente as opções da Administração Pública (OHLWEILER, 2008). Ocorre que esta atuação, apesar de ser ampla, não pode ser realizada de forma ilimitada, existindo diversos fatores que, se não impedem a atuação, servem de freios a ela. Mesmo por considerar-se que nenhum dos Poderes da república podem atuar sem a observância de garantias expressas em leis esparsas ou na Constituição de um país, assim como considerando-se as limitações materiais de atuação do próprio Órgão.



2 OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS GOVERNAMENTAIS

Se a possibilidade de atuação do Ministério Público no controle e implementação de políticas públicas hoje é algo aceito por boa parte da doutrina e da jurisprudência, aqui serão tratados os limites que ocasionalmente poderão, se não impedir, mas pelo menos dificultar a atuação do Ministério Público em tratando-se de políticas públicas.

Nosso estudo será circunscrito a alguns limites na atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas, que seriam: a reserva do possível e a sua dimensão tríplice; a gestão democrática dos recursos públicos e a ausência de legitimidade política; a separação dos poderes; a necessidade de conhecimento técnico e a discricionariedade do administrador na criação de políticas públicas.

Ressalte-se, mais uma vez, que não serão estudadas aqui as formas de superação dos limites aqui apresentados, mesmo sabendo-se que muitas vezes os óbices aqui analisados, apesar de serem entraves à atuação ministerial, não impedem a sua atuação, mas somente informam que nenhuma atividade do *Parquet* pode ser caracterizada como ilimitada.

2.1 A RESERVA DO POSSÍVEL E A SUA DIMENSÃO TRÍPLICE

A efetivação dos direitos sociais possui um caráter prestacional e, em decorrência disto, o gasto público é *conditio sine qua non* da eficácia das políticas públicas. A efetividade das políticas públicas depende da disponibilidade de recursos por parte do Estado, mesmo quando esta efetividade é decorrente de atuação do Ministério Público. E não só da disponibilidade de recurso, mas também da razoabilidade da pretensão. Aqui se apresenta a questão da reserva do possível, que também é um limitador da atuação do Ministério Público nas ações governamentais.



A construção da teoria da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) teve origem na Alemanha, a partir do início dos anos 70, com a afirmação de que a efetividade dos direitos sociais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do estado, cuja disponibilidade estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público (KRELL, 2002). Estas noções foram desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, que, com o caso versando sobre os direitos de acesso ao ensino superior, posicionou-se no sentido de que a prestação reclamada por um indivíduo deve corresponder àquilo que o indivíduo pode, de forma razoável, exigir da sociedade. Com o fundamento de que, mesmo que o Estado disponha de recursos e possa dispor destes recursos, não se deve, somente por isto, obrigar o ente público a realizar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Por este pensamento, não poder-se-ia impor ao Estado o dever de executar determinada prestação social a alguém que não faça jus a este benefício, exemplificativamente, por este dispor de recursos suficientes para não necessitar daquela prestação (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

Esse limite fático precisa ser ponderado. Em nenhum caso, a prestação de um direito social depende de ser ele previsto em alguma política pública. Mas não se pode obrigar a Administração a fazer o que lhe seja impossível (BARROS, 2015). Por este motivo, uma limitação clara à atuação do Ministério Público nas implementações de políticas públicas decorre de obstáculos fáticos e jurídicos relacionados ao orçamento público. O obstáculo orçamentário fático significa a ausência de recursos financeiros para a consecução do desiderato de início ou manutenção de uma política pública. Sem a existência de capital suficiente para a execução de uma dada política, é impossível que ela saia do papel ou que seja dada a ela uma continuidade, caso já iniciada. Pode haver uma decisão judicial ou um acordo administrativo firmado com o Ministério Público, mas o compromisso assumido ou a determinação judicial não ocorrerão no plano fático se não existe o numerário disponível



para tanto⁴. No que diz respeito a esta limitação, não há uma solução hábil para ultrapassá-la, exceto a solução temporal de aguardo de recursos para a execução. Há ainda no plano orçamentário, além do obstáculo representado pela inexistência do recurso para a realização do gasto, o problema da limitação orçamentária jurídica ou legal. Situação em que há recursos orçamentários nos cofres públicos, mas não há uma previsão legal de gasto para aquela situação específica, o que também redundaria em ausência de recurso para a realização da política pública até que ocorra a inclusão orçamentária futura de valores aptos a cumprirem as determinações judiciais ou os acordos e recomendações firmados com o Ministério Público. Nestas situações não há a impossibilidade de atuação do *Parquet*, mas ocorre a impossibilidade ou dificuldade de ter-se um resultado prático ocasionado com aquela atuação.

O orçamento é um instrumento através do qual se positiva a atividade financeira do estado, tendo sua sede na Constituição, caracterizando-se por ser um ato essencialmente político e com caráter jurídico-permissivo, através do qual o Poder Legislativo autoriza, limita e controla as despesas realizadas pelo Poder Executivo. Nada pode ser feito pelo Estado sem que tenha fundamento no orçamento, como determina o artigo 167, incisos I e II da CF/88 (BOGOSSIAN, 2015).

Ao mesmo tempo pode suceder que o estado tenha recursos orçamentários disponíveis para a realização de determinada política pública que assegure o gozo de direitos fundamentais, mas entende o gestor público que aquele direito não deva ser efetivado naquele momento, seja pelo fato de que há outros direitos fundamentais mais prementes a serem supridos, seja pela sua discricionariedade na escolha da obra ou

⁴ Com este fundamento, na década de 70, em universidades norte-americanas, surge a teoria dos Custos do Direito, a qual versa sobre a obrigatoriedade de verificação do valor econômico que a execução de uma determinada obra ocasionará. Tornando-se claro que a efetivação dos direitos sociais necessita de verba estatal, nada mais sendo a teoria dos Custos do Direito a dogmática da reserva do possível, que declara que os direitos sociais só existirão “quando e enquanto” existir recursos públicos (GALDINO, 2003).



atividade a ser iniciada ou mantida, seja pelo fato de que não há uma razoabilidade na criação daquela política.

Deste modo, a reserva do possível vai além da simples existência ou não de recursos orçamentários, visto que há outros elementos que devam ser levados em consideração, ao lado da disponibilidade financeira, para que se faça a escolha ideal da política pública a ser realizada.

Por isto Sarlet trata de uma dimensão tríplice da reserva do possível, que consistiria, além da efetiva disponibilidade fática dos recursos para a realização dos direitos fundamentais, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que se relaciona com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas entre outras e, finalmente, da questão da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade. Ressalta ainda o autor que todos os aspectos referidos possuem vínculos estreitos entre si e com outros princípios constitucionais e que, utilizando-se o princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, sirvam não como barreira intransponível, mas como instrumento para a garantia, também, da efetivação dos direitos sociais de cunho prestacional (SARLET, 2008).

Apesar desta função limitadora da atuação do Ministério Público, não se quer aqui reduzir a implementação de políticas públicas a uma questão de técnica orçamentária ou como impeditivo de realização de direitos sociais, mesmo sabendo-se da importância do aporte de recursos orçamentários para a realização dos direitos sociais, pois, muitas vezes, este empecilho é utilizado de forma meramente retórica, sendo a ausência, quando ocorrida, resultado da própria confecção das peças orçamentárias e das prioridades que são orçadas pelo Poder Público, havendo a necessidade de problematizar sempre o caso e as condições de possibilidade de implementar uma determinada política pública imediatamente ou por meio de projeções orçamentárias futuras (OHLWEILER, 2008). Ocorre que as leis orçamentárias objetivam o controle ético do administrador na realização



dos gastos públicos e possuem também estas normas o aspecto da responsabilidade com o manejo do orçamento público e um compromisso com a transparência de todo o procedimento de confecção desta lei.

Quando o Poder Judiciário decide favoravelmente à implementação de uma determinada política pública não anteriormente prevista, nasce para o administrador público uma obrigação no sentido de manejar recursos de modo a atender a decisão judicial. A depender da intensidade desta ingerência do Poder Judiciário sobre o ente público, pode colocar-se em risco, inclusive, a viabilidade das políticas públicas e prioridades elegidas por aquele administrador público. Desta sorte, a conclusão que se alcança é no sentido da existência de uma efetiva relação direta e crescente entre a atuação do Poder Judiciário e o orçamento público dos entes federados, obrigando o administrador público a realizar uma espécie de “afetação” de parcela dos recursos públicos disponíveis de modo a atender estas situações imprevisíveis, o que, em última instância, lhe impede de traçar de maneira plena um projeto de administração segundo seus critérios e muitas vezes segundo a o plano de governo sob o qual criou sua plataforma política que o levou a ser eleito para o cargo (SILVA, 2017). Deste modo torna-se imprescindível a observância por parte do Ministério Público e do Poder Judiciário dos critérios da disponibilidade fática e jurídica dos recursos para a realização dos direitos fundamentais, com observância das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas entre outras e, finalmente, da questão da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade.

2.2 GESTÃO DEMOCRÁTICA DOS RECURSOS PÚBLICOS

Outra limitação da atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas ou em seu processo de criação diz respeito à necessária participação popular na



formulação de políticas públicas. A população, que é a destinatária final da atuação do Ministério Público, deve participar ativamente da confecção das leis orçamentárias, onde participará da previsão dos gastos a serem realizados com políticas públicas, opinar quais políticas serão beneficiadas com estes gastos e em que quantidade ocorrerá a repartição das receitas para cada finalidade.

O desenvolvimento do poder democrático ocasionou a abertura da participação social nas decisões políticas, fazendo com que a atuação estatal tivesse como objetivo a diminuição das desigualdades sociais, assumindo o Estado uma posição proativa na busca da efetivação e satisfação dos direitos sociais. A retidão do procedimento a ser realizado para as escolhas das prioridades e das formas de alcançar-se os objetivos previstos na Constituição Federal passa a ser observada como uma matéria relacionada aos interesses de toda a sociedade. A democracia abrange também a participação da sociedade civil na construção dos programas e planos estatais, que têm como meta o bem-estar social (CARVALHO, 2016).

Todo e qualquer ato administrativo deve ser produzido perante o administrado, em contraditório e com a sua ampla participação. Esta providência traz como resultado a progressiva racionalização e eficiência do poder estatal na esfera administrativa. Deste modo, as escolhas políticas referentes ao orçamento devem ser realizadas em um processo democrático, de maneira a garantir transparência e democratização ao sistema (AMARAL; MELO, 2008).

Com este pensamento, tem-se que observar que as políticas públicas não devem ser elaboradas no interior de gabinetes de órgão estatais com ideias retiradas da interpretação de legislação realizadas por um membro do Ministério Público isoladamente, tornando-se amplamente necessária a participação popular para a criação das políticas, que, no entender inicial do *Parquet*, são essenciais para uma dada comunidade. Por isto, a necessidade de uma participação da população, em uma espécie de gestão democrática dos



recursos públicos, que pode significar, além de uma limitação de atuação do *Parquet*, também uma forma de aumentar esta participação ou torná-la mais legítima.

De todo modo, quanto menor a disponibilidade orçamentária, mais se torna necessária uma escolha responsável sobre a destinação dos recursos públicos, o que exige um aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, e, também, do processo de administração das políticas públicas, tanto na atuação do legislador, quanto na atuação do administrador público. Com fulcro nos pressupostos da administração pública gerencial, parte-se da premissa que o Estado deve trazer o cidadão à posição de protagonista dos serviços prestados; o corolário dessa premissa é o de que os serviços devem primar pela qualidade. Por sua vez, é consabido que a qualidade só será atingida a partir do conhecimento dos anseios dos cidadãos-clientes. Seria preciso, portanto, investigar e entender os anseios da população – abrindo-se espaço para a manifestação dos usuários dos serviços públicos sobre os bens e utilidades públicas colocadas à sua disposição – e uma dinamização da atividade administrativa de acordo com esses anseios (LEITÃO, 2015).

Inclusive a participação popular nas decisões políticas também atua como minimizador do impacto da utilização da teoria da reserva do possível como obstáculo para a execução de uma determina política pública, visto que funcionaria como um controle social, juntamente com a transparência das decisões, no que diz respeito à aplicação dos recursos públicos no âmbito do processo jurídico.

Tais preceitos inserem-se no que Bonavides (2008, p. 44) conceitua como democracia participativa, em que:

O povo passa a ser substantivo, e o é por significar a encarnação da soberania mesma em sua essência e eficácia, em sua titularidade e exercício, em sua materialidade e conteúdo, e, acima de tudo, em sua



intangibilidade e inalienabilidade; soberania da qual o povo, agora, não conhece senão o nome, a falsa representatividade, o falso testemunho, a falsa valorização.

Acrescenta o autor que

É ao sobredito controle que hão de ficar assim sujeitos, mais cedo ou mais tarde, por imperativo de legitimidade, os planos de governo, cuja formulação e execução não há de permanecer adstrita tão-somente ao arbítrio de quem governa, de quem os traça, de quem os impõe, senão atados, futuramente, para sua completa e legítima concretização, ao controle judicial do sistema democrático-participativo de governo, aquele já estatuído entre nós, em sede de Direito Constitucional positivo, pela conjunção do parágrafo único do art. 1º com o art. 14 da Constituição Federal” (BONAVIDES, 2008, p. 341).

É importante, portanto, que o processo de construção de políticas públicas passe por uma forma de elaboração mais dialógica e não fundada em estruturas concentradas, como normalmente ocorre, e, assim, aumente-se o nível de legitimidade das ações administrativas. Mesmo que se saiba da existência de obstáculos para isso, tais como o baixo nível de articulação da comunidade. A participação da população pode, efetivamente, qualificar as políticas públicas com maior reconhecimento das necessidades da comunidade, a identificação precisa das prioridades locais, uma maior distribuição de poderes para a tomada de decisão, diversificação dos momentos participativos, não reduzindo a manifestação apenas ao momento da eleição (OHWEILER, 2008).



Logo, a necessidade de participação da comunidade, diretamente, ou através de diversas entidades que a representam, é uma limitação à atuação livre do Ministério Público, pois não basta a criação de serviços ou a concretização de prestações pecuniárias, deve-se, também, oportunizar a possibilidade de participação dos destinatários e beneficiários, segundo a Constituição e as leis, admitindo-se formas de complementaridade ou de concorrência entre as intervenções do Estado e das demais entidades públicas, assim como as iniciativas das pessoas e dos grupos existentes na sociedade civil (MIRANDA, 2005).

2.3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

As teorias sobre a separação dos Poderes remontam a antiguidade, ocorrendo suas principais manifestações no período monárquico. Segundo Aristóteles (2010), em todo governo, devem existir três poderes essenciais, sendo que em cada um deles o legislador deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro dos três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo abrange todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição.

Montesquieu (2000, p. 75), desenvolvendo esta teoria, ressaltava que:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.



Com o modelo da separação de Poderes, as funções estatais de legislar (criar o direito positivo), administrar (concretizar o Direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas hipóteses de conflito) são destinadas a órgãos distintos, especializados e independentes. Apesar disso, estes Poderes exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um deles, como forma de impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecerem riscos para a democracia e para os direitos fundamentais. No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Ocorre que essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Nem muito menos legitima a arrogância judicial (BARROSO, 2008).

A atuação do Ministério Público, quando realizada através do Poder Judiciário pode desencadear em uma situação denominada de ativismo judicial, que é a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, ocorrendo, normalmente, em situações de retração do Poder Legislativo, com o Judiciário tendo uma maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, inclusive, entre outras ações, com a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2008).

Deste modo, mesmo que se reconheça que deva ocorrer a interferência ou atuação em funções majoritárias dos Poderes Executivos e Legislativos, mormente quando frente a um caso de efetivação de direitos fundamentais em face de políticas públicas insuficientes, ineficazes ou inexistentes, a atuação do Ministério Público também deve observar um limite de interferência nesta atuação, sendo necessária a imposição de parâmetros objetivos inclusive no que diz respeito às decisões judiciais prolatadas após esta interferência, como forma de se evitar não apenas a insegurança jurídica que pode decorrer das possibilidades



de decisões contraditórias sobre o mesmo tema, mas também do possível esvaziamento das noções de democracia e separação de poderes (BOGOSSIAN, 2015).

O ativismo judicial, inclusive quando incitado pelo Ministério Público no caso de implementação de políticas públicas, e mesmo por possuir como característica uma atitude assumida pelo Poder Judiciário para a garantia da eficácia das obrigações positivas da Administração Pública como uma positivação do direito fundamental de acesso à Justiça, não é irrestrito e deve ser utilizado apenas em situações pontuais, sob pena de se infringir o princípio da separação dos Poderes. O exercício do poder de controle, que é possível, deve ser perseguido pelo Ministério Público e realizado pelo Judiciário nos limites de suas funções, não podendo sobrepor-se a decisões razoáveis e revestidas de legalidade da Administração Pública (MYSZCZUK, 2016).

Por força da inafastabilidade da sua atuação, o Poder Judiciário possui um poder dever de agir sempre que ocorrer lesão ou ameaça de lesão a direito, assim nenhum ato estatal que cause efeitos na órbita de direito de outrem, poderá fugir da inquirição judicial, sendo que o ponto nevrálgico não seria tanto a possibilidade de escrutínio judicial, mas mais no que se refere às consequências e balizas desta atuação, com a indagação sobre até que ponto seria legítima a atuação judicial sem que haja a transgressão à separação de poderes (VICTOR, 2011).

Para que não ocorra esta transgressão, a intervenção ministerial deve ser realizada com cautela, pois, em termos de limitação dos poderes constituídos, impõe-se entender que deve haver uma posição de deferência no que diz respeito aos demais órgãos estatais, e, até mesmo, uma forma de autorrestrição, na mesma linha do chamado *judicial self restraint*⁵ praticado nos Estados Unidos da América. Entendendo-se que a separação ou divisão de poderes está vinculada ao princípio da conformidade funcional, que, segundo Canotilho,

⁵ Sobre o *judicial self restraint v*, por todos, na literatura brasileira, MELLO, Cláudio Ari. Democracia.



significa que “o resultado da interpretação não pode subverter ou perturbar o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido” (CANOTILHO, 2006, p. 327).

Pela autorrestrrição ou auto-contenção judicial, os juízes e tribunais devem evitar aplicar de forma direta a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário, utilizam critérios mais rígidos e conservadores para as declarações de inconstitucionalidade e abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Ocorrendo uma restrição do espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas (BARROSO, 2008).

Britto, ao falar do sistema de freios e contrapesos e sobre o mandado de injunção, ressalta que, enquanto o legislador não ocupa o seu espaço normativo, o Judiciário deve agir como legislador do caso concreto, não podendo sequer o Poder Judiciário se demitir desse papel que lhe foi outorgado pela Constituição, significando, inclusive, que existe uma demanda por uma postura de efetividade da Constituição e essa postura pró-ativa constitucional vai significar uma vontade da Constituição (BRITTO, 2009).

A interferência, no entanto, do Ministério Público, através, principalmente, do Poder Judiciário, deve observar um limite, qual seja, o caráter de excepcionalidade da atuação. Deve haver o reconhecimento da competência constitucional do Poder Executivo e do Poder Legislativo em formular os programas estratégicos para a efetivação dos direitos fundamentais. A excepcionalidade deve dar-se como atuação corretiva em caso de desvirtuação do interesse público ou no caso de omissão dos governantes eleitos, quando houver a necessidade de agir para resguardar direitos albergados pelo ordenamento jurídico e quando ocorrer desvirtuamento das finalidades sociais e éticas inseridas nos textos legais e constitucionais.

2.4 CAPACIDADE TÉCNICA



Outro ponto de grande importância como limitador da atuação do Ministério Público, quando se trata de implementação de políticas públicas, diz respeito ao conhecimento técnico necessário para a verificação das necessidades de implementação de determinada política pública, para a escolha da política pública adequada para dada situação, a forma exata de desenvolver tal política e, também, para a análise dos resultados da política implementada.

A capacidade institucional refere-se à verificação de qual Poder está mais apto a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Visto que temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter em órgãos não pertencentes ao Poder Executivo o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Em situações deste jaez deverão ser prestigiadas as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. De modo exemplificativo, em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenham havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada (BARROSO, 2008).

Os órgãos do Poder Executivo possuem uma ampla previsão da existência de áreas técnicas para assessoramentos e estudos e, de um modo geral, como apoio da atuação do governante. A título de exemplo, temos na esfera federal uma grande quantidade de ministérios, secretarias, conselhos de gestão de políticas públicas e demais órgãos da Administração Pública, além de algumas instituições como o Ipea, Fundação Oswaldo Cruz, entre outros, que possuem, por sua vez, um grande corpo técnico para o assessoramento do chefe do executivo. Do mesmo modo, nas esferas estaduais e municipais existem as secretarias, conselhos de gestão e outros órgãos também necessários à atuação dos governantes.



Tudo isto é necessário, tendo em vista que o governante não possui, comumente, conhecimentos técnicos suficientes para a escolha das políticas públicas necessárias, ou para executar, na prática, uma determinada política, com as escolhas certas para que os objetivos sejam alcançados. Não nos esquecendo também dos complexos problemas orçamentários que devem ser analisados para que as ações sejam tomadas da forma mais eficiente possível.

No entanto, não tendo sido o Ministério Público criado precipuamente para exercer esta tarefa de criador ou controlador das políticas públicas, apesar de possuir atribuição constitucional para este acompanhamento e controle, ressentem-se este Órgão de nem sempre possuir um corpo técnico próprio para a execução desta tarefa (economistas, engenheiros, assistentes sociais, administradores, sociólogos, etc.). Da mesma forma que o chefe do Poder Executivo, de forma solitária, não teria a capacidade de exercer este mister, o membro do Ministério Público, mesmo que possua um grande conhecimento jurídico, e, às vezes também técnico, não prescinde de um amplo assessoramento técnico para que consiga exercer esta função afeita mais aos Poderes Executivos e Legislativos.

Decorre de tudo isto uma teoria denominada de teoria das capacidades institucionais que busca cobrar do Poder Judiciário - e poder-se-ia facilmente inserir-se o Ministério Público nesta conceituação - em determinadas áreas, como a da criação e controle de políticas públicas, que envolve a necessidade de conhecimentos técnicos estranhos ao mundo jurídico, um maior grau de deferência em relação às opções e decisões levadas a efeito pelo legislador e pelo administrador, valorizando-se as capacidades institucionais próprias de cada esfera de Poder e mesmo propondo um produtivo diálogo institucional (SARLET, 2013).

Nesta mesma linha de raciocínio, a Suprema Corte Americana criou a denominada Doutrina Chevron ou Judicial Deference - (Chevron USA vs. Natural Resources Defense Council, decidindo que a Administração Pública, e não as cortes judiciárias, é o veículo



preferencial para resolver conflitos entre políticas públicas decorrentes da aplicação de estatutos legais. Segundo a decisão, os órgãos administrativos e as agências reguladoras têm maior expertise nas questões de sua competência (BADIN, 2013).

Tal teoria obsta a utilização abusiva do Judiciário, afirmando que as Cortes devem deferência às interpretações promovidas pelas agências (Poder Executivo), a menos que a lei seja clara ou a interpretação dada por elas seja desarrazoada, assim, exceto nestes casos, deve prevalecer a decisão administrativa, até mesmo pelo campo discricionário/político reservado à Administração (BIM, 2012).

A título de exemplo, nos Estados Unidos da América, o trabalho de análises de políticas públicas é feito não só por agências governamentais, mas também por agências ou instituições não governamentais, *think tanks*, entidades de *advocacy* e organizações privadas, além do que estas análises não são restritas aos tomadores de decisão, visto que organizações não governamentais, entidades privadas, grupos de *advocacy* e movimentos sociais são usuários ávidos de análises de políticas, buscando, desta forma, influenciar as políticas públicas de alguma maneira (FARAH, 2016).

É certo que estas limitações muitas vezes podem ser superadas, através de convênios firmados entre o Ministério Público e entidades capacitadas para o fomento de conhecimentos técnicos, como acontece na prática em algumas ocasiões ⁶, mas, é certo, também, que não são tão comuns estes tipos de convênios no Ministério Público brasileiro.

Mas, recentemente, houve um crescente boom de cursos de política pública e outras áreas correlatas no Brasil — administração pública, gestão pública, gestão social e gestão de políticas públicas —, e um aumento também da produção sobre o tema, com a institucionalização de um novo campo — o campo de políticas públicas (FARAH, 2016), o

⁶ Como exemplo, foi desenvolvido no ano de 2017 uma ferramenta denominada de Laboratório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho desenvolvida pelo Smart Lab de Trabalho Decente do MPT e da OIT, com a colaboração científica da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP). Podendo ser acessado em <https://observatoriosst.mpt.mp.br>.



que provavelmente fortalecerá o aparecimento de instituições governamentais ou não para o exercício da tarefa de estudos da criação e implementação de políticas públicas.

Deste modo, há a necessidade de conhecimento do membro do *Parquet* em diversas áreas, ou um assessoramento adequado para isto. Exemplificativamente, há uma tendência atual de uma aproximação entre o Direito e a Economia, em que os aplicadores do direito devem conhecer os fundamentos e a dinâmica da economia, mormente quando se trata de atividades relacionadas às políticas públicas, visto que a execução de uma política pública inevitavelmente trará como consequência impactos diretos ou indiretos na economia, visto que sempre há uma dependência de recursos orçamentários, assim como de políticas legislativas, quando se trata de situações sujeitas a algum tipo de prestação por parte do Estado. Ocorre que as ações do Estado, inclusive as decorrentes do Ministério Público, devem observar o Princípio Constitucional da eficiência, e, para que isto ocorra, é necessária esta análise conjunta das ciências econômicas e jurídicas (WEINGARTNER NETO; VIZZOTTO, 2008).

2.5 A DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO NA CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Antes de analisar-se o limite de atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas considerando a discricionariedade de atuação do administrador público, é necessário asseverar que a própria liberdade de conformação do Poder Legislativo possui limites no respeito à observância de um padrão mínimo para assegurar as condições indispensáveis a uma existência com dignidade, e, ocorrendo omissão legislativa quanto a este aspecto, o Poder Judiciário (seja com a intervenção do *Parquet*, seja com a intervenção de outrem a quem atribuído este direito) possui legitimidade para atuar, no que se chama de controle de omissão constitucional, afastando-se da situação de discricionariedade



política para uma questão de dever de observação dos mandamentos constitucionais relacionados aos direitos fundamentais (CUNHA JÚNIOR, 2007). Deve-se observar que há textos normativos que são aptos a gerar direitos subjetivos à população e que não oferecem qualquer margem de discricionariedade para a atuação do legislador, como, por exemplo, o dever do Estado em fornecer a educação básica, conforme o art. 208, da Constituição Federal. Assim, quando o legislador constitucional coloca a dignidade da pessoa humana ou a cidadania como fundamentos da nossa República e declara como objetivos desta República a construção de uma sociedade solidária que busca a erradicação da pobreza, as políticas públicas necessárias para a efetivação destes direitos e objetivos possuem uma relação de co-pertença hermenêutica com tais sentidos constitucionais (OHLWEILER, 2008).

Neste jaez, há também limites na liberdade de ação do administrador na escolha da política pública a ser concretizada em um dado momento, pois há um arcabouço constitucional instaurado que delimita o seu campo de ação. Então temos uma limitação inicial para o gestor público para a criação de políticas públicas, que seria a necessidade de implementação de comandos já considerados pela Carta Magna como obrigatórios para a sua atuação, mesmo que esta limitação inicial seja parcial, visto que podem ser criadas políticas públicas outras que tenham como fundamento de nascimento fontes que não seja a Constituição, pois leis e atos administrativos não estão impedidos de criar um acréscimo aos direitos de origem constitucional, desde que, logicamente, não impeçam ou dificultem a implementação dos direitos previstos na Constituição, pois estes possuem prioridades mormente quando se tratarem de Direitos Fundamentais. Note-se a dificuldade de verificação desta inadequação, visto que as políticas públicas, quando tratam de uma ação estatal, sempre necessitam de recursos orçamentários e os recursos utilizados para as políticas públicas secundárias, ou de satisfação de direitos de origem não constitucional, sempre farão falta na aplicação das políticas constitucionais, cabendo uma ponderação



fática da razoabilidade ou proporcionalidade da escolha, conforme, inclusive, mencionado quando tratou-se da reserva do possível. Além disso, tem-se, também, uma limitação finalística na escolha ou discricionariedade do Administrador, visto que toda a sua atuação está direcionada também ao alcance de finalidades públicas, considerando que esta finalidade permeia toda a ação estatal.

Deste modo, o poder discricionário do administrador público não se traduz por uma total liberdade de sua atuação e escolha das medidas e ações que deverá tomar em qualquer circunstância, pois é a própria lei que limita a atuação discricionária, seja de forma explícita apontando os limites e indicando as opções que podem ser feitas, seja de modo implícito quando coloca limites que não podem ser descumpridos pelos legislador, visto que a discricionariedade existe na medida em que o administrador faz uma opção entre diversas outras opções existentes, sempre devendo trilhar pelo melhor caminho para alcançar o interesse público almejado, verificando os fatores conveniência, oportunidade, justiça, razoabilidade, para a realização das escolhas administrativas (CARVALHO FILHO, 2012).

Ao lado destas limitações impostas ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, o Ministério Público também possui limitações decorrentes da discricionariedade concernente ao exercício da atividade do administrado público, pois, quando este atua dentro das possibilidades previstas em lei para a sua ação, entende-se pela impossibilidade de atuação do Poder Judiciário, só cabendo a atuação judicial caso ocorra o desrespeito aos limites que a lei impõe, visto que, neste caso, estar-se-ia no domínio da arbitrariedade, e não mais da discricionariedade. A discricionariedade constitui prerrogativa da Administração Pública. Esta prerrogativa é concedida ao administrador para permitir ao estado que seus agentes cumpram os objetivos que a sua administração definiu. Esta prerrogativa ou poder tem tamanha importância que não admite outra conduta do administrador público senão a de que este deve necessariamente exercê-la, sendo um poder-dever de agir, inclusive gerando a responsabilidade pela omissão, e originando um



direito do administrado de exigir uma conduta comissiva. De qualquer modo, à Administração é reservada a atuação discricionária, em que, diante de várias situações de fato ocorrentes na sociedade, é necessário escolher e decidir por uma determinada conduta, levando-se em consideração os fatores de conveniência e de oportunidade (CARVALHO FILHO, 2012).

Recentemente, a questão relacionada à discricionariedade da atuação do Poder Executivo e a possibilidade de intromissão do Ministério Público e do Poder Judiciário foi alçada a uma questão de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário em que se discute a possibilidade de intromissão do Ministério Público no implemento do direito social à saúde na construção de hospitais e na contratação de profissionais da saúde. Entendendo o ente público que estes atos administrativos são adstritos à esfera da discricionariedade do administrador e o controle judiciário deve ser afastado quando existem duas ou mais alternativas, ou quando isto implique em substituir o juízo de oportunidade e conveniência do administrador público pela discricção jurisdicional. Assim decidiu o Supremo tribunal Federal⁷:

A matéria tem repercussão geral, pois a controvérsia refere-se aos limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção (arts. 6º; 23, inc. II; 30, inc. VII; 34, inc. VII, al. e; 35, inc. III; 194, 196, 197 e 227). Presente, portanto, a necessária relevância jurídica e social da matéria versada, além da transcendência da questão, sabido

⁷ BRASIL, STF, Pleno, RE684612/RJ, Min. Carmen Lúcia, DJU 6-6-14. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 30 maio 2017



como é que, no Estado brasileiro, a inexistência condições satisfatórias na prestação do serviço de saúde, notadamente para as camadas sociais menos favorecidas, não é peculiaridade deste caso, o que torna a controvérsia recorrente nos tribunais do país. Pelo exposto, evidenciada a relevância da matéria posta no recurso extraordinário, tanto no aspecto jurídico, quanto no social e no econômico, manifesto-me pela existência de repercussão geral e submeto-o à apreciação dos Pares deste Supremo Tribunal.

No que diz respeito, portanto, à possibilidade de intromissão, via Poder Judiciário, nos atos realizados no exercício da competência discricionária do administrador, há limites objetivos e intransponíveis, vez que na discricionariedade existe um conjunto de alternativas válidas possíveis de serem escolhidas pelo livre convencimento do administrador público, se esta escolha for estrita a uma das classes alternativas adequadas ao Direito Positivo. Com a obediência a estas premissas, a atuação do Ministério Público ou do Poder Judiciário, como forma de impugnar ou revisar estes atos, é revestida de impossibilidade. Visto que, desde que a ação administrativa discricionária se realiza dentro de um conjunto de alternativas *a priori* tidas como válidas, não há como pretender-se seja revista a alternativa escolhida pelo administrador, em consonância com a lei (CARDOZO, 2005).

CONCLUSÃO

Conforme exposto neste artigo, apesar de as políticas públicas serem um importante instrumento de atuação dos governantes na consecução dos seus projetos políticos, elas não estão isentas de determinados controles previstos na Constituição Federal e em diversas



legislações esparsas. Possuindo, assim, a atuação do administrador público uma relativa liberdade de atuação, desde que não se afaste das suas finalidades, que sempre deverão estar vinculadas à satisfação do interesse público.

Ocorre que o fundamento principal das políticas públicas é a existência dos direitos sociais – assistência social, habitação, previdência, saúde, educação, e outros, requerendo a execução destes direitos a entrega de prestações materiais pelo estado, sendo que a ausência destas políticas, traz, como consequência, a negação destes direitos e oportuniza a atuação do Ministério Público, como agente de supressão desta omissão, mormente em ordenamentos em que vigoram constituições programáticas ou dirigentes, que trazem em seu bojo as denominadas “cláusulas transformadoras”.

No entanto, apesar da necessidade da atuação do Ministério Público, ainda mais premente nos casos de omissões do Poder Público referentes à efetivação dos direitos fundamentais, esta atuação não está imune a determinados limites, tais como o respeito à existência de orçamento e à razoabilidade da necessidade de implementação de determinada política pública, com o estudo da aplicação da teoria da reserva do possível; o princípio da separação dos poderes; a participação popular na formulação das políticas públicas; a discricionariedade atribuída ao gestor público em suas atuações e as limitações técnicas do Ministério Público para o exercício deste mister.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 87-109.



ARISTÓTELES. **A Política**. in Coleção Livros que Mudaram o Mundo. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

BADIN, Arthur Sanchez. **Controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BARROS, Sérgio Resende. As políticas públicas ante o Poder Judiciário. **Revista de Estudios Brasileños**, segundo semestre, 2015, volume 2, número 3, p. 11-21, 2015. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/reb/article/view/102712/100949> >. Acesso em: 07 junho 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> > Acesso em: 09 de junho de 2017.

BIM, Eduardo Furtunato. **Divergências científicas e metodológicas no Direito Ambiental e autocontenção judicial**. Direito Público. Porto Alegre, ano 9, n. 46, p. 9-38, jul./ago. 2012. Disponível em: < <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/2094/1104> >. Acesso em: 07 junho 2017.

BOGOSSIAN, André. Levando o orçamento a sério como instrumento de controle de políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Volume 5, Número 3, p. 179-198, 2015. Disponível em: < https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3283/pdf_1 >. Acesso em: 07 junho 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.



BRASIL, STF, Pleno, RE684612/RJ, Min. Carmen Lúcia, DJU 6-6-14. Disponível em: www.stf.gov.br . Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.347**, de 24.07.1985. Disciplina a ação civil pública. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 7 de junho 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 40**, de 14.12.1981. Disciplina a ação civil pública. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp40.htm > . Acesso em: 7 de junho 2017.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, 10 de novembro de 1937. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm > Acesso em: 7 de junho 2017.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, 18 de setembro de 1946. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm > Acesso em: 7 de junho 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2013. BRASIL.

BREUS, Thiago Lima. Políticas públicas no estado constitucional a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela administração pública brasileira contemporânea. 246 f. **Dissertação (mestrado em direito) — Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, 2006. Disponível em: < <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/5703/t.PDF?sequence> => Acesso em: 09 de junho de 2017.



- BRITTO, Carlos Ayres. A judicialização da política e a efetividade dos direitos sociais. In: CORDEIRO, Juliana Vignoli; CAIXETA, Sebastião Vieira (Coord.). **Vinte anos da constituição cidadã**. São Paulo: LTr : Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, 2009. p. 37-50.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.
- CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o estado de direito. In: GARCIA, Emerson (Org). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 43-78.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Org). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3-42.
- CARVALHO, Sabrina Nasser de. **Processos coletivos e políticas públicas**. São Paulo: Contracorrente, 2016.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 395-434.
- FARAH, Marta Ferreira Santos. Análise de políticas públicas no Brasil: de uma prática não nomeada à institucionalização do “campo de públicas”. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, p.959/979, nov./dez. 2016. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rap/v50n6/0034-7612-rap-50-06-00959.pdf> >. Acesso em: 07 junho 2017.
- FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.



KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

LEITÃO, Ket Jeffson Vasconcelos. **Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAF)**, v. 3, p. 210/238, n. 2, 2015, Disponível em: http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/44/pdf_50 >Acesso em: 10 de junho 2017

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos.** 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 776-777.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. A discricionariedade e a implementação dos direitos sociais. In: GARCIA, Emerson (Org). **Discricionariedade Administrativa.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 291-307.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis.** Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

MOUSINHO, Ileana Neiva. A necessidade de políticas públicas para tornar efetivos os direitos sociais. In: CORDEIRO, Juliana Vignoli; CAIXETA, Sebastião Vieira (Coord.). **O MPT como promotor de direitos fundamentais.** São Paulo: LTr, 2006. p. 130-155.

MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Breves considerações acerca do controle jurisdicional de políticas públicas em face do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Revista de Direito Sanitário**, Brasil, v. 17, n. 2, p. 160-175, oct. 2016. ISSN 2316-9044. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/122317/119053> >. Acesso em: 07 june 2017. doi: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i2p160-175> .



OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do estado democrático de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direitos fundamentais orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 323-361.

SAAD, Amauri Feres. **Regime jurídico das políticas públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direitos fundamentais orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.

SILVA, Juvêncio Borges Silva; JUCATELLI, João Paulo. Judicialização da saúde, ativismo judicial e o conseqüente desequilíbrio do orçamento público. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, p. 99-116, 2017. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4454/pdf_1 > Acesso em: 08 junho 2017.

SILVA, Rodrigo Monteiro da. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, p. 14-28, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4251/pdf> >. Acesso em: 08 junho 2017.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil**. São Paulo: Saraiva, 2011.



WEINGARTNER NETO, Jayme; VIZZOTTO, Vinicius Diniz. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.