



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UNIRIO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS - CCJP  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD**

**MICHELLE BRUNO RIBEIRO**

**MINISTÉRIO PÚBLICO E POLÍTICAS PÚBLICAS: fundamentos e limites da atuação ministerial na garantia dos direitos fundamentais sociais.**

Rio de Janeiro  
2020

MICHELLE BRUNO RIBEIRO

**MINISTÉRIO PÚBLICO E POLÍTICAS PÚBLICAS: fundamentos e limites da atuação ministerial na garantia dos direitos fundamentais sociais.**

Dissertação final de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – CCJP da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Rio de Janeiro  
2020

Bruno Ribeiro, Michelle

Ministério Público e Políticas Públicas: fundamentos e limites da atuação ministerial na garantia dos direitos fundamentais sociais/ Michelle Bruno Ribeiro - Rio de Janeiro, 2020.

188 f.

Orientador: Paulo Roberto Soares Mendonça

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2020.

1. Ministério Público. 2. Política pública. 3. Direitos fundamentais sociais. I. Mendonça, Paulo, orient. II. Título.

MICHELLE BRUNO RIBEIRO

**MINISTÉRIO PÚBLICO E POLÍTICAS PÚBLICAS:** fundamentos e limites da atuação ministerial na garantia dos direitos fundamentais sociais.

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Professor Dr. Paulo Roberto Soares Mendonça  
Professor orientador  
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

---

Professora Dra. Claudia Tannus Gurgel do Amaral  
Professora avaliadora  
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

---

Professor Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho  
Professor convidado  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente meus agradecimentos se dirigem ao meu esposo Leonardo, cujo amor e parceria são essenciais em todos os momentos, a minha mãe Valéria e meus avós Paulo (*in memoriam*) e Nylma que se dedicaram a me apoiar e incentivar durante toda minha vida e em especial nessa trajetória acadêmica, abrindo mão dos seus próprios projetos para me ajudar a concretizar o meu.

Ao meu filho Pedro, cuja gestação foi descoberta no primeiro mês do curso deste mestrado e que ressignificou a minha visão do mundo, preenchendo minha existência com um amor que me incentiva a buscar sempre ser a minha melhor versão.

Ao meu orientador e professor Dr. Paulo Mendonça, pela confiança inicial depositada no meu projeto de pesquisa bem como pelos valiosos conselhos e sugestões muito importantes para a adequação da ideia inicial possibilitando o desenvolvimento desta dissertação.

A professora Dra. Cláudia Gurgel que assim que ouviu sobre meu projeto de pesquisa ainda no primeiro ano deste curso de mestrado, me deu sugestões valiosas para delimitar meu objeto de pesquisa, acrescentando ainda outras quando gentilmente aceitou participar da minha banca de qualificação.

Ao professor Dr. Humberto Dalla que tendo aceitado participar da minha banca de qualificação muito acrescentou com suas observações precisas acerca do meu objeto de pesquisa.

Aos meus colegas do mestrado, em especial Aline Marchesini, Diogo de Souza, Julio Suhett e Thiago Amério que sem dúvidas tornaram mais leve esse caminhar e muito me auxiliaram até o último momento antes da finalização desse trabalho.

Aos integrantes do grupo de pesquisa Novas Práticas em Jurisdição Constitucional – NP Juris/ UNESA, na pessoa de sua coordenadora a professora Dra. Vanice Valle, cujos debates em direito agregaram muito no conteúdo desta dissertação.

A Lucas Camargo Silva Machado e Paulo de Oliveira Machado, integrantes da equipe de trabalho do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pela facilitação e auxílio no acesso ao Inquérito Civil objeto do estudo de caso apresentado no desfecho desta pesquisa.

Agradeço por fim aos meus colegas do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pelos debates que me instigaram, motivando o início dessa jornada.

## RESUMO

Este estudo visa apresentar um desenho de atuação resolutiva do Ministério Público no âmbito da garantia dos direitos fundamentais sociais, tendo por foco a eficiência e efetividade da atuação ministerial, bem como situar esse agir dentro dos limites previstos pela Constituição da República de 1988. A defesa da ordem jurídica, a proteção do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis constituem ao mesmo tempo as missões institucionais e os limites dessa atuação, devendo o Ministério Público encontrar o ponto legítimo da sua atuação entre o controle de juridicidade e o respeito a discricionariedade administrativa. Assim, a pesquisa caminha no sentido de demonstrar que para a garantia dos direitos fundamentais sociais, intrinsecamente vinculados com o regime democrático, é necessário intervir no ciclo das políticas públicas que lhes serve de instrumento, de modo a evitar a violação desses direitos desde a origem, numa atuação preventiva, como fiscal da ordem jurídica, agente de *accountability*, fomentando a participação social direta, e também servindo como canal de interlocução entre a Administração Pública e a sociedade civil de modo que a política pública formada seja realmente um produto da vontade social, no esteio da desejada institucionalização da democracia.

Palavras-chave: Ministério Público, políticas públicas, direitos fundamentais sociais.

## **ABSTRACT**

This study aims to present a design of resolutive action by the Public Ministry in the context of guaranteeing fundamental social rights, focusing on the efficiency and effectiveness of ministerial activities, as well as placing this action within the limits provided for by the 1988 Constitution. The defense of the legal order, the protection of the democratic regime and social and unavailable people interests constitute at the same time the institutional missions and the limits of this performance, and the Public Ministry must find the legitimate point of its performance between the control of legality and respect for discretion administrative. Thus, the research moves towards demonstrating that in order to guarantee fundamental social rights, intrinsically linked to the democratic regime, it is necessary to intervene in the public policy cycle that serves as an instrument, in order to avoid the violation of these rights from the beginning, in a preventive action, as legal system inspector, accountability agent, promoting direct social participation, and also serving as a channel for dialogue between the Public Administration and civil society so that the public policy formed is really a product of social will, underpinning the desired institutionalization of democracy.

Keywords: Public Ministry, public policies, fundamental social rights.

## SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO .....	10
2- ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS .....	14
2.1 Democracia.....	14
2.2 Estado Democrático de Direito.....	21
2.3 Dos Direitos Fundamentais Sociais .....	28
2.4 Da reserva do possível .....	32
3- POLÍTICAS PÚBLICAS: CONCEITO, CICLO E FORMAS DE AVALIAÇÃO.....	35
3.1 O marco inicial do estudo das políticas públicas no Brasil .....	35
3.2 Do conceito de políticas públicas.....	36
3.3 Política pública como um processo cíclico .....	40
3.4 Atores sociais .....	42
3.5 Estágios do ciclo de políticas públicas .....	46
3.5.1 Montagem ou formação da agenda.....	47
3.5.2 Formulação de políticas .....	49
3.5.3 Tomada de decisão .....	51
3.5.4 Implementação do curso de ação definido .....	53
3.5.5 Avaliação da política pública .....	56
4- FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	59
4.1 Breve histórico das funções do Ministério Público Brasileiro .....	59
4.2 O Ministério Público nos debates da Constituinte .....	64
4.3 O <i>Ombudsman</i> e o Ministério Público .....	66
4.3.1 O Ministério Público e o <i>Ombudsman</i> sueco.....	67
4.3.2 O Defensor do Povo e o Ministério Público na Espanha .....	71
4.3.3 O Ministério Público em Portugal e o Provedor de Justiça .....	73
4.3.4 Dos aspectos partilhados entre a figura do <i>Ombudsman</i> e do Ministério Público Brasileiro.....	75
4.4 A atuação do Ministério Público Brasileiro na proteção coletiva dos direitos fundamentais .....	77
4.5 Ministério Público Resolutivo .....	81
4.6 Do caráter dúplice das missões constitucionais do Ministério Público: defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.....	85
4.7 O Ministério Público e a <i>accountability</i> .....	90
4.7.1 Categorias de controle das políticas públicas e sua aderência às vertentes de <i>accountability</i> .....	94
4.7.2 <i>Accountability</i> e eficiência das políticas públicas.....	97

4.7.3 <i>Accountability</i> institucional do Ministério Público.....	100
5. ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CICLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	104
5.1 O controle preventivo da violação de direitos fundamentais sociais.....	104
5.2 Da atuação extrajudicial do Ministério Público .....	106
5.2.1 O Procedimento Administrativo e o Inquérito Civil Público .....	109
5.3 O Ministério Público e o controle das políticas públicas .....	112
5.4 Da discricionariedade administrativa.....	117
5.5 Da deferência às escolhas públicas precedidas de planejamento.....	120
5.6 As especificidades do agir ministerial nos estágios do <i>policy cycle</i> .....	123
5.6.1 Atuação na fase da montagem da agenda.....	126
5.6.2 Atuação na fase da formulação de políticas.....	129
5.6.3 Atuação na fase da tomada de decisão .....	135
5.6.4 Atuação na fase de implementação .....	137
5.6.5 Atuação na fase de avaliação das políticas públicas.....	142
6. ESTUDO DE CASO – INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO Nº 003/2010 – MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS.....	146
6.1 Acesso à Educação Infantil: Um estudo de caso sobre a oferta de vagas no município de Rio das Ostras (2010-2020).....	146
6.2 Contextualização .....	147
6.3 Atuação do Ministério Público nos autos do inquérito civil 2010.01125551 e as consequências ao acesso à educação infantil .....	151
6.4 Considerações sobre o caso.....	165
7. CONCLUSÃO .....	169
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	175

## 1- INTRODUÇÃO

A Constituição da República promulgada em 1988 marcou no Brasil o rompimento com o regime ditatorial e a inauguração normativa de um regime democrático pleno. Para tal, trouxe extenso rol de direitos fundamentais destinados a garantir liberdades positivas e negativas e igualdades formais e substanciais, no sentido da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e foi além, outorgando ao Ministério Público a missão de agir na proteção desse bem intencionado recomeço democrático.

Neste prisma, tutelar a observância da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis passou a ser constitucionalmente o dever dessa instituição, que deixa de representar os interesses da Fazenda Pública e passa a atuar na defesa dos interesses públicos, de todos os cidadãos. Ora, mas não é o dever da Fazenda Pública promover diretamente esse interesse social com fundamento exatamente no princípio democrático? No que cumpre seu papel não há necessidade de atuação do Ministério Público. Mas e quando não cumpre? E no que consiste esse não cumprir?

Delimitar esse novo papel do Ministério Público, fora do tradicional âmbito penal, é o objeto desta pesquisa, que se insere no contexto do Estado Democrático de Direito, passando pela apresentação dos direitos fundamentais, com foco nos sociais, em razão da sua dependência direta das políticas públicas, sem as quais tais direitos não se concretizam. Nesse percurso, veremos que o ponto nodal na definição desse papel se encontra no equilíbrio entre o cumprimento eficiente do dever de agir imposto pela Constituição e os limites dessa atuação em respeito ao princípio democrático e da separação de Poderes, muito presentes no ciclo de formação das políticas públicas.

Desta feita, na Seção 2, nos dedicaremos a apresentar, ainda que brevemente, elementos com os quais trabalharemos durante toda a exposição, quais sejam, a democracia e os direitos fundamentais sociais, inseridos no contexto jurídico e político do Estado Democrático de Direito. Tão grande a relevância que possuem, se constituem como os referenciais teóricos desse estudo, em conjunto com as políticas públicas e

as funções institucionais do Ministério Público – mas que por comporem diretamente o objeto desta pesquisa são abordados em seções específicas deste trabalho.

Assim, mesmo cientes de que são elementos cujos conceitos e desdobramentos poderiam constituir por si só uma pesquisa inteira, entendemos indispensável para o desenvolvimento do nosso trabalho definir um conteúdo mínimo para democracia, seus requisitos mínimos, contextualizando brevemente com o momento de crise de representatividade e de insatisfação social com o regime no momento atual, já que a proteção do regime democrático se insere expressamente nas missões constitucionais impostas ao *Parquet*. Em sequência a Seção se destina a revelar a existência de uma relação de necessariedade entre democracia e um Estado que se submete às leis, culminando com a explanação acerca do surgimento do Estado Democrático de Direito, seu conceito e a importância que os direitos fundamentais possuem na sua construção.

Para completar o objetivo da Seção, traremos o conceito dos direitos fundamentais sociais, estabelecendo sua relação com o mínimo existencial para uma vida digna de modo a denotar a relevância das políticas públicas em razão da dependência entre sua eficácia e a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, em especial aqueles que compõe o mínimo existencial. E por fim, considerando que o custo financeiro dos direitos sociais é um obstáculo concreto a implementação das políticas públicas, dedicaremos algumas linhas para abordar o princípio da reserva do possível, seu significado e seus limites.

A Seção 3 é a mais descritiva de todo o trabalho. Parte da transversalidade das políticas públicas, que é por origem, objeto de estudo da ciência política, mas que em razão da sua destinação a garantia de direitos, se juridicizou e passou a ser objeto de estudo também pelas ciências jurídicas, com toda a dificuldade inerente a qualquer transversalização científica. Assim, nos ocuparemos de apresentar conceitos e abordagens típicas da ciência política, como o ciclo de formação da política pública, seus estágios, atores que participam dessa formação, modo de funcionamento de cada estágio esclarecendo as características típicas de cada um deles e a interação destas com o comportamento dos atores que funcionam nesse ciclo.

Na Seção 4 traremos uma abordagem sobre a instituição ministerial. Apresentaremos um histórico das suas funções no Brasil, visando evidenciar o marco inicial das atribuições ligadas a proteção de direitos fundamentais na sua vertente coletiva, escapando da tradicional atividade de persecução penal. Ainda, traremos

como exemplo de atuação nessa esfera da proteção de direitos fundamentais o funcionamento do *Ombudsman*, figura conhecida no Brasil como Defensor do Povo e que foi cogitada nos trabalhos da constituinte, mas cujo projeto de inserção no texto constitucional foi abandonado e teve suas atribuições aderidas aos deveres de atuação do Ministério Público, o que nos levou a um breve trabalho de pesquisa sobre o formato e estruturação do *Ombudsman* em outros países, de modo a que tais informações pudessem servir de referência para o desenho das atribuições semelhantes desempenhadas, por imposição constitucional, pelo Ministério Público.

Na referida seção, após situarmos as funções extrapenais no rol de atribuições do *Parquet* na Constituição de 1988, e apresentarmos a necessidade de uma atuação mais resolutiva, de modo a desempenhar seus misteres com eficiência, evidenciaremos a conexão entre a atuação do *Parquet* na proteção de direitos e do regime democrático com o instituto do *accountability*, e seus reflexos sobre o necessário controle das políticas públicas, onde o incremento da participação social por indivíduos no pleno exercício da cidadania se mostra objeto de atenção no bojo dessa atuação.

A Seção 5 é onde se encontra o cerne do nosso trabalho, justificando todo o caminho por nós percorrido até lá. No bojo da necessária observância do princípio da eficiência pelo Ministério Público trazemos à baila a discussão acerca do agir extrajudicial na proteção desses direitos, de modo preventivo onde se insere a presença no Ministério Público no ciclo das políticas públicas, num contraponto com as amarras da judicialização de questões envolvendo essas políticas. Em seguida demonstraremos os limites dessa atuação que perpassa pelos princípios da separação de poderes e democrático, que envolve o âmbito do agir discricionário da Administração Pública. A partir daí, detalharemos os mecanismos da atuação ministerial durante os estágios do ciclo de políticas e sua interação com outros personagens, variando conforme o grau de essencialidade da política pública e a existência ou não de espaço para a discricionariedade da Administração Pública.

A Seção 6 se destina a apresentação de um estudo de caso onde demonstraremos a atuação do Ministério Público na política pública educacional do Município de Rio das Ostras no Estado do Rio de Janeiro, especificamente sobre a violação do direito a educação consistente no oferecimento insuficiente da educação infantil em razão da falta de vagas em creches, deixando desassistidos centenas de crianças na faixa etária pertinente.

Por fim, a Seção 7 traz as conclusões da presente pesquisa após a revisão bibliográfica, onde situaremos o âmbito e a profundidade da atuação do Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro de modo que possa cumprir suas missões constitucionais, onde se inclui a proteção dos direitos fundamentais sociais e a proteção do regime democrático e a deferência às escolhas públicas precedidas de planejamento.

## 2- ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

### 2.1 Democracia

Democracia é um dos referenciais teóricos desta pesquisa, eis que se constitui ao mesmo tempo objeto de proteção e fundamento da atuação do Ministério Público nas políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais, onde se incluem os sociais. Assim, não seria adequado iniciar a presente dissertação sem apresentar, mesmo que sinteticamente, o que entendemos por democracia, esclarecendo esse seu papel dúplice, bem como o contexto político de crise do nosso atual regime democrático, visto que trabalharemos com o conceito de democracia durante nosso trabalho. Contudo, cabe aqui a ressalva acerca da amplitude do tema, com nuances que perpassam a ciência política, a filosofia, sociologia e o direito, o que afasta a possibilidade de, em apenas uma subseção desta dissertação, fazermos uma exposição completa do assunto, já que denso o bastante para constituir por si só um objeto de pesquisa.

Robert Dahl em sua obra “Sobre a democracia” traz em suas linhas iniciais a dimensão da dificuldade de se conceituar democracia:

O próprio fato de ter uma história tão comprida ironicamente contribuiu para a confusão e a discordância, pois “democracia” tem significados diferentes para povos diferentes em diferentes tempos e diferentes lugares. Por longos períodos na história humana, na prática, a democracia realmente desapareceu, mal sobrevivendo como valiosa ideia ou memória entre poucos. Até dois séculos atrás apenas (digamos, há dez gerações), a história tinha pouquíssimos exemplos de verdadeiras democracias. A democracia era mais um assunto para teorização de filósofos do que um verdadeiro sistema a ser adotado e praticado pelos povos. Mesmo nos raros casos em que realmente existia uma “democracia” ou uma “república” a maioria dos adultos não estava autorizada a participar da vida política.

Embora em seu sentido mais geral seja antiga, a forma da democracia que discutirei neste livro é um produto do século XX. Hoje, pressupõe-se que a democracia assegure virtualmente a todo cidadão adulto o direito de voto. No entanto, há cerca de quatro gerações – por volta de 1918, mais ou menos ao final da primeira Guerra Mundial – em todas as democracias ou repúblicas independentes que até então existiam, uma boa metade de toda a população adulta sempre estivera excluída do pleno direito de cidadania: a metade das mulheres.

Temos então algo impressionante a pensar: se aceitássemos o sufrágio universal como exigência da democracia, haveria algumas pessoas, em praticamente todos os países democráticos, que seriam mais velhas do que seu sistema democrático de governo. A democracia no sentido moderno talvez não seja lá muito jovem, mas também não é tão antiga.

Pode-se fazer uma objeção: os Estados Unidos não se tornaram uma democracia da Revolução norte-americana em diante – “uma democracia numa república”, como a chamou Abraham Lincoln? O ilustre francês Alexis de Tocqueville, depois de visitar os Estados Unidos nos anos 1830, não chamou seu famoso livro de A democracia na América? Os atenienses não chamavam de democracia seu sistema no século V a.C? E o que era a república romana, se não uma espécie de democracia? Se “democracia” significou diferentes coisas em épocas diferentes, como poderemos nós concordar sobre o que signifique hoje? (DAHL,2001, p. 13)

Em sequência Dahl (2001) afirma ser necessário ignorar a diversidade de definições para criar um conjunto de regras e princípios, uma constituição que determinará como serão tomadas as decisões da associação e tal associação deverá estar de acordo com um princípio elementar: todos os membros devem ser considerados politicamente iguais. E para isso traz cinco critérios que devem ser observados nesse conjunto de regras e princípios: a) participação efetiva; b) igualdade de voto; c) aquisição de entendimento esclarecido; d) exercer o controle definitivo do planejamento e e) inclusão dos adultos. Em breve análise desses critérios observamos que giram em torno de participação social nas escolhas públicas por cidadãos no exercício de uma autonomia plena, o que denota já desde esse ponto a relevância de se atuar para garantir esses elementos, quais sejam a participação social, o prévio planejamento das ações públicas e a garantia de direitos fundamentais de modo a colocar todos os cidadãos em pé de igualdade no exercício dessa participação.

Esta seria a construção de uma democracia chamada de ideal por Dahl. Mas ele mesmo ressalta, contudo, que em todo país democrático existe uma defasagem entre a democracia ideal e a real e apresenta quais seriam as instituições políticas necessárias para direcionar a democracia real no sentido da democracia ideal: a) liberdade de formar e aderir a organizações; b) liberdade de expressão; c) direito de voto; d) elegibilidade para cargos públicos; e) direito de líderes políticos disputarem apoio; f) fontes alternativas de informação; g) eleições livres e idôneas e h) instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferência (DAHL, 2005, p.27).

Nesse sentido, a democracia não seria apenas um processo de governar, mas também um sistema de direitos, que está entre os pilares essenciais da construção de um processo de governo democrático. Dahl entende que o termo democracia deve ser usado para um “sistema que tenha como uma de suas características a qualidade

de ser inteiramente ou quase inteiramente responsivo a todos os seus cidadãos (DAHL, 2005, p. 25-26)” e para isso todos os cidadãos devem ter oportunidades plenas de formular suas preferências, poder expressá-las a seus concidadãos e ao governo através de ações individuais e coletivas e ter tais preferências consideradas pelo governo. Desta feita, temos uma relação de necessidade entre os instrumentos de participação social nas decisões políticas, direta ou indiretamente, e o sistema de direitos, existindo um risco na democracia quando os cidadãos deixam de entender e buscar os elementos dessa relação, o que nos leva ao conceito de Alain Touraine de democracia.

Touraine afirma que a democracia existe quando:

(...) a distância que separa o Estado da vida privada é reconhecida e garantida por instituições políticas e pela lei. Ela não se reduz a procedimentos porque representa um conjunto de mediações entre a unidade do Estado e a multiplicidade dos atores sociais. É preciso que sejam garantidos os direitos fundamentais dos indivíduos; é preciso também que estes se sintam cidadãos e participem da construção da vida coletiva. Portanto, é preciso que os dois mundos – o Estado e a sociedade civil – que devem permanecer separados, fiquem também ligados um ao outro pela representatividade dos dirigentes políticos. Essas três dimensões da democracia – respeito pelos direitos fundamentais, cidadania e representatividade dos dirigentes – completam-se; alias, é a sua *interdependência* que constitui a democracia. (TOURAINÉ, 1996, P.43)

Assim, conforme a predominância de cada uma dessas dimensões temos um tipo de democracia. Com a predominância da limitação do Poder do Estado e pelo reconhecimento dos direitos fundamentais temos a concepção liberal de democracia, da Grã-Bretanha. O segundo tipo que dá prioridade a cidadania é aquele onde a vontade de igualdade prepondera e não o desejo de liberdade. Aqui temos a democracia dos Estados Unidos. Por fim com a preponderância da representatividade social temos a democracia que defende interesses das categorias populares (França do século XX).

Sobre a separação de poderes, Touraine (1996) entende que não é elemento essencial da democracia, já que essa forma de organização de poder não deve ser confundida com a limitação do Poder por direitos fundamentais. Se a separação de poderes fosse completa a democracia desapareceria. E porque? Porque a democracia se definiu como expressão da soberania popular. Dessa forma, caso cada poder fosse independente um do outro a lei iria se tornar rapidamente um instrumento de defesa dos interesses mais poderosos se não fosse constantemente transformada e se a

jurisprudência não levasse em consideração a opinião pública. Para o autor a democracia se define pelos elos entre sociedade civil, sociedade política e Estado. Os atores sociais devem orientar seus representantes políticos que controlam o Estado, de baixo pra cima. O Estado deve intervir na vida social de modo a aumentar a capacidade de intervenção de cada um sobre sua própria vida.

Na ideia democrática, o princípio mais importante é o da limitação do Estado consistente no respeito aos direitos humanos fundamentais. A democracia teria se formado contra o Estado moderno e mesmo contra o Estado de Direito que esteve, mais frequentemente a serviço da monarquia absoluta do que aos direitos do homem. Contudo, só existiria democracia quando o Estado está a serviço não somente do país e da nação, mas dos próprios atores sociais e de sua vontade de liberdade e responsabilidade. Os direitos fundamentais assim aparecem como um princípio de resistência absoluto a um poder estatal. A democracia afirma a autonomia do sistema político mas também sua capacidade para estabelecer relações com os outros dois níveis da vida pública, de maneira que, em última análise, seja a sociedade civil que venha a legitimar o Estado. Somente o sistema político tem por missão fazer a sociedade funcionar em seu conjunto, combinando pluralidade de interesses com a unidade da lei, estabelecendo relações entre a sociedade civil e o Estado (TOURAINÉ, 1996).

Para Bobbio (2007), democracia teve dois significados predominantes ao longo da história, conforme se coloque o foco no conjunto de regras cuja observância é necessária para que o poder político seja efetivamente distribuído entre a maior parte dos cidadãos - as chamadas “regras do jogo” - ou se dê mais ênfase ao ideal de inspiração do governo, que seria a igualdade, igualdade essa que para ser compatível com a liberdade, deve ser a “igualdade na liberdade”, consistente no gozo de tanta liberdade quanto compatível com a liberdade dos outros e na possibilidade de fazer tudo aquilo que não ofenda a igual liberdade dos outros. Essa igualdade inspira dois princípios presentes em inúmeras cartas constitucionais, que são a igualdade perante a lei e a igualdade dos direitos. Para o referido autor então, temos três princípios institucionais para definir democracia: a) um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e quais procedimentos deverão ser adotados; b) quanto maior for o número de pessoas que participam, direta ou indiretamente, da tomada das decisões mais democrático é o regime e c) as escolhas devem ser feitas levando em consideração a realidade.

Num contraponto à Bobbio, Touraine (1996) afirma que as regras de procedimento não passam de meios a serviços de fins nunca alcançados, mas existem para impedir o arbítrio e o segredo, responder as demandas da maioria, garantir a participação do maior número de pessoas na vida pública. O autor se mostra desconfiado com as democracias limitadas que mais servem de instrumento de penetração de interesses estrangeiros. Rechaça a democracia de participação e a democracia de deliberação. Entende que há a necessidade de uma democracia de libertação. Aponta que um governo não pode impor suas concepções de bem e mal, mas sim deve garantir liberdade aos cidadãos para que possam defender suas opiniões e que tais opiniões possam influir nas decisões tomadas pelos representantes do povo. Contudo, faz uma reflexão sobre como ser possível coexistirem as liberdades pessoais com a necessidade de formação de uma vontade da maioria respondendo que é através da vontade democrática de fornecer àqueles que estão sob tutela e são dependentes a capacidade de agirem livremente e discutirem de igual para igual, a respeito de direitos e garantias, com os detentores dos recursos econômicos, políticos e culturais.

Ainda, indica que a existência de um conflito geral entre atores sociais constitui a base mais sólida da democracia. E a representatividade desses atores sociais veio se transformando com o passar do tempo. Os partidos políticos que representavam classes sociais, atualmente representam projetos de vida coletiva, até mesmo movimentos sociais. E o que ocorre quando os atores políticos não mais estão submetidos as demandas dos atores sociais? É a crise de representatividade decorrente da ambição de um poder autônomo pelos partidos, é a “partitocrazia”. Se o sistema político se limita a considerar os movimentos e as demandas dos atores sociais como metas impossíveis de serem atendidas, perde a representatividade e a confiança do eleitorado. Ele deve ser um elo entre sociedade civil e Estado. Se pender pro lado Estatal torna-se autoritário. Se pende pro lado da sociedade civil é democrático, mas não deve perder sua capacidade de se conectar com o Estado sob pena de provocar uma reação antidemocrática. Atualmente a fragilidade do elo entre os atores sociais e os agentes políticos resumem-se em duas causas: os as demandas sociais são pouco agregadas ou o governo e a opinião pública estão dominados por um problema internacional.

Sobre essa crise na representatividade eletiva, Waldron (2003) traz a desconfiança na legislatura como corriqueira, e explica tal fato através de duas razões:

a primeira é que as pessoas se sentem desconfortáveis por serem governadas por homens e não por leis e legislaturas são formadas por pessoas com o intento de criar ou transformar o direito e não apenas aplica-lo. A segunda é que ao contrário dos juízes que são pessoas, por regra geral, com alto nível de instrução formal, os legisladores só precisam de votos para ocupar uma cadeira do parlamento.

Waldron não se refere a desconfiança com relação ao Poder Executivo eis que estuda o sistema inglês, onde temos uma monarquia parlamentarista e a chefia do Executivo se divide entre o Chefe de Governo, no caso o Primeiro Ministro, e a Chefe de Estado, a Rainha, não são eleitos pela população. Mas trazida a reflexão para o nosso sistema de governo, podemos apontar essa desconfiança também com relação ao Poder Executivo aqui no Brasil, já que eleito diretamente pela população, é responsável pela gestão da máquina administrativa e pela garantia concreta de direitos aos cidadãos.

Aliada a essa desconfiança inata ao sistema político de legislatura, podemos acrescentar o elevado grau de corrupção que envolve especialmente os representantes eleitos através do nosso regime democrático (conforme se observa dos resultados da Operação Lava Jato e seus desdobramentos), gerando uma crise na representatividade que se demonstrou na mais recente pesquisa “Confiança nas instituições” do Instituto Datafolha, publicada em julho de 2019, onde partidos políticos e Congresso Nacional seguem como as instituições menos confiáveis, sendo que tais instituições são o principal o *loco* da democracia representativa:

[...] Uma parcela de 42% confia muito nas Forças Armadas, índice ligeiramente inferior ao registrado em abril (45%). Os demais confiam um pouco (38%) nas Forças Armadas, e 19% não confiam. No levantamento passado, esses índices eram de 35% e 18%, respectivamente.

Na sequência, com maior nível de confiança, aparece a Presidência da República (28% confiam muito, 40% confiam um pouco e 31% não confiam). Num patamar abaixo estão o Poder Judiciário, considerando juízes e desembargadores (24% confiam muito, 48% confiam um pouco e 26% não confiam), Ministério Público (23% confiam muito, 52% confiam um pouco e 23% não confiam), grandes empresas nacionais (22% confiam muito, 53% confiam um pouco e 24% não confiam) e imprensa (21% confiam muito, 48% confiam um pouco e 30% não confiam). Neste grupo, a imprensa foi a única instituição a registrar alta relevante no grau de desconfiança (em abril, 26% não confiavam).

A lista conta ainda com o Supremo Tribunal Federal (17% confiam muito, 47% confiam um pouco e 33% não confiam), com o Congresso Nacional (7% confiam muito, 46% confiam um pouco e 45% não confiam) e com os partidos políticos (4% confiam muito, 36% confiam um pouco e 58% não confiam).

Desde abril, a taxa dos que não confiam subiu quatro pontos, de 54% para os 58% registrados em julho.

O Datafolha também consultou o grau de confiança nas redes sociais, que foram consideradas muito confiáveis por 9%, um pouco confiáveis por 42% e nada confiáveis por 46%. [...]¹

O Instituto da Democracia e da Democratização da Comunicação² apresentou pesquisa “A Cara da Democracia 2019” com base em dados obtidos através de *survey* em 2019, onde se apurou a confiança nas principais instituições do Brasil, das quais destacamos aquelas pertinente a nossa abordagem anterior, ou seja, as instituições de representação democrática, como o Congresso nacional e o Presidente da República. Assim da análise dos dados descritos na pesquisa, extraímos que de 2009 pessoas, 50,2% não confiam no Congresso Nacional, 24,2% confiam pouco, 19,7% confiam mais ou menos e apenas 4,4% confia muito. Sobre os partidos políticos temos um grau de confiança ainda menor: 71,3% das pessoas não confiam, 16,6% confiam pouco, 10,8% confiam mais ou menos e apenas 1,0% confia muito. Com relação ao Presidente da República observamos que 44% não confia, 19% confia pouco, 23% confia mais ou menos e 13% confia muito.

Ainda sobre a democracia em si, o referido instituto apresentou o percentual de pessoas satisfeitas com o funcionamento da democracia, e o resultado foi de 52,4% de insatisfeitos, 12,9% de muito insatisfeitos, 31% de satisfeitos e 1,94% de muito satisfeitos. Contudo na mesma pesquisa temos um percentual de 64,8 pessoas que manifestaram ser a democracia preferível a qualquer outra forma de governo, tendo 14,8% afirmado que tanto faz o regime ser ou não democrático e 11,2% manifestando que em algumas circunstâncias uma ditadura poderia ser preferível.

Deste modo, também através dessa pesquisa observamos que o grau de confiabilidade popular nessas instituições de representação eletiva é bem reduzido e que há uma insatisfação com a democracia no nível existente no Brasil, em que pese a maioria dos entrevistados tenha indicado que preferem o regime democrático em tese, o que denota a necessidade do aprimoramento da atuação do Ministério Público no sentido de promover as medidas necessárias a proteção das instituições políticas

---

¹ <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2019/07/10/9b9d682bfe0f1c6f228717d59ce49fdci.pdf>>

Acesso em 10 jun. 2020

² Pesquisa mencionada disponível em <[https://dd1f32c5-be96-4004-b244-19fa7923b394.filesusr.com/ugd/a46f9a\\_05967934746d4ba2b0ef032921bde80c.pdf](https://dd1f32c5-be96-4004-b244-19fa7923b394.filesusr.com/ugd/a46f9a_05967934746d4ba2b0ef032921bde80c.pdf)> Acesso em 10 jun. 2020.

mencionadas por Dahl, com reforço a garantia dos direitos fundamentais como apontado por Touraine, no sentido da promoção da institucionalização da democracia, de modo a cumprir com sua missão institucional descrita no artigo 127 da Constituição da República.

Assim, delineado um conteúdo base do conceito de democracia bem como apresentada, ainda que sucintamente, a crise em curso da atual democracia, passemos ao estudo da formação do Estado Democrático de Direito, fundamento da juridicização do tema das políticas públicas e, portanto, da necessidade de aprofundamento do seu estudo no âmbito do Direito.

## **2.2 Estado Democrático de Direito**

O significado do termo “Estado” como uma condição de posse permanente e exclusiva de um território e de comando sobre os seus respectivos habitantes tem como marco o clássico texto de Maquiavel, O Príncipe, onde em seu Capítulo I ele traz a seguinte frase: “Todos os Estados, todos os governos que tiveram e têm autoridade sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados. Os principados são: ou hereditários, quando seu sangue senhorial é nobre há já longo tempo, ou novos”(MAQUIAVEL, 2019, posição 153) Não que antes desse texto a palavra Estado não tivesse sido usada com esse sentido, mas inserido no contexto histórico do surgimento dos Estados modernos o texto de Maquiavel é considerado um marco do uso desse vocábulo com esse significado, já que na verdade marca o surgimento de um novo ordenamento, a partir da crise da sociedade medieval e por isso tão relevante.

Esse novo ordenamento tido por "Estado moderno" foi descrito por Max Weber como:

Um agrupamento de dominação que apresenta caráter institucional e que procurou (com êxito) monopolizar, nos limites de um território, a violência física legítima como instrumento de domínio e que, tendo esse objetivo, reuniu nas mãos dos dirigentes os meios materiais de gestão. Equivale isso a dizer que o Estado moderno expropriou todos os funcionários que, segundo o princípio dos “Estados” dispunham outrora por direito próprio, de meios de

gestão, substituindo-se a tais funcionários, inclusive no topo da hierarquia. (WEBER,2011, p. 74-75).

Bobbio (2018) resume então a concepção weberiana de Estado moderno através de dois elementos constitutivos: a presença de um aparato administrativo com a função de prover a prestação de serviços públicos e o monopólio legítimo da força, mas questiona esse marco acerca da existência ou não de Estado, nos termos dessa concepção weberiana, afirmando que há analogias e diferenças entre os modelos de organização político-social, antes ou depois do fim da sociedade feudal. Para Bobbio, a conclusão sobre a existência de um Estado apenas com o surgimento da idade moderna depende de vermos mais semelhanças entre os modelos anteriores e posteriores ou mais diferenças.

Assim, Florenzano (2006), em seu texto sobre o surgimento do Estado Moderno, afirma que para a maioria dos historiadores atuais isso teria ocorrido em meados do século XVI, dividindo-se os demais entre os que situam no século XVII a sua ocorrência e os que a antecipam para o século XV, atribuindo aos Estados italianos do *quattrocento* o mérito da primazia, e que tal surgimento, em quase a totalidade onde se configurou, ocorreu na forma de uma monarquia absolutista. Deste modo, o Estado Moderno liga, numa ponta o fim de uma era de sociedade feudal e na outra ponta o crescimento da relação do Estado com o capitalismo e por consequência a inauguração da Idade Contemporânea.

O estado absolutista, majoritariamente considerado como o inaugurador do Estado Moderno, surge da necessidade de estruturação burocrática das grandes sociedades, que no século XVI se aventuravam na expansão ultramarina com conquistas de novas rotas de comércio e para tal empreendimento se mostrou necessário um alto grau de organização administrativa e financeira aliados a um fortalecimento do exército do Estado, o que só pôde avançar através da cobrança de impostos, já que a nobreza, após se ver perdendo grande parte de seu poder para esse Estado, personificado na figura do monarca, rompia paulatinamente com a classe do Poder real, dando espaço para o surgimento da classe burguesa, a burocracia, essencial para essa estruturação administrativa e financeira do Estado, atuando principalmente na cobrança de impostos (ASSIS, 2016).

Essa estrutura absolutista de Estado, de administração custosa, onde o Estado não se submetia a regras, o que resta bem caracterizado da celebre frase “*princeps*

*legibus solutus*” (o príncipe está livre das leis), teve seu declínio entre os séculos XVII e XIX (a depender do Estado), visto que o mercantilismo, antes fundamental ao desenvolvimento econômico através das grandes navegações e expansões territoriais ínsita ao domínio das rotas de comércio, passou a ser um entrave à expansão econômica da burguesia, que desejava ampliar suas redes negociais, aliado com a exploração do trabalho industrial que vinha se consolidando, o que encontrava obstáculo na exclusividade comercial do Estado.

Ademais, a almejada liberdade na economia se aliava com o desejo de liberdade individual que vinha crescendo após séculos de autoritarismos por partes dos monarcas, ideias essas conhecidas como iluministas, onde representativamente podemos elencar: Rousseau, famoso pela sua obra “O contrato social”, onde resumidamente traz a necessidade do soberano se submeter a vontade do povo na direção do Estado já trazendo a ligação entre a contenção do Poder do monarca a uma ideia de regime democrático, John Locke, em “Segundo Tratado sobre o Governo Civil” e posteriormente Montesquieu, com “O Espírito das Leis”, aduzindo a tão mencionada tese da separação de Poderes com um controle recíproco entre eles e Adam Smith com suas ideias de intervenção mínima do Estado na economia.

Assim, esse anseio de liberdade, econômica, política e individual, deu ensejo às revoluções Gloriosa e a Francesa, marcos de rompimento com o estado absolutista e instalação de um Estado Liberal, de mínima intervenção na economia, protetor das liberdades individuais e fundado na separação de Poderes com um controle recíproco entre eles.

Essa transição do Estado absolutista para o Estado liberal foi objeto de estudo por Bobbio (2017), que apresenta os mecanismos de limitação do Poder do Estado como integrantes da doutrina liberal, afirmando que tanto os limites dos poderes do Estado como os limites das funções do Estado estão incluídos pelo liberalismo, mesmo que possam ser tratados separadamente, um excluindo o outro. O Estado de Direito seria a representação do limite aos poderes do Estado e o Estado mínimo a representação do limite às funções do Estado. Contudo, poderá existir um Estado de Direito que não seja mínimo, como o Estado Social Contemporâneo, bem como um Estado mínimo que não seja um Estado de Direito, já que não há uma relação de interdependência entre os dois mecanismos. Nesse sentido, Estado de Direito é onde os poderes públicos são regulados por normas gerais (leis fundamentais ou constitucionais) a serem exercidos no âmbito das leis que o regulam, salvo o direito

do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou o excesso de poder.

Nele, o exercício dos Poderes públicos ocorre através dos instrumentos jurídicos institucionalizados pela ordem jurídica por aqueles que detém, em regras jurídicas de distribuição de competência, habilitação para desempenhar as funções desses Poderes. Bobbio (2017) aduz também que essa subordinação dos Poderes do Estado às leis trata-se de um limite formal, que deve ser acrescido de um limite material, já que essas leis-limites devem se subordinar ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente invioláveis e que esses direitos seriam os direitos naturais, juridicamente protegidos. Nesse ponto haveria a distinção entre o Estado de Direito em sentido forte, onde as leis limitadoras do Poder tem um parâmetro material (para Bobbio seriam os direitos naturais devidamente juridicizados) e o Estado de Direito em sentido fraco, que seria o Estado dirigido por leis e não pelos homens, sem fazer menção ao conteúdo material dessas leis.

Esse sentido fraco de Estado de Direito sofreu forte abalo quando Estados de Direito no sentido mais restrito foram palco de atrocidades na primeira metade do século XIX, como o nazismo e o fascismo, movimentos que tinham respaldo em Estados de Direito, no sentido de um governo de leis. Silva (1988) afirma que acrescentar a esse Estado regras de proteção aos direitos sociais não se mostrou suficiente para a criação de um tipo de Estado de vise uma situação de bem-estar geral apto a garantir o pleno desenvolvimento da pessoa humana, eis que o conceito de social é ambíguo e não obstaculiza regimes políticos totalitários e ditatoriais, apontando para necessidade de um regime democrático inserido nesse Estado, para que de direito seja considerado.

Nesse sentido, Canotilho entende que os estados totalitários não constituíam Estados de Direito, mas sim Estados de não-Direito, por falta de legitimação democrática, trazendo para esse conceito a discussão acerca da democracia:

o Estado de direito transporta princípios e valores materiais razoáveis para uma ordem humana de justiça e de paz. São eles: a liberdade do indivíduo, a segurança individual e colectiva, a responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder, a igualdade de todos os cidadãos e a proibição de discriminação de indivíduos e de grupos. Para tornar efectivos estes princípios e estes valores o Estado de direito carece de instituições, de procedimentos de acção e de formas de revelação dos poderes e competências que permitam falar de um poder democrático, de uma

soberania popular, de uma representação política, de uma separação de poderes, de fins e tarefas do Estado. A forma que na nossa contemporaneidade se revela como uma das mais adequadas para colher esses princípios e valores de um Estado subordinado ao direito é a do Estado constitucional de direito democrático e social ambientalmente sustentado. (CANOTILHO, 1999, p. 6).

Assim, o referido jurista traz uma relação de necessariedade entre os princípios e regras que o Estado de Direito deve garantir com os procedimentos democráticos de exercício de Poder, eis que o papel de Estado de direito relativo tanto à limitação do poder político e limitação das funções dos Poderes nesse Estado está bem desenhado pelo conceito de Estado liberal de direito, fundado numa liberdade negativa. Contudo, carece de legitimação esse poder quando ausente o seu exercício democrático, fundado numa liberdade positiva, chamada por Canotilho (1999) de liberdade democrática. Essa tensão liberdade negativa *versus* liberdade positiva ou liberdade dos antigos X liberdade dos modernos, marca a discussão acerca do conceito de Estado de Direito incluir ou não necessariamente a existência de um regime democrático.

Mesmo Bobbio (2017), que não aponta essa imprescindibilidade no tocante ao Estado de Direito ser democrático, afirma que a democracia é um conjunto de regras para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue, sendo o bom governo democrático aquele que respeita rigorosamente as regras, se constituindo no governo das leis por excelência.

Com o intuito de ilustrar a densidade dessa temática, sem nenhuma pretensão de esgotar os argumentos que a envolvem, temos no ramo da filosofia política, Habermas (2002) como um expoente no estudo da democracia e ele, explicitando a relação entre o Estado de Direito e a democracia aduz que apesar de ser empiricamente possível existir Estados de direito sem constituições democráticas e exercício democrático do poder político fora de um Estado de direito, normativamente entende não ser possível existir um Estado de direito sem democracia. Isso, pois o direito positivo não mais pode recorrer a um direito superior para obter sua legitimidade, sendo que essa legitimidade decorre da autonomia garantida de maneira uniforme a todos os cidadãos, autonomia essa privada e pública que se pressupõe e para garantir essa autonomia o procedimento democrático legislativo deve ser suficiente.

Ou seja, a partir do momento em que a legitimidade do ordenamento jurídico em que se constitui o Estado de direito advém da autonomia dos cidadãos em sua dupla forma – pública (política) e privada – e que

a autonomia política dos cidadãos deve tomar corpo na auto-organização de uma comunidade que atribui a si mesma suas leis, por meio da vontade soberana do povo. A autonomia privada dos cidadãos, por outro lado, deve afigurar-se nos direitos fundamentais que garantem que garante o domínio anônimo das leis. Quando é esse o caminho traçado, então uma das ideias só pode ser validade à custa da outra. [...]

A intuição expressa-se, por um lado, no fato de que os cidadãos só podem fazer uso adequado da sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também no fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem uso adequado de sua autonomia política enquanto cidadãos do Estado. [...]

Vincula-se a isso a expectativa normativa de que se possa avançar a justiça social pela garantia de um status jurídico negativo como esse, ou seja, pela delimitação de esferas de liberdade individuais. O modelo do Estado social desenvolveu-se a partir de uma crítica consistente a essa suposição. A contestação que se faz é evidente: se a liberdade do “poder ter e poder adquirir” deve garantir justiça social, então é preciso haver uma igualdade do “poder juridicamente”. [...] Se o teor normativo da igualdade de direitos jamais chegou a se converter no inverso de si mesmo, não deixou de ser necessário, por um lado, especificar o conteúdo das normas vigentes do direito privado, nem, por outro lado, introduzir direitos fundamentais de cunho social que embasassem as reivindicações de uma distribuição mais justa da riqueza produzida em sociedade e de uma defesa mais efetiva contra os perigos produzidos socialmente. (Habermas, 2002, p. 294).

Miranda (1976) aduz que o regime democrático, em especial a democracia representativa com as complexidades que envolvem a escolha dessa representação, demanda o Estado de Direito em razão da necessária estabilidade jurídica através das regras sobre separação de Poderes, repartição de competências e garantia dos direitos fundamentais. No mesmo sentido Canotilho, (1999) que afirma que o elemento democrático veio assegurar a legitimação do poder político através do princípio da soberania popular, servindo de elo entre o Estado de Direito e o Estado Democrático.

Dessa relação de interdependência entre o Estado de Direito e a democracia, temos o Estado Democrático de Direito, adotado por países como Alemanha, França, Portugal e Espanha e pelo Brasil<sup>3</sup>, motivo pelo qual o texto constitucional é a base de

---

<sup>3</sup> Afirmamos isso tendo por parâmetro possuir um regime democrático e ser regido por princípios e regras.

todo o nosso estudo acerca da atuação do Ministério Público nas políticas públicas, eis que nela estão consolidadas tanto as regras materiais e procedimentais sobre o exercício democrático do Poder pelo povo, bem como sobre separação de Poderes, repartição de competências e garantia dos direitos fundamentais, contendo portanto os elementos tanto das liberdades negativas, como liberdades positivas indispensáveis a proteção da autonomia dos cidadãos, legitimadora do ordenamento jurídico, de modo geral.

Assim, a configuração do Estado Democrático de Direito não é apenas a junção dos conceitos de Estado democrático e Estado de Direito. Na verdade, há a criação de um novo conceito, que parte dos elementos desses conceitos anteriores mas agrega um componente de transformação do *status quo*, o que, no caso da Constituição Brasileira de 1988, consiste na ampliação das possibilidades de realização social profunda através do exercício dos direitos sociais e dos instrumentos que oferece à cidadania, que possibilita “concretizar as exigências de um Estado de justiça social fundado na dignidade da pessoa humana”. (SILVA, 1988, p. 21-22).

Sobre essa relação entre direitos e democracia, o Relatório de Desenvolvimento Humano 2016 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento trouxe que:

a capacidade de deliberar, participar em público debates e ser agentes na formação de seus próprios vidas e ambientes é um valor fundamental da maioria das pessoas. Existem três razões principais dentro da abordagem de desenvolvimento humano para valor voz e participação. Voz e participação são um meio e um fim. Democracia participativa verdadeiramente funcional, que é muito mais amplo que um processo de votação, leva a um círculo virtuoso. Liberdades políticas capacitar as pessoas a exigir políticas que expandam suas oportunidades de manter governos responsáveis. Ajuda para debate e discussão comunidades moldam prioridades. Uma imprensa livre, uma sociedade civil vibrante e as liberdades políticas garantido por uma constituição que sustenta inclusive instituições e desenvolvimento humano. A abordagem de desenvolvimento humano vê as pessoas não apenas como beneficiários do desenvolvimento, mas também como arquitetos de suas próprias vidas<sup>4</sup>. **(tradução livre)**

Silva (1988) afirma ainda que o princípio da legalidade é basilar do Estado Democrático de Direito, aliás, como todo Estado de Direito que se submete as leis, mas com relação ao Estado Democrático de Direito se acrescenta a característica de

---

<sup>4</sup> <<http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/publicacoes/relatorio-pnud-2016.pdf>.> Acesso em 14 jun. 2020.

que tal lei deve concretizar o princípio da igualdade e da justiça, na busca da equivalência dos socialmente desiguais.

E sobre essa busca de justiça social, igualdade e autonomia cidadã apta a legitimar a ordem jurídica vigente através da participação social é que surge a necessidade de se abordar a questão do Estado social. Canotilho em perfeita síntese fazendo um contraponto com as liberdades negativas que regem o Estado de Direito, aduz que “o Estado de direito só será social se não deixar de ter como objectivo a realização de uma democracia económica, social e cultural e só será democrático se mantiver firme o princípio da subordinação do poder económico ao poder político.” (CANOTILHO, 1999, p.14).

Neste caminho, passemos a apresentar o surgimento dos direitos fundamentais no Estado de Direito, em especial dos direitos fundamentais sociais, que por serem prestacionais e não abstencionais<sup>5</sup> dependem de uma política pública anterior para que alcancem seu público.

### 2.3 Dos Direitos Fundamentais Sociais

Hesse (1991, p. 19) em seu famoso livro “A Força normativa da Constituição” apresenta a Constituição como meio de transformação social através da sua força normativa se se “fizerem presentes na consciência geral – principalmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”. Aduz o autor que a vontade de Constituição se origina de três vertentes diversas: a) a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa rígida que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme; b) a compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e portanto deve ser submetida sempre ao processo de legitimação) e c) a eficácia da ordem constitucional depende da vontade humana. E é nessa vontade de Constituição que reside a eficácia direta dos direitos fundamentais descritos no texto constitucional

---

<sup>5</sup> Os direitos fundamentais que envolvem liberdades negativas também possuem alguma vertente prestacional, já que para assegurar liberdade muitas vezes o Estado necessita oferecer segurança pública por exemplo, que acaba por incidir na seara das políticas públicas também, mas os direitos fundamentais sociais possuem essa vertente prestacional de forma principal, numa relação de imediatidade.

e que, portanto, por serem exigíveis por seus destinatários, impõem um correlato dever ao Estado de prover esses direitos, e para tanto, desenvolver as indispensáveis políticas públicas destinadas a tal.

Sobre direito fundamental social, optamos por não tratar individualmente de cada um dos elencados no rol constitucional, mas sim abordar a temática de forma ampla. São comumente associados ao contexto histórico do pós Segunda Guerra Mundial, que no que se chama de “virada kantiana” e representaram a superação do direito puramente positivista, levando a conexão do direito com valores éticos e morais, o que conhecemos por pós-positivismo, consolidada em termos normativos com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Tal diploma internacional teve por foco afirmar que o valor humano é o mais relevante e que a dignidade humana só será preservada caso a integralidade dos direitos humanos esteja protegida. Este passou a ser o sistema ético de referência das Nações Unidas, segundo o qual direitos fundamentais não podem ser arbitrariamente retirado dos seus titulares e que a promoção da igualdade substancial demanda o enfrentamento da miséria, fundamentando a inserção dos direitos sociais como fundamentais nas Constituições que atendem a esse sistema ético de referência, o que fez o Brasil através da Carta de 1988. (CANELA JÚNIOR, 2011).

Para Alexy (2008, p. 446), “direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”. Desta forma, os dispositivos constitucionais que veiculam direitos fundamentais tem eficácia axiológica plena, só dependendo da atividade hermenêutica interpretativa de modo a conferir eficácia social (SILVA E MASSON, 2015). Assim, partindo da clássica categorização de Bobbio (2004) dos direitos humanos em três gerações, onde os direitos de liberdade compõem a primeira geração e temos na terceira geração os direitos titularizados pelo gênero humano como o meio ambiente por exemplo, os direitos fundamentais sociais se enquadram na segunda geração. Esta corresponde aos direitos prestacionais, sociais, culturais e econômicos, bem como os coletivos ou das coletividades, tendo profundo vínculo com o princípio da igualdade sendo que o reconhecimento de tais direitos adveio de movimentos reivindicatórios destinados a exigir do Estado um comportamento positivo (em contraponto ao anseio liberal abstencionista) na busca da realização da justiça social. (SARLET, 2007)

Voltando a Alexy (2008), temos uma importante classificação desses direitos prestacionais em sentido amplo, abrangendo: a) os direitos à proteção, os direitos à organização e processo e os direitos às prestações em sentido estrito. Os direitos à proteção são aqueles através dos quais se pugna ao Estado uma proteção fática ou normativa em face da agressão por parte de um terceiro, proporcionando através de atos e/ou normas a delimitação das esferas dos direitos subjetivos igualmente ordenados. Os direitos à organização e processo são aqueles que “dependem, na sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos, setores ou repartições (direito à organização), como de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processuais- constitucionais (direito de acesso à justiça; direito de proteção judiciária; direito de defesa)”. (MENDES, 2002, p. 07-08). Por fim, os direitos às prestações em sentido estrito, são os direitos do indivíduo em face do Estado a um bem da vida que poderia obter de particulares caso tivesse recursos financeiros. Estes são os direitos fundamentais sociais e o objeto das políticas públicas cerne do nosso trabalho e por isso nos determos neles a seguir.

Tais direitos, na Constituição Brasileira de 1988, estão descritos no rol do artigo 6º e tem sua irradiação em outros artigos também do texto constitucional, tais como o artigo 196 sobre o direito a saúde, o artigo 203 sobre assistência social (onde se incluem questões sobre moradia, alimentação) e educação no artigo 205. Esses direitos são o fundamento da atuação estatal para satisfazer as necessidades dos cidadãos de modo universal e não apenas com relação aos necessitados no aspecto financeiro. Isso pois uma vinculação *apriorística* desses direitos com vulnerabilidade socioeconômica feriria o princípio da igualdade, já que alguns direitos sociais, como saúde e educação, afetam todos os indivíduos. Evidente que na etapa de efetivação desses direitos o Estado, na qualidade de mentor das políticas públicas necessárias a sua garantia, deve priorizar o atendimento dos mais necessitados, tendo em vista inclusive que o princípio da reserva do possível não é oponível no que se refere a garantia do mínimo existencial, tido este como o conjunto mínimo de meios para uma vida digna (SILVA e MASSON, 2015). Retomaremos o assunto sobre a reserva do possível adiante ainda nesta subseção.

Fonte (2013) apresenta três teorias sobre direitos fundamentais, que são: a teoria liberal dos direitos fundamentais, a teoria comunitária dos direitos fundamentais e a teoria democrático-procedimental.

A primeira, capitaneada por Rawls tem por base a doutrina liberal vinculando os direitos fundamentais ao conceito de liberdade, deixando ao legislador a tarefa de definir direitos sociais e econômicos, mas ressaltando a necessidade do Estado fornecer os bens materiais mínimos para o provimento das necessidades básicas dos cidadãos. Nesse âmbito das necessidades básicas, precedem até mesmo aos direitos individuais de liberdade já que essenciais ao exercício destes, consistindo, portanto, no mínimo existencial para Rawls.

A teoria comunitária dos direitos fundamentais tem por expoente Bruggen. Nela, há o reconhecimento da necessidade de ajuda pública, mas com fundamento no vínculo de pertencimento entre os indivíduos de uma comunidade;

Por fim, temos a teoria democrático-procedimental, cujo um dos autores que a defendem é Habermas, que reconhecendo como impositiva a proteção de direitos prestacionais ligados às condições mínimas de vida das pessoas indispensáveis ao desempenho de uma participação democrática em igualdade de oportunidades.

Fonte então constrói uma quarta teoria com base nos itens de consenso entre as três primeiras, nomeando-a de teoria mínima dos direitos fundamentais. Este consenso residiria na necessidade do Estado fornecer certos bens para seus indivíduos e esse seria o mínimo existencial. Por Alexy (2015) o direito ao mínimo existencial é a garantia dos meios necessários para que o indivíduo possa atuar de forma autônoma o que reafirma a autonomia dos cidadãos como essencial para a participação social nas decisões políticas legitimando assim, continuamente, a ordem jurídica constitucional e legal. Devemos apenas nos atentar para o fato de que Alexy desenvolve todo um raciocínio com base no mínimo existencial e dignidade da pessoa humana para justificar a garantia pela Constituição Alemã de direitos fundamentais sociais visto que o texto constitucional alemão não contém, com pouquíssimas exceções, esses direitos sociais descritos de forma expressa. Assim, essencial observamos esse contexto jurídico alemão que num comparativo com o brasileiro, onde o cerne da questão gira em torno da efetividade de um rol tão extenso de direitos fundamentais, incluindo os sociais.

Enfatize-se assim que os direitos fundamentais não se resumem ao conteúdo do mínimo existencial, eis que as teorias morais sobre esse mínimo existencial não podem afastar a relevância da força normativa da Constituição como argumento para definição desses direitos, mas servem para reconhecer dois níveis de direitos fundamentais: aqueles de imposição obrigatória, diretamente vinculados ao mínimo

existencial e os demais direitos fundamentais, consagrados como tais no texto da Constituição da República, mas ligados com menos intensidade à dignidade da pessoa humana. Ressalte-se que com base nesses dois níveis Fonte (2015) classifica as políticas públicas em essenciais e não essenciais, o que servirá como um dos pilares do nosso estudo da atuação do Ministério Público no ciclo de políticas públicas propriamente dita, como veremos nas seções 4 e 5 desta dissertação.

Ressaltemos também a necessidade de se controlar esse papel do Estado de protetor e principalmente garantidor dos direitos fundamentais sociais, eis que essa ampliação do Poder do Estado representa por outro lado uma restrição nas liberdades individuais, o que deve ser observado com cuidado, já que tal liberdade é essencial ao desempenho da autonomia individual indispensável ao exercício democrático do Poder. Esse seria o outro viés dessa intervenção do Estado na garantia dos direitos fundamentais sociais, que caso exacerbada afrontaria as liberdades negativas, o que deve ser igualmente evitado, buscando-se um equilíbrio entre esses dois extremos. (BEZERRA, 2010).

Em continuação, temos que tais direitos fundamentais sociais impescindem de um programa de ação estruturado para ganhar efetividade fática e não apenas a normativa. Esse programa de ação é a política pública, instrumento de concretização do “projeto de proteção” constitucional de caráter complexo e amplo, que depende de uma boa articulação entre as ações dos poderes Legislativo e Executivo, com combinação de medidas de diversas naturezas como as educativas, protetivas, repressivas, preventivas, fornecimento direto de serviços públicos e em diversos níveis federativos (LEAL, 2015)<sup>6</sup>. E é evidente que tais medidas possuem um custo financeiro, como dito anteriormente, e que limita essa concretização de direitos, com maior ou menor extensão a depender da saúde financeira do ente estatal responsável pelo custeio. Assim, se impõe uma breve explanação sobre a reserva do possível.

## **2.4 Da reserva do possível**

---

<sup>6</sup> Fls. 150 livro do alexy VER COMO FAZ ESSA CITAÇÃO

Esse instituto nasceu numa ação de controle de constitucionalidade no Tribunal Constitucional Alemão em 1972 sobre a constitucionalidade da limitação de vagas nas universidades públicas e a decisão proferida trouxe o entendimento de que não é possível exigir do poder público mais do que ele razoavelmente pode oferecer. A partir daí estabeleceu-se uma relação de contraposição entre a reserva do possível e a efetivação de direitos fundamentais em especial os sociais, eis que uma prestação positiva é muito mais custosa para a Administração Pública do que uma mera abstenção (em que pese não seja isenta de custos) tendo a carência de recursos sido comumente usada como argumento para a não concretização de direitos fundamentais. Contudo, tal argumento não deve ser generalizado (SILVA e MASSON, 2015).

Sarlet (2007) aduz que a reserva do possível possui uma dimensão tríplice, abrangendo: a) efetiva disponibilidade fática dos recursos materiais e humanos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, conforme normas de distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas e c) proporcionalidade e razoabilidade no tocante a exigibilidade do direito em questão. Em sequência, afirma que são aspectos dotados de profunda interação entre si e com outros princípios constitucionais e que denotam ser, não somente um limite fático e jurídico para a concretização de direitos fundamentais sociais, mas também uma garantia desses direitos, quando arguido para justificar a indisponibilidade de recursos em razão da impossibilidade de desguarnecer o núcleo essencial de algum outro direito fundamental.

Daí temos que a reserva do possível não pode constituir argumento válido para obstaculizar a concretização do mínimo existencial. “A dignidade humana tem precedência sobre possibilidades financeiras quando o mínimo existencial não se vê garantido.”(ALEXY e SILVA, 2015, p.177)

A limitação fática de recursos financeiros é um obstáculo real a concretização de direitos. Contudo, deve ser vista com cautela, já que a arrecadação de tributos e demais atividades que geram recursos ao Estado é destinada, em *ultima ratio*, as garantias de direitos e desta finalidade não se pode olvidar. O orçamento não é um fim em si mesmo. Ele é destinado, em linhas gerais, a vincular receitas a despesas e tais despesas devem sempre ser destinadas direta ou indiretamente a concretização de direitos. Assim, é dever do Estado maximizar os recursos e minimizar os impactos da

sua finitude com relação a efetividade de direitos fundamentais, em razão, especialmente, do seu lugar de prevalência no texto constitucional.

Desta feita, a arguição do princípio da reserva do possível não pode ser genérica, devendo conter exposição do estudo de impacto financeiro-orçamentário da concretização de determinado direito fundamental (ou aspecto desse direito) que justifique essa limitação. É grave a violação indireta de direitos fundamentais através da omissão em garanti-los. Assim, a reserva do possível existe, mas sua aplicação deve ser restrita, com observância sempre das prioridades normativas constitucionais para alocação dos recursos. As escolhas públicas para o uso dos recursos financeiros devem observar tais normas. Isto é impositivo. É a isso que se destina o orçamento público.

Sarmiento afirma que ainda que não seja possível reconhecer uma absoluta oponibilidade do mínimo existencial à reserva do possível fática:

pode-se afirmar pelo menos a forte prioridade das prestações concernentes ao mínimo existencial em relação a todas as demais despesas estatais, suscetível inclusive de controle judicial. O Estado, nessa perspectiva, não poderá denegar prestações voltadas ao atendimento de necessidades básicas das pessoas, sob a invocação de ausência de recursos, se estiver realizando despesas supérfluas – obras de embelezamento, publicidade, promoção de festas e eventos etc. Daí porque se pode dizer que, pelo menos em países não miseráveis, como o Brasil, o mínimo existencial deve ser quase sempre assegurado em sede judicial, quando não o seja na esfera da política majoritária (SARMENTO, 2016, p. 1673).

Disso devemos concluir que quando se alega a reserva do possível para o não cumprimento dos direitos fundamentais no âmbito do seu mínimo essencial, devemos concluir que não há recursos para nenhuma outra atividade estatal fora desse mínimo, o que muitas vezes não é o que se verifica e tal fato deve ser objeto de controle por parte do Ministério Público, o que veremos mais detidamente nas subseções 4 e 5 desta dissertação.

E é em razão da relevância desse instrumento de concretização de direitos fundamentais sociais, eis que seu insucesso acarreta a violação (omissiva ou comissiva) desses direitos, que passaremos a estudar detidamente seu ciclo de formação e em seguida a atuação do Ministério Público no exercício da sua missão constitucional de garantia da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (quanto a esses últimos, escapam do âmbito da nossa pesquisa).

### **3- POLÍTICAS PÚBLICAS: CONCEITO, CICLO E FORMAS DE AVALIAÇÃO**

#### **3.1 O marco inicial do estudo das políticas públicas no Brasil**

Após apresentarmos na seção anterior os direitos fundamentais sociais ou prestacionais, trazendo algumas definições doutrinárias acerca dos seus conceitos, relações com os objetivos da República bem como apresentando em linhas gerais a questão da força normativa desses direitos e sua exigibilidade pelos cidadãos, entendemos indispensável na abordagem do nosso objeto de pesquisa o estudo das políticas públicas. Isso, pois apesar do presente estudo não se dedicar exclusivamente ao estudo das políticas públicas o estudo da atuação do Ministério Público no controle dessas políticas impescinde dessa compreensão, eis que intrinsecamente vinculados.

No Brasil, o estudo acerca do tema das políticas públicas ganhou corpo com a Constituição de 1988, que trouxe uma série de direitos sociais que para serem exercidos pela sociedade necessitavam de instrumentos que proporcionassem esse alcance. Se antes da redemocratização o Estado era visto como violador dos direitos mais básicos, com a reintrodução do regime democrático e em especial com a Carta de 1988 o Estado passou a assumir o papel de garantidor da democracia, não só da democracia política mas também da democracia econômica e social, eis que democracia não se limita a escolha dos representantes pelo voto, mas que a tal elemento se reúnem outros indispensáveis a caracterização do regime democrático como o respeito pelos direitos fundamentais e o exercício da cidadania.

Desta feita, considerando que desde a promulgação da Carta de 1988 o extenso rol de direitos fundamentais ainda carece de efetividade, nos parece relevante o estudo do tema das políticas públicas para que a partir da compreensão dos conceitos e elementos do seu ciclo seja possível partir para a exploração do tema central desta dissertação, que é a atuação do Ministério Público nesse ciclo.

### 3.2 Do conceito de políticas públicas.

Não podemos pensar na construção de um conceito sem partir do significado semântico das palavras que o compõe. E no nosso caso reside aqui parte da dificuldade em conceituar “políticas públicas”. Isto pois a palavra “política” nos idiomas de origem latina como o nosso possui duas acepções principais conforme observamos do dicionário Michaelis. A primeira seria a arte de governar. Nessa acepção o sentido é o mais usual no vocabulário popular. Fazer política como a atividade de governar, dirigir, administrar uma nação. Essa acepção tem no idioma inglês o termo “*politics*”. A segunda acepção do termo “política” é orientação ou métodos políticos. Essa, nos países com idioma inglês é o significado da palavra “*policy*” e portanto nesses países são termos que não se confundem, ao menos semanticamente. Isso, pois como veremos a seguir a produção de uma política pública envolve as duas acepções semânticas. E pública possui como significado ser relativo a população, povo ou coletividade. Ou seja, com base apenas no significado literal não se mostra simples a construção do conceito em razão das acepções da palavra política.

Assim, devemos iniciar por um conceito funcional de política pública. Para eles a policy-making (produção de uma política pública) “trata fundamentalmente de atores cercados por restrições que tentam compatibilizar objetivos políticos (*policy goals*) com meios políticos (*policy means*), num processo que pode ser caracterizado como ‘resolução aplicada de problemas’.” (HOWLETT, RAMESH e PERL, 2013, p.5). Aqui resta claro que a produção de política pública é algo dinâmico, onde seus atores se envolvem num processo de compatibilização entre objetivos e meios.

É nesse processo que as duas acepções do termo política se mostram presentes, já que este processo possui duas dimensões: a técnica e a política. A primeira procura uma otimização dos meios, com o uso pelos atores dos instrumentos aptos a produzir os melhores resultados possíveis. A segunda, a política, aqui usada na acepção mais popular, já que é na atividade de governar onde as escolhas acerca do que seria um “problema” e qual seria a “solução adequada” são feitas.

No campo da ciência política, de onde partem a maioria dos estudos acerca das políticas públicas, há outros conceitos de políticas públicas, dos quais podemos destacar o de Thomas Dye, que define políticas públicas como “tudo o que um governo decide fazer ou deixar de fazer” (DYE, 1972, p.2). Essa definição é bem sucinta mas

contem três aspectos importantes a serem destacados e que são objeto de controvérsia na doutrina especializada.

Primeiramente, tal conceito indica que o produtor de políticas públicas é o governo, afastando da *policy-making* ações ou posturas de atores não governamentais. Assim, quando Dye afirma que o produtor de política públicas é o governo já se afastam outras iniciativas não governamentais, como as das ONG's ou outras entidades privadas que desejem atuar produzindo política pública. O autor não afasta tais entidades do ciclo da política, afirmando inclusive que podem influenciar as decisões políticas dos governos bem como serem utilizadas como instrumentos para a implementação das políticas. Contudo, iniciativas privadas independentes não caracterizariam políticas públicas, podendo ser inseridas no ciclo de uma política pública planejada e promovida por um governo. Aqui temos uma abordagem estatista ou estadocêntrica do estudo das políticas públicas, capitaneada por Dye e outros autores, como Bucci, Howlett, Ramesh e Perl.

Em contraposição, temos a abordagem multicêntrica, que considera como políticas públicas aquelas ações promovidas por entidades privadas em conjunto com os atores governamentais. Pública, para os titulares desta linha de pensamento seria a qualidade do problema a ser enfrentado e não uma qualidade do protagonista deste enfrentamento. Nesta abordagem, os atores não governamentais poderiam também atuar no planejamento e promoção de determinada política pública (DROR, 1971; RHODES, 1997; REGONINI 2001 e HAJER, 2003 *apud* SECCHI, 2016). Secchi ao se filiar a essa linha de entendimento aduz que as políticas governamentais se destacam na produção de políticas públicas em comparação com outros atores não governamentais. Isso, pois o Estado moderno teria como uma de suas razões de existência a produção de políticas públicas e por isso detém o poder de coerção, o que auxilia na condução dos processos de produção das políticas públicas, bem como é o administrador das verbas públicas podendo dispor de grandes recursos para criação das políticas que entender adequadas a efetivação dos direitos cuja garantia justifica sua existência.

Em segundo lugar, ainda no conceito de Dye (1972) observamos que ele traz o “não fazer” como uma política pública. Nesse ponto, o autor aduz que tais decisões de não fazer devem ser deliberadas. Isso pois o não fazer pode caracterizar uma omissão infundada, negligente com os direitos que os governos devem assegurar, sendo indispensável a prévia deliberação no caso dessas inações. Como contraponto

Secchi (2016) entende que identificado um problema público, a inação constitui apenas falta de inserção do problema na agenda formal, caso contrário toda omissão ou negligência dos atores governamentais ou não-governamentais frente a problemas já delineados se constituiria como política pública, havendo portanto uma política pública de inação para todos os problemas públicos.

Por fim, ainda neste breve conceito o referido autor demonstra que as ações ou inações devem ser desejadas e direcionadas a efeitos igualmente desejados, constituindo um direcionamento voluntário da entidade governamental, não caracterizando política pública uma ação ou inação que cause um efeito não intencionado, um efeito não planejado.

Numa conceituação ainda no campo da ciência política, mas trazendo elementos mais fechados temos Jenkins, definindo política pública como:

um conjunto de decisões inter-relacionadas, tomadas por um ator ou grupo de atores políticos, e que dizem respeito à seleção de objetivos e meios necessários para alcançá-los, dentro de uma situação específica em que o alvo dessas decisões estaria, em princípio, ao alcance desses atores. (JENKINS, 1978, *apud* HOWLETT, RAMESH e PERL, 2013, p. 8.)

Neste conceito, já temos uma visão do dinamismo que envolve as políticas públicas, visto que Jenkins indica ser um conjunto de decisões inter-relacionadas, tomadas por um ou mais atores políticos. Ainda, esse conceito foi capaz de apresentar também que a capacidade de ação dos atores limita as escolhas dos objetivos e meios necessários para alcançá-los. Esse elemento é essencial para avançarmos no estudo das capacidades institucionais já que a escolha pública se insere no âmbito dessa capacidade, limitada por fatores políticos, econômicos, técnicos e muitas vezes informacional, já que os atores tomam suas decisões com base nas informações que possuem e que podem ser limitadas ou mesmo incorretas, influenciando diretamente na *policy-making*.

Quando as Constituições passaram a prever direitos fundamentais, em especial os sociais, processo que se iniciou em meados do século XX, ultrapassando o conteúdo original das primeiras constituições, que se limitavam a trazer os limites da estruturação do poder, como normas de repartição de competências e funções dos Poderes, o estudo das políticas públicas foi se juridicizando, afinal, são direitos que não chegam aos seus destinatários sem uma política pública que permita esse

acesso. Assim, constatou-se necessária a construção de um conceito jurídico para política pública.

Bucci apresenta um conceito de políticas públicas muito utilizado pelos autores do ramo do direito ao trabalhar políticas públicas qual seja: “políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” (BUCCI, 2006, p. 239)

Demonstrando a grande dificuldade em se construir um conceito jurídico de políticas públicas a autora aponta ainda em 2006, a necessidade de aperfeiçoamento do conceito apresentado anteriormente, indicando que a política pública é um encadeamento ordenado de atos e que esse aspecto processual da política necessitava estar presente no conceito.

Assim, acrescido deste aspecto:

[...] política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e a atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados [...] (BUCCI, 2006a, p. 39).

Entretanto, apesar de apresentar esse conceito já reformulado, Bucci aponta não se tratar de um conceito propriamente jurídico, eis que sua estrutura se vale de categorias que são próprias de outras áreas da ciência, como a política ou a administração. Ressalta que em razão dessa dificuldade em se construir um conceito jurídico, deve-se trabalhar na criação de uma metodologia jurídica para descrever, compreender e analisar as políticas públicas de modo a conceber os processos jurídicos correspondentes.

Assim, apresentados alguns conceitos da ciência política e mesmo uma tentativa de conceito jurídico, podemos passar para a análise das políticas públicas, onde nos deteremos mais amiúde já que é nessa análise onde se inseriria o papel do Ministério Público.

### 3.3 Política pública como um processo cíclico

A partir dos conceitos acima apresentados podemos então caminhar para a análise da política pública. Vimos que um denominador comum é de que se trata de um encadeamento ordenado de atos destinados a resolução de problemas públicos. A definição de Thomas Dye, em que pese não trazer esses termos, ela abrange todos os atos governamentais, incluindo a resolução de problemas, por consequência.

Assim, visando facilitar o estudo da *policy-making* Lasswell em seus trabalhos iniciais (LASSWELL, 1956 e 1971) desdobrou esse processo em sete estágios que descrevem como as políticas deveriam ser produzidas: a) informação; b) promoção; c) prescrição; d) invocação; e) aplicação; f) término e g) avaliação.

Esse processo se iniciaria pela coleta de informações passando para a produção de opções hábeis a atingir os objetivos selecionados. Na terceira etapa o produtor da política pública a prescreveria a orientação escolhida e na quarta etapa invocaria as sanções para aqueles que não observassem as prescrições. Em sequência as prescrições seriam aplicadas por aqueles responsáveis por trazer concretude as orientações produzidas até a conclusão de todas as ações prescritas o que caracterizaria a sexta etapa, o término do processo. Com essa conclusão haveria a avaliação dos resultados alcançados verificando se houve o atingimento dos objetivos originais.

Esse processo dividido em etapas foi um marco na análise das políticas públicas eis que permitiu estudar os atos desse processo de produção com atenção as peculiaridades que cada etapa possui. Contudo, essa análise foi feita tomando por base um modelo de *policy-making* que ocorreria dentro de um ambiente governamental sem influências dos atores externos, o que não se coaduna com a complexidade moderna da produção de políticas públicas. Ademais, Lasswell previu a avaliação da política no final do processo, como última etapa, o que não se adéqua com a dinâmica usual desse processo, já que as políticas são avaliadas antes de seu encerramento, até mesmo para proporcionar que sejam corrigidas caso não tenham atingido os objetivos selecionados pelo produtor da política (LASSWELL, 1956 e 1971).

Com fundamento nesse modelo de Lasswell, Brewer (1974) construiu um modelo que entendeu mais adequado as políticas públicas dos Estados modernos

com seis etapas apenas e alertou sobre a ausência de linearidade dessas etapas: a) invenção/iniciação, b) estimativas, c) seleção, d) implementação, e) avaliação e f) término. Observamos que Brewer elimina a etapa da invocação das sanções e apresenta a salutar inversão das etapas de avaliação e término, considerando a avaliação antes do término, visto que a avaliação serve para verificar os resultados obtidos e com base nas conclusões alcançadas na avaliação se decidir pela continuação ou encerramento da política.

Assim, essa divisão em ciclos é pedagógica, útil para auxiliar o estudo das peculiaridades de cada fase, que na maior parte das vezes se sobrepõe em razão do chamado *looping* de retorno, salutar, mas que dificulta sobremaneira um eficiente controle da política pública, em razão desse intenso dinamismo no seu ciclo, onde cada uma das fases possui peculiaridades que devem ser observadas no momento de exercício desse dever de controle, o que será objeto de estudo nas seções 4 e 5 dessa dissertação.

A Associação Brasileira de Ciência Política, através dos pesquisadores Capella, Soares e Brasil, produziu um estudo do processo de produção de políticas públicas em 2014 onde consta que esse modelo de ciclo de políticas públicas predominou até o final dos anos 1970 mas a partir de meados de 1980, no entanto, a busca por melhores teorias contribuiu para o desenvolvimento de outras perspectivas. Assim, focando o estudo não no processo decisório mas no sistema de construção dos problemas e suas soluções ganharam destaque a influência das ideias, da linguagem e da argumentação na produção de políticas, abrindo espaço para a chamada “guinada argumentativa”.

Aqui se inserem a abordagem dos múltiplos fluxos, proposta por Kingdon em 1984, o modelo das coalizões de defesa apresentado por Sabatier e Jenkins-Smith inicialmente em 1993 o modelo de equilíbrio pontuado desenvolvido por Baumgartner e Jones em 1993.

Contudo, Capella, Soares e Brasil (2014), ao analisarem essa guinada da análise racional para a análise argumentativa, afirma que o estudo da influência das ideias na formação da política pública age sobre dois importantes processos no contexto da formulação de políticas: a definição dos problemas e a seleção de alternativas de Kingdon. As ideias também auxiliam na compreensão de períodos de mudança e de estabilidade em políticas, por meio de “imagens” que, juntamente com instituições, promovem tanto situações de equilíbrio quanto de ruptura em políticas

públicas de Baumgartner e Jones e da mesma forma mantêm indivíduos unidos em coalizões que, em disputa, produzirão mudanças em políticas públicas, conforme modelo produzido por Sabatier e Jenkins-Smith.

Assim, cada modelo, com suas opções metodológicas, oferece alternativas de operacionalização de análises de políticas públicas centradas nas ideias, não invalidando portanto o modelo racional de estudo das políticas públicas, mas apenas constituindo um foco diferenciado de análise, mais empírica do que técnica, que devem se complementar, não sendo excludentes.

Desta feita, considerando que o nosso estudo tem por foco principal o processo decisório da formação da política pública, já que a atuação ministerial se dá, em última análise, acerca das escolhas ou não escolhas públicas, optamos por detalhar os estágios desse processo através do modelo racional, mais didático, que a nosso sentir facilita a visualização da interação nesse processo pelos atores, instituições e ideias em conjunto com as possibilidades de atuação do Ministério Público nos diferentes estágios desse ciclo. Vejamos.

### 3.4 Atores sociais

Por Howlett, Ramesh e Perl (2013) temos a seguinte classificação dos atores políticos que exercem influência no ciclo de políticas públicas. São eles:

**a) Políticos eleitos:** são os membros do executivo e legislativo. O executivo possui papel central no ciclo da política pública já que é ele quem exerce as atividades de governar o país. Embora outros atores influenciam e participam do processo de *policy-making*, são os membros do Poder Executivo os responsáveis por desenvolver e implementar as políticas públicas. Além de possuírem essa missão, conforme se observa da repartição constitucional de competências, dispõe de maiores e mais qualificadas informações acerca dos temas identificados como problemas a serem solucionados. Além disso, dispõem dos recursos fiscais e dos recursos burocráticos para empreender.

Já os membros do Poder Legislativo possuem um papel diferente no ciclo e varia conforme o sistema de governo que se adote. O Legislativo possui a função de garantir que o Executivo preste contas do exercício de suas funções, mas como são locais onde se discutem os problemas sociais bem como as possíveis políticas para solucioná-los além de possuírem poder sobre a aprovação dos orçamentos do governo, momento em que o Legislativo acaba por influenciar no ciclo de produção das políticas públicas com algum grau de ingerência sobre agenda política do governo, eis que a alocação de recursos orçamentários ou a não alocação influencia diretamente na possibilidade de realização das políticas públicas. Como no sistema parlamentarista o partido majoritário compõe o governo, não é usual que haja no parlamento obstáculos às iniciativas governamentais. Já no sistema presidencialista o governo não necessariamente possui a maioria no Legislativo o que pode significar um óbice político as realizações dos projetos do governo, atraindo para a dimensão política um peso maior do que possui no sistema parlamentarista.

Os atores políticos eleitos tem suas atividades permeadas por esse elemento político em sentido lato, eis que sua manutenção no poder exige a reeleição o que impõe a necessidade de um *accountability* democrático. Desta forma, muitas ações ou inações do governo são ligadas diretamente a possuírem maior ou menor apelo eleitoral, além de serem usualmente deflagradas em períodos eleitorais de modo a atraírem a opinião pública, bem como nesse período se esquivam de executar ações pouco populares (SECCHI, 2016);

**b) Burocracia:** em linhas gerais são os funcionários que auxiliam o Executivo na execução das suas tarefas. Em razão do incremento quantitativo e qualitativo das funções do governo, em especial após a 2ª guerra mundial, no que os Estados assumiram funções de promoção de direitos fundamentais, a burocracia vem ganhando cada vez mais importância, já que a delegação das funções do governo para além do gabinete é inevitável, tanto para aumentar a força de trabalho do governo como para expandir a capacidade técnica das suas ações, já que o gabinete não pode ser expert em todos os assuntos, mas pode ter em seu corpo de funcionários detentores de conhecimentos técnicos sobre as mais diversas áreas de interesse, como saúde, meio ambiente, contabilidade, aumentando as chances de eficácia das políticas planejadas e implementadas pelo governo;

**c) Partidos políticos:** são organizações constituídas formalmente em torno de um projeto político-ideológico com o intuito de afetar o processo político. Tal participação pode ser direta, como canalizador do interesse da sociedade civil, este mais limitado, eis que mesmo que se consiga inserir na agenda formal do governo determinada demanda, não possui ingerência acerca da abordagem que será dedicada ao problema. Contudo indiretamente a participação se mostra até mesmo mais efetiva, pois caso possuam algum de seus membros como eleitos no Executivo ou Legislativo, tem a possibilidade de influenciar diretamente no curso das decisões políticas;

**d) Público:** em que pese ser o destinatário direto das políticas públicas não possui papel muito significativo no seu ciclo. Como nossa democracia é representativa quem desempenha as funções que seriam do povo são os representantes eleitos e aqueles por eles designados para tal. E é como eleitor que o público possui o papel mais expressivo, pois é através da escolha dos atores políticos que se perfaz a participação no processo das escolhas públicas;

**e) Grupos de interesse:** são grupos organizados com o objetivo de defender interesses de seus membros. Considerando o grau de recursos organizacionais, bem como do nível das informações desses grupos a influência na formulação e implementação das políticas públicas varia. Dependendo do tipo de problema objeto de estudo, esses grupos, por representarem interesses de membros diretamente envolvidos na questão, detêm conhecimento mais aprofundado de elementos do problema ou mesmo um acesso maior a esses elementos de informação, podendo ser utilizados como fonte de informação de modo a auxiliar a *policy-making*. Exemplos de grupos de interesse são setores empresariais e sindicatos de trabalhadores;

**f) Think tanks e organizações de pesquisa:** o *think tank* pode ser definido como uma organização independente dedicada à pesquisa de modo a influenciar a política pública através da contribuição com a produção e disseminação de conhecimento úteis para a *policy-making*. Se difere de um grupo de pesquisa acadêmico pois é focado em produzir conhecimento e recomendações para determinada política pública e não de modo geral, como funcionam os grupos de pesquisa acadêmicos;

**g) Meios de comunicação de massa:** a mídia exerce um papel relevante no ciclo das políticas públicas ao conectar governo e sociedade na medida em que relata os problemas sociais e os divulga em meios de comunicação servindo para despertar maior interesse social ou governamental acerca de determinado assunto. A mídia também possui um papel investigativo capaz de produzir de informações relevantes para a solução de problemas objetos de políticas públicas;

**h) Experts e consultores acadêmicos de políticas públicas:** são indivíduos ou grupos dedicados ao estudo de problemas políticos apontados pelo interesse público ou governamental. Se diferenciam dos *think tanks* pois não tem suas atividades de pesquisa direcionadas por nenhum interesse específico, seja empresarial, seja sindical, tendo oportunidade de produzir um conteúdo menos tendencioso.

Assim, observamos que a classificação apresentada não traz nem o Judiciário, nem o Ministério Público ou outros órgãos de controle. Tal fato se dá, a nosso ver, pois numa análise mais pura pelo viés da ciência política sobre a formação da política pública não se enxerga no seu ciclo a participação desses personagens. Contudo, numa apreciação já mais contextualizada das políticas públicas impostas, mesmo que indiretamente, pelo sistema jurídico, vemos inegável participação do Judiciário, bem como do Ministério Público, Tribunais de Contas, Defensoria Pública, dentre outros que possuam no seu feixe de atribuições a missão de agir nesse ciclo. Isso, pois no ordenamento jurídico brasileiro, há tanto a juridicização das políticas públicas em razão da sua origem legal, como a juridicização da participação de alguns personagens em seu ciclo, que atuam em razão da missão constitucional ou legal que lhe foi imposta, como os supramencionados, de modo que não se pode ignorar sua presença no processo de formação das políticas públicas.

Sobre o papel do Judiciário, temos uma literatura mais farta, havendo inclusive quem já inclua os juízes como atores governamentais na formação da política pública, como Secchi (2016), que ressalta esse forte presença na implementação de políticas públicas nos sistemas de Common Law, onde as normas possuem um caráter mais geral, ampliando-se o espaço para uma interpretação normativa em cada caso concreto, o que não afasta a participação do Judiciário nos sistema de Civil Law, já que mesmo com maior detalhamento nas regras, diante da perda de eficácia e de

abrangência dos mecanismos próprios ao *Welfare State*<sup>7</sup>, há, em ambos os sistemas, a institucionalização das *class actions* instalando o juiz, por provocação de agências da sociedade civil, no lugar estratégico das tomadas de decisão em matéria de políticas públicas (VIANNA, BURGOS e SALLES, 2007), o que, como veremos, traz dificuldades democráticas e também no âmbito da efetividade de tais demandas, mas não deixa de ser um instrumento destinado a garantia de direitos.

Aqui, nos cabe esclarecer que as *class actions* mencionadas são as ações coletivas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, capitaneada pela ação civil pública e sobre o agente provocador ser agências de sociedade civil, impende ressaltar que o sistema americano, origem do termo *class action* é impulsionado precipuamente por essas agências, e o Ministério Público possui papel quase que exclusivo destinado a esfera criminal, motivo pelo qual não é mencionado quando o assunto são as *class actions*, ícone da judicialização das políticas públicas nos Estados Unidos. Já no Brasil, o Ministério Público é o grande provocador do Judiciário através das ações civis públicas (WERNECK VIANNA e BURGOS, 2002) – em que pese não seja o único legitimado para tal – além de possuir atribuição extrajudicial para atuar na proteção da ordem jurídica de modo geral, o que nos demonstra que o Parquet também é um ator nas políticas públicas, cujo papel será desenhado durante todo esse trabalho.

### 3.5 Estágios do ciclo de políticas públicas

Conforme anunciado momentos atrás, o modelo de Brewer trouxe também uma visão de funcionamento desconectada do ambiente governamental e principalmente trouxe a noção de que o processo da política pública é um ciclo dinâmico, sem necessariamente um término, já que as políticas se sucedem muitas vezes sem um

---

<sup>7</sup> O Estado de bem-estar social, ou Estado-providência, ou Estado social, é um tipo de organização política, econômica e sócio-cultural que coloca o Estado como agente da promoção social e organizador da economia. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda a vida e saúde social, política e econômica do país, em parceria com empresas privadas e sindicatos, em níveis diferentes de acordo com o país em questão. Cabe, ao Estado de bem-estar social, garantir serviços públicos e proteção à população, provendo dignidade aos naturais da nação. Disponível em <<https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3il3/schumpeter/socialval.html>>. Acesso em 16 jun. 2020.

desfecho da anterior com alterações fundadas nas avaliações que ocorrem ao longo do processo.

Analisando o modelo de Brewer observamos que a noção de ciclo político por ele proposta se adequa à lógica da resolução aplicada de problemas que possui cinco etapas: a) reconhecimento do problema, b) propostas de solução, c) escolha da solução, d) efetivação da solução e e) monitoração dos resultados. Assim, Howlett, Ramesh e Perl (2013) propõem um ciclo de políticas públicas com cinco estágios, compatíveis com essa lógica da resolução aplicada de problemas com o qual vamos trabalhar neste estudo.

### **3.5.1 Montagem ou formação da agenda**

Trata-se de estágio inicial da *policy-making*. E como tal, por ser o estágio deflagrador de todo o processo, onde determinado problema se torna um objeto de um ciclo de política pública, é etapa onde há a maior interlocução entre governo e sociedade propiciando o surgimento de tensões entre os diversos atores sociais acima descritos. Por Kingdon (1984, p.3-4), a agenda é:

“a lista das questões ou problemas que recebem alguma atenção séria, em algum dado momento, por parte dos funcionários do governo e das pessoas de fora do governo que estão próximas a esses funcionários...Do conjunto de todas as questões ou problemas concebíveis, aos quais os funcionários poderiam estar voltando sua atenção, na realidade elas prestam atenção séria apenas a alguns e não a outros. Assim, o processo da montagem da agenda limita esse conjunto de questões concebíveis ao conjunto que é de fato alvo de atenção.”

Para Secchi (2016) temos 3 tipos de agenda: a agenda política, a agenda formal e a agenda da mídia.

A agenda política é o conjunto de problemas que a comunidade política entende que deva receber atenção do governo. A agenda formal é aquela que contém os problemas que já foram definidos como objeto de atenção governamental. A agenda da mídia é o rol de problemas que se torna foco de atenção dos meios de comunicação.

Os problemas entram e saem das agendas de modo contínuo, a depender da limitação de recursos humanos, financeiros, materiais, além das pressões do público, mídia, partidos políticos e grupos de interesse em geral. Sobre essa volatilidade da agenda, Secchi traz a teoria do equilíbrio pontuado de Baumgartner e Jones, segundo a qual a agenda reveza períodos de estabilidade de problemas com períodos de emergência de problemas. Os períodos de estabilidade decorrem das forças políticas e sociais de manutenção do status quo e os períodos de emergência decorrem de alterações na compreensão de elementos do problema, novos apelos que surgem acerca de determinado problema e a maximização de certos problemas por atores políticos para que ele seja inserido na agenda formal do governo.

Nesse trânsito de entrada e saída dos problemas da agenda formal Coob, Ross e Ross (1976) apresentaram três padrões de básicos de montagem de agenda:

**a) o modelo da iniciação externa:** as questões surgem num ambiente não governamental, mais presente nas sociedades pluralistas, e considerando o grau de influência dos atores sociais que estejam promovendo a questão, alcançam o porte necessário para ganhar a atenção do governo suficiente para inseri-lo na agenda formal;

**b) o modelo da mobilização:** neste os tomadores de decisão tentam levar uma questão da agenda formal para a agenda pública (seria a agenda política pela classificação de Secchi). Trata-se de modelo associado aos estados totalitários onde as questões são inseridas na agenda formal de modo unilateral pelo governo com a posterior busca de apoio popular para as demais fases do ciclo da política, visto que a implementação de uma política terá mais chances de sucesso se tiver apoio popular;

**c) o modelo da iniciação interna:** neste, mais comum em regimes corporativistas, grupos de interesse com especial acesso aos tomadores de decisão inserem na agenda formal do governo determinado problema, sem que haja interação com os demais atores sociais. Aqui não se faz presente a interação entre agenda pública (política) e agenda formal, presente nos outros dois modelos.

A classificação anterior apresenta uma classificação dos modelos de montagem de agenda, tendo em vista o *locus* (governamental ou não) a partir do qual

o problema é inserido nela. Uma outra análise da formação da agenda foi feita por Kingdon (1984) que estudou os modos de construção e utilização das oportunidades de montagem da agenda formal, chamando essas “oportunidades” de “janelas políticas”. O modelo por ele proposto aponta que tais janelas se abrem ou fecham de acordo com o tipo de interação entre as instituições e os atores e na construção de pontes entre soluções e problemas políticos. Kingdon apresenta ao menos quatro tipos principais de janelas:

**a) janelas políticas rotineiras:** eventos com procedimentos institucionalizados proporcionam aberturas de janelas previsíveis;

**b) janelas políticas discricionárias:** a abertura das janelas depende do comportamento dos atores políticos e portanto, em razão desse vínculo comportamental, as janelas são menos previsíveis;

**c) janelas de problemas transbordantes:** uma janela política já existente atrai para a agenda problemas conexos;

**d) janelas de problemas aleatórios:** eventos aleatórios, como crises econômicas, desastres naturais, abrem janelas imprevisíveis.

Assim, observamos que a formação da agenda formal depende da forma com a qual os atores políticos aproveitam as janelas políticas de modo a inserir na agenda formal o problema político de seu interesse, se utilizando de um dos três modelos de montagem de agenda a depender do regime político-social que estejamos inseridos.

### **3.5.2 Formulação de políticas**

Trata-se da formulação de um curso de ação acerca de um problema que entrou na agenda formal do governo com a identificação e determinação das possíveis soluções para os problemas políticos.

Nesta etapa da formulação da política, verifica-se a existência de quatro fases: a apreciação, o diálogo, a formulação e a consolidação (THOMAS, 2001, *apud* HOWLETT, RAMESH e PERL 2013).

Na fase da apreciação, reúnem-se dados e elementos de evidência para a formação de um diagnóstico do problema. Em seguida, na etapa do diálogo, os atores envolvidos no processo se dedicam a debater sobre as opções políticas propostas, havendo a possibilidade das audiências públicas e reuniões com setores da sociedade civil com interesse na questão ou que possa contribuir com conhecimento técnico ou fático acerca do tema.

Após seguimos para a fase da formulação propriamente dita da política pública. Aqui, após a colheita de informações e o diálogo entre os atores políticos envolvidos na questão o corpo de funcionários públicos (burocracia) irá se dedicar a construir um desenho mais delimitado da ou das políticas públicas que seguirão para a etapa seguinte, que é a consolidação. Na formulação das políticas, são descritos os instrumentos, as ferramentas a serem utilizadas de modo a produzir uma ação coordenada eficiente e eficaz na solução do problema em questão. Esses instrumentos podem ser resumidos em quatro mecanismos de para a indução dos comportamentos necessários para a consecução da política desenhada: a) premiação; b) coerção; c) conscientização e d) soluções técnicas.

Essa etapa de formulação das soluções para determinado problema político é o momento onde se reúnem os atores envolvidos no processo para definir quais são os resultados esperados com aquela política e aos meios existentes para alcançá-los. Trata-se de etapa de extrema relevância eis que concentra a atividade do planejamento que deve conter uma avaliação *ex ante* da política pública. Nesse momento os atores envolvidos no processo devem dedicar seus esforços políticos e técnicos de modo a criar opções de soluções de problemas com base nos diagnósticos realizados com as melhores informações acessíveis no momento e com o melhor apoio técnico possível, viabilizando que as políticas construídas nesta etapa sejam dotadas de objetivos concretos com metas de resultados factíveis.

Contudo, em que pese a fixação de metas para medir a eficácia da política pública ser o caminho indicado para a construção de uma política pública precedida de planejamento, essencial para um ciclo bem sucedido, sabemos que tais metas são mais difíceis de serem construídas em políticas não medidas de forma quantitativa, bem como muitas vezes não há interesse político na construção de tais metas, eis que

a verificação de ineficácia de uma política pode trazer resultados danosos a imagem do governo (SECCHI, 2016), o que impõe um maior cuidado nessa etapa.

Para a avaliação *ex ante* os burocratas ou aquele que estiver designado para a sua realização pode ser utilizar de projeções, predições ou conjecturas. As projeções são empírico-intuitivas, partindo de fatos ocorridos ou em andamento para a construção de uma imagem futura de determinado problema. As predições são teóricas-dedutivas. Partem de pressupostos já consolidados para a previsão de resultados, comportamentos ou efeitos econômicos. As conjecturas são juízos de valor baseados no conhecimento, as vezes intuitivo, dos *policymakers*. São produtos da experiência dos burocratas em determinada área (saúde, educação, meio ambiente) onde se situa o problema. Conforme Secchi (2016), todo esse esforço de avaliação *ex ante* tem por maior obstáculo a instabilidade e a complexidade das condições sociais, bem como a falta ou deficiência das informações e dados técnicos e por fim a falta de recursos e tempo para a realização de estudos mais detalhados.

Na consolidação, as propostas de políticas públicas formuladas na etapa anterior se confirmam como opções que serão consideradas na próxima etapa do ciclo das políticas públicas, a tomada de decisão. Neste momento, os atores envolvidos terão a oportunidade de fornecer suas opiniões acerca das políticas públicas consideradas como aptas a seguir para a fase seguinte, manifestando seu apoio ou sua discordância.

### **3.5.3 Tomada de decisão**

No processo de *policy-making* é aquela etapa em que uma ou mais, ou nenhuma, das opções que foram debatidas e examinadas durante os dois estágios anteriores do ciclo político é aprovada como curso oficial de ação.

A tomada de decisão é a escolha da solução para determinado problema. Nessa etapa, o processo que até o momento era bem plural, com a participação de diversos atores políticos sociais, se restringe aqueles que possuem capacidade e autoridade para tomar decisões públicas vinculantes, ou seja, os políticos, os burocratas (quando possuírem delegação para tomar decisões) e os juízes (quando instados processualmente a decidir sobre políticas públicas).

Em que pese essa restrição dos atores dessa etapa, os demais podem buscar influenciar a tomada de decisão, já que a escolha pública é uma atividade política altamente permeável pela opinião pública, da mídia e dos grupos de interesse.

Ademais, além da influência dos outros atores políticos desse processo, os tomadores de decisão não são livres para escolher qualquer política que lhes aprouver. Essa liberdade, também chamada de discricionariedade, é limitada pelas normas, constitucionais, legais e infralegais, bem como pelo contexto social, histórico, político e econômico do momento decisório (e no que toca ao poder decisório do juiz, essa liberdade é bem mais restrita, tema este denso e que foge ao objeto da nossa pesquisa).

Assim, no campo da ciência política os métodos de tomada de decisão foram objeto de estudo, tendo se alcançado, primeiramente (década de 1960), dois modelos: o racionalismo e o incrementalismo.

No racionalismo, a tomada de decisão é um processo onde a partir de informações acerca do problema em questão, o tomador de decisão, com base em critérios científicos, avaliava as opções formuladas na etapa anterior e escolhia aquela capaz de maximizar os recursos existentes.

No incrementalismo a tomada de decisão tem muito mais da dimensão política do que da técnica, já que a escolha era feita menos com base em avaliações técnicas acerca do uso adequado e eficiente dos recursos existentes e mais em atenção as negociações políticas envolvendo as autoridades com poder de “voto” na escolha pública.

Observando que tais modelos não conseguiam retratar os processos de tomada de decisão, no início da década de 1980 os estudiosos do tema buscaram outros modelos destinados a estruturar esse processo, surgindo como mais marcante o modelo da “cesta do lixo” (COHEN, MARCH e OLSEN, 1972 *apud* SECCHI, 2016). Este modelo surge para romper com presunção existente nos modelos anteriores de que primeiro surge o problema para que se busque a solução para ele. Nesse modelo da “cesta do lixo” os *policymakers* primeiro criam soluções para depois localizarem um problema para solucionar se aproveitando de um momento político adequado. As decisões seriam encontros casuais dos problemas, das soluções e das janelas de oportunidade (momento político).

Há outros modelos de tomada de decisão resultantes de estudos na área da ciência política, como o *mixed scanning*, que visava combinar os modelos racional e

incremental num modelo único, e o modelo da decisão por acreção, que atenta para o fato de que decisões referentes a questões complexas não são tomadas por uma pessoa apenas, sendo um processo complexo onde pequenas decisões são tomadas por pessoas diversas em momentos distintos que se acrescem e num determinado decurso de tempo se consolidam em uma tomada de decisão de um curso de política pública.

Não há um modelo correto ou incorreto a ser seguido. O modelo de tomada de decisão varia conforme o número de atores envolvidos, o ambiente institucional em que a decisão será tomada e as ideias colocadas em discussão, visto que a depender do tema, haverá maior influência política (sentido da atividade política) ou haverá maior relevância a questão técnica ou mesmo em questões de grande complexidade haverá micro decisões de ambos os tipos, que quando acrescidas formarão uma política pública por acreção. O importante ao nosso estudo é compreender como os atores políticos interagem nessa etapa do ciclo inseridos num regime democrático e com respeito a separação funcional dos Poderes para mais adiante nos debruçarmos sobre as formas de atuação do Ministério Público nesta etapa do ciclo.

#### **3.5.4 Implementação do curso de ação definido**

Este é o quarto estágio desse ciclo e consiste em colocar a decisão da etapa anterior em prática, com alocação de recursos, designação de pessoas e desenvolvimento de regras de como proceder para tal.

Aqui, a quantidade de atores envolvidos volta a se expandir. Se na fase da tomada de decisão há uma redução dessa participação, nesta etapa da implementação os atores interessados na solução do problema em questão voltam a participar do ciclo, seja diretamente, como parte da solução do problema (quando por exemplo a política pensada vai ser executada através de uma parceria com o setor privado), seja indiretamente, já que atores sociais afetados pela política em desenvolvimento podem influenciar a forma de implementação, dificultando ou facilitando o processo, apoiando ou se opondo a política estabelecida o que

demonstra que quanto mais plural for a decisão tomada mais fácil será a sua implementação.

No campo da ciência política surgiram inicialmente dois modelos de implementação de políticas públicas: o *top-down* e o *bottom up*.

O modelo *top-down* parte de uma separação nítida entre o momento da tomada da decisão e a sua implementação, onde a tomada da decisão é feita pelos atores políticos de “gabinete” e a implementação realizada pela burocracia, pelo corpo de funcionários públicos a quem caberá executar os instrumentos escolhidos na fase de formulação da política para alcançar os resultados definidos.

Contudo, essa burocracia, esses agentes a quem cabe a implantação prática da política, possuem um certo grau de autonomia para essa aplicação, em razão dos incalculáveis empecilhos concretos que podem surgir nesse momento de implantação, já que a implantação se protraí num tempo, determinado ou não, e recai sobre um público geral, permeado de individualidades que devem ser observadas pelo Poder Público. Daí, nessa esfera de autonomia pode ocorrer a reformulação da política ou mesmo a sua não implementação por obstáculos constatados pelos agentes da burocracia responsáveis pela implementação direta.

O problema do distanciamento entre os atores que participam da fase de formulação das políticas e tomada de decisão daqueles que a implementarão também ocorre quando aquelas são realizadas por atores situado em esfera federativa distinta daquele onde a política irá ser implementada, o que conseguimos visualizar facilmente no nosso sistema federativo, onde políticas públicas são formuladas e escolhidas pelo governo federal, incluindo o dimensionamento do seu financiamento por parte dessa esfera de governo, sem observar as peculiaridades regionais de onde essas políticas serão implantadas.

Esse distanciamento muitas vezes acarreta a não adoção da política pensada no nível federal ou mesmo uma reformulação local daquela política, a transformando em outra, distinta daquela escolhida inicialmente, gerando dificuldades operacionais no que toca ao recebimento de recursos financeiros, eis que dependem do atendimento de requisitos pensados em nível federal e que a nível municipal não são possíveis de serem alcançados.

‘Finalmente, deve-se reconhecer que muitas decisões que são centrais para o sucesso ou insucesso de uma política são, por diferentes razões, tomadas no nível local e não no momento de sua formulação, gerando a reformulação da própria política, como anotado por Majone e Wildavsky (1984), o que nos leva a concluir, portanto, que não é possível estabelecer uma oposição rígida entre formulação e implementação.’ (OLIVEIRA, 2013, p. 231)

O modelo *bottom up* se caracteriza pela perspectiva invertida. Aqui não há essa separação rígida entre o momento da tomada de decisão e implementação da política. Os implementadores tem uma maior participação na escolha do problema e na formulação das soluções durante a própria implementação da política havendo uma interlocução entre essas duas ou mesmo três fases do ciclo (incluindo aqui a formulação da política).

No modelo *bottom up*, se evidencia o dinamismo desse processo cíclico, onde as fases não são estanques havendo um looping de retorno quando alguns instrumentos da política se mostram ineficientes ou mesmo quando no desenrolar da implementação surgem instrumentos mais eficientes de obtenção dos resultados pretendidos ou ainda quando os resultados pretendidos se alteram.

Numa evolução dos estudos acerca desses modelos de implementação de políticas públicas surgem a partir da percepção de que o sucesso ou não das políticas públicas dependem não somente da escolha de instrumentos adequados para que implementados pelos atores designados para tal surtam os efeitos esperados, mas que há um fator comportamental tanto nas escolhas dos instrumentos como na implementação deles que influencia no sucesso das políticas. Neste ponto, autores como Hawkins (1984 *apud* HOWLETT, RAMESH e PERL 2013) e Thomas (1989 *apud* HOWLETT, RAMESH e PERL 2013) trazem a teoria dos jogos para estabelecer como esse fator comportamental interfere na etapa da implementação das políticas onde, em linhas gerais, implementadores e destinatários das políticas devem agir em prol do melhor resultado possível para ambos (equilíbrio) em que pese muitas vezes os interesses serem conflitantes.

Em resumo, a aplicação da teoria dos jogos seria a busca do equilíbrio na composição de interesses entre aqueles afetados pela implementação mas que não desejam o resultado da política e portanto não colaborarão espontaneamente – o que pode aumentar os custos econômicos e políticos da implementação - e aqueles que tem por missão implementar a política desenhada mas cujo desenho permite o uso de diversos instrumentos que podem ser escolhidos de modo a facilitar esse equilíbrio.

Dessa aplicação surgiu uma variação que foi a existência de conflitos no interior do próprio governo (incluindo gabinete de decisão e os funcionários responsáveis pela implementação) que por vezes se dividem com objetivos distintos o que dificulta uma implementação bem sucedida. Daí surgiu a teoria do agente-e-principal (JENSEN e MECKLING, 1976) onde se identifica um conflito entre o principal, o ator político definidor da política e o agente, o responsável pela implementação da política. Na solução desse conflito se identificou que deve haver um esforço para a antecipação das dificuldades na implementação pelos agentes produzindo políticas de qualidade superior minimizando esses obstáculos. Ademais, verificou-se que o aumento da supervisão desses agentes pelos principais aliado a ampliação da autonomia desses agentes para essa função são mecanismos importantes para assegurar que a política seja adequadamente implementada.

### **3.5.5 Avaliação da política pública**

Nesta etapa do ciclo se verifica como uma política está funcionando na prática, avaliando-se os meios que são empregados e se os objetivos estão sendo atendidos. A avaliação é realizada por diversos atores sociais. Os burocratas e os políticos são os principais atores responsáveis pela avaliação da política. Contudo, tal atividade é realizada também pelos *think tanks*, pelos grupos de interesse, pelo próprio público, destinatário da política. E ainda, Entre o extremo da avaliação pelos próprios atores políticos e o público temos as avaliações feitas pelo Poder Judiciário e as demais instituições de controle, como o Tribunal de Contas e aqui inserimos o Ministério Público.

Podemos dividir aqui a avaliação da política em três grandes categorias: a avaliação administrativa, avaliação judicial e avaliação política (HOWLETT, RAMESH e PERL 2013).

A avaliação administrativa em geral visa examinar a eficiência da prestação dos serviços pelo governo com foco no custo desses serviços mas não devendo descuidar da atenção aos princípios da justiça e democracia. Resumidamente, trata-se de uma complexa análise de custo-benefício, onde por custo se compreende o custo econômico mas também o custo de sacrifício dos cidadãos envolvidos e por benefício o atingimento das metas esperadas. Essa avaliação se divide em cinco espécies

diferentes: a) avaliação de processo, b) avaliação de esforço, c) avaliação de desempenho, d) avaliação de eficiência e e) avaliação de eficácia.

Na avaliação de processo examinam-se os métodos organizacionais utilizados na política pública, de modo a verificar se o plano operacional de implantação da política foi eficiente, eficaz e com a devida transparência ética e responsabilidade (*accountability*).

Na avaliação de esforço medem-se os insumos investidos no programa. Quantidade de recursos econômicos, de pessoal, material de modo a iniciar uma base de dados que proporcione uma avaliação de eficiência da política implantada.

A avaliação de desempenho visar apurar quais foram os produtos produzidos pela política em questão. A ideia dessa avaliação é verificar o que a política produziu.

Na avaliação de eficiência o objetivo é quantificar o programa e com base nos dados resultantes das outras avaliações verificar se o mesmo montante e qualidade dos produtos produzidos poderiam ter sido alcançados de modo mais eficiente, com um custo mais baixo.

Por fim a avaliação de eficácia. Nesta vamos além da análise custo-benefício. Aqui deve-se confrontar os produtos produzidos pelo programa com aqueles que seriam esperados.

A avaliação judicial visa apurar possíveis conflitos entre as ações do governo e as regras constitucionais e legais que envolvem o tema em questão e no nosso sistema jurisdicional, o Judiciário só atua quando provocado, ou seja, tal avaliação só ocorre quando alguma ação judicial que tenha por objeto determinada política pública ou uma omissão administrativa em construir alguma política pública necessária para a garantia de algum direito.

Por fim temos a avaliação política. Esta é vinculada a atividade política no sentido popular e normalmente não pressupõe nenhuma avaliação técnica do programa criado. São avaliações que tendem a aprovar ou desaprovar políticas sem embasamento em dados ou indicadores, mas apenas pela concordância ou não com a ideologia por traz daquele programa de política pública.

Como podemos observar, as avaliações que possuem caráter técnico dependem da produção consistente de dados acerca dos inputs e outputs da política pública, bem como de indicadores bons hábeis a medir esses elementos e a construção de bons indicadores depende além da habilidade técnica para tal, da

vontade política, já que a existência de indicadores facilita a avaliação da política podendo concluir pelo seu insucesso, o que é indesejável para um gestor.

A avaliação da política pode levar a continuação da política, caso em que se observe que a política está surtindo os resultados desejados mas que precisa continuar, seja porque se trata de programa contínuo, seja porque os resultados ainda não foram completamente alcançados em razão de ainda não ter decorrido o tempo necessário.

Caso se verifique que a política não produziu os resultados esperados em razão da deficiência em alguma etapa, o ciclo deve ser retroalimentado com essa informação corretiva, ocasionando um *looping* de retorno até que a política produza os resultados esperados ou que se verifique um equívoco estrutural que justifique sua descontinuação (extinção da política).

Finalizada então a apresentação dos conceitos e elementos básicos das políticas públicas e seus estágios, nos cabe situar no ordenamento jurídico brasileiro atual o funcionamento do Ministério Público, em especial no que guarda relação a proteção dos direitos fundamentais sociais, de modo a estruturar a análise da sua atuação nas políticas públicas que lhe sejam correspondentes.

## 4- FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

### 4.1 Breve histórico das funções do Ministério Público Brasileiro

No período colonial<sup>8</sup>, o procurador dos feitos do rei ou da coroa ou promotor de justiça são os antecedentes do que conhecemos hoje como instituição autônoma com funções a serem exercidas pelos Promotores e Procuradores de Justiça. Nas Ordenações Afonsinas promulgadas nos anos de 1446/1447 havia a figura do procurador dos feitos do rei, que tinha como finalidade representar o rei perante o juízo.

Nas Ordenações Manuelinas de 1521, há menção a figura do Procurador dos Nossos Feitos, onde se observa na leitura do seu Título IX, que os “nossos feitos” são os interesses da coroa e não dos indivíduos. Nessas ordenações também temos no Título XII o Promotor de Justiça da Casa de Suplicação, como aquele com competência para requerer todas as coisas pertencentes à Justiça, mais especificamente denúncias criminais<sup>9</sup>.

Nas Ordenações Filipinas de 1603 onde a menção ao Promotor de Justiça da Casa de Suplicação permanece, sendo atribuindo a ele o papel de fiscalizar a lei e de promover a acusação criminal (título XV), bem como foi criado o Promotor de Justiça da Casa do Porto, com atribuições semelhantes, mas a serem desempenhadas na Relação do Porto. Existiam ainda o cargo de procurador dos feitos da Coroa (Título XII) e o de procurador da Fazenda (título XIII), demonstrando a separação das funções<sup>10</sup>.

Ressalte-se que esses cargos existiam somente em Portugal até que em 1609 foi criado o primeiro Tribunal da Relação no Brasil, situado na Bahia, e com isso houve o estabelecimento aqui no Brasil, do cargo de Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda e um Promotor de justiça, tal como ocorreu posteriormente com a criação da

---

<sup>8</sup><<http://mapa.arquivonacional.gov.br/index.php/dicionario-primeira-republica/514-ministerio-publico>> Acesso em 24 mar. 2020.

<sup>9</sup><<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/manuelinas/l1p104.htm>> Acesso em 24 mar. 2020.

<sup>10</sup> Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Décima-Quarta Edição. Typographia do Instituto Philomático. Rio de Janeiro.

Relação do Rio de Janeiro, ressaltando que em ambos as funções do Promotor de Justiça eram exercidas pelo Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, como se infere da leitura da tabela abaixo, extraída do excelente artigo intitulado “Instâncias de poder e justiça: os primeiros tribunais da Relação (Bahia, Rio de Janeiro e Maranhão)” de Isabele Matos Pereira de Mello (2018, p.90-115)<sup>11</sup>.

TABELA 1 – Composição dos primeiros tribunais da Relação no Brasil (Bahia, Rio de Janeiro e Maranhão).

Quadro institucional	Relação da Bahia (1652)	Relação do Rio de Janeiro (1751)	Relação do Maranhão (1813)
Chanceler	1	1	1
Desembargador dos Agravos e Apelações	2	5	7
Juiz dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco	1	1	1 (M-1)
Procurador da Coroa e Fazenda	1	1	1 (M-2)
Promotor de Justiça	1 (B-1)	1 (R-1)	1 (M-3)
Ouvidor-geral do Crime	1 (B-2)	1	1
Ouvidor-geral do Cível	1	1	1
Juiz da Chancelaria	1 (B-3)	1 (R-2)	1 (M-4)
Provedor dos Defuntos e Ausentes	1	–	–
Total de desembargadores	8	10	10

Fonte: Tabela extraída do artigo científico intitulado “Instâncias de poder e justiça: os primeiros tribunais da Relação (Bahia, Rio de Janeiro e Maranhão)” (Mello, 2018).

O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro se transformou na Casa da Suplicação do Brasil em 1808, cabendo-lhe julgar recursos da Relação da Bahia. Nesse novo tribunal os cargos de promotor de justiça e de procurador dos feitos da coroa e da fazenda separaram-se e passaram a ser ocupados por dois titulares (MACEDO JUNIOR, 1997).

Com a declaração da independência do Brasil e a promulgação da Carta Constitucional em 1824 no nosso país havia nesse texto a acusação criminal pelo

<sup>11</sup> (B-1) Ofício exercido pelo procurador da Coroa e Fazenda. (B-2) Também exercia a função de auditor-geral da Guerra. (B-3) Ofício exercido pelo chanceler. (R-1) Ofício exercido pelo procurador da Coroa e Fazenda. (R-2) Ofício exercido pelo chanceler. (M-1) Ofício exercido pelo desembargador dos Agravos mais antigo. (M-2) Ofício exercido pelo segundo desembargador dos Agravos mais antigo. (M-3) Ofício exercido pelo terceiro desembargador dos Agravos mais antigo. (M-4) Ofício exercido pelo chanceler.

Procurador da Coroa e Soberania Nacional (art. 48), mas ainda sem menção institucional. Em 18 de setembro de 1828 foi editada a lei responsável pela criação do Supremo Tribunal Federal e nela havia a previsão da atuação tanto do Procurador da Coroa (artigos 18, 21 e 35) como do Promotor de Justiça (artigos 25 a 30).

Apenas em 1832, com o Código de Processo Criminal do Império, iniciou-se a sistematização das ações dos Promotores Públicos, prevendo sua presença em todas as comarcas e rol de atribuições, deixando evidente pela primeira vez num texto legal brasileiro uma atribuição extrapenal, qual seja “dar parte às autoridades competentes das negligencias, omissões, e prevaricações dos empregados na administração da Justiça” (artigo 37, §3º).

Com a proclamação da República em 1889 e com a instalação do governo provisório o Ministério Público aparece como instituição dissociada do Poder Judiciário conforme se infere da leitura no Decreto nº 1030 de 14 de novembro de 1890, onde logo no artigo 1º consta o rol da composição da Justiça Civil e Penal no “Distrito Federal” não estando presentes os promotores de Justiça ou quaisquer outros membros do Ministério Público. Este, aparece de forma individualizada no Título III do mesmo decreto, presente no artigo 164 que o Ministério Público era, perante as justiças constituídas, o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses gerais do Distrito Federal e o promotor da ação pública contra todas as violações do direito.

Ainda, no artigo 166 do mesmo diploma há o rol de atribuições do Ministério Público, o que denota sua característica de instituição autônoma. Contudo, observamos da leitura desse rol com 08 (oito) itens que as atribuições eram basicamente penais, com exceção dos §§6º e 7º do citado artigo que trazem atuações na área cível<sup>12</sup>. Ainda assim, em que pese no artigo 164 do referido decreto haver a previsão de que cabia ao “promotor da ação pública contra todas as violações do direito”, inexistia menção direta a atuação no âmbito da proteção dos interesses difusos e coletivos onde o controle das políticas públicas se insere.

Na primeira Constituição da República, de 1891, a única menção ao Ministério Público se faz através da pessoa do seu Procurador-Geral da República no artigo 58,

---

<sup>12</sup> § 6º Officiar em todas as causas civeis em que for interessado o districto, naquellas em que alguma das partes se defender por curador, em todas sobre o estado de pessoa, tutela, curatela, interdicção, remoção de tutor e curador, testamentaria, divorcio, nullidade e impedimento do casamento civil.

§ 7º Dar seu parecer em todas as questões de perdas e damnos contra juizes e empregados judiciaes.

§2º, artigo que se insere na Seção III Do Poder Judiciário, e que apenas se refere a designação do Procurador-Geral da República, acrescentando que suas atribuições seriam definidas em lei<sup>13</sup>.

Após, com a Constituição de 1934 o Ministério Público ganhou menção numa seção própria, a seção VI, mas sem trazer suas funções.

Na Constituição de 1937 o Ministério Público possui menção apenas no que se refere a nomeação do Procurador-Geral da República e quanto as suas funções se limitou a cometer ao Ministério Público dos Estados a função de representar em Juízo a Fazenda Federal (artigo 109, § único).

Na Constituição de 1946 o Ministério Público ganhou novamente título próprio no texto constitucional, reforçando sua existência enquanto instituição autônoma, mas sem a definição de suas funções, havendo apenas a menção da função de representação da União.

Na Constituição de 1967 há também, e apenas, a menção da função de representação da União o que se manteve na Emenda nº 1 de 1969.

Entre o final da década de 80 e início da década de 90 surgiu um movimento em prol da transformação da atuação do Ministério Público, cujos membros desejavam uma atuação mais alinhada com a defesa do interesse público (público no sentido de interesse da sociedade), o que não necessariamente significava a defesa do ente público.

Esse movimento foi capitaneado principalmente pelos Ministérios Públicos dos Estados que ao promoverem a ação penal com intuito de zelar pela ordem pública e pelo cumprimento da lei, penal, no caso, buscaram ampliar esse âmbito de proteção do cumprimento da lei, passando a ser de proteção do interesse público, dissociado, muitas vezes dos interesses do entes estatais, sendo incompatível com a representação desses entes em juízo (ROS, 2009).

No contexto desse movimento que buscava transformar a atuação do Ministério Público, em especial no que tocava a sua atuação extrapenal, indo bem além da representação judicial do ente público, onde essa função de defesa dos interesses difusos e coletivos foi se desenhando no nosso país. Assim, mais precisamente partir de 1981, que atribuições de tal natureza começaram a aparecer no ordenamento jurídico brasileiro, com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº. 6.938/81)

---

e a Lei da Organização do Ministério Público Estadual (Lei Complementar nº. 40/1981). Mas foi a Lei 6.938 de agosto de 1981 que concretizou a atuação ministerial no âmbito dos direitos difusos, trazendo no seu artigo 14, IV, § 1º da Lei nº. 6.938/81 que o Ministério Público da União e dos Estados terão legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. Ou seja, aqui restou prevista a legitimidade ministerial para uma ação de responsabilidade extrapenal com relação à danos ao meio ambiente.

No mesmo ano, mas em dezembro, foi promulgada a Lei da Organização do Ministério Público Estadual (Lei Complementar nº. 40/1981) onde a ação civil pública, instrumento principal da atuação judicial extrapenal pelo Ministério Público, foi prevista no artigo 3º, inciso III. Contudo, a regulamentação desse instrumento judicial só viria com a Lei nº 7347 de 1985, que não só expandiu tal atuação para abarcar de forma explícita todos os direitos difusos e coletivos (artigo 1º, inciso IV), como também trouxe a previsão do inquérito civil público, instrumento destinado, originalmente, a ser o *loco* dos documentos e demais provas necessárias para a instrução da ação civil pública, conforme artigo 8º, inciso I da referida lei.

Consolidando essas novas funções já legalmente previstas, antes esparsa e muito pontual, veio a Constituição Brasileira de 1988, como marco dessa desejada transformação institucional. Inserida no contexto histórico do fim do período ditatorial trouxe uma clara redefinição das funções ministeriais. É um divisor de águas nas funções dessa instituição já que rompe com a histórica função de representação da União, rompimento esse bem definido pelo texto constitucional que não só não impõe essa função institucional ao Parquet como veda expressamente a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas em geral (artigo 129, inciso IX), trazendo o fim de uma sequência de Constituições que traziam essa previsão por quase um século (se incluirmos o Decreto nº 1030 de 14 de novembro de 1890).

Assim, temos no artigo 127 o Ministério Público como 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.

A relevância dessa breve retrospectiva do surgimento do Ministério Público no Brasil é demonstrar que no Brasil essa atribuição de tutela dos direitos fundamentais, coletiva, ou mesmo individualmente, no caso dos direitos indisponíveis, é recente, principalmente se comparada com a tradicional atuação penal, o que indica que sua forma de exercício ainda está em construção, principalmente no que se refere ao seu

papel no ciclo de políticas públicas vinculadas a esses direitos, eis que esse tema, como já vimos, foge do âmbito estritamente jurídico, dificultando essa interação.

Como é nessa construção que se insere o objeto da presente dissertação entendemos essencial apresentarmos o contexto histórico-social e mesmo jurídico em que houve essa incorporação direta da tutela desses direitos no papel institucional, bem como as vertentes que envolvem essa função, para que tenhamos o necessário embasamento doutrinário e contextual de forma a poder contribuir com esse novo desenho de atuação.

## **4.2 O Ministério Público nos debates da Constituinte**

Tácito (1988) ao analisar o processo de elaboração da Constituição de 1988 ressaltou que no artigo 56 do anteprojeto da Comissão de Notáveis havia a previsão de um órgão chamado de “Defensoria do Povo”. O defensor do povo, nos termos do referido artigo, teria o dever de zelar pelo efetivo respeito dos poderes do Estado aos direitos assegurados pela Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e indicando aos órgãos competentes as medidas necessárias a sua correção ou punição, cabendo ainda a este defensor a promoção da devida responsabilização no caso de omissão abusiva na adoção das medidas indicadas.

Contudo, no segundo substitutivo a esse anteprojeto a criação da mencionada instituição, sem precedentes no nosso ordenamento, foi deixada de lado, e as funções que lhe eram atribuídas foram incorporadas no feixe de funções do Ministério Público. Tácito aduz que a proposta de criação de uma Defensoria do Povo na Constituição que se formava tinha inspiração imediata a Constituição Espanhola de 1978 e a Constituição Portuguesa de 1976, revista em 1982.

Na transcrição de um Painel realizado pelo Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas, em 6 de novembro de 1986 o Prof. Cândido Mendes de Almeida, a quem incumbiu a relatoria da Comissão Específica da Declaração de Direitos e Garantias Fundamentais da Comissão de Estudos Constitucionais, conhecida como Comissão Afonso Arinos, descreveu a importância

da criação da Defensoria do Povo, também fazendo menção a origem no Defensor do Povo previsto na Constituição Espanhola:

O aparelho emperra, a burocracia pára e o sistema burocrático passa a trabalhar por si e não para a função que deve exercer. Todo o sistema burocrático tem o plus de inércia, que leva a um resfriamento, segundo a lei da termodinâmica, da sua função. O poder pára, o poder se enferma, o poder se estagna. E como se vai conseguir que o poder possa atuar em função da proteção da sociedade? Através de uma instância de fertilização do seu dinamismo, que tem que estar fora do poder. Homeopaticamente, similia similibus curantur. A burocracia não pode corrigir a burocracia e é por isso que o Ministério Público ou os procuradores de justiça não poderão nunca realizar a sua função de defesa desses direitos da sociedade contra o próprio Estado, porque as burocracias sempre se cansam. E aí o que se faz? A proposta de se criar fora da estrutura burocrática a figura do defensor do povo. Não é o ombudsman escandinavo, não é o ouvidor-geral, não é o velho tribuno da plebe; é sim, na versão mais próxima, o defensor do povo da admirável Constituição espanhola da atualidade. Ele não pode ser reeleito; é escolhido pela Corte e trabalha em função também de uma enorme assistência que lhe é dada pelos universitários, especialmente na área das ciências sociais e do direito, que têm como alternativa à prestação do serviço militar, se transformando naquele grande mutirão cívico que está em volta do defensor do povo. Um elefante incomoda muita gente; 25 mil estudantes de direito ao lado do defensor do povo incomodam muito mais. Então se entende ou se compreende o que é esta organização natural da sociedade.<sup>14</sup>

O referido anteprojeto não foi enviado oficialmente ao Congresso Nacional para análise, mas exerceu grande influência nos trabalhos da Assembleia Constituinte. Os debates da Constituinte também receberam contribuições expressivas da Carta de Curitiba, um anteprojeto de texto constitucional do capítulo que diz respeito ao Ministério Público, produzido em junho de 1986 num encontro das lideranças políticas e institucionais de todo o Ministério Público do país.

Nesse documento dentre as funções atribuídas ao Ministério Público que guardam pertinência com o objeto deste trabalho, estão a promoção da aplicação e execução das leis, a promoção do inquérito para instruir a ação civil pública bem como da própria ação civil pública, a adoção de medidas administrativas executórias em defesa dos interesses difusos, coletivos e indisponíveis, outros interesse públicos e conhecer de representações por violação de direitos humanos e sociais, por abusos

---

<sup>14</sup> Transcrição de painel realizado pelo Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas, em 6 de novembro de 1986, na Revista de Ciência Política, Rio de Janeiro, 30(esp.): 102-135, março 1987.

do poder econômico e administrativo, apurá-las e dar-lhes curso, como defensor do povo, junto ao Poder competente<sup>15</sup>.

Aqui temos o Ministério Público assumindo as funções do defensor do povo, expressamente, como um canal de recepção e tratamento para apuração de representações por violações de direitos e abuso de poder. Esse texto também não foi aprovado pela Assembleia Constituinte, mas nos leva a seguinte conclusão: as funções do Ministério Público ligadas a garantia dos direitos fundamentais pelo Poder Público e porque não por particulares também (vide eficácia horizontal dos direitos fundamentais) perpassaram em sua origem nas funções do defensor do povo.

Considerando a referência feita por Tácito de que a figura do Defensor do Povo nas Constituições Espanhola e Portuguesa foram exemplos que fundamentaram a proposta de sua criação na Constituição da República de 1988 entendemos importante levar nosso estudo para compreender o funcionamento do *Ombudsman* (que é a origem histórica dos Defensores do Povo) nesses países, mas sem descuidar do país de origem desse instituto – a Suécia - de modo a contribuir para o desenho de atuação institucional do Ministério Público Brasileiro nessa esfera de atuação de proteção da ordem jurídica com relação a garantia dos interesses sociais.

### 4.3 O *Ombudsman* e o Ministério Público

---

<sup>15</sup> Art. 3º. Cabe ao Ministério Público promover a aplicação e a execução das leis.

§ 1º. São funções institucionais privativas do Ministério Público:

- a) representar por incompatibilidade de lei ou ato normativo com normas de hierarquia superior;
- b) promover a ação penal pública e supervisionar os procedimentos investigatórios, podendo requisitá-los e avocá-los;
- c) intervir nos processos judiciais nos casos previstos em lei ou quando entender existir interesse que lhe caiba defender;
- d) promover inquérito para instruir ação civil pública.

§ 2º. Compete ao Ministério Público, sem exclusividade:

- a) conhecer de representações por violação de direitos humanos e sociais, por abusos do poder econômico e administrativo, apurá-las e dar-lhes curso, **como defensor do povo**, junto ao Poder competente;
- b) promover a ação civil pública e tomar medidas administrativas executórias em defesa dos interesses difusos e coletivos, dos interesses indisponíveis, bem como, na forma da lei, de outros interesses públicos.

Primeiramente, nos cabe esclarecer que o presente tópico não se presta a apresentação de um estudo de direito comparado acerca do Ombudsman, já que tal estudo demanda uma metodologia específica que não será observada em razão da sua complexidade, o que somente se justificaria caso esta dissertação tivesse por objeto de pesquisa o funcionamento da figura do *Ombudsman*. Assim, o estudo que se segue tem por finalidade analisar o funcionamento do *Ombudsman* com foco inicial no *Ombudsman* Sueco, que é a origem da figura como a conhecemos hoje, passando pela análise dos institutos similares na Espanha e em Portugal, eis que mencionados por Tácito como fontes imediatas da proposta de criação do Defensor do Povo no Brasil. Acrescentamos a isso, um cotejo das funções do *Ombudsman* com as do Ministério Público nesses países, almejando com essa comparação aferir características ou modo de atuação que contribuam com a formação e aprimoramento do desenho institucional dessa recente atribuição que o Ministério Público brasileiro ganhou na Constituição de 1988.

#### **4.3 1 O Ministério Público e o *Ombudsman* sueco**

Não se pode estudar a figura do *Ombudsman* sem a menção ao *Ombudsman* sueco, eis que origem histórica dessa figura, datada do início do século XIX. Na Constituição Sueca de 1809, essa figura era um comissário eleito pelo Parlamento e a ele cabia a supervisão da observância das leis e regulamentos pelos servidores públicos. Em 1975, em razão da sobrecarga de atividades concentradas numa só pessoa houve a criação de mais três comissários e a ampliação do feixe de atribuições para expressamente incluir a fiscalização dos serviços de assistência social, educação e tributação.

Observamos que se trata de uma figura formalmente vinculada em sua origem distante (1713) ao Poder Executivo (*Hogsta ombudsmänem*) momento em que atuava como representante do Rei e tinha como função fiscalizar os funcionários do governo na execução das ordens e leis por ele baixadas. Em sequência, com o declínio da realeza em 1776, a nomeação do agora chamado Chanceler cabia ao Poder Legislativo e funcionava como seu mandatário, controlando a administração e a

justiça. Somente com a Constituição de 1809, diploma com forte influência das ideias de separação de Poderes e de controle recíproco entre eles, é que o *justitieombudsman* passou a ser oficialmente um instrumento na relação desse sistema de freios e contrapesos, especialmente entre o Poder Executivo e Legislativo, conforme observamos da leitura do artigo 96 dessa Constituição, abaixo transcrito:

O Parlamento designará pelo menos dois cidadãos de reconhecida competência legal e marcante integridade para supervisionar, na condição de ombudsman do parlamento, de acordo com as diretrizes por este estabelecidas, a observância das leis e regulamentos por todos os funcionários e empregados, e instaurar processos, perante os tribunais próprios, contra os que, no exercício de suas funções públicas, praticarem ato ilícito mediante parcialidade ou favoritismo, ou de outra forma, ou se omitirem no cumprimento do dever. O ombudsman estará sujeito sob todos os aspectos às mesmas responsabilidades estabelecidas para os promotores públicos pelas leis civil e penal, e pelas regras de processo judicial atinentes a promotores.

O Parlamento designará o número necessário de substitutos do ombudsman, que deverão ter as mesmas qualificações dele<sup>16</sup>.

O Ministério Público não tinha previsão nessa Constituição Sueca, assim como não tem assento na atual Constituição de 1975, mas o *Ombudsman* Parlamentar continua previsto na lei fundamental, artigo 6º, onde consta sua função de supervisionar a aplicação das leis e outros regulamentos em atividades públicas. O Ministério Público Sueco possui regulamentação de suas funções em leis esparsas, de onde vemos que sua atuação principal e praticamente única é no âmbito criminal, restando alguma função no que escapa a esse ramo do direito para as questões ambientais. Assim, podemos constatar o motivo de tamanha relevância do *Ombudsman* sueco, eis que historicamente é quem desempenha esse papel de proteção da ordem jurídica de modo mais amplo.

Analisando as funções do *Ombudsman* no ordenamento jurídico atual da Suécia, pós Constituição de 1974, a Lei (1986: 765) traz instruções para os provedores de Justiça Parlamentares, e as seções 3, 4 e 5 dessa lei são especialmente esclarecedoras do âmbito atual de atribuições desses agentes eleitos pelo Parlamento Sueco (*Riksdag*). Vemos que os *Ombudsman* possuem expressamente como dever

---

<sup>16</sup> Tradução constante do Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação em Administração Pública - IPAD)—Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2007. Gabra, Sandra Maria Mello. Ouvidoria pública no Estado do Rio de Janeiro / Sandra Maria Mello Gabra e Denise de Bona Rossi. – 2007.

funcional garantir que os tribunais e as autoridades administrativas observem em suas atividades a oferta pelo governo de objetividade e imparcialidade e que as liberdades e direitos fundamentais dos cidadãos não sejam violados através da em atividade pública. Também da leitura da mencionada lei observamos que há expressamente menção ao exame das reclamações do público, o que levou muitos juristas a nomear tal função de “ouvidor do povo”. Essa proximidade com a sociedade civil na garantia dos direitos fundamentais é marca dessa função histórica e a encontramos no exercício das funções ministeriais no Brasil, pós-Constituição de 1988.

Abaixo, transcrição do trecho inicial da mencionada lei sueca, onde podemos ver como se organiza a função do *Ombudsman* sueco<sup>17</sup>:

**Seção 1** Os provedores de justiça do Riksdag estão de acordo com o capítulo 13. Seção 2 do Riksdag quatro, um Ombudsman do Chief Justice e três Ombudsmen do Justice. Além disso, pode haver um ou mais provedores de justiça substitutos.

O Ombudsman do Juiz Principal e o Registrador de Ombudsmen, na medida especificada no § 2, supervisionam que aqueles que realizam atividades públicas cumpram as leis e regulamentos e cumpram suas obrigações. *Law (2014: 802)*.

**Seção 2** Sob a supervisão dos Ombudsmen estão:

1. autoridades estaduais e municipais,
2. funcionários e outros executivos dessas autoridades,
3. outro que exerce um serviço ou tarefa, seguindo o exercício da autoridade, no que se refere a suas atividades,
4. funcionários e contratados em escritórios estaduais de negócios, quando, em seu nome, cumprem tarefas nessas empresas limitadas, nas quais o Estado exerce uma influência controladora através das obras.

No entanto, no caso de executivos das Forças Armadas, a supervisão abrange apenas os comandantes do mais baixo grau e os que ocupam um cargo correspondente.

A supervisão do Ombudsmen não inclui:

1. Membros do Parlamento,
2. Junta Parlamentar, Junta de Revisão de Eleições, Junta Parlamentar de Apelação ou Diretor do Parlamento,
3. A Assembléia Nacional Sueca e membros da Junta Executiva do Riksbank, exceto no que diz respeito à decisão do Riksbank<sup>2</sup> de participar do exercício do Riksbank. ,
4. governo ou governo,
5. chanceler da justiça, e
6. membros das assembléias municipais decisivas.

Os Ombudsmen não estão sob a supervisão um do outro.

Nesta lei, a menos que seja indicado de outra forma no contexto, os executivos entendem que uma pessoa está sob a supervisão do Ombudsman. *Lag (2009: 179)*.

**Seção 3** Em particular, os Ombudsmen devem garantir que os tribunais e as autoridades administrativas em suas atividades observem a oferta do

<sup>17</sup> Lei (1986: 765) da Suécia. Tradução livre. Disponível em: < <http://www.jo.se/en/>>. Acesso em 26 de jun. 2020.

governo de objetividade e imparcialidade e que as liberdades e direitos fundamentais dos cidadãos não sejam violados quando em atividade pública. Ao supervisionar as autoridades municipais, o Ombudsman deve levar em consideração as formas em que o governo autônomo é exercido.

**Seção 4** Os Ombudsmen devem trabalhar para corrigir as deficiências da legislação. Se, durante as atividades de supervisão, houver motivos para apresentar uma emenda constitucional ou qualquer outra medida por parte do Estado, um ombudsman poderá fazer representações sobre o assunto ao Riksdag, de acordo com a provisão suplementar 9.17.5 à agenda parlamentar ou ao governo.

Um ombudsman público deve consultar o ombudsman do juiz principal antes de fazer uma petição nos termos do primeiro parágrafo. *Law (2014: 802)*.

**Seção 5** A supervisão dos Ombudsmen é realizada através do exame de reclamações do público, bem como através de inspeções e outras investigações, que os Ombudsmen consideram chamados. **(tradução livre)**

Esclarecedor para a correta compreensão das atribuições do *Ombudsman* permitindo que possamos trazer para o nosso estudo essa experiência sueca, temos um relatório sobre a instituição do *ombudsman* na Suécia produzido em 1984 por Per-Erik Nilsson, que dentre outras funções era *Ombudsman* do Parlamento sueco e publicado. Neste relatório Nilsson aponta que o poder central do Estado (o Governo e os ministérios) nada têm a ver com a implementação efetiva das decisões tomadas pelo Parlamento e pelo próprio Governo, cabendo essa tarefa a uma repartição que assume a responsabilidade de executar o que o Governo e o Parlamento tenham decidido – ao revés do que encontramos no ordenamento jurídico brasileiro onde o governo é o responsável direto pela execução das políticas públicas - afastando assim a possibilidade que a atuação de um Ombudsman venha a recair diretamente sobre um agente político do governo ou do parlamento, eis que esses são responsáveis apenas pelas diretrizes de ação e não pela sua execução. Ausentes ou inefetivas as diretrizes ele poderá se dirigir ao Parlamento ou ao Governo e solicitar intervenções para alterar a situação, podendo também levar a questão aos Tribunais.

Nilsson assim, delimitando o âmbito de atuação do *Ombudsman*, enfatiza que tal agente não pode, ele próprio, anular ou corrigir uma decisão nem pode determinar um funcionário que tome qualquer iniciativa, se utilizando portanto da admoestação e da crítica, através das quais o *Ombudsman* indica que tal medida é inadequada mesmo que não necessariamente ilegal recomendando que a questão seja reencaminhada ou aperfeiçoada. Outro instrumento do que se vale o Ombudsman é o uso dos meios de comunicação para o acompanhamento do atendimento e execução das suas decisões, já que com a publicização para a sociedade civil das

decisões dos *Ombudsmen*, os cidadãos já sabem o que devem e podem exigir das autoridades locais.

#### 4.3.2 O Defensor do Povo e o Ministério Público na Espanha

O *Defensor del Pueblo* espanhol foi expressamente mencionado pelo Prof. Cândido Mendes de Almeida no seu discurso acerca da necessidade de ser criada essa figura na Constituição que se formava, distinta do Ministério Público, já que este, no entender do i. jurista, estaria inserido no contexto da burocracia, e própria burocracia seria capaz de corrigir a si mesma. Assim, importante analisar tal figura mencionada como exemplo de atuação protetiva de direitos.

A Constituição espanhola de 1978 trouxe em seu artigo 54 a instituição do *Defensor del Pueblo*, como alto comissário das Cortes Gerais, designado por estas para a defesa dos direitos e liberdades fundamentais, para o qual poderá inspecionar a atividade da Administração, prestando conta às Cortes Gerais. Contudo o texto constitucional não traz as funções e o modo de exercício dessa instituição, delegando para lei orgânica tal detalhamento.

A mencionada lei é a nº 3/1981<sup>18</sup>, de 6 de abril, do Defensor del Pueblo. Da sua leitura podemos observar que se trata de pessoa eleita para um período de cinco anos pelas Cortes Gerais, que é o parlamento espanhol (bicameral, Congresso de Deputados e o Senado). Nessa Corte se forma uma Comissão Mista encarregada de se relacionar com o *Defensor del Pueblo* e informar as duas cortes o que seja necessário.

No artigo 9º da referida lei há a descrição de como o *Defensor del Pueblo* deve atuar. Ele age de ofício ou a pedido de alguma parte, podendo iniciar investigação para esclarecimento de atos e resoluções da Administração Pública, seus agentes e suas relações com os cidadãos, podendo atuar em relação a qualquer pessoa que atue a serviço da Administração Pública, sempre à luz dos princípios da Administração Pública e direitos fundamentais.

---

<sup>18</sup> Lei nº 3/1981, de 6 de abril, do Defensor do Povo

Quando as reclamações se referirem ao funcionamento da Administração da Justiça deverão ser encaminhadas para o Ministério Fiscal ou para o Conselho Geral do Judiciário para investigação e adoção das medidas cabíveis.

Sobre o processamento das representações minudencia o artigo 17, onde consta que o Defensor deve registrar a queixa recebida podendo rejeitá-la, caso seja anônima, permeada de má-fé, carência de fundamento, inexistência de uma pretensão assim como aquelas que acarretem prejuízo a um legítimo direito de terceira pessoa, sendo que de tais rejeições não cabe recurso. Também não cabe a atuação do Defensor acerca de questões que estejam sendo analisadas pelo Poder Judiciário.

Sobre o *modus operandi* desse Defensor, consta da referida lei que ele pode solicitar todos os documentos aos Poderes Públicos que considere necessário ao desempenho de suas funções, podendo sugerir a modificação de atos administrativos e leis que considere prejudicial aos administrados bem como formular advertências, recomendações e sugestões de ações adicionais, que caso desatendidas ensejam a comunicação do fato ao Ministro do Departamento interessado ou autoridade máxima da Administração em questão (artigos 22, 28 e 30).

Já o Ministério Público espanhol, chamado mais comumente de Ministerio Fiscal também tem sede constitucional, com a missão de promover a ação da justiça na defesa da legalidade, dos direitos dos cidadãos e do interesse público tutelado pela lei, oficiosamente ou a pedido dos interessados, assim como velar pela independência dos Tribunais e procurar ante estes a satisfação do interesse social (artigo 124, item 1). Na Espanha atual temos um Ministério Público mais próximo da configuração brasileira no que se refere ao âmbito de atribuições extrapenais. Contudo, apenas após uma reforma legislativa em 2007 (Lei nº 24/2007) a vinculação entre o *Parquet* espanhol e o Poder Executivo foi reduzida com o estabelecimento de uma autonomia orçamentária para a instituição (artigo 72.3) - eis que antes havia uma relação de dependência absoluta do *Ministerio Fiscal* e do Poder Executivo em matéria de orçamentos - e a previsão de situações específicas em que o Governo pode demitir o Procurador-Geral do Estado-PGE (artigo 31.1), o que consistia num forte instrumento de controle entre o Poder Executivo e o Ministerio Fiscal e agora encontra-se mitigada.

Assim, comparando o *Defensor del Pueblo* e o *Ministerio Fiscal* espanhóis observamos que o primeiro é pessoa eleita pelo parlamento espanhol e o membro do *Ministerio Fiscal* é selecionado por meio de concurso público. Ademais, o *Defensor*

*del Pueblo* não possui atribuição de levar ao Poder Judiciário as questões objeto de suas investigações, restando claro que no caso do não atendimento de suas recomendações e advertências o caso deve ser levado ao superior hierárquico daquele servidor cuja conduta foi inadequada, do Ministro do Departamento pertinente ou para a autoridade máxima administrativa ou mesmo ao parlamento, através de relatório especial ou o anual (artigo 32), havendo menção ao exercício de uma ação de responsabilidade contra todas as autoridades, funcionários e agente civis de ordem governamental ou administrativa (artigo 26). Já o *Ministério Fiscal* tem o acionamento da via judicial como instrumento do desempenho dos seus misteres previsto no artigo 124.1 da Constituição Espanhola. Inferimos daí que a atuação extrajudicial na proteção dos direitos dos cidadãos reside principalmente nas atribuições do Defensor del Pueblo e a judicial no Ministério Fiscal (com exceção do recurso de inconstitucionalidade que cabe ao Defensor).

#### **4.3.3 O Ministério Público em Portugal e o Provedor de Justiça**

A Constituição Portuguesa também foi mencionada como exemplo de Carta que contém o Defensor do Povo em seu texto, lá chamado de Provedor de Justiça. Assim, passemos ao estudo do funcionamento desse instituto e também do Ministério Público Português tem assento constitucional, no artigo 219, que estabelece competir a instituição representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática.

Contudo, mesmo com a autonomia que o *Parquet* lusitano ganhou com a Constituição de 1976, não há uma independência funcional de seus membros que dever atuar de acordo com a hierarquia, estabelecida através de diretivas, ordens e instruções superiores (artigo 219, nº 4). Ademais, a função de representação do Estado também prejudica essa almejada independência na atuação dos interesses sociais, já que muitas vezes há um conflito de direito entre os interesses sociais e os

interesses do Estado, no que violam diretamente ou inteiramente através da omissão ou prestação deficiente dos direitos fundamentais.

Também na Constituição, artigo 23, há a previsão do Provedor de Justiça, que é o equivalente do *Ombudsman* em Portugal. Trata-se de órgão independente mas seu titular é designado pelo Poder Legislativo através de uma eleição. Ao Provedor de Justiça os cidadãos podem apresentar queixas por ações ou omissões dos poderes públicos que as apreciará sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças.

A lei que rege a atuação desse órgão é a nº 9/1991 e em seu artigo 2º vemos o âmbito de atuação deste órgão, qual seja: a atividade dos serviços da administração pública central, regional e local, das Forças Armadas, dos institutos públicos, das empresas públicas ou de capitais majoritariamente públicos ou concessionárias de serviços públicos ou de exploração de bens do domínio público, das entidades administrativas independentes, das associações públicas, designadamente das ordens profissionais, das entidades privadas que exercem poderes públicos ou que prestem serviços de interesse geral bem como em relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da proteção de direitos, liberdades e garantias.

No artigo 20 dessa lei de regência da atuação do Provedor de Justiça há o rol de competências, onde consta a já mencionada emissão de recomendações com vista à correção de atos ilegais ou injustos dos poderes públicos ou à melhoria da organização e procedimentos administrativos dos respetivos serviços, recomendação essa que pode ser expedida para assinalar deficiências de legislação. Observamos aqui, com total pertinência ao nosso objeto de pesquisa, os itens “d” e “e” desse rol, que são a promoção de divulgação do conteúdo e da significação de cada um dos direitos e liberdades fundamentais, bem como da finalidade da instituição do Provedor de Justiça, dos meios de ação de que dispõe e de como a ele se pode fazer apelo e a intervenção na tutela dos interesses coletivos ou difusos, quando estiverem em causa entidades públicas, empresas e serviços de interesse geral, qualquer que seja a sua natureza jurídica.

Vemos então que trata-se de órgão com muita semelhança com a atuação extrajudicial do Ministério Público brasileiro, eis que também não possui competência para anular, revogar ou modificar os atos dos poderes públicos e a sua intervenção não suspende o decurso de quaisquer prazos, designadamente os de recurso

hierárquico e contencioso, com a diferença marcante de que o Provedor de Justiça não pode levar as questões ao Poder Judiciário, cabendo a ele, após expedidas as recomendações pertinentes e não sendo acatadas o instrumento que lhes resta é a comunicação do fato ao superior hierárquico competente ou, sendo caso disso, ao respetivo ministro da tutela , podendo um última instância o Provedor dirigir-se à Assembleia da República, expondo os motivos da sua tomada de posição (artigo 38).

#### **4.3.4 Dos aspectos partilhados entre a figura do *Ombudsman* e do Ministério Público Brasileiro**

Vimos então que tanto o *Defensor del Pueblo* Espanhol, como o Provedor de Justiça Português e o *Ombudsman* sueco, tem sua vinculação com o Poder Legislativo e que a impossibilidade de levar as questões ao Poder Judiciário limita a atuação desse órgão a um âmbito quase que exclusivamente extrajudicial. O professor canadense Donald C. Rowat, que possui uma obra dedicada exclusivamente ao estudo da figura do *ombudsman* aponta os principais traços que ele deve possuir (ROWAT *apud* BEZERRA, 2010):

- a) O ombudsman é um funcionário independente e não influenciado pelos partidos políticos, representante da legislatura, em geral estabelecido na Constituição, que vigila a administração;
- b) ocupa-se de queixas específicas do público contra as injustiças e os erros administrativos;
- c) tem o poder de investigar, criticar e dar publicidade às ações administrativas, mas não o de revogá-las.

Nesse sentido Bezerra (2010, p. 55) apresenta excelente definição do funcionamento dessa figura:

A atuação do ombudsman sueco não anula nem revoga nenhum ato ou resolução administrativa, uma vez que não tem natureza jurisdicional. Entretanto, tem poder para apontar erros do funcionário administrativo e dar sugestões no sentido de corrigi-los ou eliminar o ato ilegítimo. Suas recomendações à Administração e aos funcionários, apesar de que não são coercitivas, são muito respeitadas e levadas em consideração. Exerce uma magistratura de persuasão.

Sobre a independência, Rowat (apud BEZERRA, 2010) entende ser a mais importante dessas características e sua eficácia depende do seu fácil acesso aos cidadãos, dos seus poderes de investigação, da razoabilidade de suas opiniões nos casos que sejam de seu conhecimento e da sua habilidade em apresenta-los ao público. O *ombudsman* é autônomo com relação ao Parlamento, que após receber os relatórios dos casos remetidos pelos *ombudsmen*, podem discutir acerca do que eles deveriam ou não fazer. Contudo, impende ressaltar que ele se submete unicamente a ordem jurídica, de modo que é fundamental para a sua atuação a existência de todas as garantias do Estado de Direito pois em países que padecem de altos níveis de corrupção fracassa o *ombudsman*, devido à pressão excessiva por parte dos partidos políticos.

Assim, vemos muitas semelhanças com o *modus operandi* do Ministério Público brasileiro, em especial na vertente do Ministério Público Resolutivo (que tem a construção de consenso e a judicialização como recurso excepcional como parâmetros de atuação), em contraponto com o Ministério Público Demandista (que atua mais especificamente através da propositura das demandas judiciais), o que não observamos na análise do âmbito de atuação do Parquet sueco em razão da sua atuação precípua na esfera penal.

Neste sentido entendemos ser vantajosa a desvinculação do Ministério Público do Poder Legislativo, principalmente em decorrência da mencionada possibilidade de pressão política por parte dos seus integrantes. A submissão da sua atuação apenas à ordem jurídica aproxima muito a atuação do *ombudsman* a do *Parquet* brasileiro bem como a limitação que ambos possuem com relação ao poder de anular ou corrigir uma decisão, devendo se utilizar das recomendações, instrumento destinado a adequação de uma atuação ou omissão estatal.

Ressaltamos aqui como experiências positivas pelos *ombudsmen* e que devem servir como parâmetros para a atuação ministerial são o uso da mídia como forma de publicizar e empoderar suas ações proporcionando um reforço do *accountability* vertical (governo-sociedade civil) bem como do próprio *accountability* institucional cujos instrumentos devem ser aprimorados possibilitando um controle social também da atuação ministerial. O *Parquet* como instituição estatal também se submete aos princípios constitucionais, notadamente da publicidade e eficiência, devendo adotar medidas que incrementem a legitimação das suas ações, demonstrando a eficiência da sua atuação, tema este que será melhor exposto na subseção onde abordaremos

tanto os conceitos de Ministério Público Resolutivo e Demandista como a relação do Ministério Público com o instituto da *accountability*.

#### **4.4 A atuação do Ministério Público Brasileiro na proteção coletiva dos direitos fundamentais**

Como indicado anteriormente, a Constituição de 1988 impôs ao *Parquet*, nos artigos 127 e 129, incisos II e III<sup>19</sup>, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e como funções institucionais o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição bem como a adoção das medidas necessárias para sua garantia.

Essas novas atribuições ministeriais são parte de um movimento mundial de ampliação do acesso à justiça vivenciado a partir do final da década de 70 e que tem na doutrina italiana seus grandes expoentes dos quais destacamos Mauro Cappelletti e Bryant Garth onde na célebre obra “Acesso a Justiça” trouxe as três ondas renovatórias de acesso à justiça: a assistência judiciária aos pobres, a proteção dos interesses difusos e a criação de métodos que tornem a prestação jurisdicional mais efetiva, seja nos processos individuais seja no coletivo.

O estudo das ondas renovatórias trazidas pelo Cappelletti (1988) não se inclui no nosso objeto de pesquisa. Contudo, elucidativo observar que a Constituição de 1988, ao impor ao Ministério Público os deveres de proteção da ordem jurídica, regime democrático e interesses sociais e individuais indisponíveis, fez parte de um movimento muito maior do que o da redemocratização do Brasil, mas mundial, que partiu da observação de que o crescimento das sociedades burguesas trouxe consigo uma transformação dos direitos humanos, com o paulatino abandono da visão dos direitos exclusivamente pelo viés individual e assimilação da percepção coletiva desses direitos. E, nesse contexto de universalização de tais direitos, Cappelletti

---

<sup>19</sup> Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

ênfatiçou a renovação dos instrumentos de acesso a esses direitos, o que no ordenamento jurídico brasileiro acarretou a transformação do papel do Ministério Público.

A primeira onda tem no nosso ordenamento constitucional seu alcance mais expressivo na criação da Defensoria Pública (artigo 134), como instituição destinada expressamente a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados. Acerca das segunda e terceira ondas, vemos o Ministério Público como expoente das suas concretizações, através da outorga pela Constituição de 1988 dos deveres previstos no artigo 127, *caput*. Disso, denota-se a opção do nosso constituinte de escolher o Ministério Público como representante judicial e extrajudicial dos interesses difusos e coletivos, viabilizando a defesa coletiva dos direitos fundamentais em busca da sua efetividade, na medida em que prevê no artigo 129, inciso III o inquérito civil e a ação civil pública como meios de tutela desses direitos.

Esclarecendo a segunda onda renovatória Cappelletti (1988) traz a questão da dificuldade da representatividade dos interesses difusos em contraponto aos interesses individuais expondo um rol de métodos de representação desses interesses onde a ação governamental é trazida como o principal método de representação, até porque a Administração Pública é a responsável principal pela proteção do interesse público. Contudo, alerta para o fato de que essa máxima não se efetiva nem em países de *common law* como em países de sistema continental europeu, havendo uma incapacidade da ação governamental em realizar esses “direitos públicos”. Nesse ponto leva a discussão para o Ministério Público, mas aponta que tal instituição dos sistemas continentais e as instituições análogas (*Staatsanwalt* alemão e a *Prokuratura* soviética) estão vinculadas a papéis restritos e portanto impossibilitadas de defender os interesses difusos, ainda mais que são instituições sujeitas a pressões políticas, o que quando nos referimos a pretensões em face do Estado, praticamente inviabiliza essa tutela.

Ainda trazendo suas ressalvas quanto ao Ministério Público exercer essa representatividade, Cappelletti indica que esses interesses difusos muitas vezes contém uma especificidade técnica não jurídica, como medicina, urbanismo, o que dificultaria a atuação ministerial nesta seara.

Ainda nas soluções governamentais para essa representatividade teríamos as agências públicas regulamentadoras, que apesar do ganho na especialidade técnica, comumente seriam dominadas pelos interesses das atividades controladas e a criação

de um advogado público que tem por missão representar o interesse público nos procedimentos administrativos e judiciais. Nesse caminho do “advogado público” o autor afirma que o Departamento do Advogado Público de Nova Jersey, EUA, é a experiência pioneira, tendo início em 1974 bem como o Ombudsman do Consumidor na Suécia, que seria outro exemplo de instituição criada em 1970 e destinada para a defesa dos interesses coletivos, no caso, dos consumidores.

Aliado as ações governamentais destinadas a essa defesa dos interesses difusos ressalta em importância de se permitir que indivíduos proponham demandas na defesa de interesses coletivos ou mesmo grupos organizados para tal mister. Contudo, alerta para o fato de que essas pessoas ou grupos podem usar da pretensão demandista de forma abusiva, surgindo com isso a necessidade de criação de mecanismos de controle dessa representatividade e do seu exercício em juízo. Na França, a lei Royer atribuiu legitimidade ativa às associações de consumidores no caso de violações direta ou indireta aos interesses coletivos dos consumidores mas também criou mecanismos de controle dessa representação os concedendo ao Ministério Público.

Nosso ordenamento jurídico não excluiu a representatividade de outras instituições, não detendo o Ministério Público exclusividade nessa representação. Ademais, entendemos salutar a existência de outras instituições e grupos com representatividade adequada e, portanto, legitimidade ativa para a defesa dos interesses difusos e coletivos, em especial aqueles decorrentes dos direitos fundamentais em razão a sua especial relevância, eis que intrinsecamente vinculados a dignidade da pessoa humana. No item pertinente a atuação do Ministério Público nas etapas do ciclo de políticas públicas trataremos dessa interlocução entre os representantes dos interesses coletivos (*lato sensu*) no ciclo das políticas públicas bem como da necessidade de organização dessa interação entre os atores sociais.

Sobre os receios expostos por Cappelletti acerca da representação pelo Ministério Público dos interesses difusos e coletivos, ele mesmo em obra posterior sobre o acesso dos consumidores a justiça, afirma que esses obstáculos não se apresentam ao Ministério Público brasileiro, sobretudo depois que a sua independência foi assegurada pela Constituição de 1988 (CAPPELLETTI, 1989). Neste sentido, acrescentamos a isso o fato da Carta de 1988 ter explicitado em seu texto essa atribuição de tutelar os interesses difusos e coletivos, o que também resguarda a atuação nesse âmbito, que independe de ilações para se justificar. Assim,

tendo o constituinte dotado a instituição de independência e autonomia com relação aos Poderes da República, não se submetendo institucionalmente a vinculações políticas em razão das quais se possa interferir no fiel desempenho de seus misteres constitucionais, entendemos não que o Ministério Público brasileiro não só possui o dever de atuar na proteção desses interesses coletivos (*lato sensu*) como é dotado da independência e dos instrumentos funcionais necessários para o desempenho de tal mister.

Ademais, com relação ao desempenho de tal representação por agências públicas regulamentadoras, fato é que no ordenamento jurídico brasileiro essas instituições não possuem, por regra, em seu feixe de atribuições a previsão expressa da garantia de direitos fundamentais, interesses difusos e coletivos. Aragão (2013) dispõe que são autarquias de regime especial, dotadas de expressiva autonomia em face da Administração central, incumbidas do exercício de funções regulatórias consistentes nas atividades de normatização, fiscalização, sanção e julgamento (administrativamente e arbitragem) da atuação dos agentes econômicos submetidos a atuação de cada uma delas em razão das respectivas leis de criação<sup>20</sup>. Essa amplitude de atividades que compõe a função regulatória atrai também uma pluralidade de interesses a serem tutelados, públicos e privados, onde os interesses difusos e coletivos são um deles, muitas vezes de forma indireta, no que atuam na proteção dos direitos dos usuários dos serviços regulados, mas não na tutela direta desses direitos, eis que não é essa sua missão institucional no Brasil.

Sobre a terceira onda renovatória, vemos o inquérito civil, bem como outros procedimentos que surgiram posteriormente também destinados a proteção dos interesses difusos e coletivos, bem como os individuais homogêneos, e por evidente as ações civis públicas e demais instrumentos judiciais usados pelo *Parquet*, como inseridos nessa terceira onda, que por Cappelletti (1988, p. 25) “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”, a partir do que inferimos que não se limita aos processos judiciais.

Nos impende ressaltar que a transformação das funções ministeriais no Brasil surgiram no tom dessas ondas renovatórias, em especial a segunda e a terceira, onde a proteção dos direitos difusos e coletivos e a efetividade dos instrumentos

---

jurisdicionais marcam a direção de um novo agir ministerial, que além de ter recebido formalmente um amplo leque de atribuições destinadas a proteção do interesse social, deve executar tal mister com foco na efetividade do uso dos instrumentos previstos pela própria Constituição, bem como as leis que regem a instituição. Tal transformação que se iniciou com o novo perfil institucional trazido pela Carta de 1988, encontrou, no caminho pela busca da concretização da efetividade da atuação, um *modus operandi* chamado de Ministério Público Resolutivo, que passaremos a analisar a seguir.

#### 4.5 Ministério Público Resolutivo

Caminhando então nesse contexto de densificação do conceito de justiça através da ampliação do seu acesso nos moldes propostos acima, temos essa nova configuração do papel ministerial que se constitui em

**uma instituição encarregada de proteger os direitos coletivos e de investigar infrações às leis, transformando-se em partícipe de políticas públicas.** (...) Assim, a presença e a potencialidade de atuação do Ministério Público pós-Constituição de 1988 moldam uma instituição multifacetada: como agente, por excelência, de ativação do Poder Judiciário, tem iniciativas nas áreas individuais e supra individuais; **como agente do sistema de justiça, pode se utilizar de procedimentos e da implementação de canais extrajudiciais para a solução de conflitos e pela realização de direitos.** **Desta forma, a instituição transforma-se em um espaço público para a solução de demandas** e para a conversão de problemas em demandas judiciais. Por outro lado, problemas relacionados ao direito do consumidor, ao meio ambiente e à comunidade, muitas vezes são resolvidos sem o recurso aos procedimentos judiciais, que os levariam ao Poder Judiciário. Promotores e procuradores, nestas atuações, podem dar prioridade para soluções a partir de acordos entre as partes em litígio, para procedimentos administrativos, para a requisição de providências aos órgãos públicos e privados e para os demais instrumentos extrajudiciais.” (SADEK, 2009, p.176-177).

Goulart (2013, p. 116) afirma ser o Ministério Público um agente da vontade política transformadora cabendo-lhe, nos limites de sua missão constitucional, “intervir na realidade por meio de ações jurídico-políticas que promovam a mudança da ordem social, objetivando uma ordem superior”. O Ministério Público é, nas palavras do autor, ou ao menos deveria ser, uma instituição catártica, universalizante e não corporativa

e explica o que isso significa. O momento corporativo é aquele onde prevalecem os interesses particulares das pessoas e grupos, desconectados dos interesses gerais da sociedade. O momento ético-político é onde as pessoas, grupos sociais e instituições assumem um compromisso com valores universais e tomam parte dos seus papéis na sociedade, partindo para uma atuação transformadora da realidade. E de modo a sair do momento corporativo e se ingressar no momento ético-político temos o momento catártico, onde essas mesmas pessoas, grupos sociais, instituições, se alienam dos seus papéis corporativos e se unem num mesmo propósito universal, que é a construção do projeto constitucional de emancipação social e o Ministério Público deve funcionar como agente mediador dessa catarse social.

Esse novo perfil do Ministério Público trazido por Goulart (2013) constitui o Ministério Público Resolutivo, num contraponto com o Ministério Público Demandista. No modelo resolutivo, no que se refere ao âmbito civil coletivo, a instituição prioriza a solução direta das questões que lhe são postas pela sociedade, transformando o inquérito civil em um instrumento de resolução de casos, objetivando de forma imediata o ajustamento da conduta e outras formas de composição, se utilizando da via judicial apenas quando esgotadas todas as possibilidades de solução negociada. Já o modelo demandista, tradicional, pressupõe uma atuação restrita ao processo judicial, ora funcionando como órgão agente, ora como interveniente e o inquérito civil assume apenas o papel de servir como instrumento de coleta de provas necessárias para o ajuizamento de ações judiciais.

Esse perfil resolutivo, vinculado a produção de resultados concretos para a sociedade, é essencial para o cumprimento da missão constitucionalmente imposta pela Constituição, o que no atual estágio de carência de direitos fundamentais aliado – também em consequência dessa carência – à ainda fragilidade do nosso regime democrático, sobreleva em importância a efetividade dessa atuação. Afinal, quando não se consegue exercer com plenitude a cidadania, se enfraquecem os instrumentos de participação social já existentes hábeis ao *accountability* político e por conseguinte, se obstaculiza eventual redirecionamento dos rumos da gestão pública, quando inábil a garantir direitos, e sem esses direitos básicos se reinicia esse ciclo.

No sentido de romper esse ciclo é que deve se pautar o agir institucional, atuando com eficiência na garantia dos direitos, o que se mostra mais efetivo se operado através da vertente resolutiva da instituição, atuando na construção de uma

sociedade mais justa, livre e solidária, principalmente através da construção do consenso e harmonização dos interesses, evitando a proliferação de ações judiciais desnecessárias deixando a via judicial para o *locus* da inevitabilidade.

Sobre esse perfil de atuação, trazemos os estudos coordenados por Vianna e Burgos (2012) que veem essa interação com a sociedade civil não de modo a sufocar sua participação, mas sim de servir como novo *locus* de representação política, recebendo denúncias e representações e criando uma ponte de diálogo entre setores da sociedade civil e o próprio Estado, criando uma soberania popular complexa. Asensi (2010, p. 50), também nesse sentido, aponta que:

no contexto brasileiro, o Ministério Público recebeu destaque enquanto instituição jurídica envolvida no processo de efetivação da saúde enquanto direito. De uma maneira geral, o MP desenvolve a capacidade institucional de criar um espaço de diálogos ao possibilitar a comunicação entre os principais atores que compõem o processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas em saúde. A atitude ativa e dialógica que alguns membros do MP adotam permitiu resultados positivos na horizontalização da relação entre Estado e sociedade, sobretudo porque permite pensar em novos arranjos institucionais que não necessariamente conduzem à judicialização das demandas em saúde. Isso tem permitido ao MP superar uma lógica de efetivação centrada no juiz e propor outras alternativas de atuação calcadas na ideia de juridicização das relações sociais.”

Contudo, esse novo papel institucional também é questionado na doutrina, havendo quem entenda que essa atuação intensiva na tutela dos direitos coletivos (*lato sensu*) é nociva ao regime democrático ao revés de atuar em sua defesa. Neste sentido Kerche (2007) aponta essa maximização da atuação ministerial na área dos direitos difusos e coletivos como nociva à participação da sociedade no controle dos seus interesses, amesquinhando os canais democráticos de atuação dessa sociedade civil, visto que o Ministério Público se lançaria como seu representante e único capaz de defender os interesses verdadeiramente públicos, o que não seria verdade, eis que sua atuação seria igualmente contaminada pelas motivações políticas e ideológicas de seus membros o que comprometeria até mesmo a autonomia política da instituição. Esse ponto trazido pelos autores deve ser objeto de cuidado na atuação ministerial, de modo a afastar esse sufocamento da participação da sociedade civil, afinal a missão institucional é no sentido de proporcionar essa interação, não o contrário.

Barros (2010) afirma que a democracia e a sociedade brasileira não necessitam mais de defensores e não querem tutores de seus direitos, afirmando que o país passa por um período de estabilidade democrática e de exercício da cidadania

o que importaria uma mudança na postura da Instituição, redirecionando sua atuação não ao modelo demandista, mas sim ao modelo resolutivo, com foco na atuação extrajudicial, numa atuação de parceria com a sociedade civil, se valendo do instrumental legal e constitucional que dispõe de modo a funcionar como articulador social, intermediando, e fomentando ações destinadas a pacificar os problemas sociais.

Em que pese entendamos que a posição de Goulart deva ser lida com muito cuidado de modo a não se ultrapassar a legitimidade pretendida pelo legislador constitucional nos moldes apontados por Kerche, não verificamos a mencionada estabilidade democrática apontada por Barros nem o exercício de cidadania, ao menos de forma plena, que dotasse seus cidadãos da autonomia política necessária a contínua legitimação democrática da ordem jurídica, como mencionamos na seção 2 desse estudo, ainda carecendo, portanto, de consolidação a institucionalização da democracia no Brasil.

Por outro lado concordamos com o posicionamento de Barros (2010) com relação a necessidade de transformação da atuação não em razão da estabilidade democrática, o que ainda não ocorre, mas em razão da ineficácia de uma atuação precipuamente judicial pelo Ministério Público, o que não pode se aceitar, já que eficácia é princípio constitucional a ser observado pelas instituições estatais, onde se insere o *Parquet*. Caminhamos então com Goulart, em especial no que aponta a instituição como agente para a catarse social, considerando o contexto de catarse por ele mesmo definido, eis que no âmbito da proteção de direitos fundamentais, o protagonismo não é e não pode ser do Ministério Público, mas sim dos Poderes Legislativo e Executivo, que no exercício das respectivas funções, criam e concretizam tais direitos. Assim, o papel da referida instituição é de promover medidas, preventivas e repressivas, extrajudiciais e judiciais, necessárias para a garantia desses direitos, não sendo responsável pela definição e promoção direta desses direitos.

Então qual seria o parâmetro dessa atuação? A ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, incumbências impostas pela Constituição.

#### **4.6 Do caráter dúplice das missões constitucionais do Ministério Público: defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis**

Após breve exposição do novo perfil ministerial que atende, a nosso ver, ao o dever de eficiência da atuação, se impõe apresentarmos os seus limites. O artigo 127 da Constituição da República traz os deveres do Ministério Público, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e do regime democrático. Assim, o Ministério Público encontra nesses três pilares o fundamento e ao mesmo tempo o limite de sua atuação. Em razão da amplitude desses termos, entendemos necessária uma breve explanação acerca dos seus conteúdos, de modo a delimitar minimamente os seus alcances para o âmbito dessa dissertação.

Por defesa da ordem jurídica, temos em Assagra (2016), que abrangeria a defesa da Constituição, dos princípios constitucionais, dos direitos coletivos em sentido amplo, dos direitos individuais indisponíveis bem como das suas garantias e regras, incluindo as regras infraconstitucionais. Essa função trazida pela Carta de 1988 é bem marcante no tocante a mencionada transição do papel ministerial, já que liga a necessidade da sua atuação com a proteção da ordem jurídica, desvinculando da atuação restrita ao âmbito penal ou mesmo da representação judicial da União, que dificultava o desempenho da função de proteção do interesse social, já que este pode conflitar com o interesse do ente federativo.

O antigo Código de Processo Civil, onde havia uma disciplina da atuação ministerial na esfera extrapenal, Zaneti Jr (2017) aponta que ali havia um Ministério Público voltado para a tutela da lei e do Poder Público, numa leitura em que o interesse público se confundia o interesse da Fazenda Pública, eis que o artigo 82, III era interpretado de modo a que a mera presença da Fazenda Pública como parte no processo caracterizava interesse público de modo a atrair a intervenção do Ministério Público, o que era consentâneo com as Constituições anteriores a 1988.

Já com o objetivo de realizar uma interpretação conforme a Constituição de 1988 o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Recomendação nº 16 de 28 de abril de 2010, tendo como um dos seus considerandos a necessidade e, como decorrência, a imperiosidade de (re)orientar a atuação ministerial em respeito à evolução institucional do Ministério Público e ao perfil traçado pela Constituição da

República (artigos 127 e 129), que nitidamente priorizam a defesa de tais interesses na qualidade de órgão agente. Com esse fundamento essa Recomendação trazia no artigo 5º inciso XV a desnecessidade de intervenção ministerial nas ações em que forem parte a Fazenda ou Poder Público (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial.

No atual Código de Processo Civil essa função constitucional de proteção da ordem jurídica veio descrita nos mesmos termos constitucionais, constando do seu artigo 176 que o Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis, demonstrando que a legitimidade da sua atuação está ligada a indisponibilidade objetiva (bem jurídico tutelado indisponível) ou a indisponibilidade subjetiva (ligada a incapacidade da pessoa).

No artigo 178 do atual CPC temos uma redação muito mais consentânea com o novo paradigma constitucional, ressaltando que o Ministério Público será intimado para intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas na Constituição e também nos processos que envolvam interesse público ou social, interesse de incapaz e litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana (que na verdade caracteriza também interesse social). Novamente temos a legitimidade da atuação do Ministério Público vinculada a natureza do bem jurídico envolvido.

O parágrafo único do referido artigo 178 traz importante disposição, afirmando que a participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público, enfatizando a mudança de paradigma da sua atuação extrapenal, que não mais é vinculada a qualidade da parte, mas sim ao bem jurídico tutelado ou a incapacidade da parte, tendo sempre como parâmetro de atuação a defesa da ordem jurídica de modo geral. Observamos que a existência de interesse público ou social bem como de uma parte incapaz atrai a legitimidade do Ministério Público para atuar no caso. Contudo o direcionamento da atuação será sempre para a defesa da ordem jurídica, mesmo que no caso concreto isso contrarie o interesse do incapaz por exemplo. No artigo 179 a expressão “fiscal da ordem jurídica” se repete, demonstrando mais uma vez que esse é o novo paradigma da atuação institucional.

Ressaltamos esses dispositivos acerca da dissociação do interesse público em relação ao interesse da Fazenda Pública eis que se mostra essencial para o desempenho correto do novo mister institucional. Tal fato demonstra-se de suma

importância, tornando a atuação ministerial independente de vínculos políticos com os demais Poderes, no caso, o Executivo, o que diferencia o Ministério Público Brasileiro do Ministério Público Português no tocante a defesa dos direitos da sociedade eis que em Portugal a referida instituição possui missão constitucional de defender a legalidade democrática, mas também possui o dever de representar o Estado, o que, como vimos na exposição acerca do Parquet lusitano, pode embaçar a atuação ministerial quando houver conflitos entre o interesse do Estado e o interesse social.

O artigo 127 da CRFB também incumbe ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, dando então o tom do âmbito de atuação na proteção da ordem jurídica. Goulart (2013) ao definir interesses sociais traz um conceito em sentido amplo, abrangendo a totalidade dos interesses relacionados com as bases do projeto constitucional de emancipação social, inserindo aqui espécies de interesses, como os transindividuais difusos, os transindividuais coletivos, os individuais indisponíveis e o interesse social em sentido estrito, este último residual, contendo os interesses que não podem ser categorizados nas outras espécies mas que sejam igualmente relevantes para a implementação do mencionado projeto constitucional.

Essa classificação de interesses tem sido modernamente questionada, havendo uma abordagem muito completa do tema por Vitorelli (2019) em obra derivada da sua tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, onde introduz uma classificação de direitos transindividuais (e não interesses) através de uma aproximação de conceitos do ramo da Sociologia afirmando ser necessário um conceito de titularidade de direitos transindividuais que não trate a sociedade como sinônimo de Estado nacional territorial, visto que muitas vezes é o próprio Estado o violador desses direitos. A partir daí expõe uma classificação da titularidade dos direitos com base na forma de interação entre os titulares do direito violado e a violação no caso concreto indicando que a depender da espécie dessa interação teremos uma espécie de litígio transindividual, ou seja, entende mais adequado ao revés de classificar direitos ou interesses, categorizar litígios.

Assim, Vitorelli traz os litígios transindividuais de difusão global, de difusão local e de difusão irradiada. Os litígios transindividuais de difusão global existem no contexto de violações que não atinjam de modo particular qualquer indivíduo. Os litígios transindividuais de difusão local são aqueles decorrentes de violações que

atinjam de um modo específico pessoas que integram uma sociedade altamente coesa, unida por laços identitários de solidariedade social, emocional e territorial. Já os litígios transindividuais de difusão irradiada envolvem a lesão a direitos transindividuais que interessam, de modo desigual e variável, a distintos segmentos sociais. Quanto à legitimidade do Ministério Público para a defesa desses direitos, entende que não se relaciona com a espécie de litígio que estejam constituindo, podendo demandar quaisquer tipos de direitos, ainda que disponíveis, desde que revestidos de interesse social.

Por esse motivo, entendemos que independente da relevante controvérsia doutrinária que gira em torno da classificação de direitos, interesses ou mesmo litígios – mas que não poderíamos deixar de apresentar, sob pena de não situarmos nosso objeto de pesquisa em relação a abordagem mais atual dessa classificação – a questão não afeta o âmbito da atuação do Ministério Público, já que é delimitada com base na existência de interesse social ou se individual, em razão da sua indisponibilidade, eis que é o fundamento da atuação na proteção individual de crianças e adolescentes, idosos, cuja legitimidade não está expressa no texto constitucional, mas que em razão da qualidade de indisponibilidade, foi atribuída por lei ao Parquet, com fulcro no permissivo constitucional do artigo 129, IX aliado ao conteúdo do artigo 127, ambos da Constituição da República.

Por fim, como última missão institucional da atuação ministerial, dentro da tríade apresentada no artigo 127 da CRFB, temos a proteção do regime democrático. O Brasil é uma democracia nova, em processo de institucionalização, com uma Constituição que trouxe um rol extenso de direitos fundamentais ainda carentes de implementação pelos Poderes Públicos, um orçamento limitado, com graves distorções de renda (conforme consta do Relatório do Desenvolvimento Humano 2019)<sup>21</sup> e acessos limitados a saúde e educação de qualidade aliado a um histórico de corrupção política que muitas vezes coloca o interesse público em conflito com o interesse da Fazenda Pública, sendo nesses casos onde a atuação de uma instituição com o perfil que o *Parquet* possui no nosso ordenamento é mais necessária.

Sobre democracia, por consistir em marco teórico da nossa pesquisa, teve uma abordagem mais detida na seção 2 deste trabalho, breve, mas apta a delimitar um conceito ao qual nos referimos no nosso trabalho. Assim, aqui partimos daquele

---

<sup>21</sup> [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_2019\\_pt.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf) Acesso em 02 jun. 2020.

conceito e seus desdobramentos lá estabelecidos e prosseguimos para a inserção do Ministério Público na esfera de proteção desse regime.

Assim, entendemos interessante revisitar a questão da institucionalização da democracia de modo a facilitar a compreensão neste ponto do estudo. Dahl (1997) elenca oito condições que devem se encontrar presentes para que uma democracia esteja plenamente institucionalizada num país: a) a liberdade de forma e aderir a organizações; b) liberdade de expressão; c) direito de voto; d) elegibilidade para cargos públicos; e) direito de líderes políticos disputarem apoio e votos; f) fontes alternativas de informação; g) eleições livres e idôneas; h) instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferência. Essas condições podem ser resumidas em liberdade de expressão e de participação política, direta e através de eleições livres e regulares, produção e disseminação de informação de qualidade acerca das questões públicas e dos processos políticos de tomadas de decisão e a existência de instituições com a missão de garantir uma interlocução expressiva entre o Poder Público e a sociedade civil. Nesse ponto reside o dever ministerial de atuação, devendo ser uma instituição com atuação dirigida a garantia da engrenagem composta pela publicidade de informações amplas e acessíveis, participação social direta e indireta e efetividade dessa participação, destinada a construção da democracia.

Sobre essa participação social direta e indireta, temos no nosso ordenamento jurídico constitucional a previsão no seu artigo 1º, parágrafo único de que “todo o poder emana do povo, que o exercer por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. No *caput* desse mesmo artigo consta que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Aqui, já no primeiro artigo da Constituição de 1988 temos quem é o promotor direto de transformações sociais: o povo, diretamente ou através de representantes eleitos. Esses são os legitimados para a promoção direta das transformações sociais hábeis ao alcance dos objetivos fundamentais da República, descritos no artigo 3º do texto de 1988. E aqui nos deparamos com a grande questão que permeia o nosso objeto de pesquisa: como desempenhar o dever constitucional de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis sem invadir a esfera de atuação dos legitimados pela nossa Constituição para exercer esse poder de transformação social em prol dos objetivos da República?

Prosseguindo então na construção desse desenho institucional temos que conciliar o exercício de um dever constitucional de controle e adoção de medidas para a proteção de direitos e do regime democrático com o necessário respeito ao âmbito discricionário do desempenho da atividade de gestão pública que é típica dos agentes políticos e que, para tanto, se submetem ao sistema de responsividade política previsto na Constituição da República. Esse sistema de responsividade política decorre do *accountability* vertical exercido pela sociedade civil e horizontal exercido por outras instituições, o que nos impõe a necessidade de abordar esses conceitos e inserir o Ministério Público nesse contexto definindo seu papel com relação ao controle das políticas públicas.

#### **4.7 O Ministério Público e a *accountability***

O que seria *accountability*? Não há um consenso na doutrina acerca de um conceito fechado. Mas por total pertinência ao nosso objeto de pesquisa entendemos relevante ao menos apresentar um conteúdo semântico de tal palavra, já que nos serviremos dela para traçar o desenho de atuação ministerial no contexto do ciclo das políticas públicas. Assim, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, passemos a uma breve apresentação desse conceito e dos seus desdobramentos pertinentes ao nosso estudo.

Tal conceito surge com mais força na atualidade em resposta às crises de legitimidade dos Estados que vivenciam grandes momentos de corrupção, graves índices de desigualdade social e uma baixa densidade dos processos eleitorais. Neste sentido é visto como um remédio institucional para as contradições do Estado e suas burocracias, tomando aqui uma vertente mais superficial de mera prestação de contas do Estado a sociedade. Filgueiras (2018) parte da teoria da agência, que aplicada no contexto da ciência política explica de modo relacional a delegação de poder existente nos Estados Democráticos de Direito, indicando que o *principal*, seria a cidadania em sentido amplo, e os *agents*, os agentes políticos e seus burocratas para quem o *principal* delega o poder de realizar seus interesses.

A partir daí o autor avança no sentido do conteúdo do termo *accountability*, já que nessa relação cidadãos-agentes políticos eleitos é onde se desenvolve a democracia e quanto mais os agentes políticos monopolizam informação acerca dos processos e procedimentos que se referem ao desempenho da função pública, maior a margem para um desequilíbrio nessa relação, propiciando um incremento da corrupção no exercício desse poder delegado, uma ineficiente aplicação de recursos públicos com constituição de políticas públicas ineficazes e por consequência uma democracia com baixa qualidade, onde esse vínculo relacional, mesmo que nascido de uma legitimidade eleitoral, passa a carecer de legitimidade democrática.

Assim, o termo *accountability* passou a ser empregado com mais frequência nos países que vivenciam uma crise em sua democracia, se demonstrando imperioso um incremento da necessidade de o Estado ao assumir a gestão da coisa pública, atender ao princípio da publicidade, com a criação de regras e procedimentos viabilizando a responsabilização dos agentes públicos perante os cidadãos. Nesse sentido, é crescente a demanda por transparência e disponibilização de informações acerca do desenrolar da função pública, essenciais para o exercício dessa *accountability*.

Mas, em que pese essa teoria servir ao propósito de explicar o contexto onde surge a necessidade de *accountability* não se aplica em sua inteireza a complexidade das relações surgidas dos Estados Democráticos da atualidade. Isso pois ao contrário do que preconiza a teoria da agência em sua origem, a *accountability* não se realiza apenas através do momento eleitoral, eis que a responsabilização dos agentes públicos pode e deve ocorrer durante todo o exercício de suas funções, desde a produção legislativa até a implementação de políticas públicas pelos agentes de ponta. E para tal, essencial a transparência das informações acerca desses processos em tempo real, viabilizando o controle da discricionariedade desses agentes pelos cidadãos bem como a participação ativa nessa relação de exercício de poder.

Assim, *accountability* é um “conjunto de processos, procedimentos e valores atrelados a um ideal de responsabilização e controle de governos realizado nas condições da publicidade de regimes políticos democráticos.” (FILGUEIRAS, 2018, p. 93), ou seja, trata-se de um princípio de legitimação. E esse *accountability* é dotado de dois mecanismos, a *answerability* e o *enforcement*. Em síntese, o autor aduz que a *answerability* abrange o dever de informar acerca de suas decisões ou de justificá-las e o *enforcement* corresponde à capacidade das agências de contabilidade de

impor sanções aos detentores de poder que violaram seus deveres públicos (SCHEDLER, 1999).

Desenvolvendo um pouco mais o assunto, até para que possamos posteriormente tratar no papel do Ministério Público no incremento dos instrumentos de *accountability* social, bem como no incremento do próprio *accountability* institucional, devemos nos deter também nos conceitos de *accountability* horizontal e vertical, muito utilizados quando estudamos a interação entre os atores sociais durante as etapas dos ciclos de políticas públicas.

Por *accountability* vertical entendemos a relação de controle e responsabilização existente entre o Estado, seus agentes políticos e burocracia, e sociedade, controle esse exercido tradicionalmente através das eleições, momento em que os cidadãos escolhem seus representantes e a depender dos seus desempenhos, a ser aferido através da ampla disseminação das informações acerca dos processos decisórios, nas próximas eleições poderiam ser novamente eleitos ou não. Contudo essa concepção de *accountability* depende de participação ativa da sociedade civil na aferição do desempenho dos agentes estatais e a qualidade dessa aferição é diretamente proporcional à qualidade e quantidade das informações colocadas a disposição dessa sociedade.

Ademais, a postergação dessa responsabilização para os momentos eleitorais acarreta muitas vezes graves violações a direitos fundamentais e mesmo incentivam uma gestão inábil e ineficaz, eis que apenas ao final do mandato os agentes seriam alvo de avaliação. Portanto, mais salutar que esse exercício do *accountability* vertical ocorra também no curso dos mandatos eletivos, proporcionando um controle mais contemporâneo às ações em curso e por consequência uma responsabilização também mais tempestiva, evitando um prolongamento no tempo de ações políticas danosas.

Em razão das dificuldades que esse *accountability* vertical encontra para ser efetivo, deve ser aliado ao *accountability* horizontal. Este, por O'Donnell (1998), é o controle exercido por agências estatais que têm o direito e o poder legal para realizar ações de fiscalização preventiva, de imposição de sanções legais ou até o *impeachment* contra ações ou omissões de outros agentes ou agências do Estado. Tal controle tem por origem o sistema de freios e contrapesos, essencial a conformação do princípio da separação de Poderes com o princípio democrático, motriz da famosa tripartição de Poderes, que independentes entre si devem ter

também a função de fiscalizar a atuação dos demais. Com a complexificação das sociedades liberais surgiram outras instituições ou agências, conforme o termo utilizado pelo autor, como as agências reguladoras, os Tribunais de Contas e o Ministério Público, que tem por dever o exercício desse *accountability*.

Com relação ao controle exercido pelo órgão público sobre si mesmo, através de seus órgãos de controladoria interna e supervisão hierárquica do desempenho das funções pelos seus burocratas, em que pese essenciais ao fortalecimento da *accountability* em todas as suas vertentes entendemos que não se consubstancia por si só em espécie de *accountability*, eis que faltam nesses órgãos a autonomia necessária ao fiel desempenho do *accountability* horizontal, não se encaixando, aí de forma mais evidente, também no *accountability* vertical.

Há ainda o *accountability* societal. Este é espécie da vertente vertical em atenção aos espaços delimitados de participação que foram se estruturando no âmbito da sociedade civil. Aqui se inserem os conselhos e os fóruns de participação social.

A existência de uma representatividade eleita não afasta a necessidade de participação direta dos cidadãos nos processos políticos visto serem ambos instrumentos de *accountability* que devem ser conjugados proporcionando a institucionalização da democracia, sempre, mas especialmente quando há diversos interesses a serem protegidos, direitos fundamentais a serem garantidos e uma escassez de recursos num contexto político de uma democracia em crise, visto que quanto maior a crise na representação eleita, mais presentes devem ser os cidadãos nos processos políticos do Estado, de modo a robustecer o *accountability*.

Então trazendo o tema para as especificidades das políticas públicas, *accountability* significa trazer a sociedade civil para o ciclo de políticas públicas, indiretamente, através da atuação dos representantes eleitos e diretamente, desde as etapas de formação de agenda, mas principalmente nas etapas de formulação das soluções e tomada de decisão, que em sociedades com democracias menos estruturadas, recentes, tomadas por corrupção e descrença em suas bases, são as menos acessíveis à participação cidadã eis que as fases de implantação e avaliação das políticas, por envolverem o público destinatário da política, são mais acessíveis por essência.

Contudo devemos restar alertas, eis que essa acessibilidade é aparente quando desguarnecida das informações acerca do processo decisório antecedente – como os fundamentos de escolhas públicas, os recursos existentes, as escolhas de

índices avaliativos, as metas a serem alcançadas - bem como dos instrumentos adequados para uma intervenção eficaz (conforme veremos no item pertinente a atuação ministerial no ciclo das políticas públicas), não se viabilizando assim o exercício da cidadania nesse ciclo e por consequência reduzindo o grau de legitimação democrática da atuação governamental.

Assim, essencial a construção de mecanismos que viabilizem a participação da sociedade civil nos processos inerentes ao ciclo das políticas públicas. Necessário um processo de aprendizagem através do qual os cidadãos se capacitem para através desses mecanismos exercerem essa participação de modo exporem seus mais diversos interesses a partir da maior quantidade de informação de qualidade acerca dos temas em discussão. Ressalte-se que tal participação deve resultar numa deliberação coordenada de modo a direcionar as ações dos agentes políticos eleitos (e burocracia por eles comandada) durante o fluxo da política pública de que se esteja tratando, havendo um adequado funcionamento dessa participação em razão da institucionalização do *accountability* no nosso Estado Democrático de Direito.

Vemos então que se trata de uma interdependência relacional onde as duas pontas devem ser mantidas funcionando a contento de modo que essa engrenagem participação social – *accountability* proporcione a tão desejada institucionalização da democracia.

#### **4.7.1 Categorias de controle das políticas públicas e sua aderência às vertentes de *accountability***

Na categorização do controle das políticas públicas, com base no processo de integração sistêmica de instituições em torno da publicidade das políticas, Filgueiras (2018) traz três espécies de controle: o controle administrativo-burocrático, o controle judicial e o controle público não estatal.

Por controle administrativo-burocrático o autor entende aquele exercido pelas organizações do Estado sobre si mesmas, através de processos de prestação de contas, alcance de metas organizacionais pactuadas previamente e o cumprimento de deveres funcionais por parte da burocracia. Nesse controle também se insere aquele exercido por organizações do Estado sobre outras organizações também

estatais. Aqui se encontram as agências especializadas, agências reguladoras, os tribunais e contas, as controladorias e as auditorias externas.

No controle judicial temos a atuação do Poder Judiciário através das demandas que são propostas por terceiros, onde questões acerca da legalidade de ações ou omissões são levadas para análise de um Juízo, que com base na interpretação do nosso sistema legal e jurisprudência, profere decisão com aptidão para a definitividade, a qual devem se submeter as partes segundo as regras de legitimação material e processual. Aqui, se insere o tema da judicialização das políticas públicas, de tamanha densidade, que decidimos não abordar nesse estudo.

O controle público não estatal é o controle social, seja através dos cidadãos de forma individualizada (ou mesmo coletiva, mas sem uma organização estruturada) ou através das organizações da sociedade civil consistente na *accountability* vertical e a societal.

Com relação ao controle burocrático-administrativo e o judicial, Filgueiras (2018) os insere na *accountability* horizontal. Concordamos com essa visão do autor trazendo a ressalva de que os controles internos, como controladorias, supervisões hierárquicas das burocracias, não se constituem individualmente como instrumento de *accountability* horizontal, em razão da falta de autonomia e independência, mas sim procedimentos de responsividade internos que robustecem a atuação desses órgãos e instituições no exercício da *accountability* em relação a outros órgãos e instituições.

Filgueiras não traz especificamente a posição do Ministério Público nessa classificação. Mas vejamos.

Na engrenagem participação social–*accountability*-democracia vemos que é uma instituição cujo dever consiste em garantir respeito a ordem jurídica e ao regime democrático, com ênfase na proteção dos direitos em sua dimensão coletiva e daqueles direitos individuais cuja essencialidade caracterize uma indisponibilidade, mas, como já vimos, não é o detentor do dever de prover diretamente esses direitos através das necessárias políticas, não integrando nenhum dos três Poderes da República. Trata-se de uma instituição independente e, no que se refere às políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais, objeto do nosso estudo, exerce um controle externo daqueles que possuem um papel direto na promoção desses direitos, reforçando a *accountability*, atuando de modo a garantir o funcionamento da engrenagem supra referida, bem como, a obediência aos termos da lei (sentido lato),

tanto no percurso das etapas do ciclo como no produto desse ciclo, que deve ser eficaz no que concerne a garantir direitos.

Assim, é instituição autônoma e independente e como tal, se enquadra no conceito de O'Donnell (1998) de agência de *accountability* horizontal, eis que possui o dever constitucional de realizar ações de fiscalização preventiva, instar a observância do princípio da publicidade ajustamento de condutas irregulares, podendo instar o Poder Judiciário a prestar o controle judicial em razão de condutas inadequadas ou omissões violadoras de direitos de agentes políticos/públicos, resultando na imposição de sanções e na correção das condutas estatais inadequadas. Mas e quanto ao *accountability* vertical?

Como visto, o *accountability* vertical é o controle social através do exercício da cidadania que culmina com eleições regulares e justas como ápice do *enforcement* político. Trouxemos algumas linhas acima uma ponderação acerca da pouca efetividade que tal controle eleitoral possui eis que a sanção social seria apenas a não eleição daquele representante (*agent*) que não atendeu aos interesses dos eleitores (*principals*) e que só viria após o decorrer de um mandato inteiro, quatro anos no contexto brasileiro, e neste ínterim o controle social ficaria enfraquecido. Sabemos também que o exercício da cidadania só é pleno quando feito com base em informações completas e fidedignas acerca dos processos políticos e quando os cidadãos estão no gozo de seus direitos fundamentais, ao menos quando ao seu mínimo existencial.

Assim, vemos duas vertentes do *Parquet* como agente de *accountability*: a primeira, como agente de *accountability* horizontal, quando atua na proteção da ordem jurídica, no controle de juridicidade dos atos da Administração pública (extrajudicial e judicialmente se inevitável for) bem como através da promoção do princípio da publicidade, tanto instando os atores sociais governamentais a produzirem informações acerca de seus processos e a disponibilizarem de modo acessível para a população quanto reunindo e disponibilizando diretamente dados, diagnósticos e estatísticas sobre as políticas públicas em andamento, o grau de atingimento dos direitos, idoneidade dos agentes políticos e públicos de modo a embasar decisões eleitorais e outras manifestações do controle social. A segunda como agente de *accountability* vertical no que representa a sociedade civil na interlocução com o Estado ou mesmo quando serve de mediador nessa relação. Assim, vemos o comportamento ministerial no que tange a atividade de controle de políticas públicas

se inserir tanto no controle administrativo-burocrático como no controle público, a depender da vertente de *accountability* que esteja exercendo. Neste ínterim, se impõe estudarmos a relação entre *accountability* e políticas públicas.

#### **4.7.2 *Accountability* e eficiência das políticas públicas**

Com relação às políticas públicas essa temática da *accountability* se mostra especialmente relevante e por isso abrimos aqui um tópico específico para tratar dela, eis que diretamente relacionada com a eficiência das políticas públicas. Além da eficiência ser um princípio constitucional que rege a atuação da Administração Pública e que portanto deve ser observado, uma política pública ineficiente não serve ao seu propósito que é levar o máximo de direitos com a otimização dos recursos existentes aos cidadãos, o que é especialmente importante quando temos recursos limitados e um extenso rol de direitos a serem garantidos.

O princípio da eficiência é tema repleto de nuances e controvérsias que escapam ao objeto do nosso estudo, mas trazendo apenas em linhas gerais, de modo a apenas delimitar o conteúdo desse conceito no qual nos baseamos quando usamos esse princípio é aquele dado por Pereira Jr. e Dotti (2007, p. 189): “é agir mediante ações planejadas com adequação, executadas com menor custo possível, controladas e avaliadas em função dos benefícios que produzem para a satisfação do interesse público”.

Fixado um conteúdo para esse princípio, podemos partir para a relação entre eficiência da política pública e *accountability*. Filgueiras (2018) traz bem essa relação indicando a necessidade de um equilíbrio entre os tipos de controle por ele apresentados e por consequência entre as espécies de *accountability* de modo a não afetar a eficiência da política.

Se o controle administrativo-burocrático preponderar, a gestão se tornará muito onerosa em razão do custo da maximização da burocracia e dos processos de auto tutela, bem como afastar a representatividade social durante a o processo de formação das políticas, já que a gestão estaria voltada para o controle pela própria gestão, reduzindo espaço para a atuação dos demais controles durante o ciclo. Na

prevalência do controle judicial pode haver uma interferência indesejável do Judiciário nas políticas públicas, o que acaba sendo um obstáculo na gestão pública, visto que esse direcionamento judicial do ciclo acaba por emperrar o fluxo anteriormente planejado, demandando o redirecionamento de recursos financeiros, humanos e materiais, o que acarreta um entrave na produção de resultados. Por fim, o incremento desproporcional do controle público não estatal, ou seja, social, permearia o ciclo com muitos controles pontuais, sem a institucionalização necessária a organizar a formação dessa participação social e sem a expertise acerca do funcionamento desse processo político.

Assim, imperioso destacar que a eficiência das políticas públicas está intimamente relacionada ao fortalecimento da *accountability* em suas etapas. Nas etapas de formação da política (formação de agenda, formação de problemas e tomada de decisão) com a tomada de decisão esse fortalecimento depende do aumento das formas de participação social e da institucionalização dessa participação, de modo a organizar a formação da opinião pública, já que os interesses são plurais e merecem igual atenção, mesmo que o tomador de decisão escolha priorizar alguns interesses em detrimento de outros, decisão que deve ser fundamentada e publicizada, alimentando essa *accountability* vertical. Na etapa de implementação da política pública, cabe enfatizar a disseminação das informações acerca do andamento da política que aliada à institucionalização da participação social auxiliaria no controle de legalidade da política em curso, rechaçando uma discricionariedade administrativa onde não há lugar para tal e evitando desvio de finalidade por parte daqueles responsáveis pela sua implementação direta. Com relação a etapa de avaliação das políticas públicas esse *accountability* deve ter o foco na prestação de contas e na institucionalização do espaço para a participação social, eis que o *feedback* dos destinatários da política é essencial para a decisão acerca da transformação da política, sua descontinuação em razão do resultado ter sido atingido, ou da política em curso ter se mostrado ineficaz para o resultado pretendido.

Acrescentamos ainda que em todas as etapas não apenas esse reforço no controle público não estatal é essencial, mas também o controle concomitante pelas agências de *accountability*, que durante todo o ciclo deve exercer esse controle de legalidade e finalidade em busca da maior eficiência possível para produção de resultados, atuando na interlocução com entre gestão e sociedade civil e inclusive na

produção de informações e diagnósticos de modo a subsidiar todas as formas de controle.

Por fim, numa análise acerca do *accountability* no Brasil, Filgueiras (2018) atribui seu déficit a inefetividade das instituições de controle, todos os três tipos de controle acima apresentados, afirmando ter havido avanços em todos eles, mas que a desunião entre eles causa forte sensação de impunidade, em especial nos casos de corrupção sistêmica. A estruturação do controle administrativo-burocrático com o fortalecimento dos mecanismos de controle internos baseados e o uso da internet como plataforma de transparência de informações acerca da gestão representaram avanços significativos em termos de *accountability*. Com relação ao controle judicial o autor também aponta evolução no que se refere a maior abertura institucional a questão da defesa dos direitos da cidadania e o aprimoramento organizacional, com medidas voltadas para a efetividade processual, mas ainda muito moroso em termos de resposta social, o que aumenta a sensação de impunidade prejudicando o *accountability* nas suas duas vertentes. Com relação ao controle público não estatal esse careceria da organização e instrumentalização da sociedade de modo que obtivessem informações completas acerca dos processos políticos e parâmetros de legalidade para exercer essa fiscalização de modo a incrementar as políticas públicas e não a complexificar ainda mais o seu ciclo.

E é visando esse equilíbrio entre controle administrativo-burocrático - onde, nesta classificação entendemos mais pertinente inserir o controle ministerial - o judicial e social que o Ministério Público deve direcionar seu agir. Para a defesa do regime democrático e da ordem jurídica o Parquet deve intervir nesse ciclo da política pública, instrumento para a difusão dos direitos fundamentais na sociedade, de modo a garantir que atenda aos preceitos constitucionais e legais (e infralegais) durante suas etapas, assegurando a adequada participação social e a ampla disseminação de informações de qualidade aos cidadãos, e ao final, entregando como produto a possibilidade de exercício desses direitos (*outcomes*).

Caminhando na nossa pesquisa em prol de um desenho institucional que permita o regular e legítimo desempenho do mister constitucional, faremos um breve retorno ao Capítulo 2 desta dissertação, quando ao delimitarmos o conceito de democracia, apresentamos o atual contexto de crise desse regime no nosso país, onde, não há apenas uma crise de representatividade, essa já mais antiga, mas através das pesquisas ali mencionadas, verificamos uma queda no nível de confiança

na Justiça, incluindo Poder Judiciário e Ministério Público, esta última, instituição esta que nas pesquisas anteriores aparecia com elevado grau de confiabilidade.

Desta feita, há também a necessidade de aprimorar o *accountability* institucional do próprio Ministério Público de modo a proporcionar uma maior legitimação democrática da atuação em geral, mas em especial com relação às políticas públicas, *loco* tradicional de atuação discricionária do gestor público, e onde não se pode prescindir dessa intervenção, eis que diretamente vinculada a proteção preventiva de direitos fundamentais, especialmente os sociais em razão do seu caráter prestacional. Vejamos.

#### **4.7.3 *Accountability* institucional do Ministério Público**

Uma das contribuições que resultou da pesquisa acerca do funcionamento do *Ombudsman* foi a necessidade de se aprimorar o *accountability* institucional do Ministério Público. Kerche traz essa reflexão para o âmbito da referida instituição, afirmando que não é composta por membros eleitos, mas é considerada peça fundamental da democracia e ao mesmo tempo, não está submetida totalmente ao rigor do processo democrático, que inclui procedimentos de transparência e *accountability* em constante aprimoramento. Sobre essa afirmação, entendemos que a ausência de legitimidade eletiva é inerente ao molde constitucional conferido a atuação do Ministério Público, externa aos poderes da República e alienada de um controle político direto, que normalmente envolve os processos eleitorais. Contudo, a fragilidade de *accountability* não se justifica, eis que é ínsita a todo órgão de Estado e especialmente ao Ministério Público que atua muitas vezes em substituição à sociedade, como seu representante, no sentido comum da palavra.

Neste sentido, Kerche afirma:

Diferentemente da ação penal pública, os integrantes do Ministério Público têm altas doses de discricionariedade em relação à ação civil. Os promotores e procuradores podem agir ou não agir segundo critérios nem sempre bastante claros. Essa atribuição é reforçada porque a instituição pode presidir o inquérito civil, instrumento que nenhum dos outros atores autorizados a propor uma ação civil pública detém. Além disso, os promotores podem lançar mão de um termo de ajuste de conduta, documento que precede uma

eventual ação na justiça e que visa acordar a mudança de uma prática considerada inadequada pelo Ministério Público.

(...) Ou seja, em questões civis, os promotores e procuradores possuem instrumentos importantes e efetivos de atuação e com grande discricionariedade, inclusive, em alguns casos, que independem da participação da polícia ou do Poder Judiciário. (...) Essa alta dose de discricionariedade com pouca transparência e baixo grau de *accountability* deveria ser estranha aos arranjos institucionais nas democracias, já que, em tese, quanto maior a discricionariedade, maior a *accountability*. (KERCHE, 2014, p.117). .

A longa transcrição do trecho supra se justifica pois, a nosso sentir, resume bem as fundadas preocupações acerca da carência de *accountability* ministerial. Dallari (2010) também manifesta preocupação acerca de uma discricionariedade absoluta para instaurar ou não inquérito civil, ao puro arbítrio da autoridade ministerial no exercício da sua independência funcional, afirmando que o dever de atuar na proteção do interesse social não significa que recebida qualquer denúncia o agente ministerial estaria obrigado a propor uma ação civil pública, mas sim, a analisar os fatos narrados e fundamentadamente declinar sua convicção, não havendo uma liberdade absoluta para a instauração ou não de inquérito civil ao puro e insindicável arbítrio do agente.

Concordamos com os autores mencionados que apontam a necessidade de maior prestação de contas pelo Ministério Público à sociedade, seja através da informação acerca das suas atividades, seja através de informação acerca de sua estrutura funcional e dos seus agentes bem como pela exigência de fundamentação das decisões dos seus membros, de modo a proporcionar um controle interno e externo da atuação institucional.

Braga (2010) afirma que os princípios constitucionais da eficiência, moralidade, publicidade, probidade aliados aos princípios da transparência fiscal e as noções de *accountability* e responsividade informam tanto a conduta administrativa dos integrantes do Ministério Público como o exercício de sua atividade fim já que gerencia e administra dinheiro público tendo portanto o dever de agir com transparência, prestando contas de suas atividades e da devida eficiência na defesa da sociedade, da legitimidade de suas ações, sua produtividade e qualidade do seu serviço.

Neste sentido, Kerche apresenta proposições importantes para o incremento desse *accountability*:

A disponibilização de informações sobre as atividades de promotores e procuradores pode ser mais facilmente resolvida incrementando, padronizando e facilitando o acesso às estatísticas e séries históricas. Isso poderia contribuir para um acompanhamento mais sistemático da atuação dos promotores e procuradores, embora as consequências desse acompanhamento não se traduzam necessariamente em incentivos para determinados comportamentos por conta da fragilidade dos mecanismos institucionais para tal fim.

A *accountability*, por seu turno, exige não somente informações, mas instrumentos institucionais que incentivem determinados comportamentos por meio de premiações e punições. Essa agenda é de maior dificuldade porque dependeria de mudanças na legislação. A criação do Conselho Nacional do Ministério Público, em 2005, foi um avanço importante, mas com ressalvas. Uma delas é que a participação de atores externos à instituição ou ao mundo jurídico é minoritária. Isto é, a estrutura institucional do Ministério Público ainda é muito exposta aos interesses corporativos e às redes de dependência e relações pessoais de seus membros. (KERCHE, 2014, p. 120).

Neste sentido, instrumentos como o portal da transparência acerca dos agentes públicos que compõe a instituição bem como dos gastos institucionais e ampla divulgação das atuações ministeriais com demonstração dos resultados concretos dessa atuação são essenciais a esse controle externo (horizontal e vertical), sendo também de grande importância a atuação dos órgãos de caráter disciplinar, com apuração firme das faltas funcionais dos membros e servidores.

Se alia a esses instrumentos o fortalecimento do canal da Ouvidoria institucional, não somente com relação ao recebimento de notícias de fatos externos, mas também internos, referente a desvios funcionais ou institucionais, devendo todas serem analisadas pelo agente com atribuição e respondidas fundamentadamente ao cidadão noticiante, tanto acerca do indeferimento como do seu deferimento e prosseguimento de investigação, de modo a possibilitar a apresentação do recurso cabível perante o Conselho Superior da instituição (ou órgão que o equivalha) ou o acompanhamento do andamento da investigação por parte do noticiante, caso deseje.

Além da Ouvidoria como canal de interlocução com a sociedade civil, deve ser ampliada essa possibilidade de participação popular nos rumos da instituição ou mesmo sobre alguma atuação temática específica, com a abertura de pesquisas de opinião em seus sítios oficiais de internet, audiências públicas e reuniões com a participação de representantes da sociedade.

Assim, necessário esse aprimoramento ou mesmo criação de instrumentos de *accountability* institucional, onde se inserem tanto o horizontal como o vertical,

essenciais a tornar a instituição mais próxima da sociedade e verificar o cumprimento dos princípios e regras que regem a Administração Pública de modo geral, aos quais também se submetem o Ministério Público.

## 5. ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CICLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

### 5.1 O controle preventivo da violação de direitos fundamentais sociais

Compreendida a natureza da atuação ministerial extrapenal bem como as formas através das quais ela se desenvolve nos outros países onde há alguma instituição com atribuição comparável ao nosso modelo, nos cabe desenvolver o ponto nodal deste trabalho que é apresentar os instrumentos de atuação do Ministério Público no ciclo das políticas públicas em consonância com os princípios democrático e da separação de Poderes estabelecendo um ponto de equilíbrio com a persecução da observância da ordem jurídica – responsável pela própria legitimidade material da atuação ministerial – e, no caso específico do objeto desse estudo, da proteção coletiva dos direitos fundamentais sociais, eis que vinculados mais intrinsecamente com as políticas públicas.

Assim, compreendido que o Ministério Público brasileiro tem por missão constitucional a proteção desses direitos e que o faz com maior efetividade atuando na esfera coletiva desses direitos - em especial pelo maior âmbito de alcance dessa atuação se comparada com uma atuação atomizada fundada na defesa individual desses direitos - partimos para o estudo dessa atuação propriamente dita, tendo por norte a visão do Ministério Público moderno como um agente de *accountability*, o que significa que tal atuação deve ser permeada pelos mecanismos de *accountability*, que como elemento bidimensional já abordado na seção anterior, são a capacidade de exigir resposta dos agentes públicos (*answerability*) e pela sua capacidade de punição (*enforcement*).

Essa atuação, que se perfaz com a exigência (extrajudicial ou judicial) de resultados do Poder Público acerca da proteção dos direitos fundamentais sociais e persecução judicial da imposição de sanções quando da não garantia desses direitos pelos gestores, se insere no exercício de um controle preventivo ou repressivo das ações ou omissões da Administração Pública (ou mesmo do Poder Legislativo quando viola esses direitos através de ações ou omissões legislativas) tendo por fundamento a inconstitucionalidade e ilegalidade da violação de direitos fundamentais com a

consequente lesão ao regime democrático, em razão da relação indissociável entre democracia e direitos fundamentais.

O controle repressivo - considerando que prevenção ou repressão tem por parâmetro a consumação da violação do direito e não a propositura de demanda judicial – em que pese seja um instrumento valioso de atuação ministerial, não é o mais desejável, visto que melhor prevenir a violação de um direito do que atuar de modo a repará-la ou sancioná-la, principalmente quando o foco da atuação são direitos fundamentais sociais, impassíveis de uma reparação específica. Assim, o controle preventivo deve ser o foco da atuação ministerial no desempenho dos seus deveres, eis que muito mais eficaz evitar danos do que mitigar danos e perseguir punições aos causadores desses danos, e eficiência é princípio constitucional ao qual a atuação ministerial também se submete.

Sobre controle preventivo, Assagra traz a relevância dessa forma de atuação *ex ante*:

5. Da necessidade de mais uma mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito: priorização da atuação preventiva é a mais genuína forma de proteção jurídica no contexto do Estado Democrático de Direito. Ela decorre do princípio da prevenção geral como diretriz, inserida no princípio democrático “art. 1º da CF).

gPor intermédio da tutela jurídica preventiva poderá ser atacado diretamente o ilícito, evitando-se a sua prática, continuidade ou repetição. Com isso, evita-se o dano, que é objeto da tutela jurídica repressiva, no caso a ressarcitória. Ocorre que muitos danos, especialmente os de dimensão social (aqueles que afetam o ambiente; a saúde do consumidor; a criança e o adolescente; o idoso; a saúde pública (etc.), não são possíveis de reparação *in natura*. Portanto, só restaria nesses casos uma tutela repressiva do tipo compensatória ou do tipo punitiva, que é espécie de tutela “apequenada”, já que não responde ao direito a uma tutela jurídica genuinamente adequada.

(...) Na área coletiva, o Ministério Público deverá priorizar a atuação preventiva para evitar a violação dos direitos sociais, além de combater de modo articulado e eficiente as condutas danosas aos direitos massificados.

Na sua atuação extrajurisdicional, como grande intermediador e pacificador da conflituosidade social, o Ministério Público assume função social pedagógica: com a educação da coletividade para o exercício da cidadania e das organizações sociais. E isso a Instituição poderá fazer pelas recomendações, pelas audiências públicas e também pelo termo de ajustamento de conduta.

(...) Mesmo para o Ministério Público demandista, a priorização da atuação preventiva é fundamental, no ajuizamento de ações civis públicas de tutela inibitória, evitando-se assim a prática do ilícito, sua continuidade ou repetição (ASSAGRA, 2005, p. 15)

Assim, nesse âmbito do controle preventivo, judicial ou extrajudicial, é que se desenrola a atuação do Ministério Público durante as etapas do ciclo da política pública destinada a garantir direitos fundamentais sociais. Isso, pois não há como

exercer um controle efetivo nessa matéria sem que se intervenha durante as etapas do ciclo de política pública, eis que esse é o espaço onde se pode ser efetivamente preventivo.

Assagra ressalta a que a tutela preventiva deve ser privilegiada mesmo no caso de propositura de ação judicial, mas alerta acerca da carência de eficácia dessas demandas na proteção dos direitos sociais. Tal fato se dá, especialmente em razão da dificuldade de adaptação do rito processual tradicional às ações que possuem como pedidos adequações ou mesmo formulações com posterior implantação de políticas públicas, eis que são causas dinâmicas, interdisciplinares, com impacto orçamentário direto, transversais a outras políticas, envolvendo muitas vezes atores sociais de várias instituições e espécies e que portanto demandam uma agilidade e dinamismo que não se adéquam aos tramites processuais tradicionais.

## **5.2 Da atuação extrajudicial do Ministério Público**

Não nos escapam as transformações processuais havidas recentemente no ordenamento jurídico brasileiro, facilitando uma nova forma de condução processual e prolação de decisões estruturantes mais adequada ao tratamento das demandas que envolvem políticas públicas, das quais exemplificamos: a inserção expressa pelo Novo Código de Processo Civil dos deveres de cooperação entre as partes visando a prolação em tempo razoável de decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º, NCPC) e do *amicus curiae*, figura de maior relevância nos processos que tratem de políticas públicas, exatamente pela transversalidade e especificidade das temáticas que as envolve (art. 138), bem com a Lei n. 13.655/2018 que alterou a LINDB trazendo no seu art. 21, parágrafo único a abertura necessária para esse molde de decisão judicial com condicionantes e análise expressa de consequências inseridas num contexto de observância do interesse geral.

Essa moderna forma de condução processual, surgida nos Estados Unidos em razão de dificuldade de se executar a decisão judicial do famoso caso *Brown vs*

*Board of Education*<sup>22</sup> de onde partiu-se do reconhecimento judicial de uma violação a algum valor constitucional e desse ponto o juiz deverá buscar a melhor medida judicial, sendo que tal medida deve estar sempre sujeita a revisões, mesmo sem a demonstração de que estaria causando um grave dano, bastando a demonstração de sua ineficácia ou onerosidade excessiva. Conhecido no Brasil como processo judicial estruturante, construção teórica capitaneada por Owen Fiss, tem como uma de suas características a longa duração.

Fiss afirma que o litígio estruturante tem um começo, talvez um meio, mas quase sem fim, envolvendo um relacionamento longo e contínuo entre o juiz e a instituição e não se preocupa com a aplicação de uma medida já tomada, mas com o dar ou modular a medida em si. O objetivo é remover a condição que ameaça os valores constitucionais e, portanto, a jurisdição do tribunal durará enquanto a ameaça persistir.<sup>23</sup>

Contudo, o Judiciário, como já dito, não é o local destinado para a definição e implementar as políticas públicas, devendo ter uma atuação residual. Os Poderes Executivo e Legislativo são os responsáveis por essas funções. Fonte (2015) define o composto pelo Poder Legislativo e da Administração Pública por “processo político” e esclarece que embora a Administração Pública esteja vinculada pelo princípio da legalidade, devendo sempre agir sob sua égide, a sua atuação vai além desse mero cumprimento legal e interpretação de textos jurídicos, envolvendo a tomada de decisões políticas no conhecido espaço da discricionariedade administrativa.

Em sequência, aduz que este processo político tem a capacidade de operacionalizar o acesso dos grupos políticos e dos indivíduos às escolhas públicas e o processo judicial jamais poderá alcançar essa mesma dimensão na concretização

---

<sup>22</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka* (de 1954) foi um caso marcante julgado na Suprema Corte dos Estados Unidos onde foi decidido ser inconstitucional as divisões raciais entre estudantes brancos e negros em escolas públicas pelo país.

<sup>23</sup> FISS, Owen. *Harvard Law Review*, Vol. 93, November 1979, N. 1. p. 27-28. “The remedial phase in” structural litigation is far from episodic. It has a beginning, maybe a middle, but no end - well, almost no end. It involves a long, continuous relationship between the judge and the institution; it is concerned not with the enforcement of a remedy already given, but with the giving or shaping of the remedy itself. The task is not to declare who is right or who is wrong, not to calculate the amount of damages or to formulate a decree designed to stop some discrete act. The task is to remove the condition that threatens the constitutional values. In some instances, where deinstitutionalization is conceivable, as in the mental health field, closing the institution may be a viable option. 61 For the most part, in cases involving schools, prisons, welfare agencies, police departments, and housing authorities, for example, that option is not available. Then the remedy involves the court in nothing less than the reorganization of an ongoing institution, so as to remove the threat it poses to constitutional values. The court’s jurisdiction will last as long as the threat persists.”

específica do direito à participação popular em razão. Isso, não somente por causa da rigidez no acesso, que exige por regra a intermediação por um advogado, mas principalmente pelos limites formais e práticos ínsitos a tramitação processual e que mesmo com a inserção de novos mecanismos de participação processual isso não traz a mesma permeabilidade própria aos parlamentos. Assim, a judicialização das políticas públicas extirpa um fator relevante da etapa de formulação das escolhas políticas (formulação de problemas) que é a possibilidade de apresentação de soluções pelos mais variados grupos sociais para a questão objeto de deliberação eis que inserida da agenda formal do governo.

Neste sentido, em que pese o enorme valor das mudanças de paradigmas procedimental e decisório nos processos onde se objetiva uma reforma estruturante na política pública relacionada a alguma violação de direitos fundamentais, esta ação judicial, mesmo que diferenciada, se somará ao imenso volume de ações judiciais que se avolumam diariamente no Poder Judiciário brasileiro, o que não se coaduna com a pronta resposta que o ritmo de tais políticas públicas demanda e por isso deve ser evitada, mas não inviabilizada, pois se constitui em medida legítima de tutela dos direitos as quais elas se destinam.

Ressaltam-se as vantagens institucionais que possui o processo político para lidar com a formação das políticas públicas, mas não podemos nos olvidar de que essa alegação geral de *expertise* através do seu corpo burocrático destinado ao desempenho dessa função, bem como a mencionada permeabilidade à participação social que proporcionariam um tratamento sistêmico e democrático a um problema social, algumas vezes não se verificam, acarretando violação de direitos, sendo necessário o exercício do controle dessa atuação.

Os problemas que envolvem a judicialização das políticas públicas e o processo estruturante como uma nova visão de processo em causas que envolvem políticas públicas estruturantes são densos e não poderiam ser abordados com toda sua complexidade neste capítulo. A breve explanação acima vem apenas contextualizar a escolha do objeto da presente que se limita a atuação extrajudicial do Ministério Público no ciclo das políticas públicas, que no nosso sentir, deve se prestar a um meio termo entre a ausência de controle da atuação desse processo político, que permite um antidemocrático (e por isso indesejado) arbítrio por parte desse composto institucional e a judicialização desse controle, repleta de amarras naturais a sua atuação.

### **5.2.1 O Procedimento Administrativo e o Inquérito Civil Público**

A atuação intermediária mencionada tem lugar tradicionalmente no bojo do inquérito civil público, instrumento com previsão constitucional e legal (artigo 129, II da Constituição da República, artigo 8º, §1º da Lei de Ação Civil Pública, artigo 25, IV Lei nº 8625/1993 e artigo 6º da Lei Complementar nº 75/1993) com viés originalmente investigativo vinculado à ideia de colheita de provas acerca de ilegalidade de alguma conduta de modo a construir a justa causa para a propositura de uma ação civil pública ou ação civil por ato de improbidade administrativa. Contudo, na mesma esteira do processo civil estruturante, que visa acompanhar o dinamismo que as demandas envolvendo políticas públicas exigem, devemos ter um procedimento administrativo estruturante, que sem se destinar à colheita de provas de uma conduta delimitada no tempo e no espaço, acolha o acompanhamento de uma política pública de modo a estruturar uma atuação durante o ciclo de sua formação, sem que as inúmeras notícias de fato, procedentes ou improcedentes, mas que aportam diariamente nos órgãos de execução com atribuição para a tutela coletiva dos direitos sociais prestacionais, atravessem esse processo de formação da política de modo negativo, transformando esse rico e indispensável canal de comunicação com a sociedade civil num instrumento que se insira organizadamente nesse ciclo formativo.

Ao contrário do que possa parecer, a atuação do Ministério Público através de um procedimento administrativo destinado a acompanhar a formação de determinada política pública não se destina a sufocar o âmbito de discricionariedade do administrador público, mas sim o agir preventivo no âmbito de sua função institucional, garantindo a ordem jurídica, o regime democrático e o interesse social, mas conciliando esse dever de atuar em face da violação de direitos com a necessária deferência às escolhas públicas.

Quando falamos aqui que melhor seria um procedimento administrativo diverso do inquérito civil público, não estamos trazendo algo original. O Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 174, de 4 de julho de 2017, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e a tramitação da Notícia

de Fato e do Procedimento Administrativo. Esta resolução conceitua em seu artigo 1º a notícia de fato, como qualquer demanda dirigida aos órgãos da atividade-fim do Ministério Público, submetida à apreciação das Procuradorias e Promotorias de Justiça, conforme as atribuições das respectivas áreas de atuação, podendo ser formulada presencialmente ou não, entendendo-se como tal a realização de atendimentos, bem como a entrada de notícias, documentos, requerimentos ou representações.

O artigo 4º, § 5º da referida resolução aponta que a notícia de fato poderá ser arquivada quando seu objeto puder ser solucionado em atuação mais ampla e mais resolutiva, mediante ações, projetos e programas alinhados ao Planejamento Estratégico de cada ramo, com vistas à concretização da unidade institucional. Aqui já observamos uma normatização da vertente resolutiva ministerial, permitindo uma atuação menos pulverizada e mais coletiva em prol de uma maior efetividade social.

O artigo 8º da Resolução nº 174 descreve o mencionado procedimento administrativo, afirmando ser instrumento próprio da atividade-fim destinado a: a) acompanhar o cumprimento das cláusulas de termo de ajustamento de conduta celebrado; b) acompanhar e fiscalizar, de forma continuada, políticas públicas ou instituições; c) apurar fato que enseje a tutela de interesses individuais indisponíveis; d) embasar outras atividades não sujeitas a inquérito civil. Tal procedimento encontra permissivo legal no artigo 26, I da Lei nº 8625/1993, quando menciona a possibilidade de instauração de procedimentos administrativos pertinentes, no bojo dos quais possui o Ministério Público o mesmo poder de instrução do que no inquérito civil, já que o inciso os equivale.

Em sequência a referida resolução menciona que o procedimento administrativo não tem caráter de investigação cível ou criminal de determinada pessoa, em função de um ilícito específico, delimitando a sua diferença em relação ao inquérito civil público, que originalmente possuía essa destinação, tendo seu âmbito de possibilidades se ampliado no mesmo passo do rol de atribuições que foi outorgada ao *Parquet*, mas sempre guardando esse tom de investigação de ato ilícito o que observamos da própria Resolução nº 23 também do Conselho Nacional do Ministério Público. Esta ao disciplinar o inquérito civil, definiu que deve ser instaurado por portaria e esta deve conter, dentre outros elementos, o fundamento legal que autoriza a ação do Ministério Público e a descrição do fato objeto do inquérito civil e o nome e

a qualificação possível da pessoa jurídica e/ou física a quem o fato é atribuído (artigo 4º, incisos I e II).

Ressalte-se que o procedimento administrativo destinado a acompanhar e fiscalizar, de forma continuada, políticas públicas ou instituições deve, por imposição do artigo 12 do mesmo texto normativo, quando arquivado, deve este ato ser comunicado ao Conselho Superior do Ministério Público ou Câmara de Coordenação e Revisão (caso do Ministério Público Federal, por exemplo) para ciência. Aqui, ressaltamos uma preocupação específica quanto a *accountability* desses procedimentos no que se referem a políticas públicas e instituições em razão do seu alargado âmbito de alcance, tanto objetivo como subjetivo, que a nosso sentir deveriam ter seus arquivamentos submetidos a devida revisão pelo órgão ministerial com atribuição.

Contudo, de forma propositiva, entendemos que uma similitude que ambos os procedimentos (procedimento administrativo e inquérito civil) guardam não deveria remanescer, que é a previsão para prazo de conclusão do procedimento (artigos 9º da Resolução nº 23 do CNMP e 11 da Resolução 174 também do CNMP). Tal prazo que é de um ano para ambas as espécies de procedimento, podendo ser renovado sucessivamente por igual período por decisão fundamentada do presidente do procedimento não se coaduna, a nosso ver, com o procedimento administrativo destinado ao acompanhamento de políticas públicas. Isso porque ao revés do inquérito civil público que tradicionalmente se destina à apuração de um ato ilícito cometido por alguém, o que justifica um controle acerca da sua finitude de modo a resguardar o direito de terceiro de não ser investigado indefinidamente sem justificativa, não se verifica quanto ao procedimento destinado a acompanhar as políticas públicas, eis que estas se protraem no tempo, muitas são contínuas não guardando essa característica de finitude que esperamos de um inquérito civil público investigativo. Tal observação se faz no mesmo sentido daquele trazido no contexto do processo judicial estruturante: tem início, meio, mas é quase sem fim.

Assim, entendemos que esse procedimento administrativo cujo objeto é o acompanhamento de um política pública deve ser conduzido tendo por parâmetro as referências trazidas por Fiss (1979) quanto ao processo judicial estruturante, ou seja, envolve um relacionamento longo e contínuo entre o Ministério Público e os demais atores sociais que permeiam a política pública em acompanhamento devendo, nos limites constitucionais da sua atuação, participar das etapas de construção do

programa de ação com o objetivo de remover o mais preventivamente possível, uma condição que ameace os direitos fundamentais o que, com relação aos sociais, atrai a necessidade de fiscalização da política pública antecedente.

### **5.3 O Ministério Público e o controle das políticas públicas**

O termo comumente usado para a atuação do Ministério Público no deslinde de seus misteres, especialmente no que toca a garantia dos direitos fundamentais, é controle. Isso pois o controle existe e é de juridicidade. No pós-positivismo não cabe um controle de ordem jurídica literal apenas, mas sempre lida através do filtro constitucional. O que significa que todas as etapas do ciclo de políticas públicas as ações ou omissões do gestor público devem observar os princípios e regras do nosso ordenamento jurídico e serem destinadas a garantir os direitos fundamentais e o regime democrático. Bem, a garantia de direitos é o objetivo final de uma política pública, contudo, a atuação preventiva do Ministério Público nas políticas públicas, que aqui se preconiza, depende da sua contemporaneidade com o processo de formação dessa política, não somente fundada no controle de juridicidade, mas principalmente colaborativa, agregando participação social e elementos de informação, evitando uma intervenção meramente repressiva, quando ao final do ciclo ou mesmo sem este ter sido iniciado – caso de uma omissão injustificável – quando direitos já se encontram violados no seu núcleo essencial.

Entretanto, observada essa juridicidade inserida no contexto do regime democrático de formação de políticas públicas vemos que o restante é um espaço de atuação tradicionalmente de mérito administrativo, de desenvolvimento de função tipicamente executiva, de gestão pública, com amplo e devido espaço para a discricionariedade administrativa,. Isso, pois é nesse espaço que as opções ideológicas daquele agente político e seus representantes, eleitos em função dessa ideologia, se concretizarão. E essa discricionariedade, no que realmente se insere nesse âmbito, não é sujeita a controle.

Fonte (2015) traz critérios para a profundidade do controle judicial de políticas públicas. Sabemos que não é possível equiparar de forma plena a espécie de controle

exercido pelo Ministério Público com aquele exercido pelo Poder Judiciário já que este se insere no sistema de controle recíproco entre os Poderes da República e é dotado de coercibilidade, o que denota ainda maior rigor nos limites a esse controle. Já o controle ministerial é um controle externo, independente desses Poderes e quando extrajudicial, mesmo que destinado a evitar a judicialização da questão, é baseado no consenso. Mesmo assim, entendemos que os parâmetros apresentados pelo autor podem ser estendidos ao controle extrajudicial feito pelo *Parquet*, já que essa atuação, caso infrutífera, pode acarretar a judicialização da questão, buscando através de tutela jurisdicional a garantia de direitos, bem como eventual a sanção civil por ato de improbidade administrativa ou mesmo penal em decorrência da violação desses deveres.

Fonte classifica as políticas públicas em essenciais ou não essenciais conforme ligadas ou não ao mínimo existencial dos direitos fundamentais. Para o autor, são essenciais as políticas públicas ligadas a: a) prestações necessárias à manutenção da vida; b) o direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante e c) o direito à educação básica. A seção 2 desta dissertação aborda de forma mais completa o conceito de mínimo existencial, mas a título de facilitar a leitura neste momento, podemos resumi-lo como as condições básicas para uma existência digna, ou seja, diretamente vinculado com um dos nossos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) o que se coaduna perfeitamente com os itens citados por Fonte. A depender dessa essencialidade ou não, o autor estabelece parâmetros com amplitude diferente para esse controle.

As políticas públicas essenciais estariam sujeitas a um controle material e instrumental, controle material que abrange análise de suficiência e adequação, *standards* ligados aos princípios da proibição deficitária e da vedação do retrocesso. Com relação a essas políticas, a função institucional ministerial se perfaz nesse controle mais denso, já que inexistente discricionariedade em garantir ou não esse conjunto de direitos e a reserva do possível, chamada por Alexy de princípio da possibilidade financeira do estado, não é oponível, conforme exposto na seção 2, apesar de não poder se alienar da questão financeira, já que insumo material de qualquer política pública, ela não pode ser alegada como obstáculo para concretização de direitos desse mínimo. Fora dessa essencialidade, o controle deverá ser apenas o instrumental com deferência ao espaço de atuação discricionária do legislador (se a concretização da política tiver também uma base legal) e do gestor

(*loco* democrático principal dessa concretização). Para ilustrar esse controle instrumental, Fonte escolhe para apresentar como parâmetro três princípios constitucionais: a) isonomia; b) eficiência e c) transparência - mas deixa explícito que o princípio da legalidade é um controle óbvio de qualquer ação administrativa, ou seja, estaria inserido como um parâmetro de controle geral de qualquer política pública, essencial ou não.

Sobre o controle de legalidade em políticas públicas, Fonte (2015) afirma que deve haver uma vinculação aos conteúdos jurídicos já densificados pelo próprio constituinte ou legislador ordinário, com adoção do método interpretativo literal sempre que possível, devendo se optar pelo formalismo interpretativo evitando trazer para esse controle concepções morais ou valorativas, de modo a preservar a função político-social da Administração Pública, eis que esta é sujeita à responsabilidade política eleitoral. Essa postura mais restritiva quando ao âmbito do controle de legalidade pelo Judiciário deve ser estendida ao controle exercido pelo Ministério Público, principalmente no tocante as políticas públicas não essenciais. Esse controle se insere na heterovinculação da Administração Pública, que decorre de atos externos à Administração Pública como por exemplo a Constituição, leis e decisões judiciais num contraponto com a autovinculação, que é a vinculação decorre dos próprios atos e condutas da Administração onde entendemos se inserir as escolhas públicas compostas pelos respectivos atos de planejamento como veremos na subseção pertinente (OLIVEIRA, 2019).

Sobre isonomia, é limite da discricionariedade, tanto do legislador como da Administração Pública. Não se pode admitir políticas públicas que tratem iguais com desigualdade. Qualquer lei ou ato administrativo neste sentido é claramente inconstitucional, já que além de direito fundamental expresso no caput do artigo 5º da Constituição, são objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade justa (artigo 3º, I) e a redução das desigualdades sociais (artigo 3º, III) o que é frontalmente oposto a políticas públicas que promovam a desigualdade material.

Quanto a eficiência, já apresentamos um breve conceito na subseção 4.6.3 numa tentativa de densificar esse princípio tão controvertido, qual seja, um “agir mediante ações planejadas com adequação, executadas com menor custo possível, controladas e avaliadas em função dos benefícios que produzem para a satisfação do interesse público” (Pereira Jr. e Dotti, 2007, p. 189). Importante delimitar o conteúdo de eficiência com o qual trabalharemos, já que para avaliar se uma política é ou não

eficiente necessário saber o que é ser eficiente. E aqui mais uma vez tal discussão ganha profundidade não somente no que toca às políticas públicas não essenciais mas principalmente no que se refere às políticas públicas essenciais onde eficiente é o que garante o mínimo existencial e portanto permite um controle instrumental e material pelo Ministério Público, a ser perseguido em todas as fases do ciclo de políticas públicas, mas sem descuidar do respeito a mencionada discricionariedade do gestor público no que se refere as escolhas públicas hábeis a essa garantia.

A transparência é princípio constitucional que advém das regras do artigo 5º, incisos XIV e XXXIII e do princípio da publicidade previsto no artigo 37 caput, todos previstos na CRFB<sup>24</sup> que trazem o dever de publicizar informações a respeito da gestão pública em geral, visto que a existência de ampla informação de qualidade acerca dos processos de gestão pública são essenciais para o funcionamento do regime democrático. Especificamente com relação as políticas públicas, feita a escolha pública, a Administração deve estar apta a declinar suas razões de decidir, os objetivos que pretende alcançar e os mecanismos de mensuração do sucesso dessa política, municiando eventual decisão de controle, seja ele interno, externo, jurisdicional ou social. Apenas uma sociedade bem informada e no pleno gozo de seus direitos fundamentais pode participar de forma plena da vida política do Estado, o que inclui a formação das políticas públicas e a responsabilização política pelo descumprimento dos misteres constitucionais pelos gestores.

Ressalte-se que a desejada institucionalização do regime democrático impõe a transparência da gestão pública que além das previsões em sede constitucional descritas acima possui desdobramentos legais, como a Lei nº 9784/1999 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (artigo 50), Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12527/2011, artigo 5º) e a LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942 com redação dada pela Lei nº 13.655/2018), mais recente diploma legal acerca dessa necessidade de fundamentação dos atos e decisões das esferas administrativa, controladora e judicial, nos termos do seu artigo 20.

Assim, como agente de *accountability* e portanto defensor do regime democrático, o Ministério Público passou a ter um novo papel, que se acresce a mera

---

<sup>24</sup> XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

função de controle, principalmente no tocante a garantia dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, que é o de mediador social, que se insere no conceito de Ministério Público Resolutivo e para tanto deve atuar integradamente e em rede atuando como negociador e indutor de políticas públicas que observem a ordem jurídica e sirvam a garantir e proteger tais direitos se utilizando dos mecanismos de *accountability* já apresentados, em especial a capacidade de exigir resposta dos agentes públicos (*answerability*), já que este é o principal instrumento do Ministério Público no bojo do controle preventivo.

Ressalte-se que esse controle extrajudicial, destinado a evitar a indesejada – porém as vezes inafastável – judicialização das políticas públicas, se dá no bojo de procedimentos como os procedimentos administrativos e os inquéritos civis públicos onde o Promotor de Justiça com atribuição pode se valer de instrumentos das requisições de documentos, recomendações<sup>25</sup>, reuniões, audiências públicas<sup>26</sup> e termos de ajustamento de conduta<sup>27</sup> tem por finalidade a garantia do interesse social consubstanciando no recorte desta pesquisa na garantia de direitos fundamentais. Tais instrumentos não são dotados de coercibilidade direta e se utilizados com eficácia no que tange a cessação da violação dos direitos e reparação dos danos caso possível, tem por consequência o afastamento do interesse em agir na judicialização da questão.

Contudo, antes de passarmos ao estudo específico do controle ministerial no ciclo das políticas públicas, entendemos necessário uma exposição acerca da discricionariedade administrativa e deferência às escolhas públicas, eis que o desenho de uma atuação democrática pelo Ministério Público nas políticas públicas

---

<sup>25</sup> Recomendação é um meio extrajudicial pelo qual o Ministério Público expõe, através de ato formal e não diretamente coercitivo, suas razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão concreta para o fim de advertir e exortar o destinatário (ou recomendado) a que pratique ou deixe de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa incumbe ao *Parquet*. (MIRANDA, 2008, p. 379)

<sup>26</sup> Audiência pública é um mecanismo pelo qual o cidadão e as entidades civis (as entidades chamadas não governamentais) podem colaborar com o Ministério Público no exercício de suas finalidades institucionais, e mais especificamente, participar de sua tarefa constitucional consistente no zelo do interesse público e na defesa de interesses transindividuais [...] (MAZZILLI, 2015, p. 346)

<sup>27</sup> Termo de Ajustamento de Conduta é um termo de obrigação de fazer ou não fazer, tomado por um dos órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública ou coletiva, mediante o qual o causador do dano a interesses transindividuais (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, ordem urbanística etc.) se obriga a adequar sua conduta às exigências da lei, sob pena de cominações pactuadas no próprio instrumento, o qual terá força de título executivo extrajudicial. (MAZZILLI, 2015, p. 304)

perpassa por esses conceitos, sendo portanto necessário abordá-los, ainda que sucintamente.

#### 5.4 Da discricionariedade administrativa

Carvalho Filho aponta que a discricionariedade é um dos poderes administrativos, tais como o poder de polícia, o regulamentar, o normativo, o disciplinar, dentre outros. Através desse poder o administrador público, ou aquele que esteja do desempenho da função administrativa, escolhe, dentre opções possíveis e legítimas, a diretriz que pretende implementar. Assim, poder típico do Executivo com origem histórica no direito francês, como decorrência do princípio da separação das funções administrativa e judicial, com impacto mais marcante com ordenamento jurídico francês no período da Revolução Francesa. À época, a ideia era de impossibilidade jurídica do pedido, o Judiciário não poderia nem mesmo apreciar uma causa cuja litigiosidade residisse em aspectos do exercício da função administrativa.

Um marco dessa separação rígida é a Lei de 16-24 de agosto de 1790, consistente um código regulador das relações do Poder Judiciário com os demais poderes e nela havia o artigo 13, onde havia a previsão de que as funções judiciais e administrativas são distintas e deveriam permanecer separadas e os juízes não poderiam perturbar de qualquer forma as operações dos órgãos administrativos. Com isso os atos administrativos não poderiam ser apreciados pelo Judiciário, mas também não havia uma outra instância para essa revisão. Com a criação do Conselho de Estado, criou-se uma instância de jurisdição administrativa, já que cabia a esse conselho uma consultoria para a preparação de projetos de lei e também para a solução de litígios administrativos<sup>28</sup>, em que pese seu parecer não fosse vinculante para o Chefe de Estado (o que passou a ocorrer em 1872, quando se tornou órgão independente). Ressalte-se que no sistema francês, o Conselho de Estado é órgão

---

<sup>28</sup> <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000704777> – acesso em 19-04-2020. Date de publication : 24 août 1790. Loi dite des 16-24 août 1790. Article 13: Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

— Constitution du 22 frimaire de l'an VIII, article 52.

que existe até os dias de hoje, caracterizando a França como um país onde há uma jurisdição administrativa, atualmente com a função de decidir em última instância e rever o mérito das decisões dos Tribunais Administrativo controlando a legalidade das decisões, como instância de cassação, do Tribunal de Contas, do Conselho Superior da Educação Nacional e da Corte de Disciplina Orçamentária.

Assim, vemos na separação de Poderes, por si só, a institucionalização da discricionariedade administrativa, poder de exercer a função administrativa livremente, sem intervenção dos demais Poderes, limite clássico ao controle dos atos administrativos, conhecido como mérito administrativo, âmbito decisório conhecido como “zona cinzenta” ou “zona de incerteza” e regido por critérios de conveniência e oportunidade que não poderiam ser objeto de controle pelos outros Poderes, constituindo um núcleo insindicável dos atos da Administração Pública.

Essa insindicabilidade remonta às práticas administrativas autoritárias do Antigo Regime, fundadas na vontade do soberano e que segundo Otero (*apud* RIBEIRO, 2019) teriam sido em vez de limitadas pelo princípio da separação do Poderes, preservadas por ele, em decorrência da independência no exercício das funções pelos Poderes, que proporcionou uma “imunização” decisória do órgãos do Poder Executivo perdurando durante todo o Estado Moderno. Apenas no nosso atual Estado Contemporâneo – que tem por marco o início do século XX - a intangibilidade do mérito administrativo entrou em crise em razão do surgimento do neoconstitucionalismo onde os dogmas do o Direito Administrativo (e demais ramos do direito também) foram relidos sob a ótica dos princípios e regras constitucionais, tendo o sistema de direitos fundamentais e a democracia como vetores axiológicos da atuação da Administração Pública convergindo para a dignidade da pessoa humana, acarretando, por consequência a vinculação do conceito de interesse público à dignidade da pessoa humana e o estabelecimento de parâmetros principiológicos para o exercício da discricionariedade administrativa.

Partindo de uma leitura constitucional do princípio da separação de Poderes, vemos que o poder discricionário não é de exercício livre, eis que só existe onde não há disciplina legal estrita (*lato sensu*) e deve ser exercido com razoabilidade e proporcionalidade, de modo a atender os princípios constitucionais da Administração Pública.

Esse espaço decisório a ser preenchido pela ação do gestor, inserido onde não há disposição legal acerca do tema ou no que a própria lei expressamente aponta

que se trata de matéria a ser decidida de forma regional, local, é o âmbito desse poder discricionário. Ou seja, não há exercício legítimo do poder discricionário em violação a preceitos constitucionais, legais, regulamentares (com força vinculante) ou mesmo através de uma omissão administrativa que resulta em violação de direitos. O gestor público que deixa de adotar medidas necessárias para a garantia de direitos constitucional ou legalmente garantidos também não age sob esse poder discricionário, eis que viola direitos de forma indireta. Assim, extrapolado o âmbito da discricionariedade administrativa, a Administração Pública deve se submeter ao controle por parte dos demais Poderes e pelo Ministério Público.

Além do respeito aos preceitos constitucionais e legais na ação e omissão da Administração, os atos exercidos sob o poder discricionário se submetem ao binômio conveniência e oportunidade, que, devemos enfatizar, tem por parâmetro o interesse público e não o interesse da Administração Pública (secundário) ou mesmo do gestor público. Por conveniência temos um ato que satisfaz o interesse público e por oportunidade o momento adequado para a satisfação desse interesse (GASPARINI, 2005). E mesmo esse âmbito de conveniência e oportunidade, em que pese deva ser o reduto de maior liberdade no exercício da função administrativa, não pode se afastar das esferas de controle, extrajudicial e judicial, no que entendemos muito valorosa a contribuição de Fonte com os parâmetros de controle judicial apresentados na subseção anterior, onde, a depender da essencialidade da matéria envolvida, caberia um controle material e instrumental ou apenas instrumental.

Medauar (2018, p. 128) traz uma tipificação dos atos discricionários indicando quatro espécies: a discricionariedade de iniciativa, a discricionariedade de gestão interna, a discricionariedade tática e a discricionariedade técnica, sendo esta última de total pertinência com o tema do controle das políticas públicas, como veremos a seguir.

A discricionariedade de iniciativa compreende “a competência para criar novos viços, promover atividades públicas, adotar medidas de fomento e de assistência”. A discricionariedade de gestão interna “diz respeito a decisões cotidianas, direcionadas principalmente à estruturação dos órgãos, à ordenação dos serviços, aos procedimentos”. A discricionariedade tática designa a liberdade na adoção rápida de medidas eficazes ante situações de fato que assim exijam”. Por fim, aduz que a discricionariedade técnica, é aquela a “partir da qual se permitiria a escolha da decisão segundo critérios técnicos ou científicos”.

As três primeiras espécies de discricionariedade são intimamente ligadas a atividade da gestão pública propriamente dita, eis que se referem, de modo geral, a escolha dos meios e modos mais eficazes e oportunos para realizar o interesse público, a tão falada conveniência e oportunidade do mérito administrativo. Contudo, o mesmo não podemos falar da discricionariedade técnica, já que, a depender do grau de influência dos princípios jurídicos na instituição das regras técnicas, nem mesmo haveria espaço discricionário – existindo esse apenas quando houvesse um espaço normativo permeado por princípios permitindo uma contextualização jurídica (RIBEIRO, 2019). Assim, no tema em que só exista uma resposta estritamente técnica, não há espaço para o mérito administrativo e a observância pelo gestor público dessa norma técnica imperativa deve ser objeto de controle, extrajudicial principalmente, onde um ambiente mais dinâmico e mais com maior espaço para participação externa sem as amarras que o rito processual impõe, proporciona um cenário onde podem ser trazidas para debate os *experts* necessários a fiel compreensão das normas técnicas a todos os interessados permitindo a formação de uma política pública adequada e suficiente ao fim que se destina.

### **5.5 Da deferência às escolhas públicas precedidas de planejamento**

A teoria da deferência tem origem conhecida no caso Chevron nos Estados Unidos, que estabelece critérios para possibilidade de uma decisão judicial rever uma decisão administrativa, que seriam a existência de uma delegação legislativa dando espaço para essa decisão e que essa decisão se insira dentro de um âmbito de interpretação possível das normas (SUNSTEIN e VERMULE, 2003). Fato é que a indeterminação desses critérios abre um leque enorme de discussões acerca de como seria essa delegação e o que seria uma interpretação possível, razoável, o que escapa a esfera desta pesquisa. Contudo, essencial, pois fixa a noção de que as escolhas administrativas devem ser objeto de deferência pelo Poder Judiciário que não pode revê-las se possuidoras desses atributos.

No Brasil, a blindagem das escolhas administrativas discricionárias era um modelo de deferência anterior a Constituição de 1988 associado ao sujeito, ao autor das escolhas, no caso o Estado. No âmbito não disciplinado por lei as escolhas caberiam ao Estado-gestor e ele poderia fazê-las livremente, baseado fortemente na competência que este sujeito teria para exercer tais opções. Assim, deferência que tem por sentido semântico, procedimento que encerra consideração e respeito<sup>29</sup>, tinha esse conteúdo, de intangibilidade das escolhas feitas no exercício do poder discricionário pelo Estado.

Com a promulgação da Constituição e o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, tal blindagem subjetiva não é mais possível e com isso os parâmetros para deferência também sofreram uma releitura já que a democracia, nosso regime constitucional de governo, tem sim esse aspecto subjetivo, de legitimidade do representante eleito para a adoção das medidas de gestão do Estado, mas há um aspecto de substancialidade a ser observado, que é a observância pelo Estado (por todos, na verdade) dos princípios e regras constitucionais. Portanto, o conceito atual de deferência não pode ser tão amplo, eis que há no texto constitucional parâmetros materiais para atuação da Administração Pública, permitindo e até mesmo demandando que as esferas de controle, interno e externo, examinem a atuação da gestão pública, mesmo no âmbito do exercício do poder discricionário, onde a deferência não pode significar um arbítrio estatal.

Por outro lado, a retirada dessas escolhas do seu *loco* original com a transferência para o Poder Judiciário ou outros órgãos de controle como o Ministério Público, que é o sujeito principal do nosso trabalho e os Tribunais de Contas, que atualmente também atuam na fiscalização das políticas públicas<sup>30</sup>, também não é salutar ao desenvolvimento das políticas públicas. Valle (2020, p. 116) afirma nesse ponto, que “a virtude, como se sabe, não repousa nos extremos”, devendo o conceito de deferência se situar no meio do caminho. Ao mesmo tempo que a liberdade de escolha do administrador sem que seus atos se submetam às esferas de controle se mostra arbitrário e contrário ao que preconizam os valores democráticos da nossa Constituição a transposição das escolhas públicas, com as correspondentes

---

<sup>29</sup> <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/defer%C3%A2ncia/>> Acesso em 12 jun. 2020.

<sup>30</sup> <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/repp-2019-identifica-lacunas-na-formulacao-de-17-politicas-publicas.htm>> Acesso em 12 jun. 2020.

avaliações de conveniência e oportunidade, para as estruturas de controle se mostra igualmente antidemocrático. A partir daí, a autora pontua necessário afastar as escolhas puramente subjetivas independentemente se adotadas pela Administração Pública ou pelos integrantes do sistema de controle e releer o conceito de deferência como sendo o respeito às escolhas administrativas antecedidas do dever de planejamento, devendo esse recorte - antecedidas do dever de planejamento - conduzir a sindicabilidade das escolhas públicas.

Valle (2020, p. 118) conduz sua exposição indicando que deferência se “aplica numa prática orientada ao diálogo, desenvolvido a partir de uma dialética entre Administração Pública e agentes de controle presidida por argumentos objetivos e conhecidos” sendo portanto essencial a identificação e publicização da racionalidade que antecede à escolha e que tal racionalidade seria o resultado da observância ao dever de planejamento. Com base nesse conceito de deferência a autora propõe três desdobramentos com relação a função judicante, mas que entendemos possa ser estendido às demais instâncias de controle substancial da política pública, onde se insere o Ministério Público por missão constitucional: a) impõe que o controlador conheça os termos da escolha administrativa; b) preconiza que o controlador se dedique a aferir se tal escolha está sendo executada conforme planejada e caso negativo, quais os motivos para as modificações ocorridas e c) determina que o agente controlador ao impugnar a escolha feita exerça esse mister de forma dialética para com as razões oferecidas pela Administração Pública ao justificar a opção feita.

Assim sendo, entendemos que deve haver um controle acerca da existência de um planejamento prévio pela Administração Pública das suas ações, o que é especialmente relevante no que se refere as políticas públicas, que são um encadeado de ações destinadas a garantia de direitos através de insumos materiais e humanos com impacto orçamentário e financeiro, e que por essa natureza, tem seu sucesso vinculado diretamente a esse planejar. Ainda, que as instâncias de controle devem se dedicar a aferir se a execução da política está ocorrendo conforme o planejado e caso negativo, deve ser esclarecido pela Administração as causas da mudança de rumo, que também deve ser precedida de prévio planejamento. Por fim, mandamental a exposição e publicização das razões que embasam determinada escolha pública planejada pela Administração. Desta feita, caso inexistente ou deficiente tal declinação de elementos de convicção administrativa tal fato também se insere no âmbito das instâncias de controle.

Em síntese, para a existência de um controle deferente com as escolhas públicas é indispensável a existência de um planejamento prévio, fundamentado e com ampla publicidade de toda a racionalidade por detrás da escolha, o que se aplica de forma contundente na atuação ministerial no ciclo das políticas públicas, ao que passamos a demonstrar.

## **5.6 As especificidades do agir ministerial nos estágios do *policy cycle***

Após apresentarmos nos capítulos anteriores a estrutura da política pública, como um ciclo, dinâmico com fases que se retroalimentam e o papel do Ministério Público na garantia de direitos, onde temos os sociais como os resultados (*out come*) desejados de uma política pública, podemos concluir que não há como se atuar de modo eficiente na proteção desses direitos sem que haja uma intervenção durante todo o ciclo de formação da política e não apenas nas etapas finais (implementação e avaliação), onde já houve o gasto de recursos públicos, o dispêndio de tempo e por consequência maior violação de direitos, tudo em decorrência de política, ou mesmo uma avaliação negativa referente a inexistência de iniciativa do ciclo, em razão de uma injustificada omissão do gestor público em inserir determinada política na agenda formal, ou mesmo na agenda política daquele governo.

Contudo, como já vimos, o tema 'políticas públicas' em que pese juridicizado pelo texto constitucional tem origem no ramo da ciência política. Assim, não há como se abordar o agir no ciclo de políticas públicas apenas pelo prisma jurídico, eis que seus elementos são construídos por conceitos do ramo da ciência política. Assim, vemos em Lasswell um ponto de partida para essa interseção direta entre direito e ciência política que acompanhará toda esta subseção, especialmente no seu texto "Orientación hacia las políticas", que denota o papel da ciência política no estudo das políticas públicas ressaltando sua transversalidade com outras áreas da ciência.

Para o referido autor, o estudo das políticas públicas foi evoluindo de modo a alcançar uma orientação que atravessa todas as especialidades científicas e tal orientação possui uma dupla dimensão: uma parte dessas especialidades se interessa pelo processo da política em si, buscando desenvolver a ciência da formação e

execução das políticas através dos instrumentos das ciências sociais e da sociologia, e a outra parte de dedica ao aprimoramento do conteúdo da informação disponível aos atores das políticas públicas, o que ultrapassa os limites científicos das ciências sociais e de sociologia (LASSWELL, 1996).

E assim, podemos observar a dimensão da missão imposta ao Ministério Público quando o texto constitucional lhe atribuiu o dever de proteção dos direitos fundamentais sociais (e não somente eles, mas este é o recorte do nosso trabalho) e percebemos que para uma intervenção ministerial capaz de dar cumprimento à essa missão, é inevitável o conhecimento do funcionamento do ciclo das políticas públicas, suas fases, seus atores e com relação a uma política específica, além desse conhecimento geral, necessário possuir conhecimento específico da área temática em que se insere a política, em especial no tocante ao controle do âmbito da discricionariedade técnica, caso se entenda necessário aferir a correção técnica de alguma escolha pública, já que a ninguém se pode esperar o domínio de todas as áreas da ciência, ressaltando em importância a interação com atores sociais com *expertise* temática ou mesmo podendo se valer do conhecimento técnico de *experts* que integrem o corpo institucional.

Lasswell (1996) aponta expressamente a necessidade de se cultivar a prática de pensar o passado e o futuro como partes de um contexto e fazer uso de modelos de desenvolvimento que sirvam como instrumentos para explorar o fluxo dos eventos no curso do tempo. Esse dever de previsão devidamente inserido num contexto representa a indispensabilidade de um planejamento devidamente contextualizado no âmbito orçamentário, político, geográfico, climático, de aderência social, com prévio diagnóstico dos elementos que compõe o contexto situacional de uma política bem como da dimensão qualitativa e quantitativa das formas (caso haja mais de uma opção) de interferência externa no contexto existente (inputs) de modo a compor esse planejamento e proporcionar uma adequada e suficiente escolha pública capaz de ser implementada e de produzir os resultados previstos medidos através de indicadores hábeis a demonstrar essa produção.

Com já visto anteriormente, nesse ciclo de formação de políticas públicas temos: a montagem da agenda, a formulação de políticas, a tomada de decisão política, a implementação de políticas e avaliação de políticas. Esse é um desenho do ciclo com uma sequência lógica e didática das etapas. Mas, como também já dito, na

prática não existe uma sucessão linear de etapas bem delimitadas, havendo, mesmo no desenrolar de políticas bem desenhadas, uma retroalimentação entre as etapas.

Essa retroalimentação, também chamada de *looping* de retorno pode ocorrer em vários momentos do ciclo, como por exemplo, após a tomada de decisão se segue a implementação da medida escolhida (*input*) com avaliação parcial dos produtos produzidos (*outputs*) e dos resultados criados (*outcomes*) que se não satisfatórios, tal informação retroalimenta a fase de tomada de decisão, acarretando a quebra da linearidade do ciclo como apresentado pelos autores de ciência política (OLIVEIRA, 2013), a partir do que podemos perceber que quanto melhor o diagnóstico prévio possibilitando um planejamento adequado de todos os elementos e fatores possíveis de se prever no contexto da formação da política pública, reduz-se a quantidade de *loopings* de retorno, com incremento de eficiência.

Deste modo, a atuação extrajudicial do Ministério Público nesse ciclo constitui o exercício das suas missões constitucionais e é também limitada por eles integrada principalmente pelo exercício do primeiro mecanismo de *accountability*, que é a capacidade de exigir resposta do Poder Público (*answerability*) ao cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais proporcionando mas não descuidando também de proporcionar os meios para o devido *enforcement* em caso de descumprimento, por via política ou judicial – esta já fora do âmbito desse trabalho. Assim, interage com os atores sociais presentes no ciclo de formação de políticas públicas como instituição formalmente integrante do Estado e agente de *accountability* (horizontal e vertical).

Ressalte-se que o controle de juridicidade das ações ou omissões governamentais permeia todo o ciclo das políticas públicas, nos limites trazidos anteriormente e portanto não será objeto de abordagem de modo específico nas subseções abaixo que tratarão das ações ministeriais pertinentes a cada etapa do ciclo, eis que sobre esse controle de juridicidade e seus limites já dedicamos extensos argumentos nas linhas que antecederam o presente momento.

Assim, passemos então a análise do ciclo de políticas públicas propriamente dito, com um cotejo entre as possibilidades de atuação extrajudicial do Ministério Público no âmbito do controle preventivo, etapa a etapa do ciclo, cuja extensão dessa atuação terá por parâmetro principal os critérios de controle de políticas públicas apresentados por Fonte, que variam conforme trata-se de uma política pública essencial ou não aliados com a maior ou menor extensão do exercício de discricionariedade administrativa existente em cada etapa.

### 5.6.1 Atuação na fase da montagem da agenda

A inclusão de um problema na agenda formal do governo é o primeiro passo para o desenvolvimento de uma política pública bem estruturada destinada a produção de resultados que o solucionem, a curto, médio ou longo prazo.

Na seção 3, trouxemos os três tipos de agenda, a política, a da mídia e a formal, bem como a forma de ingresso nessas agendas que depende da interação dos atores sociais com as janelas de oportunidade que se abrem. Como vimos, da classificação dos atores sociais trazida por Howlett, Ramesh e Perl (2013) não é possível encaixar o Ministério Público com perfeita adequação, eis que não é ator político eleito, mas também não se enquadra na descrição de “burocracia”, já que não atua em auxílio ao Poder Executivo na execução direta da política pública, não sendo também possível inseri-lo perfeitamente como público, em que pese muitas vezes atuar como representante da sociedade, não é o destinatário direto da política, consistindo o desenho desse papel no objeto desta pesquisa, conforme podemos observar até este ponto.

Assim, sua interação com as janelas de oportunidade se dá na intermediação entre os atores políticos e os demais, onde no reforço da participação social (sentido amplo) auxilia no acesso de determinados grupos sociais aos agentes políticos responsáveis pela montagem da agenda ou no papel de tradicional de fiscal da ordem jurídica, onde a inserção de determinado assunto na agenda formal decorra de uma imposição constante da ordem jurídica.

Assim, como agente de *accountability* e imbuído do dever de proteção da ordem jurídica deve ter a profundidade da sua atuação em políticas públicas guiada por dois parâmetros, já apresentados neste trabalho, qual seja, a essencialidade ou não da política em questão. No caso das políticas públicas essenciais, eis que vinculadas a efetividade do mínimo existencial, devemos aliar duas formas de atuação pelo Ministério Público no que se refere ao *agenda setting*: a atuação diretamente destinada a apurar uma omissão injustificada por parte da Administração Pública sobre uma inserção de determinada questão essencial na agenda formal do governo (já que como tal foram inseridas na agenda política do governo por determinação

constitucional ou legal) - e por consequência adotar as medidas pertinentes para garantir esta inclusão - e uma atuação mediadora através da intermediação entre os demais atores sociais relacionados com esses direitos, fomentando e induzindo a participação destes nesse relevante momento de interlocução inicial com o Poder Público com relação a determinado tema, eis que é com a inserção na agenda formal que se possibilita a abertura do ciclo de formação da política pública. Em ambas as formas de interação com o *agenda setting*, estamos no modelo de iniciação externa, apresentado na Seção 3 deste trabalho.

Ressalte-se que com relação aos direitos fundamentais relacionados ao mínimo existencial, não há espaço para a atuação discricionária do gestor – no que diz respeito a inserir o assunto na agenda formal ou não. Valle (2016, p. 69) aduz que “a inação absoluta, onde se tenha heterovinculação, é por si só evidenciadora de um estado de coisas inconstitucional, que pode exigir a respectiva intervenção controladora”<sup>31</sup>. Outrossim, políticas públicas definidas por lei também minam esse espaço de escolha do gestor, que o exercerá dentro do permissivo legal. Nesse ponto, o exercício do dever de fiscalização pelo Ministério Público se dá em decorrência do dever de proteção da ordem jurídica (controle de legalidade) e por consequência do regime democrático, já que garantir efetividade das opções feitas pelos representantes eleitos quanto ao mínimo existencial dos cidadãos é essencial para a institucionalização da democracia.

Fora do âmbito das políticas públicas essenciais e daquelas cuja existência são determinadas por lei (*lato sensu*), cabe a Administração Pública montar sua agenda formal, mas sem descuidar da observância do princípio da isonomia quando da montagem da agenda, devendo declinar as razões de eleição de determinado grupo a ser favorecido de modo a viabilizar amplo controle social e também pelo Ministério Público e outras instituições no âmbito das suas atribuições, dessa isonomia (formal e principalmente substancial).

Quanto ao papel de facilitador, mediador, o *Parquet* tem na sua Ouvidoria o principal instrumento para a recepção das demandas dos atores sociais. Todas as unidades do Ministério Público do Brasil possuem uma Ouvidoria instalada e em

---

<sup>31</sup> Aqui cabe a ressalva de que para Valle a heterovinculação decorre exclusivamente das normas constitucionais, um sentido mais restrito do que o apresentado por Oliveira linhas acima, mas que se encaixa perfeitamente no contexto do mínimo existencial, que possui fundamento constitucional.

funcionamento<sup>32</sup> e através dela recebem notícias de fato de quaisquer matérias, anônimas ou não, que vão diretamente para a análise do órgão ministerial pertinente. Esse canal, bem como outros que se destinam a mesma finalidade, como o atendimento ao público em geral, pode ser usado por qualquer cidadão, associação, sindicato, organização da sociedade civil ou órgãos de controle social que deseje uma intervenção do Ministério Público.

Referente ao âmbito das políticas públicas, recebida uma notícia acerca da violação de direitos fundamentais necessário se faz avaliar a possibilidade de identificação e delimitação da demanda e sua aptidão para compor algum interesse social que possa ser objeto de alguma política pública, não consistindo em mero desejo individual, isolado, inapto a ser inserido na agenda formal do governo em razão da ausência das características da impessoalidade, isonomia, e eficiência, ínsitas a atividade da gestão pública.

Em sequência, inicia-se o mencionado papel de mediação da referida instituição através dos procedimentos investigativos dos quais pode fazer uso, levando a demanda recebida ao conhecimento do gestor público, de modo que ele se manifeste, justificadamente, acerca da sua inserção ou não em sua agenda formal, ou até mesmo, caso já esteja inserida ou seja parte de um política pública em andamento que se identifique se há alguma omissão ou falha na política que possa ter causado a violação de direito trazida à baila<sup>33</sup>.

O declínio das razões acerca da inserção de determinada questão na agenda formal do governo é essencial ao *accountability* da gestão pública e portanto cabe ao Ministério Público exigir essa fundamentação de modo que possa analisar a juridicidade da resposta positiva ou negativa e os atores sociais interessados na solução daquele problema possam contraditar, diretamente ou através do próprio Ministério Público, as informações prestadas no exercício dessa *accountability*, com a adoção das medidas de responsabilização política que forem cabíveis.

Além de servir de um canal direto de recebimento de denúncias acerca de violações de direitos, cabe também ao Ministério Público agir de modo a incentivar a criação de ouvidorias efetivas nos órgãos públicos e a incrementar a participação

---

<sup>32</sup> <<https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-ouvidorias>> Acesso em 12 jun.2020.

<sup>33</sup> Aqui já vemos um exemplo claro de retroalimentação do ciclo onde uma demanda originalmente destinada a inserir na agenda formal um problema a ser tratado pela gestão pública pode indicar uma falha de diagnóstico, planejamento, implementação numa política pública em andamento.

social direta na formação da política pública de modo geral, não apenas no *agenda setting*, já que tal ampliação está intimamente vinculada com a desejada institucionalização da democracia.

Ademais, ainda relacionado com a fase da formação de agenda, mas que como veremos trata-se de elemento indispensável em todas as fases deste ciclo, é indispensável o fomento à construção de canais de disseminação de informação de qualidade, sem as quais qualquer manifestação cidadã acerca da necessidade de inserção de determinado assunto na agenda formal do governo pode estar viciada *ab initio*. Por outro lado, sem ampla informação acerca dos elementos que compõem processos políticos de formação de políticas públicas, como diagnósticos prévios, recursos orçamentários e financeiros disponíveis, insumos humanos e materiais a serem consumidos na política em questão e critérios e indicadores a serem usados como balizas para a medição dos produtos e resultados da política pública e principalmente sem a indicação da racionalidade da decisão de inserir ou não inserir na agenda determinada questão, inviável o controle efetivo acerca de uma omissão injustificada do Poder Público em inserir questões na agenda formal do governo indispensáveis à proteção de direitos fundamentais no seu núcleo essencial, o que pode acarretar uma judicialização precoce e até mesmo injustificada nessa fase tão inicial.

Saliente-se que mesmo aqueles mais reticentes com relação à atuação do Ministério Público em todas as etapas do ciclo de políticas públicas, como por exemplo Coelho e Kozicki que em seu artigo “O Ministério Público e as Políticas Públicas: Definindo a Agenda ou Implementando as Soluções?” afirmam expressamente não ser possível o Ministério Público como um formulador ou um implementador de políticas públicas, mas adequada a atuação ministerial nos dois primeiros momentos do *policy cycle*, ou seja, nas fases de percepção e definição de problemas e de agenda setting, pois são nessas fases iniciais que a mediação realizada pela instituição consegue chamar atenção para o problema específico (COELHO e KOZICKI, 2013).

### **5.6.2 Atuação na fase da formulação de políticas**

Nesta etapa do ciclo os esforços se concentram para a formulação de um, ou mais de um, curso(s) de ação acerca de um problema que entrou na agenda formal do governo com a identificação e determinação das possíveis soluções para os problemas políticos. É o momento de criação das opções de solução para o problema e esse espaço é primordialmente para o exercício do poder discricionário do gestor. Aqui, o âmbito da atuação ministerial deve ser reduzido ao estrito controle de juridicidade desse processo de formulação de políticas (eis que este sempre deve ser feito) com foco na indução e fomento da produção de diagnóstico suficiente de modo a embasar um ou mais planejamentos de políticas públicas a serem submetidas a próxima etapa, que é a tomada de decisão. Assim, o tom que deve prevalecer na intervenção ministerial nesta etapa é de fomento e de mediação.

Como exposto na Seção 3 deste trabalho temos quatro fases nesta etapa do ciclo: a apreciação, o diálogo, a formulação e a consolidação (THOMAS, 2001, *apud* HOWLETT, RAMESH e PERL 2013). A apreciação do problema é a fase onde o diagnóstico acerca do objeto da política pública em formação, se já não existe, deve ser bem construído, eis que ele é a base do planejamento. Neste sentido, pertinente o fomento da produção de um diagnóstico situacional adequado, que leve em consideração todos os elementos pertinentes e existentes no momento, incentivando a interação entre o Poder Público e os demais atores sociais, especialmente aqueles que podem contribuir com a produção do devido diagnóstico situacional do problema como a classe dos *think tanks* e organizações de pesquisa e *experts* e consultores acadêmicos de políticas públicas.

Neste sentido e caminhando na vertente do Ministério Público Resolutivo, onde a proatividade institucional na busca da resolução das questões que se lhe apresentam é uma característica essencial, inerente ao princípio da eficiência ao qual também se submete o *Parquet*, muito salutar se mostra as iniciativas de colaboração direta através do fornecimento à gestão pública de diagnósticos produzidos pelas equipes de pesquisa e tecnologia da informação do próprio Ministério Público, a exemplo do que foi feito pelo MPF através do seu atual Projeto Conexão Água. Neste, a produção de mapeamento dos desafios da questão hídrica é um dos seus produtos, que tem como atores não somente membros do Ministério Público, mas também membros do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas da União, da academia, do setor empresarial, ONG's, gestão pública e privada relacionadas à água, meio ambiente,

saúde, saneamento, entre outros<sup>34</sup>. Ressalte-se que o Projeto Conexão Água possui grande dimensão e se faz presente durante todo o ciclo da política pública da gestão hídrica, não apenas nessa etapa.

Outro exemplo dessa atuação colaborativa nessa etapa da formulação de políticas foi capitaneado pelo Ministério Público de Santa Catarina<sup>35</sup>, que colocou à disposição da Administração Pública Estadual seus painéis de análise de dados e produção de diagnósticos visando auxiliar a gestão.

Tal postura de colaboração direta tem especial relevância se tivermos em mente que, com relação a políticas públicas essenciais, a demora representa, no cenário menos gravoso, a submissão de cidadãos a condições indignas de vida, e no cenário mais gravoso, a morte de pessoas em razão do não acesso ao mínimo existencial.

Na fase do diálogo, essencial atuar no fomento aos canais de participação social, proporcionando que haja, organizadamente, uma forma de interação da sociedade civil com os agentes públicos (políticos ou burocracia) nesse momento de formulação das possibilidades de políticas públicas. Neste ponto, o Ministério Público deve atuar intermediador propriamente dito, de modo a coordenar e viabilizar um alcance efetivo (consistente em falar e ser ouvido) dos demais atores sociais, já que nesta etapa do ciclo é interessante cogitar das sugestões para solução dos problemas por parte daqueles que serão ou já são diretamente afetados pela questão, ou daqueles não tem relação direta com a questão mas desenvolvem algum trabalho ou estudo acerca da matéria e podem colaborar tecnicamente de alguma forma.

Em sequência, coletadas as propostas para solução da demanda constante da agenda formal do governo, cabe ao agente político, em conjunto com o seu corpo burocrático, construir um, ou mais desenhos de políticas públicas viáveis, com base no diagnóstico e nas sugestões apresentadas até então. Esse é o momento do planejamento, base de qualquer política pública bem estruturada e um dos grandes desafios sobre a estruturação do planejamento de uma política pública – e das demais etapas do seu ciclo - é a transversalidade temática que envolve no mínimo o campo

---

<sup>34</sup> O Projeto Conexão Água - Gestão de Comunicação e Rede Digital para a Governança e Sustentabilidade foi aprovado pela Portaria PGR/MPF nº 636, de 9 de julho de 2018 (DMPF-e nº 129/2018, publicada em 11.07.2018). [http://conexaoagua.mpf.mp.br/arquivos/documentos-do-projeto/conexao\\_agua/05-2018-07-portaria-636-de-9-7-18.pdf](http://conexaoagua.mpf.mp.br/arquivos/documentos-do-projeto/conexao_agua/05-2018-07-portaria-636-de-9-7-18.pdf)

<sup>35</sup> <https://www.mpsc.mp.br/noticias/pgj-coloca-paineis-de-diagnosticos-a-disposicao-do-governador-eleito-para-auxiliar-em-politicas-publicas> - acesso em 24 de maio de 2020

jurídico, as especificidades técnicas do âmbito do direito envolvido e a ciência política que trata dos mecanismos e instrumentos metodológicos acerca da formação estrutural da política pública. Assim de modo a nortear quais seriam esses elementos mínimos para um planejamento eficiente, já que o devido planejamento é necessário para justificar a necessária deferência as escolhas públicas e uma ineficiência neste momento irá se refletir em violações de direitos mais a frente, devemos buscar nos autores de ciência política as diretrizes para essa atividade.

Lasswell (1996) quando apresenta seu entendimento acerca do estudo sobre políticas públicas, aponta a existência de duas dimensões desse estudo: numa haveria o interesse pelo processo da política e a outra parte pelas necessidades da inteligência desse processo e que se desejamos melhorar a racionalidade do processo político deveríamos dar a “função inteligência” um especial espaço de estudo. Em sequência afirma que a “qualidade da função de inteligência depende da capacidade de antecipar exitosamente as necessidades de uma política antes mesmo que estas tenham sido amplamente reconhecidas ressaltando aqui a relação entre o aprimoramento do processo de formação da política pública com um planejamento adequado.

Assim, temos como norte da atividade de planejamento uma avaliação *ex ante* da política pública, composta - mas sem imposição do uso de todas - pelas capacidades de predição (proposta teórico-dedutiva, partindo de axiomas para prever resultados), projeção (proposta empírico-indutiva partindo de fatos passados e atuais para também prever resultados) e conjectura (juízos de valor decorrentes da experiência dos profissionais da burocracia) na formulação do programa de ação.

Kingdon (2003) que em qualquer sistema de seleção de ideias (soluções) deve haver um padrão referente a elementos que são comuns a todos e é nesse sentido que especialistas atuam desenvolvendo um modelo de direcionamento adequado para a política pública onde se incluem as características técnicas que constituem a viabilidade de uma proposta de solução, bem a previsão das consequências da proposta formulada caso ela seja escolhida para avançar nas etapas seguintes da arena política. Esse conceito de viabilidade, também inclui uma avaliação acerca dos custos da proposta, inclusive no caso de haver uma limitação de orçamento, da aceitação pelo público e pelo tomador de decisão. Uma proposta que não atenda a esses critérios de modo satisfatório não deve ser considerada, ou

seja, levada adiante no processo de formação da política pública, devendo ser revisada ou combinada com algum outro elemento.

Neste sentido, temos elementos interrelacionados e que devem fazer parte do planejamento, pois que representam a estruturação mínima da política pública, tais como: a identificação dos insumos necessários a sua implementação o que está intimamente relacionado com a fixação das metas dessa política que por sua vez estão relacionadas com os indicadores que serão usados para medir o alcance ou não dessas metas. Igualmente relevante são as atividades de mensurar recursos necessários e seus impactos financeiros-orçamentários e a de criar metas possíveis e indicadores hábeis a medi-las.

Valle (2016) afirma que o dever de planejamento só se terá por observado a partir de uma explicitação dos recursos financeiros que se pretende destinar ao custeio de determinado programa de ação e de todo o conjunto de elementos que compõe esse processo de programação da ação estatal. Tão relevante a relação entre os programas de ação e seus custos que os três instrumentos legais referente ao orçamento da Administração Pública estão previstos na Constituição da República na seção “Dos Orçamentos”, sendo dois deles específicos sobre planejamento de diretrizes, objetivos e metas, quais sejam o Plano Plurianual<sup>36</sup>, e a Lei de Diretrizes Orçamentárias<sup>37</sup> (artigo 165 caput e §§1º, 2º CRFB). Ainda, o mesmo artigo ainda traz o terceiro instrumento orçamentário - a lei orçamentária anual – informando que se deve ater a previsão de receitas e despesas e ser compatível com o plano plurianual e logicamente com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, dotando recursos orçamentários aos programas de ação governamentais. Disso podemos concluir que a atividade de planejamento governamental orienta a construção do orçamento anual e este é o referencial de custo estimado para os programas do governo em determinado exercício.

Assim, considerando que o orçamento público é, em última análise, a concretização do princípio da reserva do possível, cabe ao Ministério Público atuar na fiscalização do devido planejamento e execução orçamentária de modo que o orçamento seja instrumento de concretização de direitos e não um obstáculo.

---

<sup>36</sup> Competente para as despesas de capital e outras delas decorrentes e aos programas de duração continuada.

<sup>37</sup> Destinada a prever e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientando a elaboração da lei orçamentária anual.

Neste íterim, vemos que o momento da formulação das possibilidades de políticas públicas é de intensa coordenação das necessárias interações entre atores sociais políticos e sua burocracia de modo a avaliar as propostas de soluções que aportaram à Administração Pública e com isso desenhar os programas de ação possíveis para o problema objeto de apreciação.

Contudo, devemos nos atentar para o fato de que o neoconstitucionalismo através da sua proposta de filtragem constitucional preconiza que as ações planejadas devem estar funcionalmente direcionadas à concretização dos resultados desejados pelo texto constitucional. Assim, em que pese ser um momento muito próprio do mérito administrativo, feriria a efetividade do controle preventivo das políticas públicas, se, percebendo algum vício de planejamento que implicasse em uma ilegalidade ou disfuncionalidade evidente do programa de ação desenhado, o Ministério Público se alijasse da sua função de fiscal da ordem jurídica onde se inclui a observância ao princípio da efetividade, deixando de alertar tal fato ao gestor público através dos instrumentos que tem à disposição, mas com o respeito à necessária discricionariedade administrativa que permeia essa etapa.

Destarte, nesse ponto da formação da política pública, a atuação ministerial deve ser principalmente de colaboração através de reuniões e expedição de recomendações, instrumentos que permitem o exercício dessa postura colaborativa, adequado para que se possa alertar o gestor público acerca de possíveis vícios no planejamento proposto, antes que ele seja submetido a etapa da tomada de decisão, no sentido proposto por Kingdon, o que proporciona que tal escolha pública decisória seja feita tendo em conta tais ponderações.

Para tal, mais uma vez volta à baila a necessidade de transparência e explicitação da racionalidade do planejamento de modo que o Ministério Público possa atuar nessa etapa de construção do programa de ação, tanto no fomento da participação social como na colaboração direta e indireta (através da mediação entre o gestor público e outros atores sociais da política pública que podem colaborar tecnicamente com sua construção) viabilizando o cumprimento da função ministerial do modo mais efetivo possível, preventivamente, principalmente pois nesse momento do ciclo ainda não há linha de ação com habilidade de causar violações de direitos nem mesmo omissão nesse sentido, já que o gestor está atuando para a formação da política pública. Podemos resumir a atuação ministerial neste momento do ciclo como de fomento a construção de um consenso.

Consolidadas as opções de soluções a serem consideradas pelo gestor público, agente político eleito ou por ele designado, passemos a análise da próxima etapa, que é a tomada de decisão.

### **5.6.3 Atuação na fase da tomada de decisão**

Aqui é o momento da realização da escolha pública, onde toda a atividade de planejamento que resultou na consolidação de opções de programas de ação destinados a solucionar o problema em questão será submetida ao gestor público com poder decisório e este realizará a escolha da política pública que seguirá para a fase de implementação. Não nos olvidamos da existência de modelos de tomada de decisão que incluem a etapa de formulação das políticas, onde a formulação de soluções e a tomada de decisão são tarefas concomitantes, o que ocorre no modelo incremental e no “*garbage can*” por exemplo, conforme exposto na Subseção 3.4.3, mas o fato é que concomitante ou não, imprescindível a existência de um planejamento da estrutura do programa de ação em questão onde se avalie antecipadamente (com relação a implementação da política) os critérios mínimos como os indicados por Kingdom, ou Lasswell, estudiosos da ciência política, ramo pertinente a indicar tecnicamente o que deve conter essa atividade de planejamento, também conhecida como avaliação *ex ante*, como vimos na subseção anterior.

Devidamente precedida ou composta por um planejamento adequado, nos termos delineados no campo da ciência política, essa escolha merece deferência por parte dos órgãos de controle, incluindo o Ministério Público, que deve para tanto, exigir a demonstração da racionalidade dessa escolha, permitindo um controle da sua implementação focado principalmente na autovinculação (aquelas decorrentes de políticas públicas traçadas pelo Poder Público) e não apenas na heterovinculação (aquelas emanadas do texto Constitucional, atos legislativos e decisões judiciais). A tomada de decisão é exercício do poder discricionário e constitui o marco inicial para a implementação do programa de ação escolhido. Assim além da exigência da transparência quanto a sua fundamentação, que num exercício de dialética com as outras opções apresentadas permite o mesmo tipo de contraponto quando de eventual

controle nas etapas seguintes do ciclo, é salutar o fomento a instrumentos de participação social direta nessa escolha (como uma votação num sitio de internet ou numa audiência pública), mas com o cuidado de não prejudicar a funcionalidade essa etapa, que é, por essência, ato do gestor público, não havendo imposição legal dessa participação.

Assim, feita a escolha pública com o devido planejamento e o declínio dos motivos da decisão acerca da escolha feita, cabível um controle de juridicidade desse ato decisório, mas que, por se constituir de mérito administrativo, deve observar os parâmetros de essencialidade ou não da política em questão, o que como já vimos, define a profundidade desse controle. Mesmo que se trate de política pública essencial que permitiria um controle acerca de suficiência e adequação da política, nessa etapa a análise seria apriorística, com base apenas no programa de ação enquanto folha de papel, cabível apenas se a insuficiência e inadequação forem tão evidentes que da sua simples leitura já seja possível percebê-las, no caminho do formalismo interpretativo mencionado por Fonte (2015). O mesmo podemos afirmar acerca dos parâmetros instrumentais de controle como a isonomia e a eficiência ou seja, se a decisão tomada deve afrontar diretamente e em tese tais princípios deve se submeter ao controle pelo Ministério Público. Ressalte-se ser mais fácil de verificar tal afronta quanto a isonomia e mais complexo quanto a eficiência, que assim como os parâmetros de suficiência e adequação, entendemos que neste momento deva ser avaliado num controle de ineficiência patente, de modo a não avançar no âmbito da devida discricionariedade.

Acrescentamos também a necessidade de observância pelo tomador de decisão das normativas técnico-científicas que envolvem o problema em foco. Diversas políticas públicas contém elementos que se inserem em outros ramos do conhecimento, como a saúde, o meio ambiente, a engenharia e que portanto possui normativas técnicas expedidas pelos órgãos competentes e que devem ser observadas, constituindo um exemplo disso as normas ABNT acerca de acessibilidade de edificações aos portadores de deficiência. A observância de tais normas técnicas está diretamente ligada a eficiência da política pública e sua inobservância representa forte indício de ineficiência patente da política em questão. Este é o ponto onde se insere a discricionariedade técnica, existente apenas quando há opções técnicas a serem escolhidas pela Administração Pública ou quando a norma técnica possui um âmbito de incerteza normativa a ser preenchido pela escolha

pública. Neste sentido, a atuação ministerial com relação a essa observância depende da participação de *experts* referente a essas temáticas específicas, que podem integrar o próprio Ministério Público como órgão de apoio técnico, ou outras instituições, acadêmicas, corporações profissionais (CREMERJ, COREN, CREA), de pesquisa, que possuam o conhecimento especializado imprescindível a esse tipo de controle, já que escapa ao âmbito jurídico de conhecimento, no qual se inserem os Promotores e Procuradores de Justiça.

Ainda sobre controle de eficiência, ressaltamos que uma ação será mais ou menos eficiente, no âmbito jurídico, tendo em conta a relação entre conduta proposta/realizada e o resultado pretendido através dela (VALLE, 2016). Assim, ausentes elementos indispensáveis a uma aferição dessa relação de eficiência (como a ausência de metas, ausência de prévio diagnóstico do problema), obstaculizando a sua avaliação, esse vício também estará inserido numa zona de certeza desde a enunciação da escolha pública e portanto deve ser objeto do controle ministerial.

Pelo exposto, fora desse âmbito de controle de juridicidade (onde inserimos a necessária fundamentação da escolha pública com a sua devida publicização) e da zona de certeza negativa supramencionada (no que se refere a suficiência e adequação nas políticas públicas essenciais), entendemos que não cabe ao Ministério Público se imiscuir de modo impositivo nos meios desenhados pela Administração para a garantia de direitos se acrescentando apenas o papel de fomento à participação democrática, esse já explicitado no início desta subseção, até mesmo porque esses meios escolhidos pela Administração Pública constituem o parâmetro da autovinculação, tão relevante para as etapas do ciclo que se seguem, como veremos a seguir.

#### **5.6.4 Atuação na fase de implementação**

Iniciada a implementação da política pública escolhida toma vida o ato decisório antecedente e seu planejamento. Aqui, antes mesmo de um controle de legalidade o foco principal da atuação ministerial deve ser quanto a autovinculação da Administração Pública. Esse é o reverso da moeda. Deve ser garantido o âmbito do

exercício do poder discricionário da Administração Pública para o planejamento e a decisão acerca das políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais eis que são a Administração Pública e seus gestores que respondem pela violação desses direitos, responsabilidade prestacional e política. Deste modo, esse planejamento e essa escolha vinculam a própria Administração Pública e como tal se consubstanciam no primeiro parâmetro a ser observado pelas as instâncias de controle e, portanto, pelo Ministério Público. É dever da Administração Pública executar seu próprio plano de ação nos termos ali delineado ou justificar sua inexecução.

Sobre a descontinuação de políticas públicas Valle (2016) aduz que o ônus argumentativo da Administração é muito maior, eis que o risco de perda de recursos em geral e tempo (esse sempre) deve ser proporcional com os benefícios desse redirecionamento de rumo. Evidente que essa descontinuidade pode ser em decorrência de resultados avaliativos que denotem o atingimento do resultado pretendido, a perda do interesse que motivou sua construção ou mesmo o surgimento de um novo contexto que imponha sua extinção o que deve se submeter a um controle mais rígido acerca de sua proporcionalidade, pois fere, se injustificada o próprio âmbito da deferência que aqui defendemos.

Ademais, o exercício da atividade de controle da política pública nessa etapa deixa até mesmo de se situar no âmbito da prevenção, passando ao âmbito do controle repressivo, já que durante a implementação as inadequações e insuficiências da política pública (essencial), bem como as violações a princípios constitucionais como os elencados por Fonte para o controle de políticas públicas não essenciais, em especial o da eficiência, geram efeitos concretos com relação ao direitos que deveriam estar sendo garantidos por elas, violação esta que antes decorria na omissão estatal passa a decorrer da ação estatal, caso ilegal, inadequada, insuficiente e ineficiente.

Quanto permeada por esses vícios, além de não garantir os direitos fundamentais a que se destina, a ação estatal viola a ordem jurídica em razão do mau uso do erário, sendo portanto objeto da ação de controle repressivo pelo Ministério Público (repressivo com relação a violações já concretizadas mas preventivo quanto a novas violações que ainda não se consumaram). E no exercício dessa atuação, nesta etapa acrescentamos aos instrumentos já mencionados o termo de ajustamento de conduta, permitindo, extrajudicialmente, que Ministério Público e Administração Pública, tracem o realinhamento das condutas consideradas irregulares, trazendo a política pública de volta ao curso planejado (na exigência da autovinculação) ou

adequando seu desenho as imposições constitucionais e legais (observância da heterovinculação), sendo salutar ainda que se abra espaço para participação externa de outros atores sociais, na sua construção, ciência e mesmo que como fiscais do cumprimento desse ajustamento.

Conforme bem afirmado por Coelho e Kozick (2013, p. 392), “não é atribuição ministerial formular ou implementar essas políticas, mas cobrar, exigir, mediar, facilitar o diálogo no afã de incluir na pauta política os problemas que afligem a sociedade [...]”.

Nessa etapa é onde começam a surgir os reflexos concretos da política escolhida, bem como da interação desta com outras políticas em andamento eis que há diversos ciclos de políticas públicas que dialogam entre si. Também se amplia a necessidade de coordenação entre os atores sociais, já que se incluem agora atores responsáveis pela execução de algum instrumento específico contido no planejamento, tais como os prestadores de serviços ou produtos externos à Administração (empreiteiras, fornecedores de materiais). Vejamos um exemplo fictício, mas que reúne elementos corriqueiros, que servirá como base para demonstrarmos algumas das implicações práticas que podem surgir durante a implementação de uma política pública bem planejada.

Em um município X foi realizado um diagnóstico pela sua Secretaria de Educação onde se concluiu haver uma carência de 500 vagas de creche. Aqui, cogitaram-se algumas políticas públicas para resolver o problema, como a contratação de creches privadas, o aumento das vagas em cada turma já existente, a construção de creches com recursos próprios e a construção de creches com recursos federais, através da adesão a um programa federal de um programa de incentivo a ampliação de vagas na educação infantil. Em nosso exemplo, a escolha do Administrador foi pela ampliação das vagas através da construção de novas unidades escolares de ensino infantil com recursos federais (aderindo ao programa federal já existente), escolhendo como parâmetro para as localidades a serem beneficiadas com as novas unidades os locais com maior número de crianças na faixa etária de creche (0 a 3 anos). Recebido o primeiro lote dos recursos federais, inicia-se em âmbito municipal a fase de implementação da decisão tomada. Contudo, iniciadas as obras de expansão física da rede de creches, a política pública federal de incentivo financeiro aos Municípios é descontinuada por uma avaliação federal negativa desta política. Ademais, no início das construções o agente público da ponta, responsável por fiscalizar as construções, recebeu em determinada localidade diversos moradores afirmando que o local era

servido por várias creches privadas e que ali não havia demanda significativa de creches públicas. Outro problema que aconteceu foi a inexecução injustificada do contrato pela sociedade empresária contratada para a construção das novas unidades.

A partir do caso narrado podemos verificar que a descontinuação do programa federal impactou diretamente na implementação da política escolhida em âmbito municipal. Assim, haverá a necessidade de um *looping* de retorno à fase de tomada de decisões (ou mesmo de formulação de políticas) para que se escolha uma política que não dependa de recursos federais, o que ensejará uma readequação do processo de implementação já iniciado. O *looping* de retorno é ínsito a toda política pública, principalmente aquelas de médio e longo prazo, onde a transversalidade com outras políticas públicas em andamento bem como a interação desta com o contexto que a envolve (histórico, político, financeiro-orçamentário) impõem essa mutação contínua. Inclusive é salutar que ocorra, de modo a viabilizar necessárias correções do programa de ação, só devendo ser evitado aqueles que decorram de um planejamento mal elaborado, eis que quase que a totalidade das mudanças de rumos acarreta um desperdício de insumos em geral, o que podendo, deve ser evitado, em observância ao princípio da eficiência dos atos administrativos.

Essa transversabilidade entre as políticas públicas é muito comum, em especial no que toca às políticas públicas interfederativas, o que denota necessária a participação de todos os entes federativos envolvidos na construção dessas políticas públicas, de modo que as peculiaridades regionais sejam previstas na política, ou mesmo que seja aberto na política pública o espaço para a criação de soluções locais para tais peculiaridades. Ressalte-se que num país com dimensões como o Brasil e uma divisão federativa com 26 estados e um distrito federal e 5570 municípios<sup>38</sup> tais medidas devem ser adotadas com muita atenção pois a margem para existência das mais diversas especificidades culturais, financeiras, populacionais é enorme. Nesse aspecto, o Ministério Público deve ter forte atuação na garantia desse espaço de participação federativa bem como servir de mediador, caso se verifiquem dificuldades nessa interlocução, de modo que o desenho do programa de ação interfederativo possibilite a sua máxima otimização quando da implementação em cada um dos entes envolvidos, dando concretude ao pacto federativo. A realização de reuniões conjuntas

---

<sup>38</sup> < <https://www.ibge.gov.br/> Acesso em 12 jun. 2020.

e mesmo a expedição de recomendações apontando a necessidade dessa interlocução são instrumentos a serem usados pelo *Parquet* com essa finalidade.

Ainda no exemplo que trouxemos acima, o agente responsável pelo início das obras nos locais escolhidos pelos agentes políticos teve um *feedback* importante por parte da população local para a maximização dos efeitos daquela política pública, já que a construção de uma creche em um local onde não era necessária constitui um desperdício de recursos públicos. Aqui, evidencia-se que se o diagnóstico tivesse incluído uma consulta as populações envolvidas teria sido possível obter tal informação antes mesmo do programa de ação ser desenhado, otimizando o tempo dispendido nas etapas seguintes, já que nesse ponto deverá que ser feito algum tipo de estudo indicando um novo local onde a construção da creche seja necessária. Contudo, no estágio do ciclo onde a política pública se encontra, a solução será o agente público levar tal informação ao seu superior hierárquico que deverá considerá-la permitindo o redesenho da política pública quanto a localização das creches. Mais uma vez, a retroalimentação do ciclo se impõe (*looping* de retorno).

Esse *feedback* “agente de rua-superior hierárquico” depende de uma boa interação entre os atores que integram a política pública. O diálogo e a inclusão dos agentes de ponta na construção da política também são indispensáveis para uma adequada implantação do caminho escolhido por aqueles que detém tal legitimidade, bem como a abertura de um canal de diálogo através do qual esses agentes, se engajando na correta implementação por se compreenderem parte dela, possam contribuir com um *feedback* acerca dos obstáculos ou facilitadores da implementação e não sendo meros cumpridores de ordens superiores. Afinal, o desestímulo dos agentes “ao nível da rua” é um empecilho à eficiente implantação da política, que depende muito do seu empenho. Mais uma vez, a atuação do Ministério Público deve ser de fomento a criação de canais de comunicação entre os atores envolvidos na implementação da política pública, incluído o público alvo da política pública em questão, atuação esta que se insere no perfil do Ministério Público Resolutivo e que é exercida através de reuniões com representantes dos atores sociais intermediada pelo órgão ministerial com atribuição, audiências públicas, com âmbito de alcance maior dos que as reuniões em termos de participação social, além da expedição de recomendações, com indicação dos ajuste pertinentes.

Quanto a inexecução injustificada do contrato pela sociedade empresária contratada para execução da obra de construção das novas unidades, temos aqui

uma atuação mais tradicional do Parquet, na investigação de possível dano ao erário e ato de improbidade administrativa a depender da conclusão das investigações no bojo do competente inquérito civil público.

Assim, nesse estágio da implementação da política pública que em geral é de longo prazo ou mesmo continuada a depender do tipo de direito a que ela se destina garantir, é indispensável a existência de um diálogo expressivo entre atores dos diferentes níveis federativos e mesmo a interlocução entre os atores envolvidos nas fases de formulação, tomada de decisão e implementação das políticas públicas, para um eficiente funcionamento do ciclo da política pública, evitando assim *loopings* de retorno decorrentes de falhas no planejamento e proporcionando uma retroalimentação útil à atualização e correção dos rumos da políticas públicas caso isso se mostre necessário em razão da sua interação com outros elementos e mesmo outras políticas públicas e é nesse sentido que deve seguir a atuação ministerial. Ademais, ressalta-se em importância o controle da autovinculação do termos do planejamento e escolha pública a que se acresce o tradicional controle de legalidade (sentido amplo) dos atos administrativos, aqui já com ares de concretude em função de violações já existentes de direitos (onde se inclui o direito a probidade administrativa e a proteção ao erário).

#### **5.6.5 Atuação na fase de avaliação das políticas públicas**

Esta é a última etapa do ciclo das políticas públicas que nos cabe apreciar. Última apenas no contexto da didática desta apresentação, já que, assim como as demais etapas, são contínuas e se retroalimentam visando a otimização do ciclo tendo por foco a produção de produtos (*out puts*) e resultados (*out comes*), estes últimos como a garantia do direito em tela.

Sobre avaliação, já mencionamos anteriormente a avaliação *ex ante*, mas como se trata de uma avaliação fundada num exercício de antecipação do funcionamento da estrutura do programa de ação desenhado que serve de instrumento para o planejamento da política pública, inserimos a menção a essa espécie de avaliação na subseção acerca da formulação da política pública, eis que

anterior a implementação. Aqui nos concentraremos na avaliação que ocorre concomitante com a implementação da política (*in itinere*), também conhecida como monitoramento, e a avaliação posterior a ela (*ex post*).

Relevante é que tenham sido fixadas metas possíveis e indicadores hábeis a medir seus atingimentos, podendo haver inclusive retroalimentação do ciclo para a inserção ou alteração de alguma meta ou indicador escolhido o que impactará diretamente nesta fase de avaliação, que deverá observar os novos parâmetros. Um exemplo clássico é a edição de alguma lei criando algum direito novo ou estendendo ou ainda restringindo o âmbito de algum direito já existente o que impactará na mudança do desenho da política em andamento (quando a Administração Pública avaliar mais eficiente aproveitar uma política pública já existente ao invés de criar uma nova) bem como na avaliação dos seus resultados, eis que se modificaram.

A avaliação *in itinere* representa espécie avaliativa importante ao aprimoramento da política pública em andamento, permitindo a reorganização de elementos da política pública que estivessem dificultando o alcance de resultados reduzindo assim o dispêndio de recursos públicos. A avaliação *ex post* pressupõe a conclusão da implementação e permite um balanço final acerca do sucesso do programa.

Uma avaliação bem sucedida depende de uma boa definição de critérios, indicadores e parâmetros no desenho da política pública, elementos que devem ser cogitados na sua fase de formulação e escolhidos na tomada de decisão, integrando a escolha pública. Como exemplo dos principais critérios utilizados temos economicidade, eficiência, produtividade, eficiência econômica, eficiência administrativa e tais critérios devem ser medidos através de bons indicadores de modo a ser aferível o alcance dos parâmetros escolhidos pelo gestor público. A construção de bons indicadores é difícil e quando feito em inobservância das diretrizes científicas existentes para tal, onde incluímos as técnicas com relação a matérias com especificidades temáticas (como setores de energia, água, saúde) que possuem inclusive regulamentação própria através das agências reguladoras desses serviços, ferem a eficiência da política pública.

Considerando que quanto a adequação em tese dos critérios, indicadores e parâmetros para avaliação da política pública já foi objeto do controle cabível, nesta etapa a atuação ministerial deve ser principalmente referente a autovinculação da Administração Pública, exigindo que a política em andamento seja avaliada nos

intervalos previstos e conforme os indicadores e metas por ela mesma fixadas, no bojo da autoavaliação. Impede ressaltar a relevância da avaliação das políticas públicas por outros atores sociais que não apenas a autoavaliação da gestão pública, o que faz crescer em importância o papel do Ministério Público como canal de interlocução com a Administração Pública, em especial através do seu sistema de ouvidoria, que é uma porta aberta para manifestações da sociedade civil, o que inclui *feedbacks* negativos acerca de políticas públicas concluídas ou em andamento. Munido dessas notícias, a referida instituição pode apresentando a sociedade, levar esse *feedback* social ao conhecimento do gestor público, pugnando por uma análise fundamentada acerca dos fatos narrados. Neste sentido a Administração Pública tem o dever de apresentar as políticas públicas em andamento esclarecendo se abarcam as demandas levadas pela população ao *Parquet* ou se não se destinam a tal alcance. Inexistindo política pública em curso sobre a violação de direitos noticiada, cabe ao gestor declinar os motivos pelos quais a questão não foi inserida na agenda do governo – retroalimentação da fase de montagem de agenda - e existindo, cabe apurar e informar as razões pelas quais tal questão não está sendo atendida, se por vício no planejamento e escolha pública ou se por vício na implementação da política pública, incorrendo numa retroalimentação nessas outras etapas ou mesmo em outras políticas públicas que lhe sejam transversais.

Um exemplo da atuação ministerial colaborativa nessa etapa de avaliação é o convênio firmado pelo Ministério Público do Estado de Goiás, Tribunal de Contas dos Municípios (TCM) e a Universidade Federal de Goiás (UFG) para o desenvolvimento de um aplicativo visando à sua utilização no controle social das escolas, a partir da base de dados do Mapa Escolar, ferramenta construída pelo TCM, que se divide em duas ferramentas: o aplicativo para uso da comunidade e a versão web para gestores (diretores, secretários e integrantes de órgãos como o MP), onde constam estatísticas e informações dos colégios sendo possível também responder reclamações da comunidade.

Não se pode olvidar que neste momento, assim como na fase de implementação da política pública já temos uma escolha pública em ação, o que impõe um controle, repressivo ou preventivo a depender da existência de violação de direitos fundamentais, destinado a garantia desses, controle este cuja profundidade deve variar conforme os parâmetros de essencialidade ou não trazidos por Fonte e que já foram objeto de extensa exposição nas subseções anteriores.

Após incursão pela última etapa do ciclo das políticas públicas com a apresentação das possibilidades de atuação do Ministério Público em cada uma delas em cotejo com suas limitações impostas pelo próprio regime democrático e princípio da separação de poderes, trazemos um estudo de caso do Inquérito Civil nº 003/2010 da atual Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude de Rio das Ostras.

## **6. ESTUDO DE CASO – INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO Nº 003/2010 – MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS**

### **6.1 Acesso à Educação Infantil: Um estudo de caso sobre a oferta de vagas no município de Rio das Ostras (2010-2020)**

Para compreender a possibilidade e o limite de atuação do Ministério Público para a proteção do direito à educação, como também identificar resultados práticos decorrentes de sua participação junto às políticas públicas municipais, buscou-se analisar, através de uma narrativa cronológica dos fatos contidos nos autos do inquérito civil MPRJ 2010.01125551, o desenvolvimento do sistema de educação infantil do município de Rio das Ostras, em particular a oferta de vagas de creche.

O inquérito civil foi instaurado com a finalidade de acompanhar e fiscalizar a ampliação da oferta de vagas de educação infantil no âmbito do município de Rio das Ostras, implicando, conseqüentemente, na fiscalização do cumprimento da Meta 1 do Plano Nacional de Educação (Lei 10.172/2011 e Lei 13.005/2014). O objeto e fim do procedimento, portanto, não é outro que não o acompanhamento do desenvolvimento e da aplicação de uma política pública educacional visando o cumprimento de deveres constitucionais e legais por parte do ente municipal.

O motivo da escolha do procedimento também se deve a presença de diferentes formas de posturas na atuação ministerial ao longo do procedimento, conferida devido a participação de diversos membros e órgãos do Ministério Público ao longo da investigação, o que permite averiguar os variados resultados perante as diferentes interações.

Nesse sentido, o objetivo geral deste estudo está em destacar os resultados das políticas públicas educacionais, traduzidas em novas matrículas em creches, perante a atuação do Ministério Público ao longo do trâmite do procedimento investigativo.

Em outros termos, por meio do método quantitativo, o estudo abarca o período entre 2010 e 2019, correspondendo ao período de tramitação do inquérito civil, buscando-se analisar o desenvolvimento do sistema de educação infantil do município

de Rio das Ostras perante o acompanhamento e fiscalização do Ministério Público, que terá como dimensão de resultado o número de matrículas realizadas.

O estudo deste caso contempla a análise documental dos dados contidos nos autos do inquérito civil, apresentados pelos representantes do Município, e daqueles disponíveis e elaborados pelas entidades educacionais brasileiras (e.g. censo escolar de educação básica, sinopse estatística de educação básica), de modo a permitir a triangulação das informações da educação básica do ente municipal e, com isso, dimensionar os resultados da interação ministerial com os demais atores sociais envolvidos nessa política pública.

## 6.2 Contextualização

Para contextualizar o acesso à educação infantil do município de Rio das Ostras e, assim, compreender o desenvolvimento de sua rede de ensino, vale abordar, inicialmente, informações gerais e educacionais do ente municipal a época da inauguração do procedimento investigativo.

De acordo com o Censo do IBGE de 2010, o município de Rio das Ostras possuía uma população de 105.676 habitantes, dos quais 5870 estavam na faixa etária de 0 a 3 anos<sup>39</sup>, o que corresponderia a 5,5% da população rio ostrense.

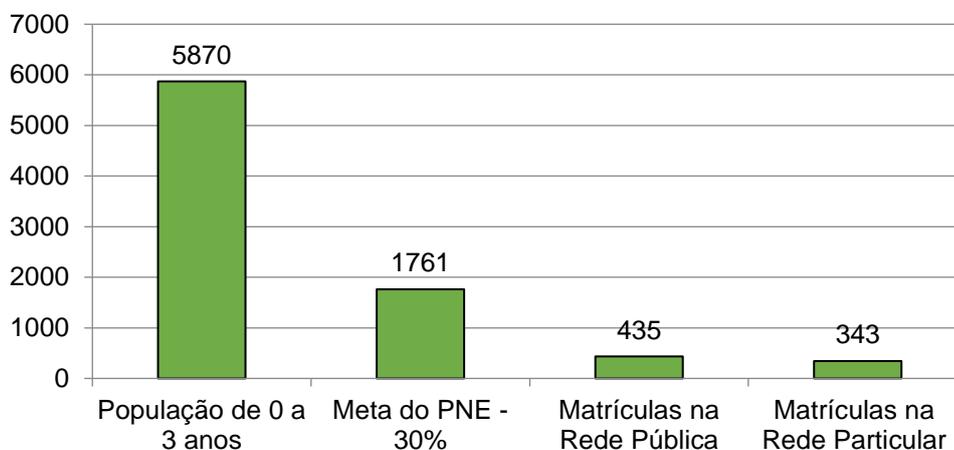
No que concerne às informações educacionais, o Censo Escolar de 2010, elaborado pelo INEP, apresenta que 899 crianças até 3 anos estavam matriculadas no âmbito do município, sendo que 435 crianças estavam matriculadas em creches da rede pública<sup>40</sup> e 343 matriculadas em creches da rede particular. Ou seja, 5092 crianças, com idade de zero a três anos, não estavam inseridas nas creches existentes no Município, tão como a municipalidade não atingia nem a metade do estipulado na Meta 1 do Plano de Educação então vigente (Lei 10.172/2001) – que seria de 1761 matrículas (30% da população de até 3 anos de idade).

---

<sup>39</sup> Dados contidos no Sistema IBGE de Recuperação Automática (SIDRA). Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 04.jun.2020.

<sup>40</sup> Somam-se as matrículas da rede municipal urbana (408 crianças) e rural (27).

**GRÁFICO 1** - Comparativo da população de 0 a 3 anos do município de Rio das Ostras, em 2010, e o número de matrículas em creche na rede municipal



Fonte: IBGE, 2010 e INEP, 2010. Elaborado pela autora.

O censo elaborado pelo INEP apresenta ainda que, em 2010, Rio das Ostras possuía 12 estabelecimentos funcionando como creches públicas (urbanas e rurais), nos quais, conjuntamente, havia 23 turmas e 38 docentes. Matematicamente, a razão era de, aproximadamente, 2 turmas e 3 docentes por estabelecimento. Além disso, haveria mais 9 creches particulares, que tinham 36 turmas e 29 docentes; uma razão de 4 turmas e, aproximadamente, 3 docentes por creche.

Este é o cenário fático da instauração do mencionado inquérito civil público. No contexto jurídico a questão tem o seguinte arcabouço legal.

A Constituição da República de 1988 traz a educação como direito social fundamental nos seus artigos 6º e 205, onde consta de forma textual que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família. Ainda, o artigo 208, IV da CRFB determina que a educação infantil em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade deve ser garantida pelo Estado. O artigo 211 prevê que os municípios devem atuar prioritariamente na educação infantil. A Carta Maior também aponta que a competência legislativa sobre diretrizes e bases da educação nacional é da União (artigo 22, XXIV) e nesse sentido foi publicada a Lei nº 9.394 de dezembro de 1996, nossa Lei de Diretrizes e Bases - LDB.

Ainda no texto constitucional, artigo 214, II, encontramos a menção à necessidade de publicação de um Plano Nacional de Educação decenal, onde a

universalização do atendimento escolar deve ser uma meta no desenvolvimento do ensino.

A Lei de Diretrizes e Bases-LDB detalha um pouco mais esse desenho do direito à educação, indicando no artigo 4º, II que o dever do Estado com a educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de educação infantil gratuita e no artigo 11 determina que cabe aos Municípios oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas. O artigo 30 da LDB disciplina inclusive a faixa etária que deve ser atendida em cada modalidade de ensino: de 0 até 3 anos em creches e de 4 a 5 anos em pré-escolas.

A Lei nº 9.394, de 1996 também estabelece nos artigos 9º e 87, respectivamente, que cabe à União, a elaboração de um Plano, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e institui a Década da Educação. Estabelece ainda, que a União encaminhe o Plano ao Congresso Nacional, um ano após a publicação da citada lei, com diretrizes e metas para os dez anos posteriores, em sintonia com a Declaração Mundial sobre Educação para Todos.

E em atenção a esse arcabouço legal foi publicado o primeiro Plano Nacional de Educação-PNE através da Lei n. 10.172/2001 do qual trazemos aqui apenas o recorte acerca da Meta 1 referente a educação infantil, eis que é o objeto da investigação em estudo:

1. Ampliar a oferta de educação infantil de forma a atender, em cinco anos, a 30% da população de até 3 anos de idade e 60% da população de 4 e 6 anos (ou 4 e 5 anos) e, até o final da década, alcançar a meta de 50% das crianças de 0 a 3 anos e 80% das de 4 e 5 anos.

Esse primeiro plano nacional de educação, como veremos abaixo, foi produzido após diagnóstico das necessidades da rede de ensino para o alcance do direito à educação, em especial a educação infantil. Contudo, nesse plano, como podemos observar, não se indicam medidas para o alcance dessa meta, o que ficou no âmbito de decisão discricionária de cada município, já que a educação infantil é competência municipal, como já delineado acima.

No PNE em comento também consta a necessidade de acompanhamento e avaliação do plano (item VI), indicando a necessidade de participação do MEC, Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Educação - CONSED e a União

Nacional de Dirigentes Municipais de Educação - UNDIME nos temas referentes à educação básica, bem como da participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. Também trouxe a necessidade de se contar com a atuação dos conselhos governamentais com representação da sociedade civil como o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA, os Conselhos Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e os Conselhos Tutelares (Lei n. 8069/90) e de Acompanhamento e Controle Social do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF, organizados nas três esferas administrativas, para a boa condução do plano.

Consta também nesse item referente ao acompanhamento e avaliação que além da avaliação contínua, deveriam ser feitas avaliações periódicas, sendo que a primeira seria no quarto ano após a implantação do PNE e que a organização de um sistema de acompanhamento e controle do PNE não prescindiria das atribuições específicas do Congresso Nacional, do Tribunal de Contas da União - TCU e dos Tribunais de Contas dos Estados – TCE's na fiscalização e controle.

Ou seja, o PNE de 2001 trouxe um diagnóstico acerca da necessidade de atendimento das crianças na educação infantil, apontando deficiências a serem sanadas e uma meta de incremento de acesso à educação infantil apontando órgãos e instituições, tanto do próprio Executivo, como o Ministério da Educação, como órgãos de controle externo, como os Tribunais de Contas e atores da sociedade civil como os Conselhos para atuarem no acompanhamento e avaliação da efetivação do plano.

Durante a tramitação do referido procedimento investigativo, foi publicado um novo Plano Nacional da Educação através da Lei nº 13005/2014, também decenal, que trouxe no âmbito da educação infantil, a Meta 1:

Meta 1: universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE.

O que vemos aqui após uma breve comparação entre os dois planos no que toca a Meta 1 é que ela praticamente se repete, já que no primeiro a meta era até o

final da década, alcançar 50% das crianças de 0 a 3 anos e 80% das de 4 e 5 anos e no plano vigente a Meta 1 é universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE, ou seja, com relação as crianças de 0 a 3 anos, a Meta 1 se repetiu, o que demonstra seu não atingimento. Contudo, o novo PNE trouxe estratégias para alcance das metas a serem cumpridas, o que deve crescer ao município mais essa obrigação.

Desta feita, situados os aspectos fáticos e jurídicos, passa-se à análise do conteúdo do inquérito civil MPRJ 2010.01125551, identificando as interações do *Parquet* junto ao ente municipal e, conseqüentemente, os eventuais impactos decorrentes.

### **6.3 Atuação do Ministério Público nos autos do inquérito civil 2010.01125551 e as conseqüências ao acesso à educação infantil**

No primeiro momento, com a inauguração do procedimento em agosto de 2010, devido à representação efetuada pelo Conselho Tutelar acerca da falta da inserção de crianças em creches, a relação com o Município retém-se a apresentação dos dados referentes à Educação Infantil daquele momento. De acordo com o ente havia 3 (três) creches educacionais, responsáveis pela educação de 290 crianças da faixa etária de seis meses e três anos, e 4 (quatro) creches sociais, que atendiam 240 crianças de um ano e seis meses a cinco anos de idade<sup>41</sup>.

As informações apresentadas pelo município, neste primeiro ano de tramitação do procedimento, demonstram a pertinência da investigação e a preocupante da situação da educação infantil. Sem a apresentação de qualquer planejamento visando a ampliação de vagas da educação infantil, as estimativas de atendimento das unidades de atendimento eram superadas, em quase a totalidade dos casos, pelo quantitativo de matrículas.

---

<sup>41</sup> A diferença entre elas era de que essas últimas, de acordo com a informação apresentada à época, eram destinadas a atender as famílias em vulnerabilidade e risco social, além das crianças que tinham responsáveis inseridos no mercado de trabalho, enquanto aquelas eram exclusivamente de cunho educacional.

**TABELA 2** – Comparativo entre as estimativas de atendimento e matrículas em creches (sociais e educacionais) em Rio das Ostras, no ano de 2010

Unidade escolar	Matrículas	Estimativa
Creche Municipal Valdira Flausino	67	100
Creche Municipal Dona Cota	113	60
Creche Municipal Dona Senhorinha	110	100
Creche Municipal Tia Didi	...	100
Creche Social Âncora I	51	45
Creche Social Âncora II	72	80
Creche Social Liberdade	65	60
Creche Social Cidade Praiana	52	60

Fonte: Dados fornecidos pelo Município de Rio das Ostras junto ao IC 2010.01125551. Elaborado pela autora.

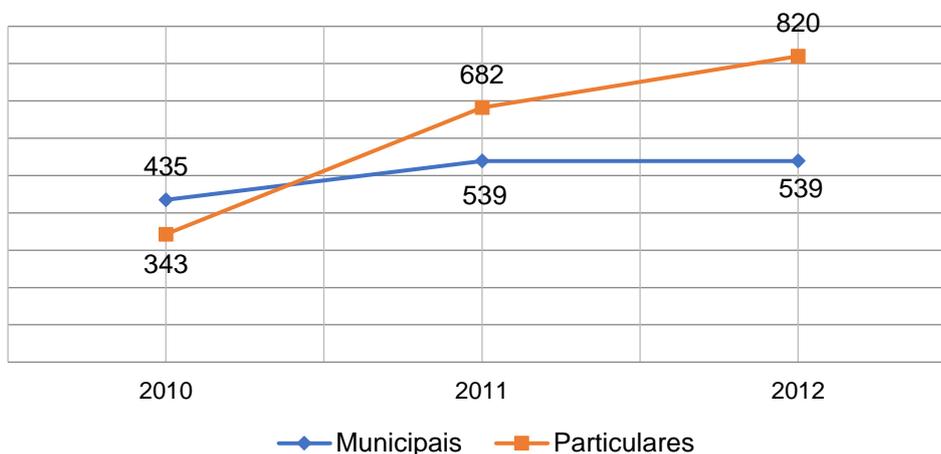
A interação entre os personagens, no ano seguinte, permanece com fins meramente informativos. Os diálogos são mínimos e a primeira reunião realizada para a discussão da ausência de vagas na educação infantil municipal apresenta-se como evento expositivo sobre a situação da educação infantil municipal. Nessa oportunidade, não há apresentação de dados, por parte do município, quanto ao quantitativo de matrículas. As informações relativas ao tema e de maior expressão contidas nos autos são acerca da abertura de 92 vagas de creche para o ano letivo de 2012, destinadas, preferencialmente, as crianças pertencentes a famílias com renda *per capita* de R\$ 272,00 (duzentos e setenta e dois reais) e a previsão da construção de uma nova creche, por meio do programa federal Pró-Infância, com fim de vir a ampliar o atendimento das crianças de 0 a 3 anos.

Nesse primeiro ano de atuação do órgão ministerial quanto à ampliação de vagas de creche, realizada através do procedimento, ainda que limitada ao simples acompanhamento, revela uma melhora no quantitativo de matrículas nas creches municipais, de acordo com o censo escolar daquele ano são 104 novas matrículas.

Ocorre que se a pequena a fiscalização por parte do Ministério Público, representada pelo simples acompanhar, gerou seus efeitos, os da sua ausência são também percebidos. Registra-se nos autos que foi nula atuação do *Parquet* no ano letivo de 2012, sendo nula também a criação de novas vagas em creches. Para o ano

de 2012, o censo escolar de educação básica registrou o mesmo quantitativo de matrículas do ano anterior: 539<sup>42</sup>.

**GRÁFICO 2** – Evolução da oferta de vagas municipais e particulares (2010-2015)



Fonte: INEP, Sinopse Estatística da Educação Básica, 2010-2012. Elaborado pela autora.

Os números quanto à oferta de vagas de creches no município, apesar de ampliados, confere-se que se deve ao aumento de matrículas em creches particulares. As creches municipais, entre 2010 e 2012, apresentaram um crescimento de 23,9%, em suas matrículas perante o incremento de 139% das creches particulares. A atuação de acompanhamento exercida pelo órgão ministerial até então, aparentemente, não é suficiente para ampliação e o aprimoramento da política pública educacional do município, no que tange a educação infantil.

Diante a estagnação na oferta de vagas, logo iniciado o ano letivo de 2013, com uma conduta mais proativa, a atuação ministerial é no sentido de expedir recomendação ao Prefeito Municipal de Rio das Ostras para que viabilizasse a implementação das vagas necessárias ao atendimento das crianças de zero a cinco anos de idade, a serem ofertadas em período integral, em creche, pré-escola ou na Casa da Criança (antiga Creche Social), no prazo de 3 (três) meses. Para mais, recomenda-se a revogação de qualquer ato administrativo que discipline o sorteio de vagas da Educação Infantil, sob a consideração de que é obrigação do Município o fornecimento de vagas em números suficientes para os seus habitantes.

<sup>42</sup> Somam-se as matrículas da rede municipal urbana (525) e rural (14).

Ainda que a resposta do município tenha sido negativa ao sugerido, haja vista a clara ausência de vagas, que naquele ano, de acordo com dados da Secretaria Municipal de Educação, seriam de 320 vagas destinadas a alunos de 0 a 2 anos, 11 meses e 29 dias, em horário integral, e 221, em período parcial, aos alunos de 3 anos a 3 anos, 11 meses e 29 dias - isto é, ao todo, 541 matrículas de creche - a atuação ministerial repercute sobre a educação infantil municipal.

Se medida pelo número de matrículas de creches, a atuação ministerial neste momento pode ser tida como de pouca eficácia, considerando o decréscimo registrado pelo INEP. De acordo com os dados compilados pela entidade, em 2013, as creches municipais deixaram de oferecer 06 vagas, passando de 539 matrículas, em 2012, para 533<sup>43</sup>, em 2013, passando as creches particulares a ocupar um maior espaço na oferta de vagas, através do incremento de 138 novas matrículas.

Ocorre que, por sua vez, a recomendação expedida pelo órgão ministerial surte efeito quanto ao procedimento de seleção das crianças para as vagas ofertadas. Ainda que sem manifestação expressa, por meio da Resolução SME nº 20/2013, para o ano letivo de 2014 veio a abolição do sorteio como forma de seleção das crianças a serem contempladas com as vagas em creches municipais. O critério sorte, como forma de escolha, deu lugar aos critérios objetivos, pautados em um sistema de pontuação, calculada com base nas condições sociais e nas características familiares da criança.

Art. 2º - Tornar público os critérios de pontuação e o cronograma de ações destinados aos procedimentos para preenchimento de vagas nas Creches Municipais de Rio das Ostras, para o ano letivo de 2014, conforme Anexos I e II, desta Resolução.

Parágrafo único. Poderão inscrever-se para concorrer às vagas das Creches Municipais as crianças residentes no município de Rio das Ostras, com idade a partir de 6 meses até 3 anos, 11 meses e 29 dias, completos até 31 de março de 2014. Para a classificação serão considerados os seguintes critérios e prioridades:

I – comprovação de benefício do Programa Bolsa Família;

II – inscrição no Cadastro Único do Governo Federal;

III – comprovação de maior tempo de residência no município de Rio das Ostras;

IV – comprovante do vínculo empregatício da mãe ou, na falta da mesma, comprovante do vínculo empregatício do responsável legal;

V – comprovante da matrícula na rede pública de ensino em caso de mãe adolescente estudante;

VI – comprovação de maior número de filhos com idade até 17 anos.

---

<sup>43</sup> Neste ano só houve matrículas na rede municipal urbana, não sendo registrada qualquer matrícula na área rural do município de Rio das Ostras.

(...)

Art. 5º - Considerando que a procura por vagas é superior ao número de vagas oferecidas, a admissão da criança para preenchimento das vagas acima se dará após análise da documentação apresentada no ato da inscrição, que resultará em relação de classificados, apurada de acordo com a pontuação prevista no Anexo I desta Resolução, da qual serão atendidos prioritariamente aqueles que atingirem maior pontuação, dentro das vagas previstas (...).

Com essa resolução o município passa também a adotar a lista de espera para vagas de creche, prevista no art. 9º do ato:

Art. 9º Após o preenchimento das vagas oferecidas, conforme artigo 4º, os demais classificados estarão compondo automaticamente a lista de espera, que será atendida na medida do surgimento de novas vagas.

Se cogitada a suposição de que estas previsões se deram devido a atuação ministerial no momento da publicação do ato, isso passa a ser uma constatação em março de 2014, presente a confirmação pelos próprios representantes do município registrada em ata de reunião realizada com a Promotoria de Justiça de Rio das Ostras. As alterações no processo de seleção dos alunos, de acordo com os representantes do município, se deram em virtude da recomendação expedida pelo *Parquet*, que implicou, como visto, na mudança do processo de seleção, dado agora por um cadastro unificado com todas as crianças de 0 a 3 anos que foram inscritas para concorreram às vagas das creches municipais, que, por meio deste, realizasse uma análise da situação de cada criança, que recebem pontos de acordo com os critérios previstos na resolução e, assim, é formada a classificação final e a lista de espera.

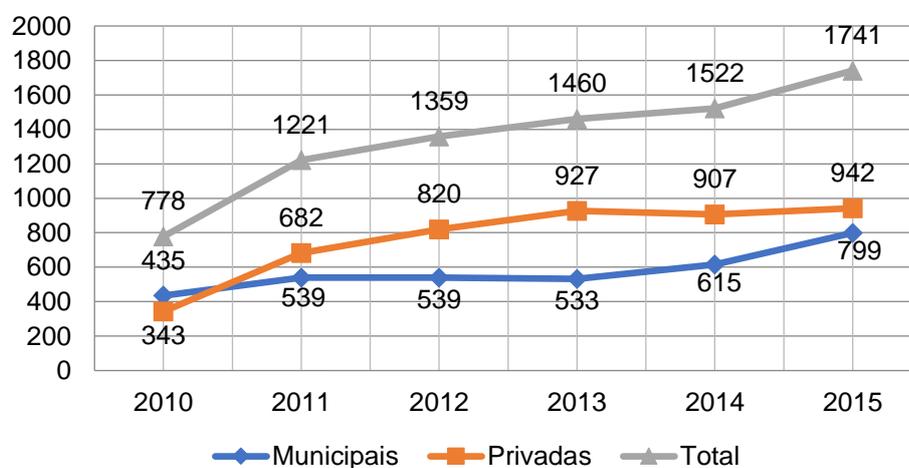
Com uma atuação ministerial contínua ao longo dos anos letivos de 2014 e 2015 junto ao município de Rio das Ostras, por vezes “impulsionada” pelas constantes notícias dadas pelo Conselho Tutelar acerca da não inserção de crianças em creches, nota-se que restou estabelecido um diálogo regular entre o ente municipal e o Ministério Público, realizado por uma habitual troca de e-mails, além da realização de reuniões com fim de “prestar notícias” quanto à gestão e planejamento da política pública educacional municipal.

Nesse período, entre as notícias registradas em documentos cedidos pela municipalidade e informações contidas nas atas de reuniões tidas nos autos, observa-se um empenho em promover um planejamento de ampliação no número de vagas baseado unicamente na construção de novas creches, seja fomentada pelo governo federal, através do Programa Pró-Infância, seja com o uso de recursos próprios. De toda forma, já passava a se notar uma melhor organização quanto a política de extensão de atendimento da educação infantil.

O reflexo sobre o planejamento educacional não se nota apenas através do comportamento administrativo do Executivo, mas também do exercício de suas competências constitucionais, possível de ser observado na elaboração de projeto de lei acerca do Plano Municipal de Educação tão logo promulgado o Plano Nacional de Educação. A elaboração, discussão e promulgação do projeto de lei acerca do Plano Municipal de Educação é concluída um ano após a promulgação da Lei nº 13.005/2014, entrando em vigor ainda em 2015 (Lei Municipal nº 1.898/2015).

Nesse sentido, verificamos positivas interações através dos dados registrados pelo censo de educação básica do INEP. Em síntese estatística, os números de matrículas em creche públicas, de 2013 para 2015, apresentam uma evolução de, aproximadamente, 50%. Evolução substancial perante os anos anteriores e a maior desde o início da atuação do Ministério Público, realizada no bojo do inquérito civil MPRJ 2010.01225551.

**GRÁFICO 3** – Evolução da oferta de vagas no Município de Rio das Ostras (2010 – 2015)



Fonte: INEP – Sinopse Estatística da Educação Básica, 2010-2015. Elaborado pela autora.

De toda forma, apesar da relevante melhora registrada pela entidade federal, os dados apresentados pelos representantes da Secretaria Municipal de Educação são de que, excluídos os alunos já matriculados na rede de creches municipais, conseguia o município atender apenas 23,4% da demanda manifesta no ano letivo de 2015<sup>44</sup>. Em números inteiros, seriam apenas 261 vagas para uma demanda de 1090 crianças de 0 a 3 anos de idade<sup>45</sup>.

Nesse sentido, posta a necessidade de uma atuação mais incisiva, de modo a não restar suscetível a troca de condução do procedimento a cada promotor de justiça que se lote temporariamente no órgão de execução ministerial. Assim, o procedimento passa a ser conduzido em março de 2016, por solicitação do promotor de justiça responsável, pelo órgão ministerial especializado no tema, o Grupo de Atuação Especializada em Educação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

No período de atuação do Grupo, registra-se uma atuação mais contumaz perante o planejamento de ampliação de vagas não tão somente como a expansão do espaço físico cedido às crianças, mas no desenvolvimento de uma política pública educacional infantil municipal completa. Nesse sentido, o exercício de acompanhamento e fiscalização dos trabalhos dos representantes do município, predominantemente, se dá através de reuniões. Informação que merece destaque, pois, comparativamente, em 5 anos de tramitação na Promotoria de Justiça de Rio das Ostras, foram realizadas 4 reuniões, mesmo número de encontros em um período de 24 meses sob a presidência do grupo especializado.

Nas reuniões efetuadas no ano de 2016, identifica-se o ganho de novas questões e preocupações por parte do Ministério Público acerca do exercício e planejamento da política pública educacional, ultrapassando questões sobre o aumento da oferta de vagas com a construção e ampliação de creches para alcançar o planejamento orçamentário-financeiro municipal e a necessidade de interação entre órgãos municipais para a identificação de todas as crianças de 0 a 3 anos de idade da localidade. Ou seja, “dar passos atrás” no planejamento para compreender a gestão de recursos e os reais números da demanda da etapa de ensino de creche,

---

<sup>44</sup> Dado conferido no Portal do Plano Nacional de Educação em movimento elaborado pelo MEC. Disponível em: [http://simec.mec.gov.br/pde/grafico\\_pne.php](http://simec.mec.gov.br/pde/grafico_pne.php). Acesso em: 03.jun.2020.

<sup>45</sup> Informações cedidas pelo município de Rio das Ostras no bojo do inquérito civil MPRJ 2010.01225551.

para assim, posteriormente, pensar na operacionalização da política pública educacional.

Sem deixar de registrar preocupações com a ampliação da rede física da educação infantil municipal, embaraçados pela falta de recursos próprios e da transferência de recursos pela União através do programa pró-infância, implicando, assim, na falta de um desenvolvimento imediato na oferta de vagas em creches, o dispêndio de recursos municipais com etapas de ensino não prioritários, como o ensino médio e superior, é incluída na pauta por parte do órgão ministerial, haja vista a falha na seleção de prioridades da municipalidade perante suas obrigações constitucionais, e, conseqüentemente, a flagrante inobservância da LDB<sup>46</sup>. A atuação ministerial é no sentido de fazer compreender que a possível dificuldade do implemento de seus deveres está ligado a suas faculdades de exercício negativo, cabíveis de exercício apenas com o cumprimento primeiro de suas obrigações.

Outrossim, o diálogo também é no sentido de se fazer entender que o planejamento orçamentário-municipal deve corresponder não tão somente as suas obrigações constitucionais, mas ao plano estabelecido pelo próprio município, registrado, em âmbito local, no Plano Municipal de Educação.

Nesse sentido e nessas circunstâncias, é a atuação ministerial logo adotada pelo órgão especializado. Perante a falta de prioridade com suas atuações prioritárias, em recomendação expedida ao Prefeito, em junho de 2016, no bojo do procedimento, buscava se fazer garantir recursos suficientes a permitir o alcance da universalização do atendimento escolar a todas as crianças de 4 a 5 anos de idade, isto é, atender área de atuação prioritária dos municípios e obrigação disposta na Plano Municipal e Nacional de Educação, que naquele momento já deveria ter sido atingida.

Se, porventura, notamos haver uma dificuldade por parte do município em abandonar prontamente as ações para com as etapas de ensino não prioritárias, aprimorando a política de financiamento da educação municipal, a aceitação aos apontamentos ministeriais quanto a um planejamento que reverbere o Plano Municipal de Educação são logo apropriados pelos representantes municipais. De acordo com

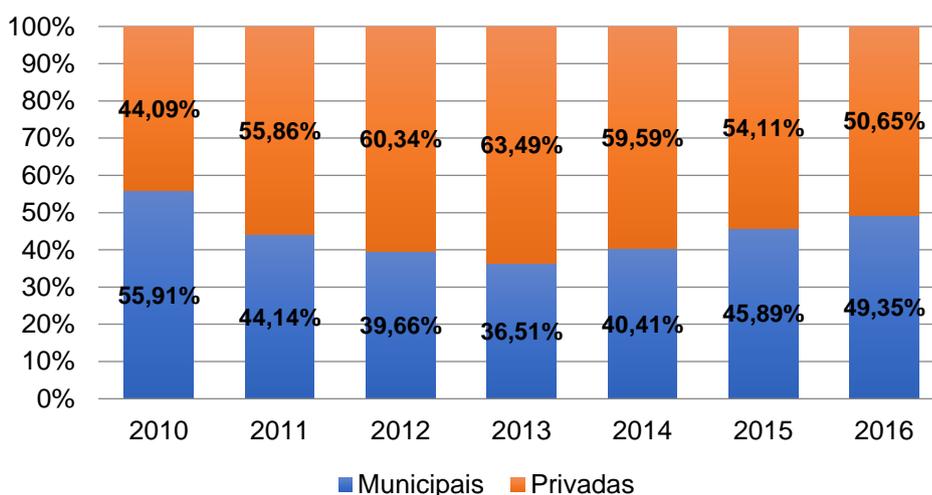
---

<sup>46</sup> “Os Municípios incumbir-se-ão de: (...) V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino. (LDB/1996, art. 11).

a Secretaria Municipal, ao final daquele ano, já estava em discussão as alterações para o projeto da lei orçamentária anual do exercício financeiro seguinte, buscando nela traduzir metas e estratégias do plano de educação.

O contato exercido entre o órgão especializado e o ente municipal, aparentemente, de acordo com o censo escolar daquele ano, se traduz em números positivos. A síntese estatística de educação básica do ano letivo de 2016, compilada pelo INEP, demonstra o incremento de 186 matrículas, atingindo uma paridade proporcional perante o quantitativo de creches particulares que não se registrava desde o início do trâmite do procedimento.

**GRÁFICO 4** – Comparativo do número de matrículas em creches municipais e privadas no Município de Rio das Ostras (2010-2016)



Fonte: INEP – Sinopse Estatística da Educação Básica, 2010-2016. Elaborado pela autora.

Em 2017, apresenta-se mantido o regular diálogo do Ministério Público, exercido pelo órgão especializado e pela Promotoria de Justiça da Infância e Juventude de Rio das Ostras, com os representantes do município de Rio das Ostras.

Com o uso de um discurso colaborativo, a abordagem do órgão especializado sobre a ampliação de vagas em creche avança, em especial, sobre a necessidade das relações intersetoriais da municipalidade, visando a dimensionar a real demanda de crianças de 0 a 3 anos, e também da necessidade de garantir a independência administrativa-financeira por parte do titular da SME para, assim, planejar o orçamento

da educação e, conseqüentemente, cumprir o previsto na meta 1 do Plano Nacional da Educação.

Diante da informação prestada pela Secretaria de Educação de que os recursos vinculados à Educação são geridos pela Secretaria de Fazenda, o Promotor de Justiça de imediato admoesta acerca da necessidade de se dar cumprimento ao disposto no art. 69, §5º da LDB, que determina o repasse imediato e o depósito permanente dos recursos da educação originários de arrecadação própria e de transferências constitucionais, nos termos do art. 212 da Constituição Federal. A colocação do membro ministerial é didática, destacando que garantida a liberdade de gestão ao titular da Secretaria de Educação, garantida estaria a liberdade para ele alocar os recursos onde fossem prioritários ao ente, atendo-se às políticas públicas que foram previstas.

Por meio de conduta semelhante, o membro do órgão especializado, esclarecido da inexistência de um fluxo de busca ativa de crianças fora da escola, sugere que seja promovida uma articulação com a Secretaria de Saúde para a identificação e confronto da relação de crianças matriculadas e vacinadas, além de uma articulação com a Secretaria de Assistência e Desenvolvimento Social e um levantamento de dados cartorários visando conferir o número do registro de nascidos no município. As recomendações se destinam ao atendimento da estratégia 1.15 da Meta 1 do Plano Nacional de Educação<sup>47</sup>.

Com relação à ampliação da oferta de vagas em creche, sem perder a postura opinativa, o órgão especializado expõe orientação no sentido de, primeiramente, transferir as vagas de ensino médio ofertadas pelo ente municipal ao ente responsável, no caso, o Estado do Rio de Janeiro, para posteriormente construir um plano de ação, no qual se contenha um cronograma de implementação progressiva da ampliação das vagas e permitir, assim, atender a demanda local.

Proferidas as referidas considerações em reunião no mês de maio, três meses após, em agosto de 2017, o diálogo travado com o Município era acerca do acolhimento delas. Informava os representantes de Rio das Ostras acerca da

---

<sup>47</sup> Meta 1. universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE. Estratégias: (...) 1.15) promover a busca ativa de crianças em idade correspondente à educação infantil, em parceria com órgãos públicos de assistência social, saúde e proteção à infância, preservando o direito de opção da família em relação às crianças de até 3 (três) anos;.

anuência do Prefeito para finalizar a oferta do ensino médio pelo município, da tramitação de procedimento destinado a abertura de conta setorial específica para que o Secretário Municipal de Educação pudesse gerir exclusivamente seus recursos, bem como acerca da operação executada entre a Secretaria Municipal de Saúde, a Secretária Municipal de Assistência Social e os cartórios com fim de promover a busca ativa, prevista na estratégia 1.15 da Meta 1 do PNE.

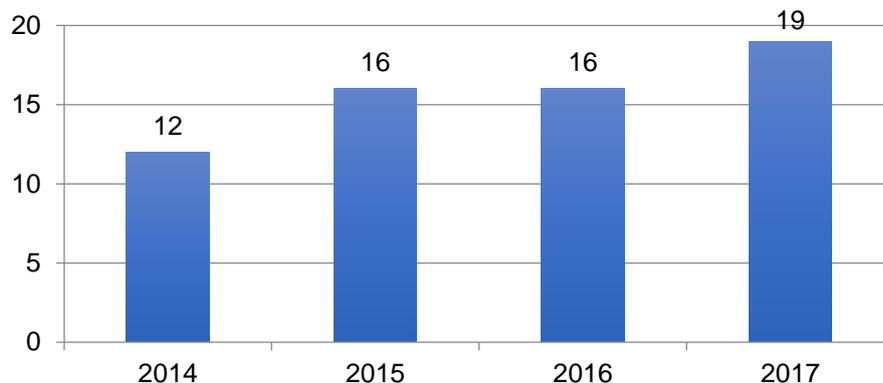
Neste fluir, a questão a ser tratada pelos atores sociais passa a ser a elaboração de plano de ação e construção de cronograma para a implementação de uma política de ampliação da rede pública para oferta de vagas em educação infantil, levando em consideração as dificuldades tidas com o financiamento da educação por parte do orçamento municipal e das transferências não realizadas pela União, quanto ao programa pró-infância.

Diante esse panorama, e ciente da limitação de espaço físico para ampliar as vagas da educação infantil municipal, o proposto pelo órgão ministerial consistia, em síntese, visando o curto prazo, na promoção de um mapeamento das unidades passíveis de expansão sem necessidade de realização de obras de construção, das unidades passíveis de expansão a partir de engenharia para ampliação de espaços ou, ainda, de imóveis próprios sem uso e de imóveis particulares para locação.

Mais uma vez, o sugerido pelo Ministério Público é bem recebido pelos representantes do município de Rio das Ostras, que informa ter realizado o mapeamento de todas as unidades passíveis de ampliação e a procura por imóveis particulares para locação imediata, conseguindo, assim, promover a abertura de novas vagas para o ano letivo seguinte.

Ainda que tardia a ação do município para o ano letivo em curso, não se traduzindo, assim, em um aumento considerável de novas vagas em 2017, a ação do município, por sua vez, implica no aumento do número de estabelecimentos reconhecidos como unidades escolares para a etapa de ensino de creche, estagnados desde 2015.

**GRÁFICO 5** – Evolução do número de estabelecimentos das creches municipais no Município de Rio das Ostras (2014 -2017)

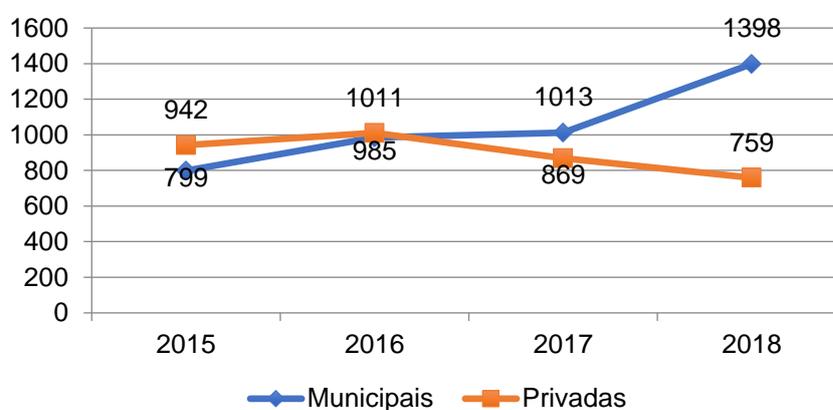


Fonte: INEP – Sinopse Estatística da Educação Básica, 2014-2017. Elaborado pela autora.

Com o plano de atuação estruturado e a existência de espaço físico para o atendimento da demanda de creche em curto prazo, os representantes da municipalidade, em reunião com a Promotoria de Justiça da Infância e Juventude de Rio das Ostras, informam que foram realizadas 1174 matrículas em fevereiro de 2018, 161 vagas a mais que o ano anterior.

No entanto, registra-se, pelo censo escolar, que até o final do ano letivo teriam sido contempladas mais 224 crianças, atingindo um total de 1398 matrículas<sup>48</sup>. O aumento é de 38% nas vagas ofertadas para as creches municipais, o que permitiu ultrapassar o número de matrículas nas creches particulares.

**GRÁFICO 6** - Evolução do número de matrículas em creches municipais e privadas no âmbito do Município de Rio das Ostras (2015-2018).



Fonte: INEP – Sinopse Estatística da Educação Básica, 2015-2018. Elaborado pela autora.

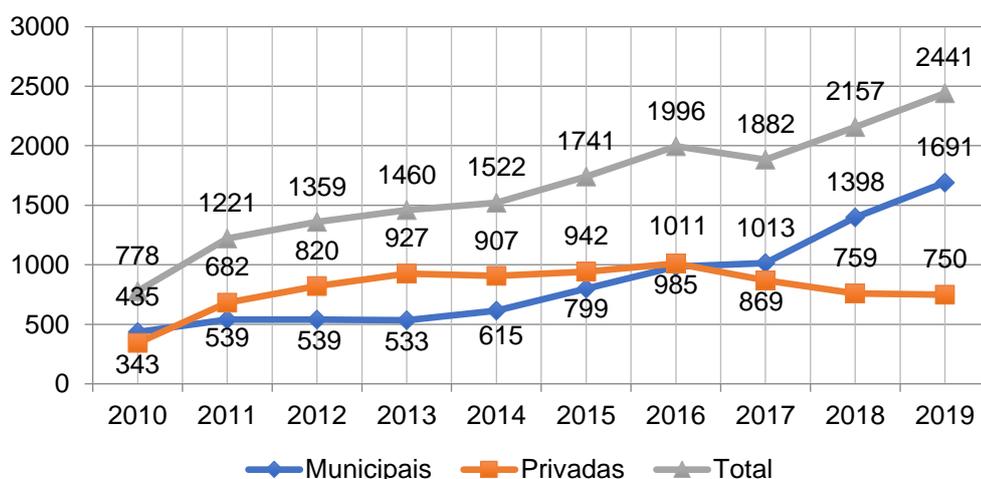
<sup>48</sup> Somam-se as matrículas da rede municipal urbana (1380) e rural (18).

Estabelecendo-se uma política pública educacional atida a suas atuações prioritárias, em que restam traçados objetivos, medidas e ações para tanto, e devida a alteração da estratégia do grupo de atuação especializada, os autos deixam de ser presididos pelo órgão especializado, retornando a atribuição de acompanhamento e fiscalização da ampliação de vagas de creche a Promotoria de Justiça de Rio das Ostras.

Em 2019, conferem-se os efeitos deste planejamento educacional forjado através do diálogo entre o Ministério Público e o ente municipal. Em reunião, é prestada a informação pelo Secretário de Educação de que foram atendidas as demandas para as creches I e IV, não havendo mais lista de espera. No que se diz respeito às creches II e III, a previsão é do atendimento pleno no primeiro semestre de 2020, através da conclusão da construção de 3 novas creches, por meio das quais atingirá a oferta de 3000 vagas para educação infantil.

Permite-se constatar aqui, que desde o início do trâmite do procedimento houve uma evolução de 288% na oferta de vagas para a etapa de ensino de creche, atingido, em números inteiros, 1691 vagas em creches municipais<sup>49</sup>, o que corresponde a 69% da oferta de vagas de creches no Município, conforme observamos nos gráficos 7 e 8 abaixo.

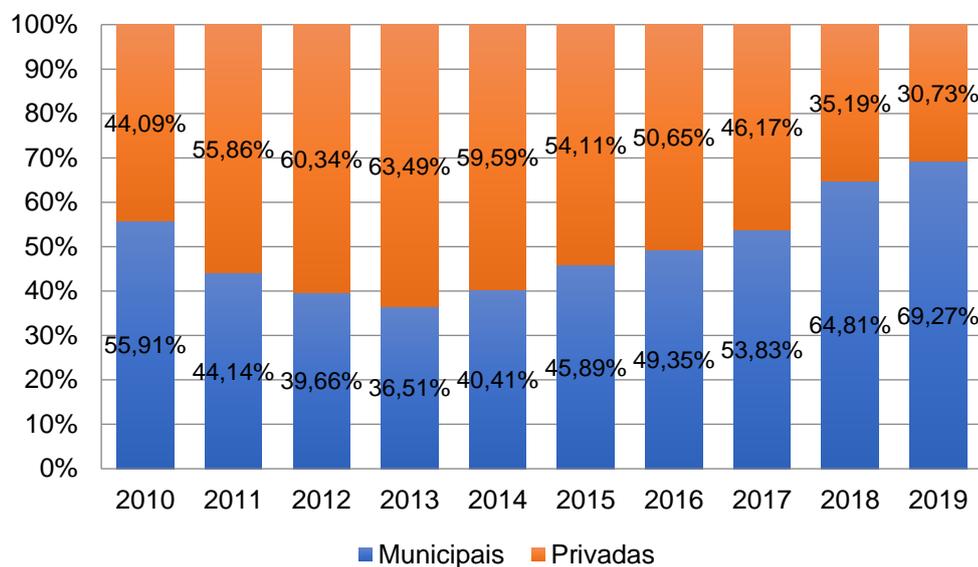
**GRÁFICO 7** – Evolução do número de matrículas em creches no município de Rio das Ostras (2010-2019)



Fonte: INEP – Sinopse Estatística da Educação Básica, 2010-2019. Elaborado pela autora

<sup>49</sup> Somam-se as matrículas da rede municipal urbana (1651) e rural (40).

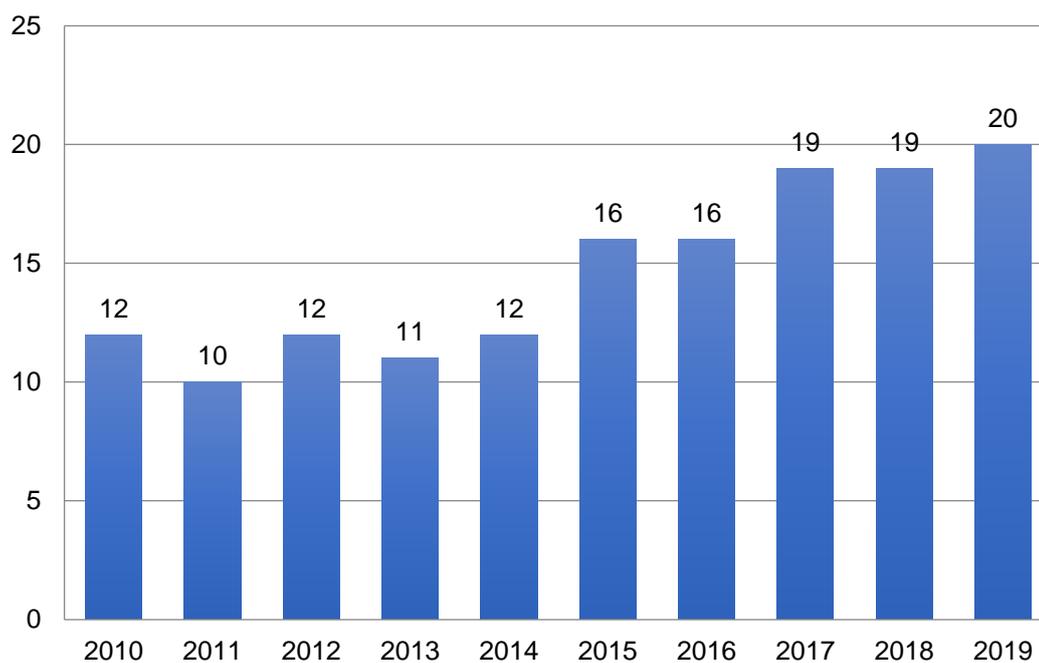
**GRÁFICO 8** – Comparativo do número de matrículas em creches municipais e privadas no Município de Rio das Ostras (2010-2019)



Fonte: INEP – Sinopse Estatística da Educação Básica, 2010-2019. Elaborado pela autora.

Além disso, contata-se o aumento significativo de 60% de estabelecimentos municipais destinados ao atendimento de crianças na etapa de creche.

**GRÁFICO 9** - Evolução do número de estabelecimentos das creches municipais no Município de Rio das Ostras (2010-2019)



Fonte: INEP – Sinopse Estatística Básica, 2010-2019. Elaborado pela autora.

Dessa forma, perante essas circunstâncias, o Promotor de Justiça lotado na Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude de Rio das Ostras, reconhecendo os esforços do Poder Executivo de Rio das Ostras e a precípua atuação do grupo de atuação especializada e dos demais membros do Ministério Público para o cumprimento das disposições legais e constitucionais quanto à educação infantil, que resultaram no aumento de estabelecimentos destinados a creche e em 1256 novas matrículas criadas ao longo dos nove anos de trâmite do procedimento, resolve arquivar o procedimento para instaurar outro destinado ao acompanhamento e fiscalização não mais dos esforços municipais para a ampliação das vagas de creche, mas do desempenho de um plano de ação para educação infantil municipal.

#### **6.4 Considerações sobre o caso**

No caso apresentado podemos observar um exemplo de atuação do Ministério Público no curso de todo o ciclo da política pública de ensino infantil no tocante ao aumento das vagas de creche, numa atuação que não se destinou a reprimir as violações de direitos já consolidadas, mas sim preventivamente a evitar novas violações, representadas, no caso, pela ausência das vagas de creche.

A ação ministerial é imperativa já que o mandamento constitucional do direito à educação, de forma mais geral, e o Plano Nacional de Educação-PNE de 2001 consistem na inserção pelo Poder Legislativo (incluindo o constituinte originário) do problema do direito a educação na agenda formal do governo, contudo o *modus operandi* pode e deve ser diferenciado na abordagem de políticas públicas. Impende ressaltarmos que o PNE/2001 parte de um diagnóstico prévio para a fixação de metas a serem atingidas em 10 anos, o que especificou ainda mais o conteúdo a ser inserido no *agenda setting*, qual seja: o dever de ampliar a oferta de educação infantil de forma a atender, em cinco anos, a 30% da população de até 3 anos de idade e 60% da população de 4 e 6 anos (ou 4 e 5 anos) e, até o final daquela década, alcançar a meta de 50% das crianças de 0 a 3 anos e 80% das de 4 e 5 anos, o que delimitou ainda mais o arcabouço jurídico a ser tutelado pelo *Parquet*.

Assim, parametrizando com o ciclo de construção de políticas públicas apresentado nesta dissertação, a próxima etapa seria a formulação da política. No caso do presente estudo, não se pode precisar se a municipalidade cogitou de várias soluções para resolver a questão, já que tal detalhamento da etapa do planejamento não constou do inquérito civil, mas é certo que num primeiro momento tomou a decisão de ampliar fisicamente a rede de ensino infantil, com construção de escolas e creches.

Numa avaliação *in itinere*, com a participação do órgão ministerial que ao receber reiteradas notícias da carência de vagas levou a informação de que a insuficiência da rede de ensino infantil permanecia, numa atuação colaborativa com o poder municipal, fomentando um *looping* de retorno, fez com que o gestor público decidisse por outra escolha pública, adicional aquela da construção das unidades escolares, que foi a do aproveitamento de vagas em outras etapas de ensino que eram de responsabilidade principal do Estado do Rio de Janeiro ofertar aos cidadãos e não da municipalidade.

Implementada essa nova medida, houve um incremento significativo das vagas, conforme demonstrado acima, denotando um sucesso da política pública em andamento, que deve contudo ainda ser incrementada e continuada, até mesmo porque em 2014 novo PNE foi publicado com nova Meta 1, o que deveria ter sido levado em consideração pelo gestor público em razão da previsão legal de novos indicadores a serem alcançados e a necessidade de criação de mecanismos de acesso transparentes com relação às filas de espera por vagas (estratégia 1.4 da Meta 1), o que leva a nova retroalimentação do ciclo.

Cotejando o incremento das vagas de creche públicas entre os períodos anteriores a uma atuação mais proativa e especializada do *Parquet* durante o ciclo de formação da política pública com aquele anterior a instauração do procedimento em questão, vemos que em 2001 a 2009 temos um aumento de 386 vagas em nove anos. No ano de 2010 quando o inquérito civil foi instaurado tínhamos 435 vagas de creche e em 2019 quando ele se encerrou o número de vagas era 1635. Mesmo se considerarmos o número de vagas do ano de 2018, para que possamos comparar períodos com a mesma duração (nove anos cada) temos no primeiro período um incremento de 386 vagas e no segundo período 963 vagas. Em compensação temos um decréscimo nas vagas de creches privadas ao final desse segundo período, o que

demonstra uma demanda que ia para a rede privada em razão da falta de vagas na rede pública e foi por esta absorvida. Vejamos na tabela abaixo tal progressão.

**TABELA 3** – Evolução do número de matrículas em Rio das Ostras (2001-2009)

Ano	Municipais	Privadas
2001	51	-
2002	50	-
2003	88	44
2004	110	58
2005	158	78
2006	157	80
2007	-	401
2008	449	483
2009	437	386
2010	435	343
2011	539	682
2012	539	820
2013	533	927
2014	615	907
2015	799	942
2016	985	1011
2017	1013	869
2018	1398	759
2019	1691	750

Fonte: INEP – Educacenso (2001-2009) e INEP – Sinopse Estatística da Educação Básica, 2010-2019. Elaborado pela autora.

Desta feita entendemos que tal fato pode ser atribuído também à atuação do Grupo de Atuação Especializada em Educação-GAEDUC, que uniu um agir mais resolutivo que já vinha sendo desempenhado pela Promotoria de Justiça local com uma especialização temática, relevante no tocante a matérias com especificidades técnicas como a educação.

Em razão do incremento positivo da rede de ensino infantil (creche) e da longa duração da tramitação do inquérito civil o Promotor de Justiça que o presidia decidiu

pelo seu arquivamento, passando a acompanhar a política pública através de um novo inquérito civil público. Ressalte-se que outra opção teria sido a instauração de procedimento administrativo nos termos da Resolução 174 do CNMP, destinada ao acompanhamento de políticas públicas, mas que também teria a necessidade de prorrogação anual, em que pese a natureza, no mínimo de longo prazo, da política pública em questão.

## 7. CONCLUSÃO

O destino de toda pesquisa é uma conclusão. O objetivo do nosso estudo durante todas essas linhas foi construir um desenho de atuação do Ministério Público na formação das políticas públicas. Esse desenho perpassa necessariamente pelos conceitos de democracia e direitos fundamentais, já que a referida instituição ganhou na Constituição de 1988 (artigo 127) papel relevante no processo de institucionalização da democracia brasileira, ainda frágil e objeto de insatisfação, conforme expusemos na Seção 2 desta dissertação. Esse atuar institucional se dá através da proteção da ordem jurídica, interesses sociais e individuais indisponíveis e do regime democrático, deixando o texto constitucional evidente essa missão.

Demonstramos a relação de interdependência entre a garantia de direitos fundamentais aos cidadãos e o funcionamento do regime democrático através do conceito de autonomia de Habermas. Esta é plena, quando o indivíduo está no exercício das suas duas vertentes: a política (pública) e a privada, sendo que a autonomia política, se configura pela organização comunitária através da participação social. Esta participação efetiva só se dá através de cidadãos no gozo dos seus direitos fundamentais, exercendo sua autonomia privada. E é essa interdependência que dá o tom da atuação do Ministério Público que, como toda instituição pública integrante do Estado, deve desempenhar seus misteres tendo por meta os princípios que regem o agir estatal, presentes no artigo 37 da Constituição da República, Entre estes destacamos a eficiência como norte, por haver a necessidade de entregar à sociedade o melhor resultado possível no que se refere a proteção de direitos fundamentais, restritos neste estudo aos direitos sociais em razão da sua dependência direta das políticas públicas.

Então, considerando que em termos de violações de direitos não há nada mais eficiente do que um agir abrangente direcionado a evitá-los, imperiosa uma atuação preventiva e, preferencialmente, através do âmbito coletivo pelo Ministério Público. Esta se contrapõe à atuação repressiva e individual, às vezes inevitável, mas que se limita à reparação isolada de danos e busca de sancionamento nas esferas política e judicial, o que com relação aos resultados práticos se mostra deficiente. Tal deficiência decorre tanto da dificuldade em reparar violações dessa natureza como em tratar de políticas públicas no bojo de um processo judicial, que mesmo com as possibilidades trazidas pela doutrina do processo civil estruturante, não consegue se desvencilhar

das amarras de uma tramitação processual, bem como não é hábil como o processo político<sup>50</sup> para construir tais políticas. Neste prisma, ressaltamos as vantagens da atuação extrajudicial do *Parquet*, esfera onde é possível atuar em conjunto com o processo político, tudo em razão do dinamismo ínsito ao ciclo das políticas públicas e ausência das amarras tradicionais do processo judicial.

Por isso, entendemos que esse agir preventivo, quando relacionado aos direitos também conhecidos como prestacionais, deve se dar durante (e não após findo) o ciclo das políticas públicas em razão da relação de necessidade entre eles. Contudo, como as políticas públicas são originariamente do âmbito da ciência política, seus conceitos e elementos usados por esse ramo da ciência demandam um estudo específico e técnico ao qual nos dedicamos na Seção 3 deste trabalho, tendo por base autores deste ramo, de modo a construir as bases dessa atuação interdisciplinar pelo Ministério Público.

Tendo por ponto de partida a estruturação do processo de formação da política pública como um ciclo composto por estágios (mesmo que não lineares) e considerando que nesse processo de formação se situa a produção da escolha pública do programa de ação pela Administração Pública para a solução de um problema, que no caso da nossa pesquisa é a violação dos direitos fundamentais sociais, a atuação do *Parquet* durante esse ciclo é inerente ao desejável controle preventivo. É agindo durante todas as etapas desse ciclo que se pode desempenhar da forma mais eficiente a proteção da ordem jurídica e do regime democrático, evitando uma atuação puramente repressiva e somente posterior àquelas violações. Contudo, evidenciados os fundamentos para o desempenho das funções ministeriais nas políticas públicas, esbarramos na necessidade de observar os limites dessa atuação.

O Ministério Público tem nos fundamentos constitucionais do seu agir também os seus limites. A mesma ordem jurídica e o regime democrático que são fundamentos e objetos de sua proteção também consistem nas balizas do desempenho dos seus misteres. O agir direcionado à proteção do interesse social deve ser limitado pelo respeito ao âmbito de atuação daqueles que foram indicados pela Constituição da República para a promoção direta desse interesse (baliza democrática). A

---

<sup>50</sup> Fonte (2015) define processo político como o composto pelo Poder Legislativo e da Administração Pública.

Administração Pública através dos seus agentes políticos eleitos é a responsável imediata pela proteção do interesse social, o que inclui a garantia dos direitos sociais, e é com relação as escolhas feitas por esses agentes que o Ministério Público deve ter deferência, pois estas foram produzidas no espaço do poder discricionário da Administração Pública através do mérito administrativo.

E é nesse equilíbrio que se encontra o atuar legítimo do *Parquet*. Como vimos, essa atuação também é decorrência direta dos mecanismos de *accountability* que nas suas vertentes horizontal e vertical significam responsividade, elemento que envolve o dever de prestar contas do exercício das suas funções e o responder por suas falhas em todas as esferas previstas no ordenamento jurídico. No controle das políticas públicas, além da atuação tradicional fiscalizatória da observância material das balizas normativas pela gestão pública, cabe ao Ministério Público promover o *accountability* nesse ciclo de produção e execução das escolhas públicas direcionadas à garantia de direitos, fomentando o incremento dos elementos necessários para a institucionalização da democracia. Esta, como apresentada por Dahl, possui como seu oitavo elemento a existência de instituições destinadas a assegurar que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferência. No ordenamento jurídico brasileiro, uma destas instituições é o Ministério Público.

Para o controle de juridicidade (legalidade em sentido amplo) tradicionalmente exercido pelo *Parquet* ao qual se submete a Administração Pública nos utilizamos dos critérios de essencialidade ou não dos direitos em jogo trazidos por Fonte (2015) para definirmos a profundidade desse controle. Caso a questão esteja relacionada ao mínimo existencial dos cidadãos, pode-se adentrar no âmbito da suficiência ou adequação da política pública antecedente. Contudo, a nosso sentir, esta análise se limita à zona de certeza quanto a sua inadequação ou sua insuficiência quando em cotejo aos princípios e direitos constitucionais, devendo se prestigiar um certo formalismo interpretativo, neste ponto, em respeito aos princípios democrático e da separação de poderes previstos na Constituição de 1988.

Ademais, além desse controle fundado na heterovinculação do poder público, acrescentamos aqui o controle que tem por parâmetro a autovinculação da Administração. Sobre autovinculação, temos que os termos das políticas públicas fixados pelo gestor, bem como regulamentos e normativas por ele elaborados, vinculam as ações que se seguem, sendo exigível da Administração Pública que adira

aos seus próprios programas de ação, o que deve ser observado em qualquer política pública, essencial ou não.

Outrossim, mesmo com relação a políticas públicas não essenciais, além do indispensável controle de legalidade, princípio que rege todo o atuar da Administração Pública, há a necessidade dos controles instrumentais, sobre a isonomia – eis que igualdade é um dos direitos intrinsecamente ligados à autonomia privada que legitima nosso ordenamento jurídico –, sobre a transparência e a eficiência.

A transparência é a essência da *accountability*. Sem ela toda espécie de controle se mostrará vazio em substância. Até mesmo para avaliar a eficiência de determinada política pública é indispensável obter todas as informações acerca daquele processo de formação de determinado programa de ação. Assim, mesmo em políticas públicas não essenciais e nos seus estágios mais protegidos pelo âmbito da discricionariedade administrativa deve agir o Ministério Público no controle da devida transparência informacional, incluindo o declínio da racionalidade das escolhas públicas feitas nesse percurso formativo.

Ademais, ser *accountable* é ser acessível, permeável pelos destinatários daquele governo. Portanto, a criação de canais diretos de interlocução entre o governo e a sociedade civil faz parte do dever da instituição ministerial, até mesmo porque a participação direta dos cidadãos na formação das escolhas públicas pelo gestor é um dos elementos de institucionalização da democracia e como a proteção do regime democrático se insere diretamente no feixe de funções institucionais, deve ser objeto de exigência por parte do *Parquet*, com maior ou menor intensidade a depender do âmbito de discricionariedade em que se insere cada estágio do ciclo de política pública.

Com relação ao controle de eficiência, entendemos que se insere no espaço da deferência das escolhas públicas precedidas de planejamento. Vimos que a tomada de decisão pelo agente político com prévio planejamento se insere no âmbito da deferência. Ou seja, o planejamento aqui é elemento essencial para que se possa agir com essa deferência na esfera de controle das ações públicas. Trouxemos também elementos que devem estar presentes nesse planejamento, o que inclui uma avaliação *ex ante* dessa política, contendo exposição de critérios, indicadores e parâmetros, constituindo uma proposta de solução viável e construída em observância dos preceitos constitucionais e devidamente publicizada.

A análise de eficiência de uma política pública, então, reside na verificação acerca da escolha pública ter sido feita com base num planejamento bem estruturado, viável e destinado em tese ao cumprimento dos deveres constitucionais. Também se insere nesse controle da eficiência a devida previsão orçamentária dos custos dessa política pública, já que o custeio da sua implementação é indispensável para sua sustentabilidade. Por esse motivo, ressaltamos a importância do controle da política orçamentária pelo *Parquet*, de modo a afastar a alegação indevida do princípio da reserva do possível, especialmente quando se refere à garantia do mínimo existencial, que como alertamos lhe é inoponível.

Não nos escapa as dificuldades dessa atuação, que ao revés de se dirigir no sentido da desejada institucionalização da democracia com a proteção da relação entre direitos fundamentais e democracia, pode ferir essa engrenagem quando atua sem observância da deferência às escolhas públicas, com indevida invasão do âmbito da discricionariedade administrativa. É neste ponto que se perde a legitimidade constitucional para sua atuação. Neste sentido, também de modo a robustecer tal legitimidade, além da fiel observância desse limite, inserido no respeito aos princípios da separação de poderes e democrático, deve ser reforçado o *accountability* institucional do próprio Ministério Público através da transparência das suas ações, fundamentação das suas decisões, exposição dos seus gastos públicos, incremento dos canais de interlocução com a sociedade civil bem como dos mecanismos internos de controle disciplinar, de modo a coibir excessos e negligências funcionais por parte de seus agentes que embacem a atuação institucional. Ressalte-se que essa necessidade de aprimoramento do *accountability* institucional também se demonstrou através da pesquisa acerca das funções do ombudsman e figuras similares, que muito se assemelham com as do *Parquet* brasileiro no exercício extrajudicial da sua missão relativa a direitos fundamentais e tem o sucesso da sua atuação relacionado de forma muito próxima com esse *accountability* bem executado.

Assim, o Ministério Público deve, no bojo do procedimento administrativo - preferencialmente por ser mais adequado ao acompanhamento das políticas públicas - num atuar estruturante como proposto por Fiss (1979) com relação aos processos judiciais, cotejar a essencialidade ou não da política em questão com o âmbito de discricionariedade da Administração Pública em cada fase do seu ciclo, de modo a encontrar nesse equilíbrio o desenho de uma atuação ministerial legítima, dedicada sim ao tradicional controle de juridicidade (legalidade em sentido amplo), mas

principalmente, como vimos neste trabalho, numa atitude de indução de políticas públicas eficientes através de uma postura dialógica, colaborativa e de interlocução entre os atores participantes da política, tanto aqueles que participam de sua formulação como os que são destinatários dela, cumprindo assim seus deveres constitucionais.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (Trad. Virgílio Afonso da Silva), 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais Sociais e Proporcionalidade. In ALEXY, Robert, BAEZ, Narciso e DA SILVA, Rogerio (Org.) **Dignidade humana, Direitos sociais e Não-positivismo inclusivo**. Florianópolis, Qualis, 2015.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Gen, 2013.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização?: as instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Physis – Revista de Saúde Coletiva**, v. 20, n. 1. Rio de Janeiro: 2010, p. 33-55. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312010000100004&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312010000100004&script=sci_arttext)>. Acesso em: 15 jun. 20.

ASSAGRA, Gregório. O Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na Constituição 1988 e no novo CPC para o Brasil. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, ano 3 - nº 5. Curitiba: dezembro / 2016, p. 157-197.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. O absolutismo e sua influência na formação do Estado Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, Vol. 969. 2016, p. 01-25.

BARCELLOS, Ana Paula. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROS, Carlos. Abusos e Omissões do Ministério Público e de seus membros. In **Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais**. (org. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves Barros). São Paulo: Atlas, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. 1994. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>> Acesso em 02 ago. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Jus Navigandi**, 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

BEZERRA, Helga Maria Saboia. Defensor do povo: origens do instituto do Ombudsman e a malograda experiência brasileira. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, nº 36, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. (Trad. Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: 2004.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade. Fragmentos de um dicionário político**.(Trad. Marco Aurélio Nogueira). Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. (Trad. Marco Aurélio Nogueira). São Paulo: Edipro, 2017.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo.** (Trad. Marco Aurélio Nogueira) Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. Transparência e *Accountability* no Ministério Público. In **Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais.** (org. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves Barros). São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. Código do Processo Criminal de 29 de novembro de 1832. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm).> Acesso em 26 de jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).> Acesso em 26 de jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em 26 de jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm).> Acesso em 26 de jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm).> Acesso em 26 de jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em 26 de jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)> Acesso em 26 de jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em 26 de jun. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In* BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) **Políticas públicas – reflexões sobre o conceito Jurídico**. i. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. **Cadernos democráticos: Estado de Direito**. Coleção Fundação Mário Soares. Ida, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. (Trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à Justiça. *In* TEIXEIRA, Salvo de Figueiredo (coord). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1989.

COELHO, Sérgio e KOZICKI, Katia. O Ministério Público e as Políticas Públicas: Definindo a Agenda ou Implementando as Soluções. **Revista da AJURIS**, v. 40, n. 130. 2013

DAHL, Robert A. **A Poliarquia: participação e oposição**. (Trad. Celso Paciornik). São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. (Trad. Beatriz Sidou). Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Abreu Adilson. Autonomia e Responsabilidade do Ministério Público In **Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais**. (org. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves Barros). São Paulo: Atlas, 2010.

DA SILVA, Rogério Luiz Nery; MASSON, Daiane Garcia. Direitos Sociais e Dignidade da Pessoa Humana: Reflexões a partir do Conceito de Mínimo Existencial. In ALEXY, Robert, BAEZ, Narciso e DA SILVA, Rogerio (Org.) **Dignidade humana, Direitos sociais e Não-positivismo inclusivo**. Florianópolis, Qualis, 2015.

DATAFOLHA. Confiança nas instituições. **Instituto de Pesquisa Datafolha**, São Paulo, jun. de 2019. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2019/07/10/9b9d682bfe0f1c6f228717d59ce49fdfci.pdf>>.

DYE, Thomas R. **Understanding Public Policy**. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1972.

ESPANHA. Constituição Espanhola de 29 de agosto de 1978. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>> Acesso em 26 de jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei orgânica 3 de 6 de abril de 1981. *Del Defensor del Pueblo*. Disponível em: < <https://www.boe.es/eli/es/lo/1981/04/06/3>>. Acesso em 26 de jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Ordenações Filipinas de 1595. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>> . Acesso em 26 de jun. 2020.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial e constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FARIA, Marco Aurélio Pimenta de. **A Política da Avaliação de Políticas Públicas**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v20n59/a07v2059>. Acesso em 26.02.2019

FILGUEIRAS, Fernando. *Accountability*, democracia e políticas públicas no Brasil. In **Governança, qualidade da democracia e políticas públicas. Teoria e análise**. Org. Marta Maria Assumpção Rodrigues. Rio de Janeiro: 2018.

FISS, Owen. Foreword: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, Vol. 93, N. 1 November 1979, p. 27-28.

FLORENZANO, Modesto. O Estado moderno: origens, componentes essenciais e evolução. **Lua Nova**, n. 71, São Paulo: 2007, p. 255-260

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANÇA, Philip Gil. **Controle da Administração Pública. Combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Painel realizado pelo Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas em 6 de novembro de 1986. **Revista de Ciência Política, Rio de Janeiro**, 30(esp.) Rio de Janeiro: março 1987, p.102-135.

GABRA, Sandra Maria Mello; ROSSI, Denise de Bona. Ouvidoria pública no Estado do Rio de Janeiro. **Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-Graduação em Administração Pública – IPAD - Fundação Getúlio Vargas.** Rio de Janeiro, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público.** Belo Horizonte: Arraes, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Por que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).** 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** (Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe). São Paulo: Loyola, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** (Trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora 1991.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Política Pública Seus ciclos e subsistemas: Uma abordagem integral.** 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

INSTITUTO DA DEMOCRACIA. **Instituto da Democracia e da Democratização da Comunicação**. A Cara da Democracia. Belo Horizonte: 2019. Disponível em: <[https://dd1f32c5-be96-4004-b244-19fa7923b394.filesusr.com/ugd/a46f9a\\_05967934746d4ba2b0ef032921bde80c.pdf](https://dd1f32c5-be96-4004-b244-19fa7923b394.filesusr.com/ugd/a46f9a_05967934746d4ba2b0ef032921bde80c.pdf)>

KERCHE, Fábio. Autonomia e discricionariiedade do Ministério Público no Brasil. **Dados**. Vol. 50, n. 2, p. 259-279.

KINGDON, John W. **Agendas, alternatives and public policies**. 2ª Ed. Nova Iorque: Longman, 2003.

KORNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, n. 57. São Paulo, 2002, p. 113-134.

LASSWELL, Harold D. **The Decision Process: Seven Categories of Functional Analysis**, College Park, Maryland: University of Maryland Press, 1956

\_\_\_\_\_. **A Pré-View of Policy Sciences**. Nova York: American Elsevier, 1971.

\_\_\_\_\_. La orientación hacia las políticas. In: AGUILAR VILLANUEVA, L.F. **El estudio de las políticas públicas**. México: Miguel Ángel Porrúa, 1996.

LEAL, Mônia. A Dignidade Humana e o Princípio da Proporcionalidade como Fundamentos e como Parâmetro para o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In ALEXY, Robert, BAEZ, Narciso e DA SILVA, Rogerio (Org.) **Dignidade humana, Direitos sociais e Não-positivismo inclusivo**. Florianópolis, Qualis, 2015.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Evolução Institucional do Ministério Público Brasileiro**. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Uma introdução ao estudo da justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, p. 65-94, 2010. Disponível em: ><https://goo.gl/xw5DiR>>.

MACHIAVELLI, Niccolò. **O Príncipe [edição Kindle]**. (trad. Lívio Xavier) São Paulo: 2019.

MACIEL, Debora Alves. **Ministério Público e sociedade: a gestão dos conflitos ambientais em São Paulo**. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Inquérito Civil. Investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. Belo Horizonte: RT, 2018.

MELLO, Isabele Matos Pereira de. Instâncias de poder e justiça: os primeiros tribunais da Relação (Bahia, Rio de Janeiro e Maranhão). **Tempo**, Vol. 24 nº 1. Niterói: 2018, p. 89-115.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Revista Jurídica Virtual**, nº 14, julho/2000. <Disponível em <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/Direitos-fundamentaisM%C3%BAltiplos-significados-GILMAR-MENDES.pdf>>

MIRANDA, Jorge. **Constituição e Democracia**. Lisboa, Petrony, 1976, p. 436. Disponível em <<http://s.oab.org.br/arquivos/2017/03/jorge-miranda-07-03-constituicao-e-democracia.pdf>>

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A Recomendação Ministerial como Instrumento Extrajudicial de Resolução de Conflitos Ambientais. In CHAVES, Cristiano et al (coord) **Temas Atuais do Ministério Público: a atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008

O'DONNELL, Guilherme. ***Accountability* horizontal e novas poliarquias**. São Paulo: 1998.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. O Ministério Público Brasileiro e a Implementação de Políticas Públicas. **Revista de Informação Legislativa**, nº 198. Brasília: 2013, p. 225-240.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Precedentes Administrativos no Brasil. **Revista EMERJ**, v. 21. Rio de Janeiro: Jan-Abril, 2019, pp.135-154.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marines Restelatto. **A licitação no formato eletrônico e o compromisso com a eficiência (Projeto de Lei no 7.709, de 2007)**. Revista Interesse Público, a. 9, n. 44. Belo Horizonte: jul./ago. 2007

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: Reflexões Sobre as Críticas à Judicialização dos Direitos Prestacionais. **Quaestio Juris**. Vol. 8 n. 3. 2015. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/19384>.

PINTO, Élide Graziane, SARLET, Ingo Wolfgang, PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e DE OLIVEIRA, Odilon Cavallari. **Política Pública e Controle. Um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº13.65/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976. Disponível em <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>>. Acesso em 26 de jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9 de 09 de abril de 1991. Estatuto do Provedor de Justiça. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=657&tabela=leis&so\\_miolo=>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=657&tabela=leis&so_miolo=>)>. Acesso em: 26 de jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Ordenações Afonsinas de 1446. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>. Acesso em 26 de jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Ordenações Manuelinas de 1603. Disponível em ><http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>>. Acesso em 26 de jun. 2020.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. (Trad. Irene A. Paternot) São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. (Trad. Vamireh Chacon). Brasília: UnB, 1981.

RIBEIRO, Felipe. **Discrecionabilidade Técnica: A Administração Pública sob a Influência das Normas Técnicas**. Rio de Janeiro: 2019.

ROS, Luciano da. Ministério Público e Sociedade no Brasil Contemporâneo. **Revista Política Hoje**, Vol. 18, nº1. Recife: 2009, p. 29-53.

SADEK, Maria Teresa Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In LIVIANU, Roberto (coord) **Justiça, cidadania e democracia** [online]. Rio de Janeiro: 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª Ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. O Mínimo Existencial. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 08, nº 4. 2016, pp. 1644- 1689.

SCHEDLER, Andreas. "Conceptualizing Accountability" In **The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies**. (1999) Disponível em <[http://works.bepress.com/andreas\\_schedler/22/](http://works.bepress.com/andreas_schedler/22/)>

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**. 2ª edição. São Paulo: Trilha, 2014.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, n. 173. Rio de Janeiro: 1988, p. 15-34.

SUÉCIA. Lei (1986: 765). Lei de Instruções para os *Ombudsmen* Parlamentares. Disponível em: < <http://www.jo.se/en/>>. Acesso em 26 de jun. 2020

SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André. **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, vol. 101, fev. 2003, p. 885-951,

TÁCITO, Caio. Ombudsman - O Defensor do Povo. **Revista de Direito Administrativo**, nº 171. Rio de Janeiro: jan./mar 1988,p. 15-26.

TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** 2ª Edição. Petrópolis: 1996.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência Judicial para com as Escolhas Administrativas: Resgatando a Objetividade como Atributo do Controle do Poder. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 25, n.1. Curitiba, jan/abr. 2020, p.11-132,

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. 2002. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In L. W. Vianna (org). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de Ação Civil Pública. **Dados**, vol. 48, n. 4, Rio de Janeiro: 2005, p. 777-843.

VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações.** (Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota). São Paulo: Cultrix, 2011.

ZANETI JR., Hermes. Código de Processo Civil 2015: Ruptura do Paradoxo entre o Ministério Público da Legalidade e o Ministério Público Constitucional. *In* **Repercussões do Novo Cpc - V.6 - Ministério Público.** GODINHO, Robson e COSTA, Susana (coords). Salvador: 2015.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Código de Processo Civil 2015: Ruptura do Paradoxo entre o Ministério Público da Legalidade e o Ministério Público Constitucional. *In* GODINHO, Robson Renault, DA COSTA, Susana Henriques (Coord). **Coleção Repercussões do Novo CPC. Ministério Público.** Vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2015.