

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 8 – Números 30/31 – janeiro/dezembro 2009
Brasília-DF



Direitos Sociais e Recursos Públicos

A implementação dos direitos sociais e a atuação do Ministério Público

Samira Engel Domingues*

Sumário: 1 Introdução. 2 O obstáculo das normas programáticas. 3 O obstáculo da discricionariedade administrativa. 4 O obstáculo da separação dos poderes. 5 O obstáculo orçamentário. 6 A atuação do Ministério Público na implementação dos direitos sociais. 7 Conclusão.

1 Introdução

Os direitos sociais são constitucionalmente previstos como *fundamentais* (CF, Título II, art. 6^º) e, em razão dessa natureza, possuem *aplicação imediata* (CF, art. 5^º, § 1^º). Assim, diante dos objetivos, dos fundamentos¹ e, inclusive, do preâmbulo, expostos na Constituição da República Federativa do Brasil, elaborada pelo poder constituinte originário², o controle da implementação desses direitos não deveria ensejar tantas discussões e obstáculos.

* Samira Engel Domingues é Procuradora da República no Município de Cáceres-MT.

¹ A Constituição institui como objetivos fundamentais “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (art. 3^º). Consolida, ainda, como fundamentos do Estado Democrático de Direito a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art.1^º). Contempla, outrossim, como escopo fundamental, a *prevalência dos direitos humanos* (art. 4^º, I).

² O parágrafo único do art. 1^º da Carta Magna dispõe que: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Entretanto, segundo considerável parcela da doutrina e jurisprudência tradicionais, a execução dos direitos sociais consiste em opção política dos administradores públicos, como representantes da população brasileira, e não em um *dever*, que, não sendo cumprido em tempo e modo razoáveis, pode ser exigido, inclusive, judicialmente.

Ainda, é argumentado que as normas constitucionais que consagram os direitos sociais são, em regra, programáticas, o que exigiria, para a implementação desses direitos, a elaboração de normas que detalhassem a sua execução. Além disso, é mencionado que o princípio constitucional da separação dos poderes impediria a apreciação pelo Poder Judiciário da omissão administrativa, pois o mérito de suas escolhas, ou seja, a oportunidade e a conveniência, seria ínsito à sua função, juntamente com a prerrogativa de escolher as prioridades públicas (principalmente pela legitimidade conferida pelo cargo eletivo). Por fim, a disponibilidade orçamentária (ausência, insuficiência de previsão ou disponibilidade de caixa) inviabilizaria eventual cumprimento de uma condenação de fazer que tivesse como objeto a implementação desses direitos.

Assim, o objetivo deste artigo é analisar os obstáculos apresentados à implementação dos direitos sociais, tais como as normas programáticas, a discricionariedade administrativa, a separação dos poderes e a reserva do financeiramente possível, bem como as possíveis atuações do Ministério Público, notadamente no âmbito extrajudicial, a fim de garanti-los. Cumpre ressaltar que o presente estudo não tem por fim esgotar o tema ou as inúmeras discussões e abordagens a ele ínsitas, mas apenas traçar algumas reflexões, considerando, ainda, seguindo os ensinamentos de Norberto Bobbio, que *a busca das condições para a realização dos direitos proclamados é mais importante* do que a

busca de fundamentos para que o reconhecimento desses direitos seja ampliado, considerando que a maioria dos governos concorda com uma declaração de direitos comum³.

2 O obstáculo das normas programáticas

As normas programáticas são consideradas, essencialmente, como programas a serem cumpridos pelos órgãos públicos para que os objetivos do Estado sejam concretizados (SILVA, 2002, p. 138).

De acordo com a doutrina prevalente, apresentam como características principais: a generalidade de seu objeto ou programa (o que exigiria uma complementação normativa ou institucional)⁴, o conteúdo informativo da concepção de Estado e de sociedade adotados no país, a aplicabilidade imediata⁵ (mesmo que restrita), a imposição de deveres aos poderes estatais, o estabelecimento de parâmetros de interpretação do direito, a criação de direitos subjetivos negativos (impedindo comportamentos contrários aos programas instituídos) e a impossibilidade de os direitos assegurados serem tutelados positivamente (DOMINGUES, 2003).

Não obstante tal entendimento, diversos doutrinadores têm-se dedicado na redefinição dessas normas, notadamente no que concerne à aplicabilidade. Entre eles, Santos (1988, p. 145 e 152) ressalta

³ Segundo Bobbio (1992, p. 24), “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. [...] Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições”.

⁴ Esta complementação institucional seria efetivada por meio de providências de infraestrutura.

⁵ Esta característica impõe a invalidade das normas conflitantes, se hierarquicamente inferior, ou de publicação anterior, no caso de igual hierarquia, e obstam que leis integrativas sejam revogadas sem que novas sejam publicadas, evitando vazios normativos.

a necessidade de ser superado o entendimento de que as normas programáticas ensejam direitos subjetivos apenas na medida em que são regulamentadas, destacando a diferença existente entre a função das normas integrativas, de pormenorizar os direitos descritos nas normas programáticas, e a eficácia já existente nessas normas. Atenta, ainda, para a gravidade da violação de uma norma de natureza programática, pois, diversamente da transgressão de uma regra, resulta no desrespeito de todo um sistema de comandos. Ademais, no próprio sistema foram previstos instrumentos constitucionais para superação da inércia legislativa, tais como o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Cumprido considerar que o ordenamento é uno e indivisível. Assim, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento com os métodos do direito de integração (analogia, princípios gerais do direito, costumes e equidade), os meios para o cumprimento das normas mais vagas podem ser extraídos.

Segundo os ensinamentos do ex-Ministro Eros Roberto Grau, “um texto de direito isolado, destacado, despreendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum”. Por conseguinte, o ordenamento não pode ser interpretado “em tiras” (GRAU, 2002, p. 34), sendo a norma construída, pelo intérprete, a partir dos elementos contidos nos textos das regras e dos princípios e no caso concreto. Com isso, é formada uma moldura⁶ que abrange algumas soluções a serem ponderadas. O juiz, como último intérprete, tem por fim apontar a solução mais adequada.

Diante do exposto, conclui-se que, em sendo implementada uma solução pertencente à moldura “definitiva”, não haverá interesse jurídico na exigência de postura diversa. Entretanto, não seria

⁶ Referido jurista faz analogia com a teoria kelseniana, cuja interpretação ocorre entre as possibilidades contidas no(a) texto (moldura) normativo(a).

a ausência de densidade de significado de uma escusa motivo para o descumprimento de seu comando.

Diniz (1997, p. 118-119), acerca do tema, em análise do art. 205 da CF, menciona:

[...] Essa norma programática poderá dar origem a um direito subjetivo? Poderiam os pais acionar o Estado para obter, por exemplo, a construção do prédio escolar, num local ermo, sem quaisquer recursos? Poderia o Judiciário eximir-se de prolatar uma sentença nessa hipótese? Parece-nos que não ante a *proibição do non liquet*, logo *não poderia negar a prestação jurisdicional, alegando que não haveria omissão estatal na construção daquela escola*, porque a norma constitucional teria tão somente eficácia negativa, no que atina ao legislador, por proibir edição de lei ordinária contrária ao comando. Assim sendo, *o magistrado não poderá entender inaplicável a norma programática por falta de legislação; terá que analisar cada caso concreto, ante o fim social tutelado constitucionalmente, visto que, na realidade fática, podem ocorrer situações que geram direitos subjetivos*⁷.

Assim, este poder, por ser o guardião maior da justiça e da democracia, ao negar vigência às normas programáticas:

[...] atenta contra a hierarquia das normas constitucionais, compromete a independência do Poder Judiciário, concedendo poder excessivo ao Legislativo, e ignora as prescrições do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que direciona toda a interpretação jurídica⁸. Descumpre, portanto, a Constituição e a legislação ordinária, às quais deve obediência (DOMINGUES, 2003, p. 26).

Ainda consoante observado por Santos (1988, p. 146):

⁷ Cumpre observar que Silva (2002, p. 150) não inclui as normas que dispõem sobre o direito à saúde e à educação entre as normas programáticas: “*Não incluímos aqui nem o direito à saúde (art. 196), nem o direito à educação (art. 205), porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito. Se esta não é satisfeita não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma*” (grifo nosso).

⁸ Art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Nem se diga que há conceitos vagos ou indeterminados na Constituição, o que impossibilitaria ou dificultaria a aplicação do direito. Não é exato. Tal afirmação não passa de preconceito reiteradamente afirmado. O Judiciário nunca se negou a conferir definição objetiva a tais termos.

3 O obstáculo da discricionariedade administrativa

De acordo com Di Pietro (2001, p. 17-65), na obra *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, o modelo de Estado adotado delimita o âmbito da discricionariedade do administrador e, como consequência, o alcance do controle das condutas administrativas.

No Estado de Direito, como reação ao Absolutismo, as leis tinham por fim regular minimamente (para não atingir o bem maior da liberdade) o convívio social e proteger os cidadãos em face do Estado. Assim, justamente para cumprir com seu escopo, as leis deveriam ser interpretadas literalmente. Entretanto, no Estado Democrático de Direito, percebeu-se que não existia liberdade sem igualdade e participação política. Para tanto, direitos sociais foram consagrados e o Estado passou a também ter por função implementá-los para garantir tais valores, que se resumem no valor maior da dignidade da pessoa humana, conceito também desenvolvido historicamente.

Diante desta alteração significativa, meras regras não seriam suficientes para sustentar constituições estáveis, o que ensejou a normatização de princípios e regras mais vagas. Por conseguinte, critérios de interpretação e integração foram desenvolvidos, e o juiz passou a assumir função diversa daquela que o considerava “mera boca da lei”, pois teria que conjugar todo um sistema de normas, seus objetivos, fundamentos, dentro da realidade social, com o novo compromisso de aproximação de uma justiça material.

Tendo o Judiciário como função verificar se determinado comportamento é condizente com o direito posto, quando provocado, sendo, ainda, consagrado constitucionalmente o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o controle jurisdicional dos atos e omissões administrativas mostra-se ínsito ao sistema. Destarte, apenas o alcance do controle dos atos administrativos discricionários⁹ deve ser debatido e não a sua possibilidade.

No mesmo sentido, o posicionamento de Cintra (1978, p. 60): “[...] de que vale subordinar os atos políticos ao princípio da legalidade se retira a esse princípio a garantia do controle jurisdicional?”

A doutrina tradicional concebe a discricionariedade como

capacidade de determinação do sentido de uma noção deixada imprecisa pela lei, havendo nisso a possibilidade de escolher entre as diversas soluções a melhor, ou a que for julgada melhor, por motivos de conveniência, de oportunidade, de interesse público” (STASSINOPOULOS, Michel *apud* MARCHESAN, 1998, p. 86).

A imprecisão legislativa teria origem em normas que versam assuntos políticos, em normas vagas, em normas alternativas (contêm mais de uma opção), em normas facultativas de ação e em normas imprecisas quanto ao modo. Assim, eventual controle deve ser restrito à competência, à forma e à finalidade da conduta administrativa, não podendo abranger o mérito.

Entretanto, acredita-se, em uma redefinição do alcance da discricionariedade, que esta consiste em campo de liberdade situado dentro de uma moldura jurídica conformada por normas, por princípios, por fatos, pelas causas de densificação dos conceitos vagos e

⁹ A moderna doutrina entende ter sido referida classificação superada pela inexistência de absoluta oposição entre ato vinculado e ato discricionário, pois todos os atos conteriam aspectos discricionários (momento oportuno para a realização do ato) e aspectos vinculados (competência).

pelas causas determinantes de discricção. Resultaria, portanto, em “possibilidade de livre opção entre indiferentes jurídicos (alternativas igualmente lícitas para a conduta administrativa) *em concreto*” (NOVAIS, 1996, p. 34)¹⁰.

Como mencionado, diante de normas postas, dotadas de vocábulos com um mínimo de densidade de significado (ampliado diante do contexto fático e jurídico), todo este contexto compõe uma moldura jurídica a ser analisada. Esta apresentará campos de *certeza positiva* (soluções adequadas à finalidade da norma) e de *certeza negativa* (soluções inadequadas), que consistem em limites à interpretação e, portanto, à discricionariedade. Entre ambos, situam-se os casos discutíveis, em uma zona de elasticidade nebulosa. Apenas neste campo se concentram os elementos de discricção, o que não se confunde com a norma vaga como um todo, permitindo um juízo de preferência do administrador.

Consoante observado por Figueiredo (1998, p. 138), o juízo “Deve percorrer na trilha do exame até o momento em que, quer a decisão *a*, quer a decisão *b*, sejam ambas possíveis, por não se poder mais discernir qual a melhor”.

No que concerne à ausência de previsão legal acerca do momento mais oportuno de agir, cumpre apontar que os atos considerados vinculados também são dotados de certa discricionariedade nesta característica. Assim, pertencendo a escolha ao grupo de indiferentes jurídicos, a eleição administrativa deve ser respeitada. No entanto, tendo decorrido prazo razoável, o descumprimento torna-se inconstitucional¹¹.

¹⁰ No mesmo sentido, Figueiredo (1998, p. 164) aduz que “[...] se afirmam discricionários os atos em que o administrador tem opções indiferentes, pois, se qualquer delas for escolhida, haverá cumprimento da norma legal”.

¹¹ “A discricionariedade que pode ser reservada ao administrador não se refere ao ‘se’, nem ao ‘quando’ da implementação da política pública, mas tão-somente ao ‘como’” (PORT, 2005, p. 186).

No voto do ex-Ministro Anselmo Santiago, proferido no Recurso Especial n. 79.761/DF, os limites da discricionariedade são destacados:

Atualmente convivemos com uma discricionariedade mitigada pelos princípios da moralidade pública, da proporcionalidade e da razoabilidade.

[...] Vale dizer que o importante é verificar a medida de discricionariedade conferida ao administrativo especialmente no que se refere ao fato de poder implementar a previsão legal apenas ao tempo em que julgar conveniente, o que, afinal, poderá nunca ocorrer.

[...] A Administração não pode abusar do poder discricionário que detém [...]. A falta de interesse da Administração há de ser bem fundamentada, sob pena de configurar-se em casuísmo ou discriminação indevida.

[...] Por isso mesmo, a motivação não pode limitar-se a indicar a norma legal em que se fundamenta o ato (pressuposto de direito) e os fatos (pressuposto de fato). É necessário que na motivação se contenham os elementos indispensáveis para o controle da legalidade do ato, inclusive no que diz respeito aos limites da discricionariedade.

[...] o administrador não comprovou o interesse público, alegando, apenas, em seu benefício, a aplicação da discricionariedade administrativa, o que não basta a configurar a razoabilidade da medida¹².

Diversamente, a escolha da forma de execução, ou seja, da melhor alternativa técnica para o cumprimento da obrigação, de acordo com parâmetros de razoabilidade, eficiência e demais elementos conformadores da moldura jurídica, em regra, persiste no âmbito da discricionariedade administrativa, como corolário do princípio da separação dos poderes:

Com efeito, o modo de execução da obrigação imposta deve ser sujeito à apreciação de conveniência e oportunidade pelo administrador, salvo aquelas raras hipóteses em que só existe uma alternativa viável capaz de atingir o esperado (GOMES, 2003, p. 166).

¹² STJ, Recurso Especial n. 79.761/DF, 6ª Turma, rel. Min. Anselmo Santiago, j. 29.4.1997, DJ de 9 jun. 1997.

Dessarte, verifica-se que o ordenamento estabelece comandos prioritários, não deixando à escolha do administrador público a opção quanto ao cumprimento, exceto quanto aos campos de incertezas mencionados:

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração (FRISCHEISEN, 2000, p. 95).

Do contrário, o direito posto não cumpriria com o seu escopo garantista, e o princípio constitucional da segurança jurídica também seria ameaçado:

não há como conceber a possibilidade de que a contrariedade à Constituição mereça, em algum instante, a convalidação. [...] não há segurança maior para as relações jurídicas do que o convencimento geral de que nunca poderão ser considerados válidos qualquer norma ou ato administrativos contrários à Constituição (CORREIA, 2002, p. 42).

4 O obstáculo da separação dos poderes

O inciso XXXV do art. 5º da CF prevê, também como direito fundamental, que ameaça ou violação alguma de direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Assim, foi reservado a este poder, em um sistema de freios e contrapesos (controle recíproco), segundo o modelo de Estado Democrático de Direito, a função de zelar pela devida observância da lei pelos demais poderes.

Como observado, de nada adiantaria a elaboração de leis e a promulgação da Constituição se não houvesse um poder cuja função fosse restaurar a legalidade em caso de lesão. Não se trata, como afirmado por alguns, do “governo dos juízes”, mas de sim-

ples cumprimento de dever constitucional. Atenta-se, ainda, para o fato de que ao Legislativo sempre restará a opção de alteração do ordenamento posto a fim de equilibrar a distribuição de forças entre os poderes constituídos.

Mister apontar, quanto ao controle da implementação de políticas públicas e o referido princípio, que as decisões proferidas em mandado de segurança determinam uma obrigação de fazer ou não fazer aos administradores públicos, e “nunca se falou em indevida intromissão da ordem judicial em matéria que lhe era estranha” (CORREIA, 2002, p. 48-49).

O processo judicial¹³ também representa, na atualidade, instrumento de atuação política, sendo uma das formas de participação popular no controle da Administração Pública, notadamente por meio das ações coletivas:

Acredito que estejamos caminhando para o processo como instrumento político de participação. A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fa-lo-á instrumento de atuação política. [...] Cumpre proteger o indivíduo e a coletividade não só do agir *contra legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade (CALMON DE PASSOS, 1988, p. 95 *apud* GOMES, 2003, p. 257).

O Ministério Público, a partir da Constituição de 1988, assumiu notável função no controle da implementação das políticas públicas, constituindo “mais um elo no sistema de freios e contrapesos aos arbítrios e omissões estatais” e tornando-se “efetivo instrumento de aperfeiçoamento do regime democrático” (PACCAGNELLA, 1999, p. 190).

¹³ Consistem em fases do direito processual o sincretismo, a autonomia e a instrumentalidade (efetividade).

5 O obstáculo orçamentário

Na medida em que a implementação dos direitos sociais gera custos significativos ao Estado, importante perquirir acerca do alcance da discricionariedade administrativa nesta seara e a medida na qual as normas que direcionam a gestão e o dispêndio público, com a capacidade financeira do ente público, limitam o controle jurisdicional e do Ministério Público.

Diversas são as normas constitucionais e infraconstitucionais que regulam a matéria. Consoante o disposto no art. 167 da Constituição Federal, é vedado o “início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual” (inciso I), a “realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais” (inciso II), a “realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital [...]” (inciso III), a “abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes” (inciso V), bem como a “transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa” (inciso VI).

Ainda, consiste em infração administrativa (Lei n. 10.028/2000, art. 5º, III) deixar de expedir ato sobre a limitação de empenho, quando o limite estabelecido for alcançado.

No que concerne a esta limitação, consoante apontado por Gomes (2003, p. 141):

[...] a própria Lei Complementar n. 101/2000 previu que “não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente” incluindo-se aqui aquelas assim definidas pelo Poder Judiciário diante do caso concreto, e cuja decisão deve ser cumprida pelo administrador, sob pena

de cometer crime de responsabilidade. No mesmo sentido, em que pesem as inúmeras limitações relativas a despesas com pessoal, ressaltou-se que não serão computadas as despesas “decorrentes de decisão judicial”.

Com isso, evidente que não se obstaculizou o controle da omissão administrativa, não obstante as limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 9º, § 2º, da Lei n. 101/2000 e art. 1º, XIV, do Decreto-Lei n. 201/1967).

Por fim, inúmeros são os comandos previstos na Lei Complementar n. 101/2000:

Art. 8º [...]

Parágrafo único. Os recursos vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de¹⁴:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador de despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Art. 45. Observado o disposto no § 5º do art. 5º, a lei orçamentária e as de créditos adicionais só incluirão novos projetos após

¹⁴ “Art. 16 [...]. § 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias”. Segundo decisão, em sede liminar, do e. Supremo Tribunal Federal na ADI n. 2.238, no que tange ao art. 15 da referida lei (que considera irregular a geração de despesa ou assunção de obrigação dissonante de seus arts. 16 e 17): “[...] objetivam tornar efetivo o cumprimento do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária, tal como previsto no art. 165 da CF, não inibindo a abertura de créditos adicionais previstos no art. 166 da CF”.

adequadamente atendidos os em andamento e contempladas as despesas de conservação do patrimônio público, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

Assim, constata-se que, a despeito de a atividade orçamentária apresentar conteúdo essencialmente político, sendo o direcionamento dos recursos públicos decididos significativamente pelo Executivo após audiências públicas e participação popular, segundo ponderações, em grande medida, discricionárias, diversos princípios e normas, inclusive criminais¹⁵, foram sendo elaborados com o fim de inculcar maior racionalidade e eficácia às escolhas, impondo limites significativos à margem de discricionariedade¹⁶. Como será exposto, eventuais decisões judiciais também apresentarão restrições a serem consideradas.

Segundo o disposto no art. 2º da Lei n. 4.630/1964, o orçamento público consiste em documento que contém a discriminação da receita e da despesa de forma que evidencie a política econômico-financeira e o programa de trabalho do governo.

A despeito de significativa parcela doutrinária conceituar o orçamento como simples peça contábil autorizadora de gastos públicos, em uma interpretação holística do tema, acredita-se que

¹⁵ Constituem crimes: *art. 359-D do Código Penal* (“ordenar despesa não autorizada por lei: pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos”); *art. 10, itens 2, 3, 4, 6 e 7, da Lei n. 1.079/1950* (“Art. 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária: [...] 2) Exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento; 3) Realizar o estorno de verbas; 4) Infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo de lei orçamentária; [...] 6) ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal; 7) deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei;”).

¹⁶ A concepção atual no direito das finanças é de significativa margem de discricionariedade na elaboração do orçamento, o que, como discutido anteriormente, desconsidera muitos fatores de limitação das decisões do administrador.

este programa financeiro, a partir do momento em que assume a forma legal, gera obrigações ao Poder Público. E tanto é assim que diversas sanções criminais e administrativas foram impostas.

O orçamento tem por desafio atender as necessidades criadas pela conjuntura econômica sem ultrapassar os limites impostos pela moldura jurídica, conforme aduzido, bem como demonstrar, ainda, o custo da implementação dos objetivos traçados no plano de governo e evidenciar se as prioridades na alocação das dotações estão dispostas segundo o determinado pela Constituição, pelos seus princípios e pelas demais normas do ordenamento, o que inclui o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias¹⁷. Não pode o orçamento, em um Estado Democrático de Direito, ser um fim em si mesmo, devendo ser um importante instrumento de concretização do interesse público.

A discussão acerca da vinculação da lei orçamentária¹⁸ resulta do dissenso no que concerne à sua natureza, se lei em sentido formal (mero “ato-condição”, por faltar-lhe as características legais da generalidade e abstração, sendo apenas limitativa das despesas públicas) ou lei em sentido material (impositiva).

¹⁷ “Não se defende aqui que toda previsão orçamentária deva ser estritamente cumprida, exigência impossível frente às contingências sociais, e que certamente causaria o dispêndio desnecessário dos recursos públicos. Ademais, tal posicionamento atentaria contra o princípio da flexibilização. Acredita-se ser a lei orçamentária lei material que obriga o administrador a respeitá-la a princípio, sendo-lhe facultada a sua modificação pelos mecanismos de retificação [...], bem como a sua não implementação mediante justificativa razoável no sentido de que a concretização de determinado projeto não se mostra mais adequado ou necessário à consecução do interesse público” (DOMINGUES, 2003, p. 89 e 93).

¹⁸ A generalidade das categorias de previsão das dotações, que permite significativa flexibilidade alocativa, a possibilidade de abertura de créditos adicionais, dentro do limite previsto na lei, sem a necessidade de autorização legislativa, e a possibilidade de utilização da “reserva de contingência” tornam, ainda, permanente notável margem de discricionariedade administrativa.

No entanto, o entendimento no primeiro sentido desconsideraria todo o trabalho de diagnóstico das necessidades básicas da sociedade, a legitimação dos gastos públicos e o respeito ao que foi discutido pela sociedade civil e o governo. Ainda, com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, diante da atribuição de responsabilidade ao administrador que descumprir a lei orçamentária e as metas previstas na lei de diretrizes orçamentárias, “o orçamento deixa de ser peça financeira e programática para ser instrumento permissivo de controle” (OLIVEIRA, 2002, p. 14). Este, por conseguinte, poderá ocorrer em dois âmbitos, o da *elaboração da lei orçamentária e o da execução orçamentária*.

No primeiro, caso não seja elaborada norma orçamentária que preserve as prioridades constitucionais, o que for divergente, desproporcional e não razoável poderá ser impugnado:

O orçamento não é uma peça livre para o Administrador. Há valores que são priorizados pelas Constituições Federal e Estadual. Aqui, também, por vezes, o administrador não tem qualquer discricionariedade, pois, do contrário, seria lhe dar o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades e urgência que, no Brasil e no Estado de São Paulo, foi constitucionalmente fixada. Nessa linha de raciocínio, vejo como possível a acumulação de pedidos em ação civil pública, um referente à obrigação de não fazer (deixar de lançar efluentes não tratados) e outro pertinente à inclusão da respectiva despesa no orçamento do ano seguinte (FIGUEIREDO, 1996, p. 27) (grifo nosso).

No mesmo sentido, será legítimo o controle da omissão do Executivo:

[...] em relação à reserva do montante necessário à implementação de políticas públicas relativas aos direitos sociais, revelar-se evidente e inequívoca. [...] a omissão do Executivo, quando da elaboração das leis orçamentárias [...] implica violação do direito público subjetivo negativo dos indivíduos de verem afastadas medidas que coartem ou impeçam a implementação das mencionadas políticas.

Ora, se as políticas públicas dependem de recursos orçamentários para sua viabilização, é claro que, não reservar os devidos recursos, significa impedir a efetiva implementação. [...] a ausência de provisão mínima de recursos orçamentários revela-se uma afronta incontestada ao princípio da proporcionalidade (PORT, 2005, p. 196).

No que concerne à execução orçamentária, como mencionado, entende-se que a lei orçamentária vincula o administrador público em considerável medida, o que é diluído pela generalidade das categorias de previsão das dotações, que permite significativa flexibilidade de alocação. Assim, passível de apreciação jurisdicional o descumprimento injustificado e não razoável da lei.

Tendo em vista que toda lei orçamentária deverá prever uma categoria de despesa para o atendimento das “sentenças judiciais”, não deixará aquela de ser cumprida diante das decisões judiciais que impõem a implementação “imediate” de direito social. No entanto, existe a possibilidade de a decisão judicial, ou o seu conjunto, ensejar dispêndio superior ao previsto na referida dotação. Nesse caso, a possibilidade, em um contexto de planejamento e escassez de recursos, de o administrador público cumprir as decisões sem violar a legislação financeira pertinente consiste em tormentosa questão doutrinária.

Nesse contexto, a tese da “reserva do financeiramente possível” foi desenvolvida, sendo defendido que os direitos sociais deveriam ser implementados gradualmente, na medida da disponibilidade financeira do Estado.

Cumprido, assim, analisar a medida desta disponibilidade financeira no orçamento. Preliminarmente, necessário se faz mencionar que, como alternativa ao cumprimento das decisões judiciais que exigem dispêndio em programas não alcançados pela lei orçamentária e, por conseguinte, que ultrapas-

sam as dotações previstas na categoria das “sentenças judiciais” e das respectivas categorias de programação (verbas destinadas a determinado programa), pode ser feito uso da “reserva de contingência”¹⁹, prevista justamente para viabilizar o princípio da flexibilidade orçamentária diante do princípio da legalidade. Assim, os casos fortuitos podem ser contemplados sem que seja necessária permissão legislativa posterior.

Ademais, outra opção seria a utilização do remanejamento de verbas previstas nas categorias, com a possibilidade de cancelamento total ou parcial de programas de menor prioridade (como os destinados à propaganda institucional do governo) para a transposição do crédito para a categoria de programação determinada judicialmente, que exigir satisfação imediata²⁰.

Ainda, existem os instrumentos de retificação do orçamento²¹, por meio da abertura de créditos adicionais, a fim de que despesas não previstas ou insuficientemente dotadas sejam efetivadas (Lei n. 4.320/1964, art. 40)²², não sendo estes limi-

¹⁹ A Lei de Responsabilidade Fiscal, no entanto, prevê: “Art. 5^ª O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar:

[...] III - conerá reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias [...]”.

²⁰ Importante salientar que a doutrina majoritária entende que ao Judiciário não cabe este remanejamento, ínsito à discricionariedade administrativa.

²¹ O § 1^º do art. 43 da Lei n. 4.320/1964 descreve os recursos que podem ser utilizados para a abertura de créditos suplementares e especiais (“recursos disponíveis”).

²² Os créditos adicionais são classificados (Lei n. 4.320/1964, art. 43) em suplementares (abertos por decreto do Poder Executivo, mediante prévia autorização legislativa e identificação dos recursos disponíveis para utilização, quando da necessidade demonstrada de aumento de dotação orçamentária insuficiente para a efetivação do programa previsto – CF, art. 167, V), especiais (também abertos por decreto do Executivo, mediante prévia autorização legislativa e identificação dos recursos disponíveis, a fim de atender programas não previstos no orçamento,

tados pelas exigências previstas nos arts. 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme decidido em sede liminar pelo e. Supremo Tribunal Federal²³.

Por fim, em casos de decisões judiciais de menor urgência, a opção poderá ser a determinação de pagamento por intermédio de precatórios (em obrigação de dar) ou a inclusão da despesa para cumprimento no exercício posterior (caso de *impossibilidade circunstancial*), a fim de ser devidamente prevista a dotação específica e suficiente na lei orçamentária subsequente.

Atenta-se, ainda, para o fato de que, em regra, a lei orçamentária prevê a abertura de créditos suplementares, uma das modalidades de créditos adicionais, até determinada porcentagem para alguns grupos de despesas, subatividades ou subprojetos, especificando, ainda, a origem dos recursos, como, por exemplo, a anulação parcial de dotações, desde que esta não ultrapasse determinado valor de cada subprojeto objeto da anulação e/ou a reversa de contingência.

Desse modo, enquanto as dotações destinadas a suprir as despesas oriundas das condenações judiciais, as possibilidades de uso da reserva de contingência e a autorização para abertura imediata de créditos adicionais não forem esgotadas e as providências previstas no Anexo de Riscos Fiscais não tiverem sido efetivadas, não há de se acolher a escusa da indisponibilidade de meios materiais para o cumprimento de decisões judiciais. Trata-se de campo pertinente ao financeiramente possível²⁴. Ressalta-se que essas duas últimas dotações são próprias para suprir a insuficiência de recursos em

cuja necessidade é identificada durante o exercício financeiro) e extraordinários (abertos, por meio de medida provisória, para o atendimento de despesas imprevisíveis e urgentes, não dependendo, portanto, de prévia autorização legislativa).

²³ *Apud* nota 15.

²⁴ Dispõe o § 3º do art. 4º da Lei de Responsabilidade Fiscal que: “A lei de diretrizes orçamentárias conterá Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos

determinado item de despesa orçamentária, o que ocorre, no caso em tela, com o item das sentenças judiciais.

No que concerne à abertura de crédito adicional, quando atingido o limite legal especificado para a sua abertura automática, questão a ser analisada consiste na necessidade de autorização legislativa quando existente decisão judicial e a única alternativa para o cumprimento consistir em abertura de crédito.

Constata-se, portanto, que a *disponibilidade de caixa* não se confunde com a *disponibilidade orçamentária*. A disponibilidade de recursos (disponibilidade de caixa), advinda, por exemplo, com o excesso de arrecadação (“recursos disponíveis” descritos no § 1º do art. 43 da Lei n. 4.320/1964), não estará vinculada a autorizações de despesas (indisponibilidade orçamentária). Por conseguinte, em princípio, necessário se faz autorização legislativa para o dispêndio, em consonância com o princípio da legalidade.

O modelo jurídico norte-americano, em casos como o que se apresenta, permite a realocação dos recursos pelo juízo. Caso a necessidade não seja premente, possível será a responsabilização do Estado, a fim de constar na lei orçamentária subsequente a dotação necessária. Existe, ainda, a alternativa da determinação para que o Legislativo autorize a realocação a fim de sanar a omissão orçamentária inconstitucional ou ilegal (indicação da modalidade de “recursos disponíveis”), fixando-se prazo razoável. Caso mantenha-se inerte, caberia ao Judiciário suprir a omissão, como ocorre nos julgamentos dos mandados de injunção, ou mesmo, em sendo o ato ilegal, anulá-lo, sendo a legitimidade ainda mais inquestionável nas hipóteses de *periculum in mora*.

contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem”.

Independentemente da opção, o Judiciário deverá garantir o direito apontando. Parcela da doutrina entende que não cabe ao juízo indicar a forma de obtenção dos recursos, bastando determinação de obrigação de fazer, cabendo ao administrador buscar a solução e, caso necessário, pleitear autorização legislativa apenas por formalidade, pois, na hipótese de indeferimento, estará respaldado por decisão judicial para o remanejamento necessário. Outros, diversamente, entendem ser dever do juízo indicar a origem do recurso.

Eros Roberto Grau, em parecer proferido acerca do assunto, menciona que o caso envolve um conflito entre o *princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário* e o *princípio da legalidade da despesa pública*, em que o intérprete tem que atribuir maior peso a um deles²⁵. No caso de impossibilidade absoluta de conjugação, por ser o cumprimento das decisões judiciais princípio constitucional orgânico, este deve prevalecer.

Assim, em caso extremo, a legalidade formal (art. 85, VI, art. 166, art. 167, II, V e VI, art. 169 e art. 38 do ADCT, todos da Constituição de 1988) cederia à legalidade material, não sendo exigida a autorização legislativa²⁶.

Martins (1993, p. 288-289), por sua vez, considera:

Ora, no momento em que uma decisão judicial determine que seja paga certa importância contra o rígido orçamento aprovado, à

²⁵ Referido jurista considera que no sistema brasileiro também vige o princípio da sujeição do Legislativo às decisões do Poder Judiciário, o que impede a recusa ao cumprimento da ordem sem justificativa plenamente comprovada ao tribunal competente que a autorize, sob pena de incorrer em crime de desobediência. Deverá ser cabalmente demonstrada a inexistência de solução diversa.

²⁶ “Não merece acolhida a alegação de que não teria o Judiciário legitimação para determinar que seja cumprida hipótese contrária à vontade do Poder Legislativo. Na distribuição constitucional dos poderes foi atribuída ao Judiciário, com a previsão do controle de constitucionalidade das leis, a função de dizer o direito em última instância. É o que ocorre no caso em tela” (DOMINGUES, 2003, p. 119, nota 306).

evidência, impõe uma condição de impossível cumprimento pelo Poder Executivo, visto que não pode alocar recursos fora dos estritos termos das diversas leis orçamentárias. [...]

À evidência, não pode a autoridade desobedecer à decisão judicial. [...] Não pode o Poder Executivo cumprir decisão para a qual não tenha recursos alocados, mas não está o vencedor na lide, mesmo que provisoriamente, sujeito a esperar o ano seguinte, *podendo o juízo determinar, se recursos não houver no orçamento, que o Legislativo supra, com autorização e fontes de recursos, os meios necessários para o cumprimento de decisão judicial* (grifo nosso).

Como apontado, seriam hipóteses extremas, tendo em vista que, em regra, a compatibilidade será possível. Quanto às normas previstas nos arts. 15, 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal, essas visam, essencialmente, à observância dos princípios da legalidade, do equilíbrio econômico-financeiro e do planejamento, sendo direcionadas ao administrador público, em respeito ao que foi discutido no processo de elaboração orçamentária. Não contemplam, portanto, situações emergenciais e prioritárias envolvendo bens jurídicos de valor indiscutível, em que as limitações deverão ser flexibilizadas, caso impossível a compatibilização.

Quanto ao inciso II do § 1º, dificilmente a despesa resultante de decisão judicial será incompatível com os objetivos prioritários e as metas estabelecidas no plano plurianual e na lei de diretrizes orçamentárias, visto que nestes as prioridades estabelecidas na Constituição não podem ser desconsideradas. Ainda, caso a decisão não seja proferida no último ano do plano, o Executivo terá certo prazo para cumprir as demais metas previstas e, diante da impossibilidade, terá como escusa a preeminência do programa criado para atender aos ditames judiciais. Entretanto, em sendo o cumprimento da decisão óbice para a implementação de outras metas de grande interesse social, o que dificilmente ocorrerá, devido à generalidade das metas e previsões, referido fato deverá

ser demonstrado no processo a fim de que os bens sejam devidamente sopesados.

Por fim, existem as opções de obtenção de empréstimos, a emissão de moeda (mesmo sem o correspondente lastro), a emissão de títulos da dívida pública (que, para se tornar interessante para compra, exige altas taxas de juros) e o aumento de tributos ou a criação de novos, que devem ser evitados ou utilizados com a máxima cautela.

Ocorrerá a exaustão orçamentária (absoluta ausência de recursos orçamentários para o atendimento das demandas judiciais) a partir do esgotamento da dotação específica para o atendimento das despesas advindas das condenações judiciais, da reserva de contingência, dos limites para abertura de créditos adicionais, das “reservas disponíveis” e das alternativas aduzidas no Anexo de Risco Fiscal. O cancelamento de programas de menor prioridade não se mostrará mais viável, por restarem apenas programas de igual hierarquia. Foi demonstrado, de modo cabal, que as renúncias de receitas são legítimas e necessárias, não havendo disponibilidade de caixa ou opção razoável para tanto (DOMINGUES, 2003, p. 120).

Desse modo, o administrador deverá demonstrar as circunstâncias concretas que inviabilizam a prestação constitucional, pois, segundo o disposto no art. 333, II, do CPC, a ele cabe a prova quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, sendo observado que “*quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida*” (AMARAL, 2000, p. 183 *apud* TORRES, 1999, p. 188) (grifo nosso).

Do exposto, conclui-se que a realidade econômica e social não pode ser ignorada na seara da implementação dos direitos sociais. No entanto, a reserva do financeiramente possível não se mostra tão limitada quando divulgada.

6 A atuação do Ministério Público na implementação dos direitos sociais

O Ministério Público, dentro de suas “novas” atribuições constitucionais de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127), passou a ser “agente político constitucionalmente qualificado à interferência na condução do poder político estatal” (GOMES, 2003, p. 19); “interferência no modo de conduzir os assuntos e interesses do Estado e dos cidadãos”, o que não se confunde com o caráter político-partidário. Dessarte, a partir da Constituição Cidadã, a “atuação política do Ministério Público faz-se por meio do uso do processo [e medidas extrajudiciais]²⁷ como instrumento político de participação” (MAZZILLI, 1998, p. 52-53).

Na própria Carta Maior foram previstos, na reconstrução das funções institucionais do *Parquet*, para o cumprimento de sua vocação de defesa de direitos: o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [...] aos direitos assegurados na Constituição, devendo ser promovidas as medidas necessárias a sua garantia (CF, art. 129, II); a abertura de inquérito civil e eventual ajuizamento de ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III); a ação direta de inconstitucionalidade e representação para fins de intervenção da União e dos estados; o funcionamento perante o Tribunal de Contas (CF, art. 129, III e IV e art. 130) e o Conselho de Gestão Fiscal (Lei n. 101/2000,

²⁷ “Longe de ser mera tautologia, a diferença de denominação entre instrumento pré-processual e extraprocessual revela a maneira como encaramos o inquérito civil e o procedimento administrativo: se exclusivamente como uma preparação à ação civil pública ou como um instrumento destinado a contribuir, ele próprio e de forma útil, para um equacionamento da controvérsia capaz de assegurar efetividade ao direito ou interesse coletivo lesado ou ameaçado” (GAVRONSKI, 2009, p. 1).

art. 67). Por fim, ressalta-se que ato do presidente da República que atente contra o livre exercício do Ministério Público constitui crime de responsabilidade (CF, art. 85, II).

Assim, diante da ampliação significativa da legitimidade do Ministério Público, principalmente no campo extraprocessual, referida instituição tornou-se também representante do povo perante o próprio Estado que integra, garantindo o seu acesso à “ordem jurídica justa”, sendo, ainda, fator de equilíbrio entre as partes, na atuação como fiscal da lei:

É mais consentâneo com as altas responsabilidades e com a isonomia assegurada constitucionalmente entre os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário que ele disponha não apenas de instrumentos de demanda perante este último para assegurar a efetividade aos direitos e interesses cuja efetividade deve promover, mas também de instrumentos capazes de, por sua própria e conclusiva atuação, alcançar o mesmo objetivo, escolhendo entre aqueles mais adequados frente ao caso concreto e qualificando a resposta do Ministério Público à sociedade. Privilegia-se, assim, o Ministério Público resolutivo, ou seja, comprometido com a efetiva solução dos problemas e conflitos que lhe são apresentados, em detrimento do Ministério Público meramente demandista, que vê na judicialização – e na conseqüente transferência de responsabilidade ao Poder Judiciário – sua única opção (RODRIGUES e GAVRONSKI, 2009, p. 8-9).

Por meio do inquérito civil²⁸, o Ministério Público exerce sua função investigativa, angariando provas e outros elementos a fim de identificar os fatos lesivos ou ameaçadores aos bens jurídicos que tutela²⁹, bem como os respectivos responsáveis, com o escopo de

²⁸ Instrumento de atuação previsto no art. 129, III, da CF, no art. 8º, § 1º, e art. 9º da LACP, no art. 25, IV, e art. 26 da Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados (Lei n. 8.625/1993), no art. 6º, VII, art. 7º e art. 8º da LC n. 75/1993 e na Resolução n. 23/2007 do CNMP.

²⁹ Como o patrimônio público e social, o meio ambiente, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, os interesses individuais indis-

formar sua convicção. Para tanto, poderá requisitar informações, exceto aquelas reservadas à jurisdição, a órgãos públicos e privados, a pessoas físicas e jurídicas, estipulando prazo para a resposta. A recusa injustificada (no prazo legal de dez dias ou em eventual prazo ampliativo) ao fornecimento de elementos indispensáveis à propositura de ação civil pública constitui crime previsto no art. 10 da LACP. Outrossim, será cabível mandado de segurança com o escopo de garantir o direito líquido e certo da instituição à informação, bem como ação de responsabilização por improbidade administrativa diante da violação aos princípios da Administração Pública.

Referido inquérito consiste, portanto, em procedimento administrativo inquisitivo, informal, a despeito de escrito, de titularidade exclusiva do Ministério Público, de instauração facultativa, com publicidade que pode ser mitigada por meio da decretação do sigilo (em analogia ao art. 20, CPP).

Terminada a instrução, os elementos poderão ensejar recomendação, termo de ajustamento de conduta, ação civil pública e/ou ação de responsabilização por improbidade administrativa.

No que concerne ao procedimento administrativo (CF, art. 129, VI, e LC n. 75/1993, art. 8^o):

Entendeu-se não haver diferença substancial entre os instrumentos de atuação em exame (inquérito civil e procedimento administrativo), visto que ambos se prestam a coletar elementos para a eventual propositura de ação judicial, expedição de recomendações e celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). A instauração de um ou de outro ficaria ao juízo do membro, sendo conveniente em razão da maior complexidade do tema e/ou da amplitude de interessados, instaurar-se o Inquérito Civil Público (ICP). Entendeu-se também que o PA deveria ser instaurado quando não

poníveis, difusos e coletivos, os relativos às comunidades indígenas, à família, à criança e ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas, ao consumidor, entre outros.

existissem elementos suficientes à instauração do ICP, pois haveria uma certa gradação de menos para mais entre o PA e o ICP³⁰.

Uma diferença formal entre referidos instrumentos consiste na exigência de portaria para a instauração de inquérito civil, ato necessário no procedimento administrativo se esta for feita de ofício, pois, nas hipóteses de representação, o despacho determinando a autuação e a instauração pode ser feito no próprio documento protocolado. Por fim, segundo o previsto no art. 26, § 2º, III, do CDC, o inquérito civil obsta a decadência do direito de reclamação pelos vícios aparentes do serviço ou produto, não havendo previsão quanto ao procedimento administrativo.

Cumprir observar que, muitas vezes, a simples instauração, seguida do despacho e da expedição de ofício nos inquéritos civis e procedimentos administrativos, revela-se suficiente para o cumprimento espontâneo da lei pelos envolvidos.

A recomendação (com previsão no art. 6º, XX, da LC n. 75/1993, no art. 27, parágrafo único, IV, da Lei n. 8.625/1993, e no art. 201, VIII e § 5º, do ECA), por sua vez, consiste em

ato administrativo que enuncia o entendimento da instituição sobre a medida adequada a ensejar a correção da conduta inadequada, ou a melhor para promover os direitos transindividuais. [...] atua o Ministério Público como uma magistratura de persuasão, o que se enquadra dentro de uma tendência do Estado também agir de forma indutiva e não apenas de forma vinculante, como se dá mediante o fomento administrativo [...] (RODRIGUES e GAVRONSKI, 2009, p. 16).

Por meio de referido instrumento, o Ministério Público desenvolve sua função de *ombudsman*, sendo, em regra, a reco-

³⁰ Posicionamento dos representantes da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão no VI Encontro Nacional do Ministério Público Federal (2004) *apud* GAVRONSKI, 2006a, p. 59.

mendação efetuada no âmbito de um inquérito civil ou de um procedimento administrativo.

A despeito do seu caráter não obrigatório, consiste em importante mecanismo de orientação, bem como de advertência acerca das sanções pertinentes em caso de inércia ou não adoção das medidas recomendadas (como nas hipóteses de aplicação de recursos públicos ou na omissão da implementação de direitos sociais). Ainda, evidencia a ciência da ilegalidade (dolo), podendo a conduta inadequada caracterizar crime ou improbidade (diante do prejuízo ao erário ou do enriquecimento ilícito). Para a produção de efeitos, basta a sua comunicação ao destinatário, que tem o dever de apresentar resposta escrita no prazo fixado, justificando, se for o caso, o seu não cumprimento. Para que a credibilidade e a eficiência do instituto sejam preservadas, mister se faz a sua utilização em hipóteses nas quais o descumprimento possa ensejar alguma medida judicial coercitiva.

Trata-se, por conseguinte, de mecanismo alternativo (ao monopólio jurisdicional do Estado) de resolução de conflitos que enseja um “diálogo fundamentado entre o Ministério Público e o recomendado”, podendo este ser um dos responsáveis pela prestação de serviços públicos e direitos transindividuais:

O fato de ser expedida unilateralmente por uma das partes não impede que haja o debate sobre os seus termos, nem antes no momento de sua própria composição, nem depois, na avaliação da melhor forma de se acatar o recomendado. Ademais, ela só produz efeitos concretos de efetivação dos direitos que visa a proteger se acolhida, total ou parcialmente.

[...] a eficácia da recomendação está relacionada à legitimidade política e social do Ministério Público, bem como à qualidade da fundamentação das recomendações que expede (RODRIGUES e GAVRONSKI, 2009, p. 11 e 15).

As questões de âmbito nacional e regional podem compor o objeto de recomendações expedidas por grupos de trabalho criados no âmbito das Câmaras de Coordenação e Revisão e da Procuradoria Federal dos Direitos dos Cidadãos, a fim de reafirmar o princípio da unidade institucional.

Interessante também que a divulgação da recomendação, em grande parcela dos casos, seja ampla, por meio oficial (diário oficial, página da Internet da instituição, banco de dados), a fim de viabilizar uma fiscalização mais efetiva, podendo, ainda, ser o destinatário compelido à responsabilidade. Aconselhável, também, a comunicação do resultado ao representante, que provavelmente contribuirá no mesmo sentido. No entanto, em determinadas situações, a divulgação poderá comprometer a efetividade da recomendação, devendo ser analisado o caso concreto³¹.

O acompanhamento do cumprimento das obrigações poderá ser efetuado no próprio inquérito civil ou no procedimento administrativo no qual a recomendação fora elaborada. Muitas vezes, a revisão de aspectos circunstanciais será necessária para o cumprimento do objetivo ministerial.

Outro instrumento de atuação extraprocessual consiste no termo de ajustamento de conduta (Lei n. 7.347/1985, art. 5º, § 6º), cuja finalidade consiste em ajustar, de modo preventivo ou repressivo, a conduta do envolvido às previsões legais, por meio de um acordo dotado de natureza de título executivo extrajudicial. Diversas são as vantagens apresentadas em relação ao processo judicial: a celeridade, a despeito do tempo de negociação, a efe-

³¹ Para ser um instrumento eficaz de solução, importante a “elaboração de considerandos sem imputar culpas e adjetivar excessivamente o comportamento do investigado, até a avaliação de como trabalhar com a publicidade anterior e posterior à recomendação, uma vez que a ampla divulgação pode influir positiva ou negativamente no comportamento do recomendado” (RODRIGUES e GAVRONSKI, 2009, p. 25-26).

tividade, a exigibilidade imediata das sanções previstas (a multa, por exemplo, na ação civil pública, somente poderá ser exigida após o trânsito em julgado), a possibilidade de inclusão de pontos além daqueles objetos iniciais de análise, bem como da participação social. Para os compromissários, o dispêndio com advogados e o desgaste processual são evitados. Para o administrador público, o compromisso afeta diretamente a sua imagem perante a sociedade, demonstrando respeito à legalidade e, por conseguinte, aos seus representados e à democracia.

Entre as sanções previstas em caso de descumprimento de cada obrigação fixada, interessante a previsão de nulidade ou ineficácia do ato, a suspensão de transferência de recursos ao ente interessado (hipótese em que o ente responsável pela transferência deverá assinar também) ou outras medidas. Em caso de previsão de multa, importante que seja vinculada ao gestor, pois, diante da presunção da observância do termo, não haveria justificativa para a negativa. Entretanto, na impossibilidade de vinculação pessoal, a multa aplicada ao órgão público pode não surtir o efeito de compelir o compromissário. Nesta seara, a publicidade da resistência poderá surtir algum efeito positivo para a proteção do direito envolvido³².

Por versar interesses indisponíveis, as negociações restringem-se, basicamente, ao modo, prazo e lugar (quando pertinente) das cominações, sendo resguardada a possibilidade do acesso individual ao juízo em pleitos de indenização. Para tanto, imprescindível o conhecimento da extensão do dano e dos meios de reparação (por meio de apoio técnico especializado, se necessário).

³² Questões discutidas em *chat* realizado em 22.5.2009, no VII Curso de Ingresso e Vitaliciamento do MPF.

Na fixação do modo, deve-se buscar, inicialmente, a reparação plena do direito; caso não seja possível, o resultado equivalente e, sucessivamente, as medidas compensatórias relacionadas com o direito lesado e, por fim, o ressarcimento. Não há restrição para que seja firmado TAC parcial, abrangendo a parte do litígio na qual os envolvidos comprometem-se ao proposto, desde que reste esclarecida essa peculiaridade e as medidas pertinentes sejam adotadas para a reparação da parcela não englobada (que terá como vantagem a redução do litígio e a proteção parcial do direito)³³.

Versando o objeto sobre obrigação pública, mister se faz a indicação orçamentária dos gastos ou o compromisso de ser feita proposta para a inclusão das despesas na lei orçamentária subsequente. A capacidade financeira do ente também deverá ser considerada na estipulação do prazo para cumprimento.

Ademais, como na recomendação, importante que a comunidade tenha conhecimento do termo a fim de auxiliar na fiscalização.

Em sendo formado o título executivo extrajudicial (com a estipulação dos obrigados, da obrigação, da extensão, dos prazos, das despesas e das sanções), e em não sendo ele observado, necessária se fará a execução judicial. No que concerne ao prazo, verifica-se que

não prescreve o direito de executar o compromisso de ajustamento de conduta, sobretudo diante do interesse público na preservação destes direitos e no fato de sua violação geralmente ser de trato sucessivo perdurando ao longo do tempo (RODRIGUES, 2008, p. 32).

Por fim, em sendo inevitável, ação civil pública (Lei n. 7.347/1985) deverá ser proposta.

³³ Vide nota 32.

7 Conclusão

A análise da implementação dos direitos sociais demonstra que a existência de normas programáticas ou vagas, a reserva de discricionariedade conferida à Administração Pública, a separação dos poderes e o financeiramente possível não são obstáculos paralisantes da atuação do Judiciário, do Ministério Público, dos demais legitimados ou, inclusive, do cidadão (entre os pedidos pertinentes por meio de ação popular). Diversos são os instrumentos de controle e de atuação previstos no ordenamento jurídico (processuais e extraprocessuais).

No entanto, a despeito do significativo papel desempenhado pela instituição ministerial, bem como da responsabilidade do Judiciário na proteção dos direitos, na consolidação da democracia e na preservação da dignidade humana, a construção e o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito exige o amadurecimento de diversos atores sociais, até mesmo para que o próprio Ministério Público e o Judiciário, no exercício de suas atribuições e competências, estejam também sujeitos a controles de naturezas diversas:

a implementação das políticas públicas depende fundamentalmente do amadurecimento político e institucional da sociedade e da tomada de consciência da importância da participação de toda a população no processo político de elaboração das leis orçamentárias. O controle do Judiciário é apenas uma das formas de buscar a efetividade dos direitos sociais, mas não se pode atribuir exclusivamente a ele a obrigação de garantir a realização das mudanças sociais que possibilitem o desenvolvimento de um legítimo Estado Social de Direito (PORT, 2005, p. 199-200).

Assim, imperioso o desenvolvimento por cada legitimado das suas potencialidades, cabendo também ao Ministério Público invocar as respectivas corresponsabilidades (dos sindicatos, das associações civis, dos conselhos profissionais e demais

autarquias, das fundações públicas, das defensorias públicas e, inclusive, dos entes públicos, a fim de assumirem as suas parcelas de deveres). Como apontado pelo Procurador da República Alexandre Amaral Gavronski, o Ministério Público, diante da notória quantidade de demandas postas, terá que eleger prioridades de atuação, e a atuação eficiente dos demais legitimados viabilizaria a “defesa daqueles direitos que não interessam especificamente a nenhum dos outros legitimados, mas têm importante repercussão social [...]”. No mesmo sentido, destaca:

Na medida em que menos se ocupar de questões que podem ser bem (talvez melhor) defendidas por outros legitimados, disporá a Instituição de mais tempo para atuar de forma mais efetiva na capacitação e qualificação da cidadania, informando à população excluída de seus direitos e defendendo-os em juízo sob a perspectiva coletiva (GAVRONSKI, 2006, p. 120)³⁴.

Dessa forma, a partir da real participação de diversos legitimados, assumindo e aperfeiçoando cada um as suas responsabilidades, estarão plenamente consolidadas a independência e a efetiva harmonia entre todos os poderes (CF, art. 1º, parágrafo único, e art. 2º), em um concreto sistema de “freios e contrapesos” que não se distancia do pressuposto fundamental de que “todo poder emana do povo” e, portanto, deverá ser exercido em seu nome e em seu benefício exclusivo.

Referências

AMARAL, Gustavo. *Escassez, direiros e escolhas*. Rio de Janeiro: UERJ.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

³⁴ Segundo Alexandre Gavronski (2006b, p. 126-127), entre as sugestões a fim de aperfeiçoar a tutela dos direitos coletivos estariam: “assunção, por parte dos vários legitimados coletivos, de suas responsabilidades [...], prioridade para o julgamento das ações coletivas, superação de requisitos formais para enfrentamento do mérito e efetiva utilização de instrumentos processuais que assegurem efetividade aos provimentos judiciais”.

CALMON DE PASSOS, J. J. Processo e democracia. In: GRINOVER, A. P. (Org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo. Motivo e motivação de ato administrativo. 1978. Tese (Livre Docência) – Direito Administrativo. São Paulo: USP, 1978.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1997.

DOMINGUES, Samira Engel. *A exequibilidade dos direitos sociais*. 2003. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública. Ação popular. A defesa dos interesses difusos e coletivos. Posição do Ministério Público. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 16, 1996.

_____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

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

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Tutela coletiva: visão geral e atuação extrajudicial*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União; Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2006a. (Manuais de Atuação ESMPU, v. 1).

_____. Propostas para incrementar a efetividade dos instrumentos previstos na Lei n. 7.347/85 e ampliar o acesso à justiça dos

direitos coletivos. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho (Coord.). *Ação civil pública: 20 anos da Lei n. 7347/85*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006b.

_____. *Inquérito civil e procedimento administrativo: instrumentos pré-processuais ou extraprocessuais?* Texto fornecido no VII Curso de Ingresso e Vitaliciamento do MPF, 2009.

GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Despesa pública – princípio da legalidade – decisão judicial. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 90-106, fev. 1994.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 87, n. 749, p. 82-103, mar. 1998.

MARTINS, Ives Gandra. Ordem judicial de pagamento – ausência de recursos orçamentários – teoria da impossibilidade material. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 9, n. 5, p. 277-290, maio de 1993.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1998.

NOVAIS, Raquel Cristina Ribeiro. A razoabilidade e o exercício da discricionariedade. In: SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* *Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Responsabilidade fiscal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PACCAGNELLA, L. H. Controle da administração pública pelo Ministério Público: meio de aprofundamento da democracia. In: VIGLIAR, J. M. M. e MACEDO JÚNIOR, R. P. (Coord.). *Ministério Público II: democracia*. São Paulo: Atlas, 1999.

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública*. São Paulo: RCS, 2005.

RODRIGUES, Geisa de Assis; GAVRONSKI, Alexandre Amaral (Coord.). *Relatório final da pesquisa: a recomendação como meio de atuação resolutiva do Ministério Público: cabimento, requisitos e potencialidades*. Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Figueiredo. Normas programáticas. Análise político-constitucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 21, n. 86, p. 139-152, abr./jun. 1988.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.