

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Jussara Maria Pordeus e Silva

**O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO AMAZONAS NA CONCRETIZAÇÃO DO
MÍNIMO EXISTENCIAL E NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS,
EM ESPECIAL NA SAÚDE E NA EDUCAÇÃO**

Belo Horizonte
2023

Jussara Maria Pordeus e Silva

**O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO AMAZONAS NA CONCRETIZAÇÃO DO
MÍNIMO EXISTENCIAL E NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS,
EM ESPECIAL NA SAÚDE E NA EDUCAÇÃO**

Tese submetida à banca examinadora como requisito para a obtenção do título de Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Orientadora: Profa. Dra. Adriana Campos Silva.

Belo Horizonte
2023

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

S586p Silva, Jussara Maria Pordeus e
O papel do Ministério Público do Amazonas na concretização do mínimo existencial e na efetivação dos direitos fundamentais, em especial na saúde e na educação [manuscrito] / Jussara Maria Pordeus e Silva. - 2023.
230 f.

Orientadora: Adriana Campos Silva.
Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 219-230.

1. Direito - Teses. 2. Amazonas. Ministério Público - Teses. 3. Poder judiciário e questões políticas - Teses. 4. Direitos sociais - Teses. 5. Educação - Teses. 6. Saúde - Teses. I. Silva, Adriana Campos. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 347.963(811.3)

Dedico este trabalho ao Ministério Público do Estado do Amazonas, instituição na qual atuo desde 1987 e que, nos 35 anos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tem sido fundamental para proteger e garantir os direitos constitucionais dos cidadãos, sobretudo os mais vulneráveis, sendo bastante atuante nas áreas da educação e da saúde.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, que me deu saúde e forças durante todo o percurso da pesquisa e da elaboração deste trabalho.

Agradeço aos meus pais, Hélio Amaro da Silva e Maria Ernestina Pordeus e Silva, ambos *in memoriam*, por terem me ensinado os valores que me guiam, terem me orientado sempre a seguir o caminho da educação e da cultura e por terem me transmitido uma necessidade constante de busca por aperfeiçoamento.

Agradeço à minha família, sobretudo aos meus filhos, Maria Carolina Pordeus e Silva Cardoso e Nilton Cardoso Filho, aos meus netos João Paulo Pordeus Wanderley, Matteo Rolim Pordeus Cardoso e Maria Flor Pordeus Pivotto João e aos meus genro e nora, Guilherme Augusto Pivotto João e Juliana Félix Rolim, por todo o apoio, paciência e resiliência em relação às minhas ausências e ao escasso tempo de convivência durante esse período.

Agradeço ao meu parceiro desde abril de 2017, Gerson Bernardo Silva, que me deu apoio durante todo o período do programa de doutoramento e teve tanta paciência com minhas ausências e indisponibilidades durante o período de construção deste trabalho.

Agradeço à Escola de Direito da Universidade do Estado do Amazonas (ED/UEA), que proporcionou a edição desse Programa de Doutorado Interinstitucional com a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), em especial ao Professor Doutor Alcian Pereira de Souza, Diretor da ED/UEA e ao Professor Doutor Marcelo Ramos, Coordenador de Pós-Graduação em Direito da UFMG e Coordenador do nosso DINTER.

Agradeço à minha orientadora, Professora Doutora Adriana Campos Silva, pelas lições, pelas incessantes indicações de referências e por todo o apoio acadêmico e carinho durante o processo de pesquisa e produção da tese. Atribuo a ela e a seus constantes questionamentos não ter me desviado do fio condutor deste trabalho.

Agradeço aos professores que compuseram as bancas de qualificação do projeto e de parte substancial da tese, Professor Doutor Marcelo Cattoni de Oliveira, Professor Doutor Adamo Dias Alves e Professor Doutor Fernando Antônio de Carvalho Dantas, que tanto contribuíram com as indicações, colocando-me no caminho certo e me incentivando a concluir o trabalho com qualidade.

Agradeço aos meus colegas de profissão do Ministério Público do Estado do Amazonas, em especial aos que trabalharam ou ainda trabalham na área de direitos constitucionais do

cidadão, especificamente na proteção e defesa da educação e da saúde e que me subsidiaram com informações e dados.

Agradeço aos meus colaboradores de Gabinete da 7ª Procuradoria de Justiça e da Ouvidoria, em especial a Miscilane Gomes, Patrícia Martins, Ed Taylor e Liege Araújo, que me deram suporte durante todo o período de pesquisa e criação, para que eu pudesse me dedicar concomitantemente ao trabalho.

Agradeço aos meus alunos da Universidade do Estado do Amazonas por sua paciência em eventuais ausências no período de cumprimento de créditos do programa de doutoramento e de elaboração deste trabalho.

Agradeço aos meus amigos e amigas, em especial a Sandra Lopes e Moramay Araújo, que estiveram mais próximas nesse período, por terem me dado apoio, minimizado minhas ausências em compromissos sociais e viagens e por não terem me deixado esmorecer em momentos de atribulações.

Agradeço ao Antonio Felipe que, mais que um revisor, me acalmava nos momentos de indefinição e angústia, sobretudo quando me trouxe para a realidade da necessidade de cortar a gigantesca pesquisa de campo original (análise de 100 ações civis públicas de educação e 50 de saúde) e extirpar um quinto capítulo, para poder concluir a tese.

“A dignidade humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para a vida saudável, para que tenha bem-estar físico, mental e social, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

INGO SARLET

RESUMO

SILVA, Jussara Maria Pordeus e. O Papel do Ministério Público do Amazonas na Concretização do Mínimo Existencial e na Efetivação dos Direitos Fundamentais, em Especial na Saúde e na Educação. 2023. 230 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2024. Orientadora: Profa. Dra. Adriana Campos Silva.

O trabalho investiga a contribuição do Ministério Público brasileiro para a concretização do regime democrático, a efetividade dos direitos fundamentais e sociais e a implementação das políticas públicas no Brasil. O objetivo é analisar se o Ministério Público, especialmente o do Amazonas, tem uma postura ativista em prol da efetivação do mínimo existencial e seu papel na garantia da proteção dos direitos dos cidadãos. Assim, a tese parte da pesquisa da evolução constitucional do Ministério Público e do seu perfil de indutor/propulsor de efetivação de políticas públicas fundamentais e prioritárias. Sobre as origens do ativismo judicial, buscou-se a doutrina de Kmiec, Blackstone, Bentham e Schlesinger. Quanto ao âmbito das concepções de ativismo, utilizou-se os ensinamentos de Barroso e de Canotilho. O estudo das dimensões do ativismo se baseou em Canon e com relação aos indicadores de ativismo, em Marshall, Young e Kmiec. Quando abordadas as correntes sobre o ativismo, foram usadas as obras de autores favoráveis à corrente normativa, tais como Dworkin e Cappelletti, as perspectivas favoráveis com ressalvas de Habermas e Garapon e, ainda, a contrária de Ely. Quanto aos desdobramentos dessa corrente, citamos os dois eixos (substancialista e procedimentalista) mencionados por Werneck Vianna. A respeito da corrente analítica foram estudados Tate e Vallinder. Trata-se do resultado de uma pesquisa com objetivo exploratório e descritivo, de abordagem qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica e estudo do caso em questão, com análise de conteúdo dos dados coletados. O primeiro resultado da tese foi a identificação dos métodos doutrinários e jurisprudenciais de aferição da dimensão ou grau de ativismo. O segundo foi a elaboração do instrumento de avaliação capaz de aferir o grau de ativismo de cada Ministério Público do país, por região e até por matéria, a exemplo do que aplicamos em ações das áreas da educação e da saúde do Ministério Público do Estado do Amazonas. Pode-se desprezar os dados orçamentários e financeiros que não forem possíveis de serem obtidos, considerando existirem métodos que não adotam esse indicador. Os métodos podem ser utilizados separadamente, se o pesquisador preferir, pois é possível aferir resultado em cada um deles. Todavia, como se complementam, para um resultado mais próximo da realidade, recomenda-se a utilização daqueles em que seja possível obter a maioria das respostas. A aplicação por amostragem realizada verificou que o ativismo do Ministério Público do Estado do Amazonas se faz presente, mas varia de acordo com a matéria e com as circunstâncias.

Palavras-chave: Ministério Público; Ativismo Judicial; Direitos Sociais; Educação; Saúde.

ABSTRACT

SILVA, Jussara Maria Pordeus e. *The Role of the Public Prosecutor's Office of Amazonas in the Realization of the Existential Minimum and in the Effectiveness of Fundamental Rights, Especially in Health and Education*. 2023. 230 p. Thesis (Doctorate) – Postgraduate Program in Law, Federal University of Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2024. Advisor: Prof. Dr. Adriana Campos Silva.

The thesis investigates the contribution of the Brazilian Public Prosecutor's Office to the realization of the democratic regime, the effectiveness of fundamental and social rights, and the implementation of public policies in Brazil. The aim is to analyze whether the Public Prosecutor's Office, especially that of Amazonas, has an activist stance in favor of the realization of the existential minimum and its role in guaranteeing the protection of citizens' rights. The work is based on research into the constitutional evolution of the Public Prosecutor's Office and its profile as an inducer/propeller of fundamental and priority public policies. On the origins of judicial activism, the doctrine of Kmiec, Blackstone, Bentham and Schlesinger was sought. As for the scope of the conceptions of activism, we used the teachings of Barroso and Canotilho. The study of the dimensions of activism was based on Canon and, about the indicators of activism, on Marshall, Young, and Kmiec. When dealing with the currents of activism, we used the works of authors in favor of the normative current, such as Dworkin and Cappelletti, the favorable perspectives with reservations by Habermas and Garapon, and the opposing view by Ely. As for the developments of this current, we can mention the two axes (substantialist and proceduralist) mentioned by Werneck Vianna. Tate and Vallinder studied the analytical current. This is the result of an exploratory and descriptive study with a qualitative approach, using bibliographical research and a case study, with content analysis of the collected data. The first result of the thesis was the identification of doctrinal and jurisprudential methods for measuring the extent or degree of activism. The second was the development of an assessment tool capable of gauging the degree of activism of each Public Prosecutor's Office in the country. It can be applied by region and even by matter, as we used it for actions in the areas of education and health in the Public Prosecutor's Office of the State of Amazonas. Budgetary and financial data that cannot be obtained can be disregarded, as there are methods that do not use this indicator. The methods can be used separately if the researcher prefers, as it is possible to measure the results of each one. However, as they complement each other, for a result that is closer to reality, it is recommended to use those methods in which it is possible to obtain the most responses. The sample application carried out found that the activism of the Public Prosecutor's Office in the state of Amazonas is present but varies according to the matter and the circumstances.

Keywords: Public Prosecutor's Office; Judicial Activism; Social Rights; Education; Health.

RESUMÉN

SILVA, Jussara Maria Pordeus e. El Papel del Ministerio Público de Amazonas en la Realización del Mínimo Existencial y la Efectividad de los Derechos Fundamentales, Especialmente en Salud y Educación. 2023. 230 p. Tesis (Doctorado) - Programa de Postgrado en Derecho, Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2024. Supervisora: Prof. Dra. Adriana Campos Silva.

El trabajo investiga la contribución del Ministerio Público brasileño a la realización del régimen democrático, la efectividad de los derechos fundamentales y sociales y la implementación de políticas públicas en Brasil. El objetivo es analizar si el Ministerio Público, especialmente en el estado de Amazonas, tiene una postura activista a favor de la realización del mínimo existencial y su papel en la garantía de la protección de los derechos de los ciudadanos. La tesis se basa en una investigación sobre la evolución constitucional del Ministerio Público y su perfil como inductor/propulsor de políticas públicas relevantes y prioritarias. Los orígenes del activismo judicial fueron analizados en las doctrinas de Kmiec, Blackstone, Benthan y Schlesinger. En cuanto al alcance de las concepciones del activismo, se utilizaron las doctrinas de Barroso y Canotilho. El estudio de las dimensiones del activismo se basó en Canon y los indicadores de activismo en Marshall, Young y Kmiec. Al tratar de las corrientes del activismo, utilizamos los trabajos de autores favorables a la corriente normativa, como Dworkin y Cappelletti, las perspectivas favorables con reservas de Habermas y Garapon, y la opuesta de Ely. En cuanto a los desarrollos de esta corriente, podemos mencionar los dos ejes (sustancialista y procedimentalista) mencionados por Werneck Vianna. Tate y Vallinder estudiaron la corriente analítica. Este es el resultado de un estudio exploratorio y descriptivo con enfoque cualitativo, utilizando la investigación bibliográfica y un estudio de caso con análisis de contenido de los datos recogidos. El primer resultado de la tesis fue la identificación de métodos doctrinales y jurisprudenciales para medir la dimensión o grado de activismo. El segundo fue la elaboración de un instrumento de evaluación capaz de medir el grado de activismo de cada Ministerio Público del país, por región e incluso por materia, como aplicamos a las acciones en las áreas de educación y salud en el Ministerio Público del Estado de Amazonas. Los datos presupuestarios y financieros que no puedan ser obtenidos pueden ser descartados, pues existen métodos que no utilizan este indicador. Los métodos pueden utilizarse por separado, si el investigador lo prefiere, ya que es posible medir los resultados de cada uno. Sin embargo, como se complementan, para obtener un resultado más cercano a la realidad, se recomienda utilizar aquellos métodos en los que sea posible obtener el mayor número de respuestas. En la aplicación muestral realizada se constató que el activismo del Ministerio Público en el estado Amazonas está presente, pero varía según la materia y las circunstancias.

Palabras clave: Ministerio Público; Activismo Judicial; Derechos Sociales; Educación; Salud.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1	Os graus de proteção, de Robert Alexy.....	44
Quadro 2	Instrumento de Avaliação das Ações.....	161
Quadro 3	Instrumento de Avaliação aplicado à Recomendação Conjunta nº 001/2020.....	165
Quadro 4	Instrumento de Avaliação aplicado à Recomendação nº 0004/2020-59ª PJ.....	169
Quadro 5	Instrumento de Avaliação aplicado à Resolução nº 003/2021/59ª PJ.....	173
Quadro 6	Instrumento de Avaliação aplicado à Ação Civil Pública nº 0815082-52.2020.8.04.0001.....	177
Quadro 7	Instrumento de Avaliação aplicado ao Termo de Ajustamento de Conduta nº 0243910-78.2018.8.04.0001.....	181
Quadro 8	Instrumento de Avaliação aplicado à Cautelar em Ação Civil Pública nº 1000577-61.2021.4.01.3200.....	185
Quadro 9	Instrumento de Avaliação aplicado à Ação Civil Pública nº 0635555-19.2015.8.04.0001.....	189
Quadro 10	Instrumento de Avaliação aplicado à Ação Civil Pública nº 1000577-61.2021.4.01.3200.....	194

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ALEAM	Assembleia Legislativa do Amazonas
ANMB	Associação Nacional de Magistrados Brasileiros
ANPC	Acordo de Não Persecução Cível
ANPP	Acordo de Não Persecução Penal
CAO	Centro de Apoio Operacional
CAO-PDC	Centro de Apoio Operacional de Proteção e Defesa dos Direitos Constitucionais do Cidadão
CDC-ALEAM	Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Amazonas
CDESMP	Colégio de Diretores das Escolas Superiores do Ministério Público
CNGG	Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CNPG	Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União
COPELUC	Comissão Permanente de Educação
COPEDS	Comissão Permanente de Defesa da Saúde
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CRAS	Centro de Referência de Assistência Social
CREAS	Centro de Referência Especializado de Assistência Social
CONAMP	Confederação Nacional do Ministério Público
DPE	Defensoria Pública do Estado

DPU	Defensoria Pública da União
EAD	Ensino à Distância
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EJA	Educação de Jovens e Adultos
EPI	Equipamentos de Proteção Individual
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
FICAI	Ficha de Comunicação de Aluno Infrequente
FONCAIJE	Fórum Nacional de Coordenadores de Centros de Apoio da Infância e Juventude e de Educação dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal
FUNDEB	Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação
GNDH	Grupo Nacional de Direitos Humanos
IES	Instituições de Ensino Superior
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
LIBRAS	Língua Brasileira de Sinais
LOA	Lei Orçamentária Anual
LOMPE	Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos dos Estados
MEC	Ministério da Educação
MPAM	Ministério Público do Amazonas
MPC	Ministério Público de Contas
MPF	Ministério Público Federal
MPT	Ministério Público do Trabalho
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
OS	Organização Social
PNAE	Programa Nacional de Alimentação Escolar

PNATE Programa Nacional de Transporte Escolar

RDC Resolução da Diretoria Colegiada

SAJ Sistema de Automação da Justiça

SES Secretaria de Estado de Saúde

SPA Serviço de Pronto Atendimento

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

SUAS Sistema Único de Assistência Social

SUS Sistema Único de Saúde

SINEPE Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino Privado do Estado

SIOPS Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde

TAC Termo de Ajustamento de Conduta

TCE Tribunal de Contas do Estado

TCP Tribunal Constitucional de Portugal

TEA Transtorno do Espectro Autista

UEx Unidades Executoras

UTI Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
1 O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO	24
1.1 Ministério Público: Uma Visão Histórica.....	27
1.2 O Ministério Público Brasileiro e seus Avanços: Uma Visão Contemporânea.....	29
1.3 Retrocessos nas Atribuições do Ministério Público Brasileiro.....	33
1.3.1 Avanços e Retrocessos do Pacote Anticrime.....	36
1.3.2 Avanços e Retrocessos da Nova Lei de Improbidade Administrativa.....	40
1.4 O Ministério Público Brasileiro na Proteção e Defesa dos Direitos Constitucionais do Cidadão.....	46
1.4.1 Dos Direitos Fundamentais Sociais.....	49
1.4.2 Da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais.....	51
1.4.3 Dos Direitos Fundamentais Sociais em Espécie e a Defesa desses Direitos pelo Ministério Público.....	55
2 O ATIVISMO JUDICIAL	62
2.1 Concepções, Dimensões e Indicadores do Ativismo Judicial.....	63
2.2 Judicialização da Política e Politização da Justiça.....	66
2.3 Correntes doutrinárias sobre o Ativismo Judicial.....	67
2.4 Referências de Ativismo Judicial.....	72
2.4.1 Nos Estados Unidos.....	73
2.4.2 Na Alemanha.....	75
2.4.3 Na Itália.....	77
2.4.4 Na França.....	83
2.4.5 Na Espanha.....	85
2.4.6 Em Portugal.....	87
2.4.7 No Brasil.....	88
2.5 Limites Impostos ao Ativismo Judicial pelo Supremo Tribunal Federal.....	96
2.6 As Insuficiências do Instituto.....	97
3 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA EFETIVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS FUNDAMENTAIS E PRIORITÁRIAS	99
3.1 A Atuação do Ministério Público Brasileiro na Área da Educação....	100
3.1.1 Quanto à Acessibilidade.....	107

3.1.2	Quanto à Violência Escolar.....	108
3.1.3	Quanto à Superlotação das Salas de Aula e Classes Multisseriadas.....	110
3.1.4	Quanto ao Controle Social na Educação por meio dos Conselhos.....	111
3.1.5	Quanto às Escolas Clandestinas.....	112
3.1.6	Quanto à Evasão Escolar.....	113
3.1.7	Quanto à Falta ou Atraso do Fornecimento de Fardamento Escolar.....	115
3.1.8	Quanto à Fiscalização das Escolas Públicas.....	115
3.1.9	Quanto à Idade para Matrícula.....	118
3.1.10	Quanto à Falta ou Insuficiência da Merenda Escolar.....	120
3.1.11	Quanto ao Número Máximo de Alunos em Sala de Aula.....	122
3.1.12	Quanto à Ausência de Professores ou à Falta de Qualificação Docente.....	123
3.1.13	Quanto à Suspensão de Provas ou Retenção de Histórico e Outros Documentos Escolares por Motivo de Inadimplência.....	124
3.1.14	Quanto à Ausência, Fornecimento Inadequado ou Uso Indevido do Transporte Escolar.....	125
3.1.15	Quanto às Vagas em Creches e Escolas Públicas.....	126
3.1.16	Quanto ao Desvio de Verbas Educacionais.....	127
3.1.17	Quanto à Educação desde a Pandemia de Covid-19.....	129
3.2	A Atuação do Ministério Público Brasileiro na Área da Saúde Pública.....	131
3.2.1	Quanto ao SISREG – Consultas/Tratamentos/Cirurgias.....	144
3.2.2	Quanto à Falta de Equipamentos e Insumos para Exames e Procedimentos Cirúrgicos.....	144
3.2.3	Quanto aos Medicamentos da Lista do SUS.....	145
3.2.4	Quanto à Falta de Profissionais de Saúde.....	145
3.2.5	Quanto à Violência Obstétrica.....	146
3.2.6	Quanto ao Caso Social – Abandono de Paciente em Leito de Hospital.....	146
3.2.7	Quanto à Saúde Mental.....	146
3.2.8	Quanto ao Descumprimento da Lei do Acompanhante.....	146
3.2.9	Quanto ao Financiamento da Saúde.....	147
3.2.10	Quanto aos Conselhos Municipal e Estadual de Saúde.....	147
3.2.11	Quanto à Improbidade Administrativa na Área da Saúde.....	147

4	OS INSTRUMENTOS DE ATIVISMO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	148
4.1	Dos Instrumentos Extrajudiciais de Efetivação das Políticas Públicas pelo Ministério Público.....	149
4.1.1	Da Requisição.....	149
4.1.2	Da Recomendação.....	151
4.1.3	Do Termo de Ajustamento de Conduta.....	154
4.1.4	Do Inquérito Civil.....	155
4.2	Dos Instrumentos Judiciais de Efetivação de Políticas Públicas.....	158
4.2.1	Da Ação Cautelar Preparatória de Ação Civil Pública.....	158
4.2.2	Da Ação Civil Pública.....	159
4.3	Da Legitimidade do Ministério Público para Exigir Medidas no Sentido da Adoção de Política Pública.....	164
4.4	Das Principais Teses Jurídicas Utilizadas pelo Ministério Público Brasileiro para a Efetivação de Políticas Públicas.....	166
4.4.1	Mínimo Existencial <i>versus</i> Reserva do Possível.....	166
4.4.2	Proibição de Retrocesso <i>versus</i> Autonomia Legislativa.....	168
4.5	Da Criação de Métodos para a Avaliação da Aplicação dos Instrumentos.....	170
4.6	Da Aplicação dos Métodos por amostragem.....	177
4.4.1	Área da Educação.....	177
4.4.2	Área da Saúde.....	194
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	215
	REFERÊNCIAS.....	219

INTRODUÇÃO

Esta tese investiga o papel que o Ministério Público do Amazonas (MPAM) vem desenvolvendo a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988)¹, quando passou a ter a incumbência de guardião da Constituição e do regime democrático, além de ter se tornado o representante constitucional da sociedade na defesa dos direitos coletivos e interesses difusos e individuais homogêneos, quando houve a quebra de paradigma de demandista perante o Poder Judiciário para autor exclusivo do Inquérito Civil, podendo solucionar conflitos por meios próprios na esfera administrativa.

Esta pesquisa busca, ainda, averiguar o alcance da atuação do Ministério Público na defesa do interesse dos hipossuficientes e da efetivação das políticas públicas que se aproximem das demandas sociais nas áreas da cidadania, especialmente na saúde e na educação – por serem dois dos principais direitos fundamentais sociais² que tem legitimidade de proteger –, após a segunda quebra de paradigma, quando passou a ter formalmente, por meio de atos normativos do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), um perfil resolutivo e proativo.

Este trabalho tem o objetivo, ademais, de identificar se o Ministério Público, em especial o do Amazonas, pode ser considerado propulsor do ativismo judicial ao contribuir com a efetivação de direitos, por meio da tutela jurisdicional e diretamente através de atividades extrajudiciais, que possam ser classificadas como proativas e resolutivas (ativismo ministerial).

Investiga-se no que o Ministério Público brasileiro, em especial o do Amazonas, tem contribuído (e em que grau) para a concretização do regime democrático no Brasil, na efetividade dos direitos fundamentais e sociais dos seus cidadãos e na implementação das políticas públicas, em outras palavras, o Ministério Público tem uma postura ativista em prol dos cidadãos?

Assim, foram, feitos alguns questionamentos: 1) O Ministério Público brasileiro, em especial o do Amazonas, tem perfil proativo e resolutivo ou é mero espectador e cumpridor/fiscalizador da ordem jurídica?; 2) O Ministério Público brasileiro, em especial o do Amazonas, com relação aos direitos constitucionais do cidadão, é mais demandista,

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

² O art. 6º da CRFB/1988 delimitou os direitos fundamentais sociais como sendo a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

transferindo para o Poder Judiciário a solução dos conflitos ou é mais proativo e resolutivo, solucionando os conflitos na esfera administrativa?

Diante dos relatos e dos questionamentos, chegou-se à seguinte problemática de pesquisa: Qual o papel do Ministério Público brasileiro, especialmente o do Amazonas, na efetivação do mínimo existencial e das políticas públicas fundamentais e prioritárias, bem como na garantia da proteção efetiva dos direitos dos cidadãos?

Suprir as omissões legislativas, no sentido de dar vida às prescrições constitucionais e efetivar as políticas públicas estabelecidas na Constituição e nas leis, sempre foi um desafio, mesmo após a criação de instrumentos contra a inércia do Poder Legislativo e Executivo, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

Na ausência da implementação dos direitos e políticas por parte desses Poderes, surge um Poder Judiciário forte, que se transforma na caixa de ressonância das premências dos cidadãos, que passam a acioná-lo em busca de Justiça e de mudança social.

Nesse contexto, surge um Ministério Público representativo da sociedade e que, através de novas atribuições conferidas pela CRFB/1988, passa a atuar na busca da efetivação não mais apenas dos direitos sociais e políticos, mas também dos direitos sociais, culturais e econômicos dos cidadãos, seja extrajudicialmente, através de recomendações e termos de ajustamento de conduta, seja judicialmente, por meio de ações civis públicas e outras medidas acautelatórias.

O Ministério Público estadual brasileiro assume esse papel e passa atuar em favor da cidadania, destacando-se nas áreas da saúde, da educação, dos transportes públicos, do idoso e do deficiente, da criança e do adolescente, da ordem urbanística, do meio ambiente, do consumidor e da defesa do patrimônio e erário públicos. O Ministério Público Federal (MPF) passa a efetivar políticas públicas em prol dos direitos indígenas.

A pesquisa sobre o tema foi iniciada buscando os principais doutrinadores estrangeiros e brasileiros que tratavam da matéria. Assim, como referencial teórico, utilizamos doutrina de vários países, dando ênfase a autores brasileiros, portugueses e norte-americanos para a conclusão e o produto desta tese.

No campo da origem do ativismo judicial, buscamos a doutrina de Kmiec, Blackstone, Benthan e Schlesinger. No âmbito das concepções de ativismo, utilizamos os ensinamentos de Barroso e de Canotilho. Na esfera das dimensões do ativismo, valemo-nos de Canon. Com relação aos indicadores do ativismo, inspiramo-nos em Marshall, Young e Kmiec.

Quando abordadas as correntes sobre o ativismo, foram citadas as obras a favor da corrente normativa de Dworkin e Cappelletti, a favorável com ressalvas de Habermas e Garapon e, ainda, a contrária de Ely. Quanto os desdobramentos dessa corrente, citamos os dois eixos

(substancialista e procedimentalista) mencionados por Werneck Vianna. Em relação à corrente analítica, foi estudada a obra de Tate e Vallinder.

No estudo do ativismo judicial em outros países foram mencionados autores como Keneth Holland, Dworkin, Ackerman, Shapiro; Habermas, Alexy e Luhmann; Mauro Cappelletti, Gustavo Zagrebelsky e Riccardo Guastini; Antoine Garapon e François Rigaux; Raúl Canosa Userá, Miguel Beltran, Eduardo García de Enterría, Aurélio Menéndez e Ibañez; e Canotilho.

Dentre os autores brasileiros, foram abordadas as perspectivas de Barroso, Celso de Mello, Ada Pellegrini Grinover, Werneck Vianna, Gisele Citadino e uma breve exposição de contrapontos ao ativismo judicial, por meio da obra de Lenio Streck, discutida por Clarissa Tassinari, que também mencionou aspectos da teoria do garantismo constitucional de Luigi Ferrajoli. Por fim, quanto às dimensões do ativismo judicial em relação ao Supremo Tribunal Federal (STF), utilizou-se o estudo de Carlos Alexandre de Azevedo Campos.

A presente pesquisa adotou o método indutivo, a partir do registro de fatos particulares com o intuito de chegar a proposições gerais e ampliadas do objeto de estudo. A abordagem foi qualitativa, em razão de buscar uma análise profunda relacionada ao papel do Ministério Público brasileiro, especialmente o do Amazonas, quanto à efetivação do mínimo existencial e das políticas públicas fundamentais e prioritárias e sua participação na garantia da proteção efetiva dos direitos do cidadão.

Os objetivos foram de caráter exploratório, com o intuito de aprofundar o conhecimento sobre o fenômeno, e descritivo, por se empenhar em demonstrar as razões às quais ele está associado, quais sejam: a) Identificar a atuação do Ministério Público brasileiro, em especial o do Amazonas, nas áreas da saúde e da educação, sob a ótica da Carta de Brasília³, da

³ A Carta de Brasília é documento aprovado pelos corregedores-gerais e pela Corregedoria Nacional, no 7º Congresso de Gestão, ocorrido em setembro de 2016 em Brasília e visa, em síntese, fomentar que cada ramo do Ministério Público brasileiro exerça suas atribuições no máximo de sua potencialidade, de forma a ser realmente o órgão protagonista e proativo de transformação social que pretende a Constituição Federal e demanda a quadra em curso da evolução de cidadania. Para alcançar tal desiderato, a carta fomenta uma mudança de paradigma nas avaliações de membros a serem realizadas pelas Corregedorias locais, cuidando de inserir, nos termos de correição, diretrizes de melhor atuação funcional. Ademais, em conteúdo não menos importante, a carta estabelece orientações às Administrações Superiores dos Ministérios Públicos com vistas à estruturação física e institucional que viabilizem o exercício da plenitude da atribuição de cada membro do Ministério Público, para que seja, de fato e de direito, um agente de transformação social. Nesse sentido, a Carta de Brasília está dividida em 3 eixos a saber: diretrizes estruturantes, diretrizes direcionadas aos membros e diretrizes direcionadas às Corregedorias (LOPES, Ludmila Reis Brito; PERIM, Maria Clara Mendonça. A Carta de Brasília: Novos Horizontes para a Atuação Resolutiva do Ministério Público. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2017. Disponível em: https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/Cursos_Realizados/2017/MP_Resolutivo/Artigo_Ludmila_Reis_Carta_de_Brasilia_Novos_horizontes_para_atuacao_resolutiva_para_MP.pdf. Acesso em: 8 set. 2023).

Recomendação nº 54/2017⁴ e da Recomendação de Caráter Geral CNMP-CN nº 2/2018⁵, do Conselho Nacional do Ministério Público, que tratam da atuação qualitativa e resolutiva do MP; b) Pesquisar a forma de atuação do Ministério Público brasileiro, em especial o do Amazonas, nas áreas da saúde e da educação, como defensor dos direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis, como atua extrajudicial e judicialmente em busca da concretização do mínimo existencial e da efetivação dos direitos fundamentais básicos; c) Verificar o grau de proatividade e de resolutividade da atuação do Ministério Público brasileiro, em especial o do Amazonas, nas áreas da saúde e da educação, nas esferas extrajudicial e judicial; d) Delinear o perfil do Ministério Público brasileiro, em especial o do Amazonas, nas áreas da saúde e da educação, com relação à qualidade de atuação, proatividade e resolutividade.

O processo de coleta de dados empíricos – seleção de ações e outros instrumentos – se deu a partir do Banco de Dados do Centro de Apoio Operacional de Proteção e Defesa dos Direitos Constitucionais do Cidadão (CAO-PDC), que engloba a educação e a saúde, objetos desta tese. Buscou-se ações recentes, inclusive do período da Pandemia de Covid-19 e se considerou uma amostra não probabilística intencional, com a aplicação de uma observação indireta dos dados coletados, provenientes de fontes secundárias, por meio documental.

Os procedimentos metodológicos utilizados foram o levantamento bibliográfico, a coleta e análise de documentos (ações judiciais, de termos de ajustamento de conduta, recomendações e requisições ministeriais) e análise de jurisprudência (decisões consideradas exemplo de ativismo judicial, que tenham contado com a participação do Ministério Público na respectiva ação judicial, seja como autor, seja como fiscal da ordem jurídica).

⁴ Dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público. Sem prejuízo da respectiva autonomia administrativa, cada ramo do Ministério Público adotará medidas normativas e administrativas destinadas a estimular a atuação resolutiva dos respectivos membros e a cultura institucional orientada para a entrega à sociedade de resultados socialmente relevantes observando, dentre outros, os parâmetros desta recomendação (CNMP. Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/4891/>. Acesso em: 10 set. 2023).

⁵ Dispõe sobre parâmetros para a avaliação da resolutividade e da qualidade de atuação dos membros e das unidades do Ministério Público pelas Corregedorias Gerais. Entende-se por atuação resolutiva aquela por meio da qual o membro ou a unidade do MP, em suas atribuições, contribui decisivamente para prevenir ou solucionar, de modo efetivo, o conflito, o problema ou a controvérsia envolvendo a concretização de direitos ou interesses para cuja defesa e proteção é legitimado o Ministério Público, bem como para prevenir, inibir ou reparar adequadamente a lesão ou ameaça a esses direitos ou interesses e efetivar as sanções aplicadas judicialmente em face dos correspondentes ilícitos, assegurando-lhes a máxima efetividade possível por meio do uso regular dos instrumentos jurídicos que lhe são disponibilizados (CNMP. Recomendação estabelece parâmetros para avaliação da resolutividade na atuação do Ministério Público. Conselho Nacional do Ministério Público, 12 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/3-noticias/todas-as-noticias/11355-recomendacao-estabelece-parametros-para-avaliacao-da-resolutividade-na-atuacao-do-ministerio-publico>. Acesso em: 8 set. 2020).

A pesquisa empírica nesses procedimentos levou em consideração critérios desenvolvidos a partir do referencial teórico dos autores Luís Roberto Barroso, José Gomes Canotilho, Keenan Kmiec, Bradley Canon e William Marshall, bem como teses jurídicas acerca dos limites à judicialização dos direitos sociais e dos limites ao ativismo judicial, estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Para tanto, o primeiro capítulo da presente tese tem foco sobre a evolução do Ministério Público, sobretudo após a CRFB/1988, procurando destacar os avanços e retrocessos de poderes, atribuições e campos de atuação da instituição.

O segundo capítulo aborda o ativismo judicial, desde suas concepções, espécies, dimensões e indicadores, passando pelo Direito comparado e chegando ao ativismo judicial no Brasil, especialmente no STF.

O terceiro capítulo trata das atribuições do Ministério Público na área da proteção e defesa dos direitos constitucionais do cidadão, ressaltando as áreas da educação e da saúde. Ainda nesse capítulo, demonstramos como a sua atuação foi importante durante a pandemia de Covid-19.

Por fim, o quarto capítulo, destaca os instrumentos de atuação do Ministério Público para a efetivação das políticas públicas e uma proposta de instrumento de avaliação, com base no referencial teórico, com o objetivo de avaliar se as ações são ativistas ou não e em que grau. Ainda nesse capítulo, testamos o instrumento em ações do MPAM, relacionadas às áreas da educação e da saúde.

1 O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

A partir de uma visão histórica, que trata desde a origem do Ministério Público no contexto mundial e, em especial, no Brasil, é possível a identificação de uma nítida ruptura na atuação dessa instituição, com modificação drástica de paradigmas, ocorrida notoriamente a partir da década de 1980⁶, com a função que passou a ter na política do meio ambiente, postura essa posteriormente incorporada em relação a outros campos de direitos.

Concomitantes aos processos de redemocratização desse período, em especial a contar de 1985/1986, ocorreram movimentos ativistas de membros dos Ministérios Públicos, para uma inversão do perfil constitucional da instituição, pleitos esses que, após levados ao poder constituinte de 1987/1988, transmudaram-se em conquistas expressas por meio de inovadoras prerrogativas no texto constitucional brasileiro de 1988.

Até então, o órgão que atuava ainda a serviço do Estado Liberal⁷, como mero observador da ordem jurídica na esfera cível, agindo apenas na qualidade de fiscal da lei, passa a atuar a serviço de um Estado Social⁸ e como substituto processual dos interesses do cidadão, como parte ativa no processo e autor da ação.

A instituição Ministerial, que até ali era conduzida sob a ideologia do Positivismo Jurídico⁹, atuando exclusivamente sob a letra da lei, passa a ser uma instituição inspirada no

⁶ Apesar de na década anterior, em 1973, o Código de Processo Civil brasileiro ter previsto que o Ministério Público deveria atuar em todos os processos onde estivesse presente o “interesse público”, caracterizando um afastamento dos interesses do Estado e do Poder Executivo, o alargamento da interpretação do que fosse interesse público, incluído o interesse social e a legitimidade para representar tais interesses, ativamente (no polo ativo, como autor da ação e substituto processual), surgiu somente na década de 80, o que foi bastante reforçado e estendido a outras áreas, além da ambiental, após a edição da CRFB/1988.

⁷ O liberalismo é a doutrina política que considera o abuso de poder e a liberdade do indivíduo como os problemas centrais de um Estado. Originado no século XVI como reação defensiva aos horrores das guerras religiosas, se divide em duas correntes: a primeira restringiu-se à doutrina política que enfatiza a importância da limitação do Estado e a segunda enfatizou uma filosofia de vida que prega a autonomia, o individualismo, a imaginação pessoal e o autodesenvolvimento (TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo Judicial e Políticas Públicas*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2011, p. 16).

⁸ O Estado de bem-estar social é uma concepção que abrange as áreas social, política e econômica e que enxerga o Estado como a instituição que tem por obrigação organizar a economia de uma nação e prover aos cidadãos o acesso a serviços básicos, como saúde, educação e segurança. No artigo “Estado do Bem-Estar Social: Padrões e Crises”, de José Luis Fiori, o autor chega a uma definição do *Welfare State* por meio de estudos comparativos e historicidade, que retrata seus padrões e suas crises (FIORI, José Luis. *Estado de bem-estar social: padrões e crises*. Physis: Revista de Saúde Coletiva, v. 7, n. 2, p. 129–147, dez. 1997. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/fioribemestarsocial.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023).

⁹ “O positivismo jurídico, contraparte do jusnaturalismo, destaca-se como um dos movimentos mais significativos da ciência jurídica. Norberto Bobbio, filósofo italiano e célebre adepto da corrente, em sua obra, destrincha-a em três faces (como Teoria do Direito, como método de estudo do Direito e como ideologia do Direito)” (DOURADO, Flávio Augusto Vilhena. *Três aspectos fundamentais do positivismo jurídico em Norberto Bobbio*. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 7, Ed. 4, Vol. 9, p. 16-30. 29 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/positivismo-juridico>. Acesso em: 30 out. 2023).

Neoconstitucionalismo¹⁰, na ideologia da Constituição viva e com força normativa, e ainda sob os princípios do Constitucionalismo Democrático¹¹, buscando a satisfação dos direitos sociais previstos constitucionalmente, sobretudo ante a inércia do Poder Público.

O proeminente papel de representante do Estado Sancionador/Fiscal, o acusador, o dono da ação penal, passa a ter um papel de representante da sociedade, assumindo a titularidade exclusiva do Inquérito Civil e se tornando colegitimado, à época, ao recém-criado instrumento processual de busca de interesses indisponíveis, a Ação Civil Pública.

O *Parquet*, até então instrumento e promotor da aplicação rigorosa da lei, transforma-se em instrumento de efetivação de Políticas Públicas e patrocinador da concretização de direitos constitucionais sociais, tanto na esfera extrajudicial, quanto na esfera judicial.

Deixa, então, o Ministério Público de ser mero Defensor da Lei e zelador de seu fiel cumprimento (*custus legis*) para ser o Defensor dos Interesses dos Cidadãos, patrono dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, os quais, em algumas situações, podem não ter amparo na lei ou até mesmo contrariá-la.

Neste sentido, deixa de ter uma atuação passiva e neutra, geralmente provocada por terceiros, na qualidade de parecerista pela estrita interpretação literal da lei, para se tornar ativo em prol do verdadeiro interesse público e social, passando a instaurar Inquéritos Cíveis, investigar, requisitar, recomendar e propor ajuste de conduta ou, até mesmo, ajuizar ações na defesa de tais interesses.

¹⁰ O neoconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo contemporâneo, é uma doutrina do Direito que coloca a Constituição no centro do ordenamento jurídico e que interpreta o direito a partir dos Direitos Fundamentais. Em artigo que analisa a origem do termo, os principais doutrinadores e suas concepções, Ricardo Marcondes Martins, professor da PUCSP, diz que “O modelo neoconstitucional apoia-se num conceito específico de princípio jurídico”, que “o método proposto pelo neoconstitucionalismo é o da ponderação” e não o da subsunção e que “Para o neoconstitucionalismo, inexistem subordinação: as exigências morais, que restringem a competência dos agentes normativos, integram o próprio sistema normativo vigente, são, portanto, jurídicas” (MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em: 30 out. 2023).

¹¹ O constitucionalismo democrático acompanha as denominadas teorias do diálogo, segundo as quais “o judiciário não tem (empiricamente) ou não deve ter (normativamente) o monopólio da interpretação constitucional. Mas, “como de fato é, a interação entre constitucionalismo e democracia, compreendendo o fluxo dialógico que envolve o processo de legitimação da constituição”, pode ser aprofundado no estudo “Constitucionalismo Democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia” de Ingrid Cunha Dantas e Bernardo Gonçalves Fernandes (DANTAS, Ingrid Cunha.; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 64, n. 2, p. 61, 30 ago. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/62962>. Acesso em: 30 out. 2023).

Assim, esse órgão, que tinha uma atuação eminentemente judicial (demandista), sofre uma metamorfose para um órgão conciliador e com atuação preponderantemente extrajudicial, com a resolução judicializada dos conflitos apenas em último caso (resolutivo).

A atuação tímida que a instituição tinha na defesa do Patrimônio Público, considerando que não detinha legitimidade para propor Ação Popular e nem dispunha de instrumento próprio, funcionando apenas como fiscal da lei – assumindo a titularidade da Ação Popular apenas subsidiariamente, na hipótese de desistência do autor –, passa a ser um dos principais combatentes da corrupção, passando a investigar os danos por meio de Inquérito Civil e a propor Ações de Improbidade Administrativa, buscando não apenas a responsabilização dos envolvidos, com a aplicação das respectivas sanções, mas o ressarcimento ao erário.

O Ministério Público deixa de ser um mero garantidor da aplicação do Direito (fiscal da lei, *custus legis*) e autor da ação penal, para se transformar em aplicador do Direito em prol da Justiça, principalmente a Justiça Social.

Os avanços se tornam notórios, conforme dito anteriormente, a partir da década de 1980, com o estabelecimento da Política Nacional do Meio Ambiente, a edição da Lei da Ação Civil Pública, a promulgação da CRFB/1988, o Código do Consumidor, o Estatuto da Criança e Adolescente, o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Cidade e outros. Todavia, a assunção de novo papel pelo Ministério Público passou a ter uma reação da classe política, na maioria por investigados do *Parquet*, criando um contraponto nos avanços, em retrocessos notórios.

Após a CRFB/1988, como retaliação da classe política à assunção das novas funções e atuação combativa do Ministério Público, iniciaram-se várias lutas legislativas para a retirada de poderes e prerrogativas do Ministério Público. Isso é percebido a partir da vedação de que ações civis públicas pudessem versar sobre matéria penal e tributária.

Posteriormente, isso também é sentido com a restrição do alcance da liminar em Ação Civil Pública, com o recuo no controle externo da atividade policial e com a combatividade ao poder requisitório e investigatório do Ministério Público.

Todas essas conflituosidades e problematizações aqui levantadas estão inseridas no texto a seguir, que trata primeiramente da origem do *Parquet* e de sua evolução, ora com avanços, ora com retrocessos e, mais adiante, da legitimação específica para atuar em defesa dos direitos constitucionais do cidadão.

1.1 Ministério Público: Uma Visão Histórica

Identificar a origem e situar a posição do Ministério Público na história, segundo a maioria dos autores que mergulharam nessa busca, não é uma investigação fácil, considerando que os registros são bem poucos, alguns chegam a ser antagônicos, além de não ser identificada uma continuidade histórica.

Roberto Lyra¹², um dos primeiros autores brasileiros a abordar o tema, nos dá conta de que textos descobertos em escavações no Egito, denotam que havia, há mais de quatro mil anos, um funcionário denominado “*magiai*”, que era a língua e os olhos do rei, que teria sido um embrião do Ministério Público. Esse funcionário, segundo o autor:

[...] castigava os rebeldes; reprimia os violentos; protegia os cidadãos pacíficos; acolhia os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado mentiroso; era o marido da viúva e o pai do órfão; fazia ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais que se aplicavam ao caso; tomava parte nas instruções para descobrir a verdade.

Ainda com relação ao período da Antiguidade Clássica, há outra referência de Michèle-Laure Rassat¹³ com relação aos “*éforos*” de Esparta, que teriam sido, em sua visão, os traços iniciais da instituição ministerial. A autora também cita outros precedentes gregos, romanos e germânicos.

Edilcéa Tavares Nogueira¹⁴ remonta a origem do *parquet* à figura de um funcionário grego denominado “*tesmoteti*” ou “*desmodetas*”, que era “uma espécie de servidor judicial, religioso e militar, cuja atribuição principal era vigiar pela correta aplicação das leis, um magistrado encarregado de administrar a justiça”. Essa semente é revelada por estudiosos da matéria¹⁵ quanto à função de “fiscal da lei” do *Parquet*, a saber, a magistratura especial da democracia ateniense, designados de guardas das leis¹⁶.

¹² LYRA, Roberto. Teoria e Prática da Promotoria Pública. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001, p. 16.

¹³ RASSAT, Michèle-Laure; VOUIIN, Robert. Le Ministère Public entre son passé et son avenir. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967, p. 7.

¹⁴ NOGUEIRA, Edylcéa Tavares de Paula. Ministério Público Federal, Memória. 2ª Ed. Brasília: Editora MPF, 1991.

¹⁵ LIMA, Ana Maria Bourguignon de; BUSATO, Paulo César. A Formação Histórica do Ministério Público. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 1, n. 1, p. 245-278, 2009. Disponível em: https://sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n.3.pdf#page=246. Acesso em: 25 jul. 2023.

¹⁶ COULANGES, Fustel de; AGUIAR, Fernando de. A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Edipro, 2009.

Nogueira¹⁷ é citada por Judivan Vieira¹⁸, quando este menciona os precedentes de Roma, especificamente representados em papéis desenvolvidos pelos “*advocatus fisci*” e “*procuratores caesaris*”, o primeiro com a missão de defender o Estado romano; o segundo, com a obrigação de defesa do tesouro do Caesar. Apesar de que lhes eram atribuídas certas funções especiais, de certa maneira de cunho judicial, todas tinham caráter de “*fiscus*”, sempre no interesse do Imperador.

Vieira, entretanto, discorda de ter havido Ministério Público na Grécia antiga e, ao analisar se existiu em Roma, pontua que o *parquet* não nasceu como instituição jurídica e sim com conotação política, como um órgão executivo de apoio ao Rei¹⁹.

Nos marcos históricos grego e romano citados, é certo afirmar que o Ministério Público ainda não acusava infratores penais, pois, como sabido, nessa época a acusação de criminosos era realizada pelos próprios cidadãos em assembleia e a defesa era feita pelo próprio acusado, com duas únicas penas, de multa e de morte.

Muito mais dissociado, ainda, estava do seu papel atual, de protetor e defensor dos direitos de cidadania e dos interesses indisponíveis da sociedade, situações em que, na maioria das vezes, o omissor ou opressor é o próprio Estado (Executivo), considerando que era justamente quem auxiliava e representava à época.

Na Idade Média, de igual modo, são encontrados sinais históricos do *parquet* nos “*saions germanicos*” ou nos “*bailios*” e “*senescais*”, encarregados de defender os senhores feudais em juízo. Nesse mesmo período, alguns apontam a origem no “*missi dominici*” ou nos “*gastaldi*” do direito longobardo e, ainda, no “*Gemeiner Anklager*” (que, em tradução literal, significa “comum acusador”) da Alemanha, encarregado de fazer a acusação quando o particular permanecia inerte²⁰⁻²¹.

Há menção, ainda, na obra de Hélio Tornaghi²², ao “*vindex religiones*” do Direito canônico, também citado posteriormente por Hugo Nigro Mazzilli²³ como possível resquício de identidade com o Ministério Público. As raízes do Ministério Público, contudo, segundo a

¹⁷ VIEIRA, Judivan J. Ministério Público o 4º Poder. 2ª Ed. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 17.

¹⁸ VIEIRA, Judivan J. Ministério Público o 4º Poder. 2ª Ed. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 17.

¹⁹ VIEIRA, Judivan J. Ministério Público o 4º Poder. 2ª Ed. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 34.

²⁰ VELLANI, Mário. Il publico ministero nel processo. Bologna: Nicola Zanichelli, 1965, p. 13.

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. Vol. 2. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 291-292.

²² TORNAGHI, Hélio. Compêndio de Processo Penal. Vol. 1. Rio de Janeiro: Konfino, 1967, p. 375.

²³ MAZZILLI, Hugo Nigro. Ministério Público na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 2.

doutrina italiana, estariam fincadas no “*advocatus de parte publica ou os avogadori di comum della repubblica veneta*” ou os “*conservatori delle leggi di Firenze*”²⁴.

A origem mais referida, porém, é a Ordenança de 25 de março de 1302, de Felipe IV, o Belo, rei da França, impondo idêntico juramento que os juízes, vedado defenderem outros que não o rei²⁵.

A Revolução Francesa teria contribuído para uma estruturação melhor da instituição, conferindo garantias a seus membros. Foi na era napoleônica, entretanto, que o Ministério Público teria sido instituído nos moldes como é hoje²⁶.

Todavia, em um ponto os investigadores científicos são unânimes e concordes, o Ministério Público não surgiu com características de neutralidade, para trazer equilíbrio aos conflitos sociais, nem sob a pecha de defensor das classes sociais menos favorecidas e excluídas, pois suas atribuições, a princípio, sempre estiveram vinculadas à defesa dos interesses do governante, fosse ele Rei ou Imperador (Caesar). A instituição assumia tarefas impopulares do soberano, preservando-o, aplicando penas diretamente e cobrando tributos.

Outro aspecto de convergência entre os doutrinadores é que o *parquet* também não foi criado como uma instituição jurídica, mas como órgão do próprio Rei, uma vez que, quando surgiram suas primeiras sementes, não havia separação de poderes e nem Poder Executivo ainda, o que nos leva a concluir que sua conotação originária, portanto, tinha cunho político e não jurídico, da feita que tinha a qualidade de auxiliar do soberano, chegando a assumir, por meio de delegação do Rei, algumas competências de Estado.

1.2 O Ministério Público Brasileiro e seus Avanços: Uma Visão Contemporânea

O Ministério Público brasileiro, por sua vez, encontra suas raízes diretamente no tradicional direito lusitano²⁷, que tinha o *Parquet* como instituição estável e permanente desde o século XIV²⁸.

²⁴ VELLANI, Mário. Il publico ministero nel processo. Bologna: Nicola Zanichelli, 1965, p. 13.

²⁵ VELLANI, Mário. Il publico ministero nel processo. Bologna: Nicola Zanichelli, 1965, p. 13. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. Vol. 2. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 292. TORNAGHI, Hélio. Compêndio de Processo Penal. Vol. 1. Rio de Janeiro: Konfino, 1967, p. 2-3.

²⁶ RASSAT, Michèle-Laure; VOUIIN, Robert. Le Ministère Public entre sôn passé et son avenir. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967, p. 31-35.

²⁷ DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coord.). O Ministério Público no Brasil. O Papel do Ministério Público: estudo comparado dos países latino americanos. Coimbra: Almedina, 2008, p. 223.

²⁸ CASTRO, Manuel de Oliveira Chaves e. A organização e competência dos tribunais da justiça portuguesa. Coimbra: F. França Amado, 1910.

Durante o período colonial do Brasil, ainda não se fazia referência ao Ministério Público como uma instituição, mas Salles²⁹ e Azevedo³⁰ nos dão conta de relatos da existência de promotores de justiça, tanto nas Ordenações Manuelinas (1521) – que já mencionavam o Promotor de Justiça e suas obrigações perante as Casas de Suplicação e nos juízos de terras, quando atuava basicamente como fiscal da lei e de sua execução –, quanto nas Ordenações Filipinas (1603), quando foram definidas as atribuições junto às Casas de Suplicação, ficando incumbido, além das atribuições de *custus legis*, do direito de promover a acusação criminal.

A figura do Promotor de Justiça foi delineada no Brasil, pela primeira vez, com a criação do Tribunal de Relação da Bahia (7 de março de 1609), junto ao qual atuavam o Procurador da Coroa e da Fazenda, acumulando funções de promotor de justiça com a defesa do fisco³¹⁻³².

Em 1751, com a instituição do Tribunal de Relação do Rio de Janeiro, foram ocupados dois cargos de membros do Ministério Público, considerando-se tal episódio um marco para a separação das funções entre Promotor de Justiça e Procurador da União³³.

Contudo, tanto no Brasil colonial, quanto no imperial, as atribuições eram centralizadas no Procurador-Geral, razão por que não se identifica, nesse espaço de tempo, o Ministério Público como uma instituição. Por outro lado, também não se verificava qualquer prerrogativa ou resquício de autonomia, representando o agente Ministerial simples agente do Poder Executivo³⁴.

Na Constituição de 1824³⁵ e, posteriormente, no Código de Processo Criminal do Império (1832), é que foi delineada a atribuição de acusação no juízo criminal para o Ministério Público. Na legislação processual penal se previu, pela primeira vez, requisitos para nomeação e suas atribuições primordiais em seção específica (arts. 36 a 38)³⁶.

²⁹ SALLES, Carlos Alberto de. Entre a Razão e a Utopia: A Formação Histórica do Ministério Público. In.: IGLIAR, José Marcelo Menezes. MACEDO JUNIOR, Roberto Porto (Orgs.). Ministério Público II – Democracia. São Paulo: Editora Atlas, 1999, p. 20.

³⁰ DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coord.). O Ministério Público no Brasil. O Papel do Ministério Público: estudo comparado dos países latino americanos. Coimbra: Almedina, 2008, p. 223.

³¹ PIERANGELLI, José Henrique. Processo Penal: evolução histórica. Bauru: Editora Jalovi, 1983, p. 73-74, 187-188. MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. São Paulo: Saraiva. 1993, p. 6.

³² Esse acúmulo de atribuições perdurou por um longo período em relação ao MPF, já que o Procurador da República manteve poderes para defesa da União em juízo praticamente até a edição da CRFB/1988, ocasião em que passou a ser atribuição exclusiva da Advocacia Geral da União.

³³ GOMES, Luís Roberto. O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: o controle da omissão estatal no Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 10.

³⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. São Paulo: Saraiva. 1993, p. 7.

³⁵ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

³⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. São Paulo: Saraiva. 1993, p. 7-8.

A primeira das constituições republicanas, a de 1891, ainda não fez referência ao Ministério Público na qualidade de instituição, mas apenas à escolha do Procurador-Geral, assim como à sua iniciativa na revisão criminal³⁷.

O Ministério Público brasileiro foi referido no texto constitucional federal somente no século XX, transformando-se em órgão constitucional por meio da Constituição de 1934³⁸, em que foi enquadrado como “órgão de cooperação das atividades governamentais”.

Na vigência da Carta outorgada de 1937, ocorreu um nítido retrocesso, omitindo-se o Ministério Público como instituição, havendo referência tão somente à escolha do Procurador-Geral da República e remetendo aos Estados a cobrança da dívida ativa estadual. Outrossim, foi nessa Constituição que se criou o quinto constitucional dos Tribunais, tendo sido incluído o Ministério Público, alternadamente com a advocacia, para a composição dos órgãos recursais³⁹.

Foi na Carta Magna de 1946 que o *Parquet* passou a ter destaque constitucional, com título autônomo, ocasião em que foram expandidos seus poderes e alargadas suas garantias, no mesmo passo dos magistrados, dando-lhes vitaliciedade e inamovibilidade a seus membros.

Por mais surpreendente que possa parecer, foi a Constituição de 1967⁴⁰, através da Emenda 1/1969⁴¹, editada em plena ditadura militar que, após incluir o Ministério Público no capítulo do Poder Judiciário, delegou-lhe competência de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conferindo-lhe, também, as prerrogativas da unidade e indivisibilidade, além de atribuir independência funcional a seus membros e autonomia administrativa.

A evolução do Ministério Público brasileiro, com seu conseqüente crescimento, porém, só se deu nas décadas de 1970/1980. O primeiro passo ocorreu em 1977, por meio da Emenda Constitucional nº 77⁴², quando foi determinada a elaboração de lei complementar nacional de organização dos Ministérios Públicos dos Estados, o que culminou, quatro anos depois, com a

³⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. São Paulo: Saraiva. 1993, p. 8.

³⁸ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

³⁹ RODRIGUES, João Gaspar. O Ministério Público e Um Novo Modelo de Estado. Manaus: Editora Valer, 1999, p. 17-28.

⁴⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

⁴¹ BRASIL. Emenda constitucional nº 1, de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 6 set. 2023.

⁴² BRASIL. Emenda constitucional nº 77, de 11 de fevereiro de 2014. Altera os incisos II, III e VIII do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, para estender aos profissionais de saúde das Forças Armadas a possibilidade de cumulação de cargo a que se refere o art. 37, inciso XVI, alínea "c". Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc77.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

edição da Lei Complementar nº 40/1981⁴³, que veio estabelecer atribuições, garantias e vedações aos membros do Ministério Público estadual.

Nesse mesmo ano de edição da mencionada Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos dos Estados (LOMPE), foi promulgada a Lei nº 6.938/1981⁴⁴ que, ao disciplinar a Política Nacional do Meio Ambiente, delegou atribuição ao Ministério Público para promover a ação de reparação de danos ambientais.

Com o advento da Lei da Ação Civil Pública, a Lei nº 7.347/1985⁴⁵, foi ampliado consideravelmente o conjunto de atribuições e a legitimidade do Ministério Público, na medida em que foi concedida a incumbência de instaurar, com exclusividade, o inquérito civil e promover a ação civil pública na defesa dos interesses difusos e coletivos.

Mas há quem sustente, inclusive tendo feito por meio de trabalho defendido no Congresso Nacional do Ministério Público, no ano de 1985 em São Paulo, que o Ministério Público já se encontrava legitimado para promover a ação civil pública na defesa de todo e qualquer interesse difuso ou coletivo, como direitos indisponíveis de grupos sociais que eram, independentemente de lei específica, desde a edição da Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981.

O fundamento para essa assertiva estaria no próprio texto da LOMPE, que previa expressamente “competir ao Ministério Público a responsabilidade perante o Judiciário pela defesa dos interesses indisponíveis da sociedade”⁴⁶.

A CRFB/1988, difundida como a “Constituição Cidadã”, elevou o Ministério Público à categoria de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis. Por delegação constitucional, passou ainda a ser guardião da própria Constituição, quando lhe foi atribuída a missão garantista de zelar para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública respeitem os direitos constitucionais assegurados⁴⁷.

⁴³ BRASIL. Lei complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp40.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

⁴⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Da tutela preventiva dos direitos difusos e coletivos, em geral. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Temas Atuais de Direito*. Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1986, p. 221-234.

⁴⁷ PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva; OLIVEIRA, Sandro Rogério Monteiro de. *Reflexões sobre os vinte anos da Constituição Federal*. Campo Grande: UFMS, 2009.

Reafirmou-se – dessa vez a nível constitucional – também a legitimidade exclusiva do Ministério Público para instaurar o inquérito civil e concorrente para promover a ação civil pública, em defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e dos interesses difusos e coletivos. Essa tutela dos interesses difusos veio a desencadear uma nova fase da história jurídica cível no Brasil, passando os membros do Ministério Público a participarem do processo de inclusão e transformação social, bem como da efetivação dos direitos sociais⁴⁸.

Nesse prisma, pode-se afirmar que, a partir de 1988, passou a ser missão institucional do Ministério Público a defesa da democracia, da legalidade e dos direitos e interesses da sociedade, tornando-se mantenedor do Estado democrático de Direito e defensor do interesse público e social, passando a ter papel de destaque na construção da cidadania brasileira.

A par dessa legitimação, o Ministério Público passou a utilizar vários instrumentos e mecanismos legais na defesa dos direitos difusos e coletivos, como o poder requisitório, o poder de notificação e a prerrogativa de recomendação, bem como passou a lavrar Termos de Ajustamento de Conduta, que se transformavam em títulos executivos extrajudiciais ou judiciais, quando homologados pelo Poder Judiciário. Passou-se, ainda, a promover o atendimento ao público de forma regular e realizar audiências públicas, quando necessárias à discussão de temas de relevância para a população.

Vários direitos vitais para o cidadão, como saúde e educação, passaram a ser fiscalizados e promovidos pelo Ministério Público e passaram a ser tomadas as medidas necessárias, extrajudiciais ou judiciais, quando na ausência da prestação do serviço ou quando ele estava sendo prestado de forma deficitária ou atrasada, além de ser buscada a responsabilização dos agentes públicos que não estavam prestando, prestando mal ou prestando com retardo o serviço.

1.3 Retrocessos nas Atribuições do Ministério Público Brasileiro

Considerando os poderes conferidos ao Ministério Público a partir da CRFB/1988, sobretudo na defesa do patrimônio público e busca da responsabilização de autoridades e governantes por uso indevido de verbas públicas, gerasse ou não enriquecimento ilícito, por meio da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, deu-se início a uma campanha política para a diminuição dos poderes do Ministério Público, no sentido de intimidar

⁴⁸ GOMES, Luís Roberto. O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: o controle da omissão estatal no Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 11.

sua atuação. Algumas das consequências são bem retratadas por Gomes⁴⁹, fatos a que denomina retrocessos e sobre os quais passaremos a tratar.

O primeiro retrocesso ocorreu em 1997, com a alteração da Lei da Ação Civil Pública, no sentido de reduzir o âmbito da coisa julgada, visando, sobretudo, atingir as decisões prolatadas nas ações ajuizadas pelo MPF que tinham, originalmente, abrangência em todo o território nacional. Com essa medida, passaram a ter alcance apenas “nos limites de competência territorial do prolator”, o que causou uma confusão entre os institutos da jurisdição e da competência, pela impropriedade técnica do texto legal.

Em 2001, ocorreu o segundo, com a edição da Medida Provisória nº 2180-35⁵⁰, que vedou o ajuizamento da Ação Civil Pública que tivesse como objeto contribuições previdenciárias e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários pudessem ser individualmente determinados.

O terceiro se consubstanciou por meio dos Projetos de Lei, denominados “da mordaza”, um na Câmara dos Deputados e outro no Senado, em clara retaliação às ações do Ministério Público na área da improbidade administrativa, que visavam proibir a manifestação ou divulgação de fatos que o membro do Ministério Público tivesse ciência em razão do cargo.

Em 2002, caracterizou-se o quarto, com a Medida Provisória 3088-35⁵¹, que criou a figura da reconvenção nas Ações de Improbidade Administrativa, considerada mais uma aberração jurídica, já que esse instituto é voltado para quem seja parte na relação processual, o que não é o caso do Ministério Público, que funciona como substituto processual da coletividade. Tal previsão foi desconsiderada mais tarde pelo próprio Governo.

O quinto se configurou com a edição da Lei nº 10.628/2002⁵² que, ao modificar o art. 84 do Código de Processo Penal, atribuiu foro privilegiado aos agentes políticos que

⁴⁹ GOMES, Luís Roberto. O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: o controle da omissão estatal no Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 12-16.

⁵⁰ BRASIL. Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. Acresce e altera dispositivos das Leis nos 8.437, de 30 de junho de 1992, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.494, de 10 de setembro de 1997, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.704, de 17 de novembro de 1998, do Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, das Leis nos 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e 4.348, de 26 de junho de 1964, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2180-35.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

⁵¹ BRASIL. Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001. Altera a legislação das Contribuições para a Seguridade Social - COFINS, para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e do Imposto sobre a Renda, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2158-35.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

⁵² BRASIL. Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002. Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110628.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

praticassem improbidade administrativa. Após ser questionada a sua constitucionalidade perante o STF, essa lei perdeu sua eficácia⁵³.

Atualmente, existem vários Projetos de Lei tramitando no Congresso Nacional que pretendem retirar atribuições do Ministério Público. Importante ressaltar aqueles que se referem ao seu poder investigatório, seja em investigação criminal, com seu alcance disciplinado por Resolução do CNMP, sobretudo quanto a crimes praticados pelos próprios policiais; seja com relação à responsabilidade pelo inquérito civil, hoje prerrogativa constitucional de exclusividade do Ministério Público, de igual modo, para as Polícias Cíveis estadual e federal.

Com relação ao poder investigatório criminal do Ministério Público, o STF o reconheceu por maioria, no Recurso Extraordinário nº 593.727, que teve repercussão geral reconhecida e, portanto, a decisão tomada nesse processo será replicada aos demais casos idênticos de todo o país⁵⁴.

Alguns também consideram retrocesso o entendimento dos Tribunais Superiores, sobretudo do STF, de que agente político não responde por improbidade administrativa, apenas por crime de responsabilidade. Considerando que as responsabilidades civis e criminais são diversas e cumuláveis, conforme permite a própria Constituição brasileira, essa interpretação é tida como uma mitigação da Lei de Improbidade, que passou a ter, a partir desse entendimento, sua aplicação cerceada.

Segundo Vieira⁵⁵, o Ministério Público teria causado muitos “incômodos desde sua redefinição pela CRFB/1988, sobretudo com relação ao combate a corrupção e à administração coronelista de algumas regiões do Brasil”, desencadeando “uma campanha para tentar amordaçá-lo”, muito forte no período entre 2000 e 2002, no sentido de calar as denúncias de corrupção e desmoralizar o que, na época, se denominou de “empolgação com a Justiça”.

Posteriormente, a Proposta de Emenda Constitucional nº 37, que daria exclusividade do poder de investigação aos órgãos policiais, derrubada após sua rejeição haver sido incluída na

⁵³ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2797-2/DF, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence. Julgada em 15 de setembro de 2005. Por maioria, o Plenário do STF reconheceu a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 84 do CPP, acrescidos pela Lei 10.628/2002.

⁵⁴ Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso, conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário, reconhecendo, entretanto, a competência do Ministério Público para realizar diretamente atividades de investigação da prática de delitos, para fins de preparação e eventual instauração de ação penal apenas em hipóteses excepcionais e taxativas, nos termos do seu voto, no que foi acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, e após os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto (Presidente) e Joaquim Barbosa, que negavam provimento ao recurso, reconhecendo base constitucional para os poderes de investigação do Ministério Público, nos termos dos seus votos, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Plenário, 27 de junho de 2012.

⁵⁵ VIEIRA, Judivan J. Ministério Público o 4º Poder. 2ª Ed. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 215.

pauta de reivindicações de expressivas manifestações populares que ocorreram em todo o país, ao final do primeiro semestre de 2013, foi o maior exemplo de que grande parte da classe política – muitos envolvidos em casos de corrupção e improbidade administrativa – pretendia enfraquecer os poderes do Ministério Público.

Segundo informações da Confederação Nacional do Ministério Público Brasileiro (CONAMP), órgão representativo das associações de classe estaduais do Ministério Público brasileiro, ainda existem mais de cem iniciativas de projetos de lei, dentro do Congresso Nacional, visando diminuir as atribuições ministeriais assim como reduzir seus poderes, tendo sido uma luta constante dos membros dos Ministérios Públicos estaduais e federal sensibilizar a população e os parlamentares da importância da manutenção de tais prerrogativas, para a defesa dos interesses públicos e sociais.

1.3.1 Avanços e Retrocessos do Pacote Anticrime

A Lei nº 13.964/2019⁵⁶, denominada de Lei Anticrime, modificou a legislação penal e processual penal, trazendo avanços significativos e, ao mesmo tempo, estabelecendo retrocessos.

O projeto de lei aprovado criou o juízo de garantias, que consiste na designação de um juiz para decidir questões relacionadas à investigação, impossibilitando que o juiz natural participe da fase produção dos elementos probatórios indiciários, resguardando, portanto, a necessária imparcialidade do magistrado que julgará o processo.

Com relação à delação premiada, a nova legislação começa a colocar a palavra do delator em seu devido lugar, vez que impede que sua versão, por si só, justifique e fundamente o deferimento de medidas cautelares, como prisão, busca e apreensão e até mesmo o início de uma ação penal, conforme aconteceu aos montes na indigitada "Operação Lava Jato" e muitas outras.

Por outro lado, foram aprovadas propostas, como o aumento do tempo máximo da pena de prisão de 30 para 40 anos, o endurecimento dos prazos para progressão da pena, a proibição da saidinha para condenados por crimes hediondos com resultado morte, a utilização de bens apreendidos por instituições públicas, a criação de um banco de perfil genético para crime

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

contra a vida e crime sexual e a manutenção de presos em presídios federais por um período de três anos, prorrogáveis por mais três.

No que pertine ao máximo de cumprimento de pena, que foi aumentado de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos, o encarceramento, seja federal ou estadual, na maioria das vezes, não soluciona o problema criminal no Brasil, pois os presídios estão cada vez mais lotados e o tratamento desumano é, infelizmente, cada vez mais comum, situação que dificulta, para não dizer impossibilita, qualquer tipo de ressocialização.

Essa afirmação de que aumento de pena não resolve o problema da criminalidade pode ser constatada com a pesquisa “Sistema Prisional em Números a partir de 2022 – Resolução nº 56/2010”, apresentada pelo CNMP. Considerando o total de 1.322 estabelecimentos penais no país, verificou-se que a taxa de ocupação dos presídios brasileiros era de 138,16%, sendo bem preocupantes os dados de suicídio e de falta de acesso à saúde.

O Departamento Penitenciário Nacional lançou um novo Levantamento de Informações Penitenciárias, com dados de junho de 2022. O destaque do novo levantamento é o aumento de 75% da oferta de atividades educacionais no sistema penitenciário brasileiro, além de um aumento de 35% na quantidade de presos que exercem algum tipo de atividade laboral.

Já o 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, divulgado em 20 de julho de 2023, pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, aponta que o número de presos no país aumentou 257% de 2000 a 2022 e o déficit de vagas em prisões passa de 236.000. Segundo o documento, a população prisional no Brasil bateu novo recorde e chegou a 832.295 pessoas no fim do ano passado.

Diante disso, resta claro que a punição que já era aplicada, aumentada com a nova legislação, não é eficaz, inexistindo justificativa plausível para a sua majoração. As pesquisas demonstram que o aumento do encarceramento não resulta na diminuição dos índices de violência, demonstrando, portanto, que a estratégia utilizada está fracassando. Sendo assim, não resta dúvida que a violência deve ser combatida com políticas sociais e não com o aumento de pena, criado por leis pouco debatidas e aprovadas de afogadilho.

Além disso, a referida lei trouxe uma inovação inédita no âmbito penal: a inversão do ônus da prova. Com base nessa nova regra, existe a possibilidade de que condenados a crimes que possuam pena máxima superior a seis anos tenham seus bens perdidos, sem a necessidade da comprovação, segura, de ilegalidade.

Assim, conforme o texto aprovado, o condenado perderá o valor correspondente à diferença entre seu patrimônio e aquele que seja compatível com seu rendimento lícito, sendo

certo que “O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio”.

Essa inovação vai de encontro à sistemática do direito penal, na qual cabe a quem acusa a apresentação das provas e não àquele que está sendo acusado do cometimento de um crime comprovar que não o fez, sob pena de se violar o princípio constitucional da presunção de inocência. Por outro lado, resgata o “enriquecimento sem causa” vetado em vários projetos de lei, a exemplo da primeira versão da lei de improbidade administrativa.

A nova lei concede, em seu artigo 28-A, a possibilidade de que o Ministério Público, em crimes com pena mínima inferior a quatro anos, proponha Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), a ser homologado em juízo.

Considerado um avanço na legislação processual penal brasileira, o art. 28-A prevê que, em não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor o ANPP, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Para lavratura desse acordo, algumas condições são ajustadas cumulativa e alternativamente, a saber: 1) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; 2) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; 3) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)⁵⁷; 4) pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou 5) cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Todavia, não se aplica o ANPP nas seguintes hipóteses (art. 28-A, § 2º): 1) se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; 2) se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal

⁵⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; 3) ter sido o agente beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e 4) nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Existem, ainda, alguns aspectos importante na lei, destacados como: Formalização – § 3º. O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor; Homologação – § 4º. Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade; Condições – § 5º. Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor; Execução – § 6º. Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal; e Recusa do Juiz – § 7º. O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. § 8º. Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

Se entender não cabível o ANPP e oferecer a denúncia: Recusa do Ministério Público – § 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 do Código em análise.

A vítima terá conhecimento formal da realização do acordo: Intimação – § 9º. A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

Em caso de descumprimento: Descumprimento do Acordo – § 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. § 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

Não constarão da certidão de antecedentes criminais a celebração do ANPP e nem o seu cumprimento: Certidão de Antecedentes – § 12. A celebração e o cumprimento do acordo de

não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

Cumprido integralmente o acordo, será decretada a extinção da punibilidade: Extinção da Punibilidade – § 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

A Orientação Conjunta nº 3/2018, expedida pelas 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF (antes da vigência da Lei 13.964/2019) orienta os seus membros, respeitada a independência funcional, a observarem, na realização dos ANPP, os seguintes requisitos de cabimento: a) pena mínima abstrata inferior a 4 anos; b) crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa; c) não cabimento da transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1996⁵⁸); d) dano causado igual ou inferior a 60 salários mínimos ou valor superior quando assegurada integral reparação do dano; e) o investigado não incorrer em nenhuma das hipóteses do art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/1996; f) inexistência de risco de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em razão do aguardo do cumprimento integral do acordo; g) o delito não ser hediondo ou equiparado; h) não ser o caso de incidência da Lei nº 11.340/2006⁵⁹.

1.3.2 Avanços e Retrocessos da Nova Lei de Improbidade Administrativa

A Lei nº 14.230/2021⁶⁰ alterou substancialmente dispositivos da Lei nº 8.429/1992⁶¹, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Algumas das inúmeras modificações traduzem polêmicas, por um lado, dos que defendem que as alterações eram necessárias para tornar mais

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14230.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

⁶¹ BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

racional o sistema de controle da Administração e oferecer mais segurança jurídica aos gestores; por outro, dos que entendem que se trata de um enfraquecimento do combate à corrupção.

Considerada a principal alteração – de que somente atos dolosos configurarão atos de improbidade administrativa – foi, na verdade, a positivação do que a jurisprudência já vinha pacificando por todos os nossos tribunais superiores, ou seja, a exigência da presença da “má-fé” ou “dolo genérico” do agente, como condição para lhe imputar a responsabilização pela prática do ato ímprobo.

Como já mencionado, a reforma da lei de improbidade administrativa, ao reconhecer os precedentes judiciais e normatizar a exigência da prática de ato ou omissão dolosa do agente público para sua configuração, levou muitos a defenderem que essas alterações legislativas criaram um retrocesso no combate à corrupção no Brasil.

A definição de dolo constante do § 2º do novo art. 1º da LIA não inova, por si só, no regramento da tipificação subjetiva de atos de improbidade administrativa, na medida em que só reproduz a definição clássica de dolo, que não é sinônimo de voluntariedade.

Segundo Castilho⁶² (2021, p. 60), no Superior Tribunal de Justiça (STJ) prevalece o entendimento de que não é necessário dolo específico, bastando a presença do dolo genérico, que seria um elemento subjetivo geral apto a configurar o dolo em improbidade administrativa. Ainda para o autor, a adoção do dolo genérico nos casos de improbidade administrativa se aproxima de uma responsabilização “quase objetiva” do agente, uma vez que esse tipo de dolo, eventualmente, pode ser empregado como a simples consciência que o agente público tem ou deve ter de seus deveres funcionais e dos princípios constitucionais afetos ao cargo que ocupa.

No que se refere especificamente ao art. 11 da LIA – descumprimento de princípios da administração pública –, a nova redação trazida pela Lei nº 14.230/2021 afasta a aplicação da lei por ato cometido eivado de culpa em sentido amplo (negligência, imperícia e imprudência), assim como restringiu sua caracterização a um rol de tipos fechados de conduta. Além disso, o descumprimento de princípio passa a ser condicionado à lesividade a “relevante interesse”.

A Lei nº 14.230/2021, a par de ter retaliado possíveis excessos e extremado rigor em relação a descumprimento de princípios por gestores de boa-fé, trouxe também mudanças com efeitos inibidores de lesões aos princípios constitucionais da administração pública, como a

⁶² CASTILHO, Paulo Roberto da Costa. O dolo na improbidade administrativa: modernas teorias e nova legislação. 2021. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Econômico e Desenvolvimento) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3575>. Acesso em 1 out. 2023.

previsão expressa de que o nepotismo configura improbidade, assim como o uso da máquina pública para fins de publicidade pessoal.

Por outro lado, a elevação da suspensão dos direitos políticos de até 10 para até 14 anos, no caso de prática de improbidade que causa enriquecimento ilícito; a elevação da suspensão dos direitos políticos de até 8 para até 12 anos, no caso de prática de improbidade que causa prejuízo ao erário; além da elevação do prazo prescricional de 5 para 8 anos, veio a contribuir para a busca da responsabilização.

O legislador trouxe também previsão diametralmente contrária à lei original, na medida em que previu que “o MP poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil” exigindo “o integral ressarcimento do dano” e a “reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados”. O texto original, que vedava expressamente a celebração de acordos, transações ou conciliações, já tinha sido revogado pela Medida Provisória nº 703/2015, modificação que levou o CNMP a disciplinar o uso do termo de ajustamento de conduta em sede de investigação de ato de improbidade administrativa.

Essa possibilidade de uso do TAC e ANPC, inclusive nas ações em andamento – deu a oportunidade de dar mais celeridade e eficácia à imputação de responsabilidade ao autor de ato de improbidade administrativa, considerando que no modelo anterior, demandava muito tempo em razão dos inúmeros recursos e expedientes meramente protelatórios, o que gerava, não raro, a ocorrência de prescrições e, conseqüentemente, impunidades. Nesse sentido, as mudanças operadas na lei de improbidade administrativa trazem aprimoramento do sistema jurídico brasileiro.

Com relação à tipificação, quando o autor da denúncia sabia da inocência do acusado – “a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente”, essa previsão legal foi considerada como de combate ao denunciismo que, além de tomar muito tempo dos responsáveis pela investigação e pelo processo na justiça, era muito utilizado como revanchismo político.

Por outro ângulo, a possibilidade de condenação em honorários sucumbenciais em caso de improcedência da ação de improbidade, se comprovada má-fé, serve como filtro para evitar o ingresso de ações temerárias e com nítido interesse pessoal ou de perseguição. Esse reconhecimento da má-fé no ingresso ou continuidade da ação, além de impor ao autor da ação

a responsabilidade pessoal pela sucumbência, também configura crime de abuso de autoridade, previsto no art. 30 da Lei n° 13.869/2019⁶³.

Como já mencionado, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA – Lei n° 8.429/1992) foi alterada substancialmente pela Lei n° 14.230/2021, revelando especial relevância à discussão sobre a aplicação, ou não, da retroatividade das disposições sobre o dolo e a prescrição na ação de improbidade administrativa.

A celeuma chegou ao seu desiderato com o julgamento, pelo STF, do Tema 1199, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, suscitado nos autos do ARE 843989 – com publicação em 12/12/2022 e Trânsito em Julgado em 16/02/2023 – que, no concernente à discussão sobre a retroatividade da nova LIA, fixou, em sede de repercussão geral, o seguinte:

1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo – DOLO;

2) A norma benéfica da Lei n° 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa – é IRRETROATIVA, em virtude do art. 5º, inciso XXXVI, da CRFB/1988, não tendo, portanto, incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;

3) A nova Lei se aplica aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;

4) O novo regime prescricional previsto na Lei n° 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

Cumprido frisar, ainda, concernente à discussão sobre a retroatividade da nova LIA, que:

a) a lei não deve retroagir para os casos em que já existe uma condenação definitiva (com trânsito em julgado) e processos em fase de execução das penas;

b) exceção: pode retroagir somente para atingir os processos em curso que discutem a modalidade culposa, que deixou de existir com o advento da nova lei;

⁶³ BRASIL. Lei n° 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei n° 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei n° 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei n° 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei n° 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113869.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

c) o novo prazo prescricional (art. 23, caput e §8º), de 8 anos (antes eram 5) e a prescrição intercorrente (de 4 anos, que ocorre no curso do processo e antes não era possível), também não retroagem, mesmo para processos em curso.

Diferentemente do entendimento esposado pela jurisprudência pátria, antes do julgamento do ARE 843989 – de que a improbidade administrativa se regeria pelos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador (art. 1º, §4º, da LIA), que seria a expressão do poder de punir estatal, efetivado pela Administração Pública em face do particular ou do administrador e, portanto, se aplicaria ao direito administrativo sancionador os princípios fundamentais do direito penal, dentre os quais o da retroatividade da lei mais benigna ao réu (art. 5º, inciso XL, da CRFB/1988) – o novo regime prescricional previsto na Lei nº 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei, conforme claramente exposto por nossa Corte Suprema, no julgado a seguir transcrito:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IRRETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA (LEI 14.230/2021) PARA A RESPONSABILIDADE POR ATOS ILÍCITOS CIVIS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI 8.429/92). NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE REGRAS RÍGIDAS DE REGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS CORRUPOTOS PREVISTAS NO ARTIGO 37 DA CF. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 5º, XL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR AUSÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO NORMATIVA. APLICAÇÃO DOS NOVOS DISPOSITIVOS LEGAIS SOMENTE A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA NOVA LEI, OBSERVADO O RESPEITO AO ATO JURÍDICO PERFEITO E A COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO COM A FIXAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL PARA O TEMA 1199. 1. A Lei de Improbidade Administrativa, de 2 de junho de 1992, representou uma das maiores conquistas do povo brasileiro no combate à corrupção e à má gestão dos recursos públicos. 2. O aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF). 3. A Constituição de 1988 privilegiou o combate à improbidade administrativa, para evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois, como já salientava Platão, na clássica obra REPÚBLICA, a punição e o afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva para que os servidores públicos não se deixem "induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado". 4. O combate à corrupção, à ilegalidade e à imoralidade no seio do Poder Público, com graves reflexos na carência de recursos para implementação de políticas públicas de qualidade, deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados. 5. A corrupção é a negativa do Estado Constitucional, que tem por missão a manutenção da retidão e da honestidade na conduta dos negócios públicos, pois não só desvia os recursos necessários para a efetiva e eficiente prestação dos serviços públicos, mas também corrói os pilares do Estado de Direito e contamina a necessária legitimidade dos detentores de cargos públicos, vital para a preservação da Democracia representativa. 6. A Lei 14.230/2021 não excluiu a natureza civil dos atos de improbidade administrativa e suas sanções, pois essa "natureza civil" retira seu substrato normativo diretamente do texto constitucional, conforme reconhecido

pacificamente por essa SUPREMA CORTE (TEMA 576 de Repercussão Geral, de minha relatoria, RE nº 976.566/PA). 7. O ato de improbidade administrativa é um ato ilícito civil qualificado – “ilegalidade qualificada pela prática de corrupção” – e exige, para a sua consumação, um desvio de conduta do agente público, devidamente tipificado em lei, e que, no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas (artigo 9º da LIA) ou gerar prejuízos ao patrimônio público (artigo 10 da LIA), mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, apesar de ferir os princípios e preceitos básicos da administração pública (artigo 11 da LIA). 8. A Lei 14.230/2021 reiterou, expressamente, a regra geral de necessidade de comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação do ato de improbidade administrativa, exigindo – em todas as hipóteses – a presença do elemento subjetivo do tipo – DOLO, conforme se verifica nas novas redações dos artigos 1º, §§ 1º e 2º; 9º, 10, 11; bem como na revogação do artigo 5º. 9. Não se admite responsabilidade objetiva no âmbito de aplicação da lei de improbidade administrativa desde a edição da Lei 8.429/92 e, a partir da Lei 14.230/2021, foi revogada a modalidade culposa prevista no artigo 10 da LIA. 10. A opção do legislador em alterar a lei de improbidade administrativa com a supressão da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa foi clara e plenamente válida, uma vez que é a própria Constituição Federal que delega à legislação ordinária a forma e tipificação dos atos de improbidade administrativa e a gradação das sanções constitucionalmente estabelecidas (CF, art. 37, §4º). 11. O princípio da retroatividade da lei penal, consagrado no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”) não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador. 12. Ao revogar a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, entretanto, a Lei 14.230/2021, não trouxe qualquer previsão de “anistia” geral para todos aqueles que, nesses mais de 30 anos de aplicação da LIA, foram condenados pela forma culposa de artigo 10; nem tampouco determinou, expressamente, sua retroatividade ou mesmo estabeleceu uma regra de transição que pudesse auxiliar o intérprete na aplicação dessa norma – revogação do ato de improbidade administrativa culposo – em situações diversas como ações em andamento, condenações não transitadas em julgado e condenações transitadas em julgado. 13. A norma mais benéfica prevista pela Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, portanto, não é retroativa e, conseqüentemente, não tem incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes. Observância do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal. 14. Os prazos prescricionais previstos em lei garantem a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico; fixando termos exatos para que o Poder Público possa aplicar as sanções derivadas de condenação por ato de improbidade administrativa. 15. A prescrição é o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela INÉRCIA do próprio Estado. A prescrição prende-se à noção de perda do direito de punir do Estado por sua negligência, ineficiência ou incompetência em determinado lapso de tempo. 16. Sem INÉRCIA não há PRESCRIÇÃO. Sem INÉRCIA não há sancionamento ao titular da pretensão. Sem INÉRCIA não há possibilidade de se afastar a proteção à probidade e ao patrimônio público. 17. Na aplicação do novo regime prescricional – novos prazos e prescrição intercorrente –, há necessidade de observância dos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, com a IRRETROATIVIDADE da Lei 14.230/2021, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa. 18. Inaplicabilidade dos prazos prescricionais da nova lei às ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, que permanecem imprescritíveis, conforme decidido pelo Plenário da CORTE, no TEMA 897, Repercussão Geral no RE 852.475, Red. p/Acórdão: Min. EDSON FACHIN. 19. Recurso Extraordinário PROVIDO. Fixação de tese de repercussão geral para o Tema 1199: "1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa,

exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei". (STF - ARE 843989, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2022, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 09-12-2022 PUBLIC 12-12-2022).

1.4 O Ministério Público Brasileiro na Proteção e Defesa dos Direitos Constitucionais do Cidadão

Como sequência à conquista da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente⁶⁴, como já referenciado, desde a edição da Lei da Ação Civil Pública, em 1985, que o Ministério Público passou a ter atribuições, legitimidade e um instrumento processual próprio para propor ações em defesa do patrimônio ambiental, do consumidor e do patrimônio cultural, fossem bens de valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico.

A CRFB/1988, porém, como de igual modo anteriormente mencionado, atribuiu um novo perfil ao Ministério Público, estendendo suas prerrogativas no sentido de, no dizer de Bonfim, entregar instrumentos jurídico-legais para salvaguarda dos mais lúdicos interesses e valores sociais⁶⁵. Com a sua promulgação, foram dados poderes ao Ministério Público para, como guardião da ordem jurídica, do regime democrático e da própria Constituição, agir para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública respeitassem os direitos por esta assegurados, promovendo a defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e dos interesses coletivos e individuais indisponíveis⁶⁶, passando o *Parquet* a proteger e defender os direitos de cidadania, fossem direitos sociais, políticos, econômicos ou culturais.

Essa mudança e identificação constitucional ancorada na “realização no meio social”, ao ver de Mazzilli⁶⁷, foi fruto de uma “consciência social do Ministério Público”, desenvolvida

⁶⁴ Lei nº 6.938/1981, que conferiu legitimidade ao Ministério Público para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

⁶⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. O Ministério Público e o Júri: leitura para uma filosofia institucional. In.: ALVES, Aírton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antonio Franco da (Coord.). Funções institucionais do Ministério Público. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 76.

⁶⁶ Incisos II e III, do art. 129, da CRFB/1988.

⁶⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. São Paulo: Saraiva. 1993, p. 20.

gradativamente, a nível nacional, a partir de encontros, congressos, culminando com a criação da CONAMP e a Carta de Curitiba (1986), que vieram a traçar e sedimentar o novo perfil constitucional desejado para a Instituição e concretizado pela CRFB/1988.

O Código do Consumidor, Lei nº 8.078/1990⁶⁸, é visto também como um marco importantíssimo para a legitimação do Ministério Público, considerando que, ao acrescentar o Inciso IV do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, permitiu a defesa de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. A partir daí, várias das novas atribuições que foram conferidas pela Carta Magna ao Ministério Público puderam ser exercidas por meio da Ação Civil Pública, dentre elas, a defesa dos direitos do cidadão, assim como os interesses individuais homogêneos⁶⁹.

Devem ser referenciados, ainda, com relação à tutela jurisdicional de interesses difusos e coletivos, outros diplomas legais que foram editados ampliando as atribuições do Ministério Público além do Código de Consumidor, a saber, a Lei de Proteção das Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei nº 7.853/1989⁷⁰), a Lei da Ação Civil Pública por responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários (Lei nº 7.913/1989⁷¹), o Estatuto

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

⁶⁹ Interesse individual homogêneo na definição do Código do Consumidor brasileiro são “assim entendidos os decorrentes de origem comum”. Essa origem comum, que pode ser fática ou jurídica, segundo Gomes, confere a peculiaridade de poderem ser defendidos na via da ação coletiva e, ao contrário dos interesses difusos e coletivos, sua principal característica é a divisibilidade, podendo ser estimado o prejuízo de cada um dos lesados, permitida a defesa individual de acordo com o art. 6º do CPC pois seus titulares são mais facilmente identificáveis do que os coletivos (ex.: compradores de veículos produzidos com o mesmo defeito). GOMES, Luís Roberto. O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no direito ambiental. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2003. p. 40. Nesse mesmo sentido, foi editada a Súmula nº 7, do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, originada do Protocolo nº 15.939/1991: O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico. Disponível em: https://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170725105545.pdf. Acesso em: 30 out. 2023.

⁷⁰ BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

⁷¹ BRASIL. Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7913.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990⁷²) e a Lei de Defesa da Ordem Econômica e da Livre Concorrência (Lei nº 8.884/1994⁷³)⁷⁴.

Merece destaque especial, todavia, a Lei da Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429 – editada em 1992, que alargou ainda mais as atribuições do Ministério Público para a fiscalização e o controle de atos praticados pelo agente público, instrumento esse de grande importância para cumprimento dos princípios constitucionais norteadores da administração pública na gestão administrativa, assim como contra os danos causados ao erário e em relação ao enriquecimento ilícito, tudo isso com vistas à defesa do patrimônio público.

Em 1993, a nova Lei Orgânica Nacional, Lei nº 8.625⁷⁵, que veio a dispor sobre normas gerais de organização do Ministério Público dos Estados e a Lei Complementar 75⁷⁶, que fixou a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União, vieram a regulamentar os avanços obtidos com a nova Carta Política.

O Estatuto da Cidade por sua vez, editado em 2001, adicionou mais atribuições ao Ministério Público, quando conferiu poderes para a defesa da ordem urbanística e promoção da Ação Civil Pública em caso de descumprimento pelo Poder Público ao princípio da participação no processo de elaboração do Plano Diretor, na sua revisão e na execução das políticas nele previstas.

Em 2003, foi editado o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003⁷⁷), prevendo situações em que o Ministério Público pode tomar medidas de proteção à pessoa idosa diretamente, a exemplo de seu abrigo em entidade, sem a homologação ou decisão judicial, apenas fundado manifestação Ministerial baseada em parecer da assistência social.

⁷² BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

⁷³ BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

⁷⁴ GOMES, Luís Roberto. O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: o controle da omissão estatal no Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 11.

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

⁷⁶ BRASIL. Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

⁷⁷ BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.423, de 2022). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

Em 2006, a Súmula 329 do STJ veio ratificar a legitimidade do Ministério Público para a promoção de Ação Civil Pública em defesa do patrimônio público.

Não obstante todas as referências legais mencionadas, que legitimam o Ministério Público como defensor dos interesses sociais e dos direitos constitucionais do cidadão, segundo Cluny⁷⁸, sua vocação seria nitidamente visível e identificável como “uma magistratura propulsora da igualdade perante a lei” e o fundamento da sua existência seria a concepção de “instrumento institucional da igualdade do cidadão perante a lei (e dela decorrente)”.

A proximidade com a sociedade e as ações de proatividade do Ministério Público nas ações civis são hoje amplamente reconhecidas, até porque já ultrapassada a discussão sobre a diferença de quando age como “fiscal da lei”, aí sim em uma posição neutra e passiva, no máximo restrito a uma hermenêutica mais ativista em prol do bem tutelado (por exemplo, quando reconhece direitos homoafetivos não expressamente previstos ou regulamentados pela lei, na área da família) e quando atua como “representante da sociedade”, ocasião em que luta pelos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, como parte ativa no processo (por exemplo, quando, como autor da ação civil pública, promove a obtenção de tratamentos médicos e medicamentos não constantes da lista do Sistema Único de Saúde para hipossuficientes).

1.4.1 Dos Direitos Fundamentais Sociais

Dentro da Teoria dos Direitos Fundamentais⁷⁹, de Robert Alexy, os direitos fundamentais sociais estão inseridos em um quarto grupo, que é o dos direitos do indivíduo frente ao Estado. Também denominados, pelo mesmo autor, de "*direitos a prestações em sentido estrito*", são direitos que, se o indivíduo possuir meios financeiros suficientes e se o direito se encontrar em oferta suficiente no mercado, ele pode obter, também, de particulares, a exemplo dos direitos à moradia, à saúde e à educação.

Dentro dessa categoria – direitos a prestações – cabe diferenciar os *explicitamente estatuídos* (previstos explicitamente), que se encontram em uma série de constituições, e os *adscriptos interpretativamente* (atribuídos interpretativamente). Alexy chama a atenção para o

⁷⁸ CLUNY, Antônio. Prefácio. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coord.). O Ministério Público no Brasil. O Papel do Ministério Público: estudo comparado dos países latino-americanos. Coimbra: Almedina, 2008, p. 15.

⁷⁹ ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Colección “El Derecho y la justicia”, dirigida por Elías Díaz. Título Original: THEORIE DER GRUNDRECHTE, Suhrkamp-Verlag, 1986. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés. Revisión: Ruth Zimmerling.

fato de que se costuma denominar direitos fundamentais sociais apenas aos previstos explicitamente e que, habitualmente, os atribuídos interpretativamente (implícitos) são chamados de direitos fundamentais a prestações.

Independente da denominação ou classificação, ressalta o autor ser importante diferenciar, dentro da classe de direitos sociais fundamentais, os que são explícitos e os que os são atribuídos por meio de interpretação, para que se possa alcançar todos os direitos sociais fundamentais garantidos pela Lei Fundamental.

Do ponto de vista teórico estrutural, Alexy parte de três critérios para isso: 1) normas que conferem direitos subjetivos e normas que obrigam o Estado só objetivamente; 2) normas vinculantes (se é possível sua lesão ser constatada pelo Tribunal Constitucional) e não vinculantes (enunciados programáticos); 3) normas que fundamentam direitos e deveres definitivos *a prima facie* (princípios ou regras) ou não.

A partir desses critérios, o autor cria uma tabela com graus de proteção:

Quadro 1 – Os graus de proteção, de Robert Alexy

Vinculante				Não vinculante			
Subjetivo		Objetivo		Subjetivo		Objetivo	
def.	p.f.	def.	p.f.	def.	p.f.	def.	p.f.
1	2	3	4	5	6	7	8

Fonte: Extraído de Alexy, 1993.

O que se pode inferir da tabela criada por Alexy é que a proteção mais forte é outorgada às normas vinculantes que garantem direitos subjetivos definitivos a prestações. Segundo o autor, à luz dessa tabela, é possível interpretar as múltiplas teses teórico-normativas que se formulam no âmbito dos direitos sociais.

Nessa perspectiva, o direito ao mínimo existencial é considerado um direito subjetivo definitivo e vinculante, enquanto o direito à admissão à universidade, por exemplo, estaria submetido ao princípio da reserva do possível. Já o direito à participação seria considerado como exemplo dos meros enunciados programáticos.

Contudo, a essas diferenças estruturais, conforme Alexy, devem ser agregadas outras diferenças de conteúdo importantes, já que existem conteúdo mínimo e conteúdo máximo. Portanto, um programa minimalista asseguraria ao indivíduo o domínio de um espaço vital e um *status* social mínimo, chamados de direitos mínimos e de direitos sociais pequenos.

Por outro lado, quando houver uma realização plena dos direitos fundamentais, estaremos diante de um conteúdo maximalista. Um exemplo disso é quando o direito à educação

é caracterizado como direito à emancipação cultural intelectual, à individualidade, à autonomia e à maturidade político social.

Hesse⁸⁰ entende que a compreensão dos direitos fundamentais como normas objetivas supremas resulta, para o legislador, quando não exista um direito subjetivo do cidadão, uma obrigação positiva para fazer tudo a fim de realizar os direitos fundamentais.

Uma das principais teses em prol dos direitos sociais é do Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao estabelecer que o direito de liberdade não teria valor algum sem os pressupostos fáticos para poder fazer uso dele⁸¹. Uma aplicação prática disso é: o que adianta ter direitos políticos (de votar, por exemplo), se não se tem abrigo ou condições de se alimentar?

Portanto, se a liberdade *prática* (bens materiais e espirituais, pressupostos de autodeterminação,) não for assegurada, de que adianta a liberdade *política*?⁸² Muitos titulares de direitos fundamentais sociais – grupos vulneráveis como os hipossuficientes, crianças e idosos em situação de risco e até mesmo as minorias – dependem essencialmente do Estado para ter acesso a esses direitos e, via de consequência, poder se desenvolverem livres e dignos dentro da sociedade.

1.4.2 Da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais

Várias *teorias* de efetivação dos direitos fundamentais sociais diferenciadas foram construídas, teorias essas que vão desde o princípio da reserva do possível, passando pelo princípio do mínimo existencial, até o princípio da máxima efetividade.

De outro prisma, existem vários *sistemas jurídicos* de efetividade dos direitos sociais, dependendo do estabelecido na respectiva Constituição. Algumas constituições contemplam apenas alguns direitos sociais menos complexos e dispendiosos, de aplicação imediata, reservando à legislação ordinária a previsão e regulamentação dos demais. Outras, geralmente as dirigentes, contemplam um rol de direitos sociais, alguns autoaplicáveis, outros de eficácia contida ou limitada, dependendo de regulamentação por lei como condição ou não para seu usufruto.

⁸⁰ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. 1983, p. 95.

⁸¹ ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 487.

⁸² ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 487-488.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão, no caso paradigmático em que se discutia a liberdade de profissão, com a garantia de vaga no ensino superior público, não obstante não houvesse vagas suficientes, criou o princípio da Reserva do Possível, partindo da premissa de existir um limite para o indivíduo pedir do Estado.

Em outras palavras, a concessão de um direito estaria diretamente relacionada: a uma, àquilo que o indivíduo pudesse razoavelmente exigir (capacidade do Estado de dar a prestação pedida não apenas ao interessado, mas a todos que se encontrassem na mesma situação); a duas, à responsabilidade do interessado de prover seu próprio acesso ao respectivo direito (no caso concreto aqui referido, capacidade de ser selecionado dentro do número de vagas).

Ao discorrer sobre o tema, Ingo Sarlet⁸³ apresenta uma tríplice dimensão para o princípio da *reserva do possível*: 1) efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; 2) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias etc; 3) proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Insta aqui destacar que o princípio da reserva do possível vem sendo mitigado pelo STF em casos em que se discute o direito à saúde, sobretudo quando se trata de fornecimento de medicamentos e tratamentos, mesmo quando não constantes na lista autorizada pelo Sistema Único de Saúde (SUS), desde que não sejam experimentais, indicados pelo médico e que seja eficaz a melhorar a qualidade e/ou tempo de vida do paciente.

Ana Paula Barcellos, ao dissecar os elementos materiais do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, afirmou ser composto este pelo *mínimo existencial*, que consiste em “um conjunto de prestações mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade”. Para a autora, uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deve incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça⁸⁴.

Segundo Paulo Bonavides⁸⁵, os direitos sociais, que teriam tomaram corpo após expansão da ideologia e da reflexão antiliberal, passaram por um “ciclo de baixa normatividade,

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 287.

⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 305.

⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 582-583.

ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”.

Todavia, Luís Roberto Barroso entende que o §1º, do artigo 5º, da CRFB/1988, deva ser interpretado como um princípio e não como regra, razão por que se deve garantir a *máxima efetividade possível*. Nesse sentido, afirma que:

[...] o intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquele que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador”⁸⁶.

Existem posicionamentos teóricos diferentes quanto à efetivação dos direitos fundamentais sociais, quer no direito português, quer no direito brasileiro, já que a doutrina não é unânime com relação à realização dos direitos sociais.

Na linha de pensamento de José Carlos Vieira de Andrade, os direitos sociais, como direitos fundamentais, possuem *força jurídica* que pode ser traduzida: 1) Na imposição do dever de legislar para tornar tais direitos exequíveis – dever sancionado com a inconstitucionalidade omissiva; 2) Na sua configuração como padrão jurídico de controle judicial da validade de normas jurídicas; 3) Na imposição de interpretação mais favorável aos direitos fundamentais; 4) Na sua virtualidade de fundamentar restrição a outros direitos fundamentais; 5) Na sua força irradiante que confere certa capacidade de resistência diante das alterações normativas⁸⁷.

Por outro lado, Vieira de Andrade explica que o *princípio da aplicabilidade imediata* torna impossível sustentar que os direitos fundamentais só possam ter real existência jurídica por força de lei ou que valem apenas com o conteúdo lhes dado por esta “[...] porque a Constituição vale por si, prevalece e vincula positivamente o legislador, de modo que uma lei só terá valor jurídico se estiver conforme com a norma constitucional que consagra um direito”⁸⁸.

Além disso, José Carlos Vieira de Andrade, ao discorrer acerca do significado do *princípio da aplicabilidade direta*, à luz da Constituição portuguesa, uma vez que esteja

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 329.

⁸⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 393.

⁸⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 206.

limitado tão somente aos direitos, liberdades e garantias, salienta que tal princípio apresenta como efeitos práticos: 1) a retirada do ordenamento jurídico de qualquer norma legal que ofenda o conteúdo de um preceito constitucional relacionado a um direito fundamental; 2) em virtude do princípio da superioridade normativa da Constituição, a obrigatoriedade dos poderes públicos, ao interpretarem as leis, fazerem-no em conformidade com os direitos fundamentais; 3) ante a falta ou insuficiência da lei, os juízes e demais operadores jurídicos devem aplicar os preceitos constitucionais, estando autorizados a concretizarem-nos por via interpretativa (ao ver do autor, as formulações vagas e abertas não seriam óbice para concretização constitucional, considerando ser o juiz, naturalmente, a entidade adequada para determinar o sentido dos conceitos imprecisos contidos nas normas jurídicas)⁸⁹.

Gomes Canotilho salienta que as normas programáticas são reconhecidas de um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição e que não se deve falar de simples eficácia programática (ou diretiva), pois qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político⁹⁰. Segundo o constitucionalista, a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que essas normas careçam de positividade jurídica autônoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela interposição do legislador⁹¹.

Para Canotilho a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: 1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); 2) vinculação *positiva* de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como *diretivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); e 3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam⁹².

Ao discorrer acerca do princípio da democracia econômica, social e cultural ou princípio da socialidade, em favor de novas premissas normativas da justiça econômico-social, caracterizadas por uma maior abertura para o “social concreto”, por uma maior “normalidade

⁸⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 206-209.

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1176-1777.

⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1777.

⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1777.

social” desenvolvida ou implementada quer pelo Estado, quer pelos cidadãos, Gomes Canotilho sustenta constituir uma autorização constitucional no sentido de o legislador democrático e de outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adotarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a ótica de uma justiça constitucional nas vestes de uma justiça social⁹³.

Ainda sobre o mesmo tema, Canotilho conclui ser uma imposição constitucional conducente à adoção de medidas existenciais para os indivíduos e grupos que, em virtude de condicionalismos particulares ou de condições sociais, encontram dificuldades no desenvolvimento da personalidade em termos econômicos, sociais e culturais (ex.: rendimento mínimo garantido, subsídio de desemprego). A atividade social do Estado seria, portanto, uma atividade necessária e objetivamente pública⁹⁴.

Ingo Sarlet defende a *eficácia vinculante* dos direitos sociais mesmo que venham a reclamar uma eventual interposição legislativa. A seu ver: 1) Impõem a revogação dos atos normativos anteriores à Constituição contrários ao conteúdo da norma de direito fundamental; 2) Impõem ao legislador o dever de legislar conforme os direitos fundamentais; 3) Impõem a declaração de inconstitucionalidade dos atos contrários posteriores à Constituição; 4) Constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; 5) Geram algum tipo de posição jurídico-subjetiva; e 6) Geram uma proibição de retrocesso social, ou seja, uma proibição para o legislador de abolir as posições jurídicas⁹⁵.

1.4.3 Dos Direitos Fundamentais Sociais em Espécie e a Defesa desses Direitos pelo Ministério Público

No desempenho de suas funções institucionais previstas na CRFB/1988 e nas Leis Complementares, cabe aos Promotores de Justiça das Promotorias de Justiça Especializadas na Proteção e Defesa dos Direitos Humanos do Ministério Público do Estado do Amazonas, além

⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 338.

⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 342.

⁹⁵ SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 312–317.

daquelas previstas no art. 4º da Lei Complementar nº 11, de 17 de dezembro de 1993⁹⁶, atribuições cíveis e criminais, dentro de sua respectiva área de atuação⁹⁷.

Dentre as atribuições cíveis, compete, em primeiro lugar, receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, dando andamento e promovendo as apurações cabíveis que lhes sejam próprias e apresentando as soluções adequadas. Atualmente, essas denúncias são recebidas e registradas na Ouvidoria-Geral e encaminhadas ao respectivo Centro de Apoio Operacional (CAO-PDC), que realizará a distribuição entre as Promotorias especializadas.

Para a consecução desse fim e para proteger e defender direitos difusos, coletivos, sociais e individuais indisponíveis, relativos à sua área de atuação, pode expedir notificações nos procedimentos de sua atribuição e, quando for o caso, requisitar a condução coercitiva dos responsáveis.

Compete, ainda, instaurar inquérito civil, promover a ação civil pública e qualquer outra medida judicial ou extrajudicial que se apresentar necessária para garantir direitos fundamentais ou requisitar as administrativas de interesse institucional, podendo realizar ajustamento de condutas e expedir recomendações, fixando prazo razoável para a correção de irregularidades.

No mais, cabe propor ação de improbidade administrativa, por violação de princípios da administração pública, derivada de seus atos de atuação, lembrando que na nova lei – Lei nº 4.230/2021 – atos de improbidade que atentem contra princípios da administração pública só são passíveis de responsabilização se caracterizarem “lesividade relevante” (§ 4º, do art. 11).

No que concerne às suas atribuições criminais, compete instaurar Procedimento Investigatório Criminal, requisitar diligências e apurar, caso necessário, os fatos nelas contidos, desde que relacionados com crimes afetos à área e oferecer denúncia, com ou sem proposta de suspensão condicional do processo, ou promover o arquivamento dos autos. Em seu Parágrafo Único, a atuação das Promotorias de Justiça Especializadas se restringirá à apuração e ajuizamento da ação penal, oficiando até o recebimento da denúncia ou propositura do arquivamento.

Adentrando nas especialidades dos Direitos Humanos, aos Promotores de Justiça com atuação nas Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos, com relação à defesa da pessoa idosa, cabe apurar descumprimento das normas de proteção às pessoas idosas que lhes

⁹⁶ AMAZONAS. Lei complementar nº 11, de 17 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a lei orgânica do ministério público do estado do amazonas e dá outras providências. Disponível em: <https://www.mpam.mp.br/legislacao-sp-205633478/lei-organica-do-mpam>. Acesso em: 11 set. 2023.

⁹⁷ Resolução nº 036/2019-CPJ, de 1º de novembro de 2019.

assegurem, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Compete, ainda, inspecionar regularmente instituições de longa permanência, casas, lares, hospitais geriátricos ou qualquer local de abrigamento de pessoa idosa, para verificar as garantias dos direitos estabelecidos nos artigos 48 a 68 do Estatuto do Idoso, devendo tomar as medidas administrativas e judiciais para sanar as irregularidades encontrada, requisitando para a fiscalização, sempre que necessário, órgão da vigilância sanitária local e o Conselho de Direitos da Pessoa Idosa.

São suas atribuições, também, requisitar a atuação dos serviços de assistência social e de saúde, para a finalidade da aplicação de medidas de proteção à pessoa idosa em situação de risco, estabelecidas no art. 45 do Estatuto do Idoso e para verificar situação de abandono de pessoas idosas, adotando-se todas as providências de caráter extraprocessual necessárias para afastar a referida situação.

No mais, pode ajuizar ações individuais no interesse do idoso em situação de risco social, podendo promover a interdição de direitos e sua institucionalização, quando ausentes ou inexistentes familiares, assim como intervir como fiscal da lei nas ações concernentes a direitos indisponíveis de pessoa idosa que esteja em situação de vulnerabilidade social.

Serão passíveis de fiscalização do Ministério Público as instituições que realizam empréstimos consignados às pessoas idosas, devendo o membro tomar as medidas necessárias, inclusive requisitar a instauração de inquérito policial. Além disso, haverá fiscalização dos programas e projetos, implementados pelo Poder Público ou entidades privadas, direcionados a pessoa idosa, bem como velar pela legalidade dos concursos públicos e ocupação de cargos públicos na área de atuação.

Faz-se importante a promoção de interlocução com os Conselhos de Direitos do Idoso e participação, sempre que possível, das conferências estaduais e municipais com objetivo de buscar, em conjunto, soluções adequadas aos interesses tutelados.

Na proteção e defesa da pessoa com deficiência, apurar descumprimento das normas de proteção às pessoas com deficiência que lhes assegurem direitos ao atendimento prioritário, à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à

convivência familiar e comunitária, entre outros que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Para cumprimento desse desiderato, deverá inspecionar, regularmente, instituições de longa permanência, casas, lares, hospitais, ou qualquer local de abrigo de pessoa adulta com deficiência, para verificar as garantias dos direitos estabelecidos, adotando as medidas administrativas e judiciais para sanar as irregularidades encontradas; inspecionar as associações que prestem serviços às pessoas com deficiência e, ainda, fiscalizar o cumprimento das normas que tratam da acessibilidade nas edificações abertas ao público, de uso público ou privadas e de uso coletivo.

Para essas inspeções, poderá requisitar, sempre que necessário, órgão da vigilância sanitária local e o Conselho de Direitos da Pessoa com Deficiência, além de requisitar atuação de órgãos que prestam serviços socioassistenciais e de saúde, para garantir a dignidade da pessoa com deficiência que esteja, exclusivamente, em situação de vulnerabilidade social, caracterizada por situações de risco social, emergência ou estado de calamidade pública, adotando-se todas as providências de caráter extraprocessual necessárias para afastar as referidas situações.

Ainda no campo preventivo, deverá fiscalizar a garantia de reserva de vaga para pessoa com deficiência nos concursos públicos estaduais e municipais e fiscalizar os programas e projetos, implementados pelo Poder Público ou entidades privadas, direcionados à pessoa com deficiência, bem como pela ocupação de cargos públicos na área de atuação.

Na esfera judicial, poderá ajuizar ações individuais no interesse da pessoa com deficiência que esteja em situação de vulnerabilidade social, podendo promover a interdição de direitos e sua institucionalização, quando ausentes ou inexistentes familiares, além de intervir como fiscal da lei nas ações concernentes a direitos indisponíveis de pessoa com deficiência que esteja, exclusivamente, em situação de vulnerabilidade social.

Necessário, também, promover interlocução com os Conselhos de Direitos da Pessoa com Deficiência e participar, sempre que possível, das conferências estaduais e municipais com objetivo de buscar, em conjunto, soluções adequadas aos interesses tutelados.

Aos Promotores de Justiça com atuação nas Promotorias de Justiça dos Direitos Humanos à Educação, compete a fiscalização dos sistemas estadual e municipal de ensino, zelando pelo respeito ao princípio da igualdade e isonomia de condições de acesso e permanência na escola; das metas dos planos estadual e municipal de educação e tomar providências extrajudiciais e judiciais para o seu cumprimento; dos programas implementados pelas secretarias de educação do Estado e do Município para atendimento da rede pública e da

garantia ao sistema educacional inclusivo, em todos os níveis e modalidades de ensino, aos alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, por meio de oferta de serviços e recursos pedagógicos acessíveis.

Promoverá a fiscalização, ainda, da universalização da oferta obrigatória da educação básica de 0 aos 17 anos; do dever de patamar mínimo de gasto em manutenção e desenvolvimento do ensino e da garantia ao cumprimento de seus princípios previstos nos arts. 206, 208 e 212 da CRFB/1988; da garantia do padrão mínimo de qualidade de ensino nas escolas públicas; e fiscalizar implementação de programas de combate à evasão escolar de jovens de 15 a 17 anos pela rede pública.

Velará, também, pela garantia de educação profissional técnica de nível médio de forma integrada ao ensino fundamental e pela oferta de programas de formação específica de nível superior aos profissionais de educação pela rede estadual e municipal de ensino.

Fiscalizará, no mais, o acesso aos cargos públicos dos profissionais de educação, bem como fiscalizar e fomentar a criação, implementação e funcionamento dos conselhos municipais de educação, de alimentação escolar e FUNDEB, podendo propor ao Procurador-Geral de Justiça a celebração de convênios e projetos com instituições públicas ou privadas, para subsidiar sua atuação.

Não menos importante, deverá o membro do Ministério Público da área da proteção e defesa da educação, fomentar e utilizar a mediação de conflitos nas escolas, para prevenir e enfrentar a violência no ambiente escolar, tema de extrema relevância, devido a dramáticas ocorrências recentes no Brasil.

Aos Promotores de Justiça com atuação nas Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos à Saúde Pública compete tutelar os direitos difusos e coletivos relativos à saúde pública, velando pelo cumprimento de decretos, portarias, normas operacionais e toda a legislação sobre saúde pública, incluindo vigilância epidemiológica e sanitária, bem como normas previstas na Constituição Federal, Estadual e Lei Orgânica Municipal.

Deverá, ainda, fiscalizar a regularidade e a execução dos serviços prestados pelo SUS e os decorrentes de convênios e contratos firmados entre este e as entidades sem fins lucrativos, entidades de iniciativa privada e de profissionais liberais voltados para a promoção, proteção e recuperação da saúde, assim como a gratuidade e a universalidade das ações e serviços de saúde nos setores públicos e privados contratados com o SUS, velando pela legalidade da aplicação dos recursos públicos e ocupação dos cargos, quando não importe em enriquecimento ilícito e danos ao erário.

Fiscalizará, também, a execução das atividades de vigilância sanitária, vigilância epidemiológica e assistência terapêutica e farmacêutica junto às unidades de saúde pública ou conveniadas com o SUS.

Exercerá fiscalização quanto ao regular funcionamento e quanto à aplicação do piso estadual e municipal destinado a financiar as ações e serviços da saúde pública e velará pela transparência dos atos administrativos no repasse e na aplicação de recursos para financiamento de ações e serviços de saúde pública.

Inspecionará as unidades de saúde públicas e conveniadas com o SUS, a fim de verificar seu regular funcionamento, de acordo com as normas técnicas vigentes pertinentes ao serviço prestado e intervir, especialmente junto aos hospitais, quando da negativa de internação hospitalar.

Fiscalizará, no mais, os estoques de medicamentos existentes nas unidades de saúde públicas, observando validade, correto armazenamento e sua dispensação. O MPAM possui um Termo de Ajustamento de Conduta com o Estado do Amazonas, firmado na Justiça Federal, considerando que a Ação Civil Pública por falta de medicamento foi promovida em atuação conjunta com o MPF, que prevê que não poderão faltar os medicamentos da lista do SUS no estoque do estado, podendo executá-lo caso não cumprido.

Realizará vistorias nos estabelecimentos de atendimento psiquiátrico, instaurando o procedimento investigatório quando detectar qualquer irregularidade e zelar para que as internações hospitalares e psiquiátricas se limitem ao tempo estritamente necessário. Além de vistorias nos estabelecimentos para tratamento de dependentes químicos, instaurando o procedimento investigatório quando detectar qualquer irregularidade; fiscalizar os programas e políticas públicas destinados ao tratamento de dependentes químicos.

Fiscalizará, por fim, a formação e o funcionamento dos Conselhos de Saúde instituídos pelo Poder Público, velando pelo cumprimento de suas decisões.

Aos Promotores de Justiça com atuação na Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos em sentido estrito, compete assegurar o cumprimento dos princípios constitucionais da prevalência dos direitos humanos e da autodeterminação dos povos, apurando discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais. Com esse objetivo, combaterá todos os tipos de preconceito, de forma a respeitar a diversidade de idade, sexo, etnia, raça, orientação sexual, religião e outras formas de discriminação. Defenderá, ainda, os direitos indígenas que não estejam dentro das atribuições do MPF. Fiscalizará as decisões do Conselho Estadual dos Direitos Humanos ou impugná-las em juízo, se for o caso. Velará pela legalidade dos concursos públicos e ocupação de cargos públicos na área de atuação;

Promoverá a inclusão social dos moradores de rua até 59 anos de idade, o direito à dignidade e à plena cidadania, incluindo o direito à moradia digna e contra a ilegalidade de desocupações forçadas e promover e assegurar os direitos estabelecidos na Lei nº 8.742/1993⁹⁸, que dispõe sobre a organização da assistência social, especialmente, quanto aos benefícios, aos serviços, aos programas e aos projetos de assistência social no âmbito do Estado e dos municípios, velando pela proteção social básica e social especial.

Caberá ainda fiscalizar o cumprimento dos programas assistenciais, considerados no seu aspecto coletivo, voltados para os adultos até 59 anos de idade em situação de rua; o financiamento das políticas de assistência social, notadamente o funcionamento do Fundo Municipal e Estadual da Assistência Social; e as entidades de assistência social integradas ao Sistema Único de Assistência Social.

Além disso, fiscalizará a efetividade dos serviços decorrentes de convênios e contratos firmados entre o Sistema Único de Assistência Social (SUAS) e entidades sem fins lucrativos, além daquelas entidades da iniciativa privada e de profissionais liberais voltados para a promoção, proteção e recuperação da assistência social, assim como os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) e os Centros de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS).

É prevista atuação conjunta entre os órgãos de execução com atribuições diversas. Aos Promotores de Justiça Substitutos e de Entrância Inicial com atuação nas Promotorias de Justiça do interior, caberá, também, a execução das atribuições previstas na norma na área de Direitos Humanos e especificidades.

Essa atuação do Ministério Público na proteção e defesa dos direitos constitucionais do cidadão muitas vezes só foi possível, ou apenas é, por meio de membros que tenham um perfil proativo, resolutivo e até mesmo ativista, da feita que, para a proposição ou mesmo a efetivação de políticas públicas, muitas vezes são necessárias ações extrajudiciais e judiciais que extrapolam a simples subsunção do fato à norma.

Para explicar a definição, as espécies e as dimensões do ativismo judicial – de modo a servir, também, de referencial ao ativismo judicial e extrajudicial do Ministério Público que se defende neste trabalho –, foi realizada uma profunda pesquisa sobre o instituto do ativismo judicial, exposta com o capítulo a seguir.

⁹⁸ BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

2 O ATIVISMO JUDICIAL

A criação do direito por juízes, segundo Keenan Kmiec⁹⁹, já era ventilada no século XIX, em um debate entre correntes antagônicas. Uma, a exemplo de Blackstone¹⁰⁰, defendia ser inerente ao sistema da *common law*, outros, como Bentham¹⁰¹, sustentavam significar usurpação da função legislativa.

A expressão ativismo judicial, por sua vez, surge em 1947, em uma publicação de um historiador político chamado Arthur Schlesinger¹⁰², para a revista *Fortune*. Schlesinger, ao traçar o perfil dos juízes que compunham a Suprema Corte norte-americana, cria as categorias de “ativistas” e “campeões de autocontenção”. Seu objetivo era provar que a Suprema Corte não se submetia ao então presidente Roosevelt, apesar de ele ter nomeado sete dos onze juízes que compunham a Corte Suprema na época.

A maioria dos constitucionalistas atribui realmente a origem do ativismo judicial à doutrina norte-americana, considerando a ampla atuação da Suprema Corte daquele país em questões políticas e sociais, tendo criado, inclusive, o controle judicial da constitucionalidade das leis federais.

Essa postura ativista da Suprema Corte norte-americana, porém, até as primeiras décadas do século XX, foi nitidamente conservadora, dando amparo jurídico a setores reacionários para a segregação racial (*Dred Scott X Sanford*, 1857) e para a imposição de um modelo econômico liberal, invalidando leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), tendo ensejado, inclusive, um confronto entre o então presidente Roosevelt e a Corte Máxima, quando modificou a orientação jurisprudencial até então seguida, passando a adotar postura contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast X Parrish*, 1937).

Rumo inverso, contudo, se deu a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), passou a tomar decisões progressistas em matéria de direitos fundamentais, principalmente relativa a negros (*Brown X Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda X*

⁹⁹ KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of “judicial activism”. *California Law Review*, California, v. 92, p. 1441-1477, 2004.

¹⁰⁰ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England: Book I, II, III, and IV*. Oxford University Press, 2016.

¹⁰¹ BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Abril, 1974.

¹⁰² SCHLESINGER Jr, Arthur M., *The Supreme Court*, *Fortune*, 1947, ps. 202-208 apud KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. *California Law Review*, California, v. 92, p. 1442-1478, nov. 2004, p. 1441.

Arizona, 1966) e mulheres (Richardson X Frontiero, 1973), como também em relação ao direito de privacidade (Griswold X Connecticut, 1965) e à interrupção da gestação (Roe X Wade, 1973).

A doutrina aponta existirem várias concepções do que seja ativismo judicial, umas mais amplas, outras mais estritas, além de terem sido apontados, cientificamente, indicadores e dimensões ou graus de ativismo, além de identificadas espécies e classificações de ativismo judicial.

2.1 Concepções, Dimensões e Indicadores de Ativismo Judicial

A ideia de *ativismo judicial*, segundo Barroso¹⁰³, está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

E segundo o mesmo autor, a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: 1) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; 2) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e 3) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Além dessas três espécies de ativismo judicial, Canotilho¹⁰⁴ acrescenta uma quarta hipótese: o surgimento de uma nova forma de ativismo judicial quando o juiz utiliza em sua decisão, *standards* de Direito comparado ou de Direito Internacional.

Bradley Canon¹⁰⁵ apontou seis dimensões do ativismo judicial, dando parâmetros para a identificação do grau de ativismo judicial a partir do direito constitucional, apesar de reconhecer que outros tribunais, além da Suprema Corte, possam ter postura ativista.

Essas dimensões tomaram por base duas concepções distintas de ativismo: 1) postura da Suprema Corte direcionada a promover mudanças significativas nas políticas públicas; e 2) ilegitimidade das decisões pelo afastamento do papel que se acredita ser próprio da Suprema Corte.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Anuário iberoamericano de justiça constitucional, n. 13, p. 17-32, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 30 out. 2023.

¹⁰⁴ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Texto disponibilizado para as linhas orientadoras da segunda turma do programa de doutoramento “Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI”. Universidade de Coimbra, 2008/2009.

¹⁰⁵ CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. *Judicature*, v. 66, p. 236, 1982.

Para Canon, o ativismo judicial pode ser mensurado a partir de seis critérios: 1) majoritarismo: grau que o poder judicial invalida políticas públicas propostas pelos ramos democraticamente eleitos; 2) estabilidade interpretativa: grau de alteração de jurisprudência anterior ou de doutrina de interpretação da constituição; 3) fidelidade interpretativa: grau de afastamento do tribunal, na interpretação de dispositivos constitucionais, do significado do texto ou das intenções conhecidas dos autores da constituição; 4) distinção entre processo democrático e políticas substantivas: considerando-se mais ativistas as interferências em políticas substantivas do que em questões que afetem o processo democrático em si (na possibilidade de minorias se transformarem em maioria, o tribunal interferiria); 5) especificidade política: grau em que o tribunal interfere em políticas públicas, especificando a política pública a ser seguida pelas agências governamentais; e 6) disponibilidade de um ator político alternativo: existência de outra agência governamental que poderia realizar a política pública pretendida e a real possibilidade dessa política vir a ser colocada em prática.

Canon classificava as decisões judiciais, em cada uma dessas dimensões, em: a) altamente ativista; b) algo ativista; e c) não ativista. Na análise, procurando aferir o quão ativista era uma decisão, ele propunha uma pontuação de 1 (um), 0,5 (meio) e 0 (zero) ativista. O problema é que, cada decisão, se analisada por pesquisadores diferentes, poderia ganhar pesos diversos, em virtude da subjetividade de alguns critérios. O próprio autor reconhece esse fator de dificuldade de mensuração do grau de ativismo por esse método. Outra crítica que se pôs foi uma possível superposição entre alguns parâmetros.

Mais tarde, William Marshall¹⁰⁶, identificou o que denominou de “indicadores” de ativismo que, em uma avaliação de uma decisão judicial, serviriam de base a determinar se ela seria ativista ou não. Tais parâmetros, do mesmo modo dos criados por Canon, não levaram em conta se as decisões são conservadoras ou liberais, considerando não se vincularem ao seu resultado.

Em uma concepção abrangente, Marshall, baseado na doutrina, indicou os sentidos que o Ativismo Judicial poderia ter, a saber: 1) Ativismo contramajoritário: comportamento habitual dos tribunais de acatar as decisões dos ramos democraticamente eleitos; 2) Ativismo não-originalista: quando os tribunais não adotam uma interpretação originalista da constituição, seja por afastarem-se do texto, seja por não levarem em conta a intenção dos autores da constituição; 3) Ativismo precedencial: quando um precedente judicial não é observado; 4) Ativismo

¹⁰⁶ MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, p. 1217, 2002.

jurisdicional: quando um tribunal expande os limites de sua jurisdição; 5) Criatividade judicial: quando o tribunal cria uma nova teoria ou descobre novos direitos na doutrina constitucional; (6) Ativismo remedial: imposição, pelos tribunais, de obrigações a instituições governamentais; e 7) Ativismo partidário: quando o tribunal usa do seu poder para alcançar objetivos partidários.

Excluindo as categorias da criatividade judicial e do ativismo jurisdicional, que entendeu já estarem incluídas em outras, Ernest Young¹⁰⁷ adotou critérios similares ao de Marshall, a fim de identificar se uma decisão é ativista ou não.

Importante ressaltar que, como não há consenso sobre quais critérios sejam mais importantes a definir se uma decisão é ativista ou não, acaba por ficar impossibilitada uma afirmação segura se uma decisão é mais ativista que outra.

Keenan Kmiec¹⁰⁸ também enumera algumas hipóteses de ativismo judicial que podem perfeitamente ser enquadradas nas categorias estabelecidas pelos doutrinadores já mencionadas. São elas: 1) Invalidar ações de outros ramos (do poder) cuja constitucionalidade é defensável; 2) Ignorar precedente; 3) Legislação judicial; 4) Afastamentos da metodologia interpretativa aceita; e 5) Julgamento orientado a determinado resultado.

Apesar dos parâmetros dos diversos autores mencionados não se vincularem à correção ou não das decisões judiciais, vê-se que tais critérios científicos não seguem uma mesma linha, posto que, ora se referem ao alcance ou grau do ativismo, ora se reportam à identificação do que seja ativismo judicial, ora se reportam a espécies ou categorias de ativismo.

Se levarmos em conta que, no caso brasileiro, a maioria das decisões consideradas ativistas do STF são tomadas por meio de adoção direta de princípios constitucionais – como o da dignidade da pessoa humana, por exemplo –, por flagrante omissão do Poder Legislativo em exercer seu papel de dar vida às prescrições constitucionais, regulamentando suas disposições, hipóteses em que o Judiciário cria o direito para suprir lacunas legislativas, talvez seja necessário estabelecer outros critérios ou mesmo subcritérios de análise, sob pena de se aproveitar poucos daqueles para o ativismo judicial brasileiro.

Um ponto de partida para a proposição desses critérios poderia ser os próprios limites adotados na Arguição de Preceito Fundamental nº 45, pelo STF, para adoção do ativismo judicial, a saber: 1) ausência de condições mínimas de existência humana na política implementada ou na omissão; 2) razoabilidade do pedido de intervenção; 3) não razoabilidade

¹⁰⁷ YOUNG, Ernest A. Judicial activism and conservative politics. *University of Colorado Law Review*, v. 73, n. 4, p. 1.139-1.216, 2002.

¹⁰⁸ KMEIC, Keenan D. The origin and current meaning of “judicial activism”. *California Law Review*, California, v. 92, p. 1441-1477, 2004.

na política implementada ou na omissão. Nas três hipóteses, deveria existir verba para implementação das medidas, porém a existência de previsão orçamentária e disponibilidade financeira para implementação da medida têm sido mitigadas pelo STF, em casos de saúde.

A eles poderiam ser acrescidos outros parâmetros, tomando-se por base alguns indicados pelos ministros em seus votos, a exemplo do também exposto pelo relator da mesma ADPF 45, Ministro Celso de Melo: 4) situação que coloque em risco os direitos individuais ou coletivos garantidos na Constituição.

Isso porque, tais limites permissivos do ativismo judicial pelo STF podem servir de paradigma para a criação de espécies ou categorias de ativismo judicial brasileiro, a eles acrescidos aqueles provenientes da hermenêutica progressista e da declaração de inconstitucionalidade com base em critérios menos rígidos.

2.2 Judicialização da Política e Politização da Justiça

Judicialização na acepção do já referido constitucionalista brasileiro¹⁰⁹ significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

Ainda no dizer de Barroso, judicialização da política envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. A seu ver, o fenômeno tem causas múltiplas e algumas delas expressam uma tendência mundial, outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro¹¹⁰.

Por outro lado, ressalta o mencionado doutrinador que o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.

Nesse mesmo contexto, destaca, também, a expansão institucional do Ministério Público, com o aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Anuário iberoamericano de justicia constitucional, n. 13, p. 17-32, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 30 out. 2023.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Anuário iberoamericano de justicia constitucional, n. 13, p. 17-32, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 30 out. 2023.

a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Conclui, asseverando que “a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira”.

Santos¹¹¹ cita como exemplo de judicialização da política, que classifica de alta intensidade, a “Operação Mãos Limpas”, deflagrada pelo Ministério Público italiano na década de noventa. Para ele “há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afectam de modo significativo as condições da acção política”. A seu ver, “as relações entre o sistema judicial e o sistema político atravessam um momento de tensão sem precedentes cuja natureza se pode resumir numa frase: a judicialização da política conduz à politização da justiça.”

Considerada como sinónimo de “regulação da litigância”, a expressão *politização da justiça*, para Barroso¹¹², passou a ter um significado mais amplo do que simplesmente quando os Tribunais substituem ou completam a regulação das questões económicas e sociais pelo Estado, chegando a ser menos formal e mais realista e um dos motivos que se atribui, além do fim do Estado-Providência, foi a crescente corrupção nos Poderes Executivo e Legislativo.

Casos como o do banqueiro Daniel Dantas, no Brasil, são referidos como hipótese em que houve exposição e vulnerabilidade do Poder Judiciário, sobretudo por causa da forte divergência entre as suas instâncias, colocando o Poder e seus protagonistas em verdadeiro julgamento político perante a população e decisões concretas sendo debatidas publicamente.

O alerta que se faz, todavia, é que a politização excessiva, caso o Poder Judiciário passasse a interferir nas leis orçamentárias, por exemplo, modificando o que o governo deve gastar em questões como saúde, educação e até moradia, possa se traduzir em um “governo de juízes”¹¹³.

2.3 Correntes Doutrinárias sobre o Ativismo Judicial

A corrente normativa se fundamenta no princípio da Supremacia da Constituição em face das decisões legislativas e das decisões ou omissões do Poder Executivo no que se refere

¹¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. A judicialização da política. *Jornal Público*, v. 26, 2003.

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuário iberoamericano de justicia constitucional*, n. 13, p. 17-32, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 30 out. 2023.

¹¹³ A expressão “governo de juízes” foi utilizada como argumento contra o ativismo judicial por muito tempo na França, para afastar qualquer tipo de interferência do Judiciário nos atos do Executivo e do Legislativo. Aliás, até hoje, o controle de constitucionalidade do Judiciário é apenas preventivo, não podendo ser efetuado após a lei já estar promulgada.

a efetivação de políticas públicas, o que nos remete, de imediato, ao princípio de hierarquia das leis¹¹⁴, ao princípio da separação do poderes e sua revisão¹¹⁵, aos sistemas da *civil law*¹¹⁶ e da *common law*¹¹⁷, além do que sugere uma recente aproximação desses dois sistemas.

Esse posicionamento se alicerça a partir da evolução da democracia, da discussão democracia *versus* constitucionalismo e do modelo tradicional de fazer política pública.

Dentre os partidários dessa corrente, podemos citar os teóricos Dworkin¹¹⁸ e Cappelletti¹¹⁹. Entre os que são favoráveis, mas desde que impostos limites, temos Habermas¹²⁰ e Garapon¹²¹. Existem ainda os que são contrários, na esteira de Ely¹²².

Werneck Vianna¹²³ aponta no sentido de que sejam analisadas as correntes normativas a partir de dois eixos, o substancialista (Dworkin e Cappelletti) e o procedimentalista (Habermas e Garapon). Não obstante os *substancialistas* defendam a concretização dos *Direitos Fundamentais* constituídos e compartilhados pelos cidadãos na via do Poder Judiciário, enquanto os *procedimentalistas* propugnam uma atuação deste na garantia da participação no processo de tomada de decisões, retomando o sentido original de soberania popular, a despeito das divergências, ambos entendem o Poder Judiciário como “instituição estratégica nas

¹¹⁴ ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 266.

¹¹⁵ Krell afirma que “Parece-nos cada vez mais necessária à revisão do vetusto dogma da Separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativos e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais” (KRELL, Andréas. Controle Judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. A Constituição Concretizada Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 29).

¹¹⁶ A história da *Civil Law* começa quando o Imperador Justiniano reúne todas as leis do continente Europeu, consolidando-as em um único código, chamado de *corpus iuris civilis* de Justiniano (o nome data do século XII). O *Corpus Iuris Civilis* era composto de quatro coleções, sendo a mais importante delas o *Digesto ou Pandectio*. Posteriormente, passou a chamar o *Copus Iuris* de *Civil Law*; *Continental Law* ou *Roman Law* (CAENEGEM, Raoul Charles van. Uma introdução histórica ao direito privado. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 19).

¹¹⁷ Já a história da *Common Law* começa com a invasão ou conquista normanda da Inglaterra, realizada em 1066 por Guilherme II, Duque da Normandia. A conquista Normanda permitiu a criação de um governo central forte na Inglaterra, cujos Tribunais tinham jurisdição sobre todo o país (CAENEGEM, Raoul Charles van. Uma introdução histórica ao direito privado. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 19). As decisões desses Tribunais foram, aos poucos, estabelecendo um direito comum – *Common Law*, em língua inglesa – a todo o reino, que se sobrepôs aos costumes jurídicos locais, em especial a cada condado ou vilarejo, em vigor até então.

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹¹⁹ CAPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editores, 1993.

¹²⁰ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹²¹ GARAPON, Antoine. O Juiz e a democracia: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

¹²² ELY, John Hart. Democracy and Distrust. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

¹²³ VIANNA, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22-37.

democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e a garantia da autonomia individual e cidadã”¹²⁴.

Outra classificação que se dá com relação ao ativismo judicial diz respeito aos interpretativistas e os não interpretativistas. Os primeiros seriam aqueles magistrados que interpretam a norma constitucional de forma construtivista, pautados em paradigmas da comunidade que, por vezes, se rompem, surgindo novos paradigmas (pragmativistas¹²⁵, integrativistas¹²⁶ – dependendo se levam em conta ou ignoram qualquer forma de coerência com o passado quando decidem o futuro da comunidade – ou convencionalistas^{127, 128, 129} estritos¹³⁰ ou moderados¹³¹), levando em consideração valores do intérprete e não dos autores

¹²⁴ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 24.

¹²⁵ O pragmático, nas palavras de Dworkin, adota uma atitude cética com relação aos pressupostos que acreditamos estar personificada no conceito de Direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. O pragmatismo deixa os juízes livres para mudarem as regras quando pensam que a mudança seria – ligeiramente ao menos – mais importante que qualquer mal que a mudança pudesse causar. Também estimula a comunidade a esperar tais mudanças e, desse modo, obtém uma boa parte do benefício da mudança sem o desgaste do litígio, ou sem o dispendioso, incerto e inconveniente processo de criação do direito. *Opus cit.* P. 185 e 181.

¹²⁶ O princípio da integridade, conforme Dworkin, pressupõe que a comunidade como um todo possa se engajar nos princípios de equidade, justiça ou devido processo legal adjetivo. *Opus cit.* P. 204. Contrariamente ao pragmatismo, se atribui ao passado, no princípio da integridade no julgamento, um poder especial próprio no Tribunal (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 203).

¹²⁷ Dworkin explica a estrutura do convencionalismo a partir da seguinte frase: “O direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modifica-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política” (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 141).

¹²⁸ Segundo Dworkin existem semelhanças entre o convencionalismo e as teorias semânticas positivistas (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 143-144).

¹²⁹ A defesa do convencionalismo, sustenta Dworkin, tem duas partes: a primeira é que um julgamento sábio consiste em encontrar o exato equilíbrio entre previsibilidade e flexibilidade; a segunda é que o exato equilíbrio é assegurado pelos juízes, sempre respeitando as decisões explícitas tomadas no passado por instituições políticas, mas sem aplicar decisões por revelia, com faz o unilateralismo (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 179-180).

¹³⁰ O *convencionalismo estrito*, conforme Dworkin, deve declarar uma lacuna no Direito, que requer um poder discricionário extralegal por parte do juiz para criar um novo direito sempre que uma lei for vaga, ambígua ou problemática de alguma maneira e não houver outra convenção sobre o modo de interpretá-la (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 154).

¹³¹ O *convencionalismo moderado*, no dizer de Dworkin, não precisa admitir nenhuma lacuna. Com um pouco de imaginação, o convencionalista moderado poderia esboçar uma proposição ainda mais abstrata que todos aceitassem. Se há um consenso de que a Constituição é a lei fundamental, por exemplo, ele poderia afirmar que esse consenso prevê uma convenção abstrata cuja extensão implícita inclui a proposição de que as leis devem ser aplicadas porque a melhor interpretação da Constituição assim o exige, ainda que muitos juristas o neguem. Caso não houvesse consenso, o convencionalista moderado procuraria um consenso mais abstrato ainda (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 155-156).

da norma. Os não interpretativistas seriam aqueles juízes que se atêm às formas tradicionais de interpretação da lei, buscando a intenção do legislador e às teorias semântico-positivistas¹³².

Embora reconheça certo grau de discricionariedade, portanto de criatividade na interpretação das lacunas, nuances e ambiguidade do direito positivado, alerta Cappelletti que o maior problema não está na antítese entre os conceitos de interpretação e criação do Direito – para ele bem clara –, mas no que denomina de “grau de criatividade”¹³³: nos modos, limites, aceitabilidade e legitimidade da criação do Direito. Como balizas à criatividade, o autor aponta limites processuais e substanciais¹³⁴.

Os argumentos da corrente contrária ao ativismo judicial, por sua vez, pautam-se na ausência de legitimidade¹³⁵ dos magistrados para o estabelecimento de políticas públicas e sociais ou substituição do Legislativo e do Executivo em suas tarefas típicas, na medida em que não são eleitos pelo povo para exercerem suas funções, questão essa de igual modo a ser aprofundada posteriormente neste trabalho, bem como dos cidadãos de desobedecerem às suas obrigações advindas do contrato social de se submeterem às decisões do Estado e deste impor seu poder coercitivo nessa hipótese. Tais argumentos, porém, são refutados pelo princípio do “jogo limpo”¹³⁶ ao qual Rawls¹³⁷ se reporta como sendo o princípio da equidade.

A corrente analítica surgiu de uma análise institucional e empírica, que estudou o fenômeno da expansão do poder judicial e o aumento da litigiosidade, partindo das condições políticas criadas pelo próprio processo de evolução da democracia e levando em conta o respectivo ambiente político-institucional.

¹³² As teorias semânticos positivistas são abordadas no primeiro capítulo de *O Império do Direito*, de Dworkin.

¹³³ O autor cita como exemplo a utilização do princípio da equidade, quando o grau de criatividade seria mais elevado do que em casos que fossem baseados em precisos precedentes judiciais ou em detalhadas prescrições legislativas. CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editores, 1993, p. 25.

¹³⁴ CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editores, 1993, p. 20-25.

¹³⁵ O problema clássico da legitimidade do poder de coerção traz consigo outro problema clássico: o da obrigação política. Os cidadãos têm obrigações morais genuínas unicamente em virtude do Direito? O fato de que um legislativo tenha aprovado alguma exigência oferece aos cidadãos alguma razão ao mesmo tempo moral e prática para obedecer? Essa razão moral é válida mesmo para os cidadãos que desaprovam a legislação ou a consideram errada em princípio? (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 231-232).

¹³⁶ A defesa mais popular da legitimidade é o argumento do jogo limpo: se alguém recebeu benefícios na esfera de uma organização política estabelecida, tem então a obrigação de arcar também com o ônus dessa organização, inclusive a obrigação de aceitar suas decisões políticas, tenha ou não solicitado esses benefícios ou consentido com o ônus de maneira mais ativa (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 235).

¹³⁷ RAWLS, John. *A Teoria da Justiça*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

Essa teoria foi identificada a partir do trabalho de Tate e Vallinder¹³⁸ na obra *The Global Expansion of Judicial Power*, estudada pelo Observatório da Justiça do Centro de Estudos Sociais desta Universidade de Coimbra, que é citada por vários autores e chegou a ser conhecida no Brasil através da obra de Werneck Vianna¹³⁹. Os indicadores por eles utilizados nessa pesquisa e denominados de “condições políticas” foram: democracia, separação de poderes, direitos políticos, o uso dos tribunais por grupos de interesses, o uso dos tribunais pela oposição e a inefetividade das instituições majoritárias. Essas condições ou indicadores podem ser utilizados em realidades diversas.

Na sua investigação, Tate e Vallinder¹⁴⁰ criaram duas vertentes de judicialização, quais sejam: a uma, o *from without* – resposta do Judiciário à provocação de terceiro em face de decisão de um poder político, tomando como base a Constituição e, a partir do momento que realiza a revisão, estaria sobrepondo seu frente aos demais poderes; a duas, o *from within* – utilização do arcabouço judicial na administração pública – os métodos e procedimentos judiciais são absorvidos pelas instituições administrativas que eles ocupam, assim como os juízes. O trabalho demonstra que a forma mais conhecida de judicialização da política é a *from without*, ou seja, o controle jurisdicional de constitucionalidade. Essa classificação vem sendo mencionada por vários outros autores.

Keneth Holland sugere algumas condições que propiciam o ativismo judicial, umas estruturantes, outras intelectuais. Dentre as estruturantes, aponta o federalismo¹⁴¹, uma constituição escrita, independência judicial, a falta de separação administrativa nos tribunais, um sistema partidário competitivo e regras de acesso aos tribunais. Entre as intelectuais, indica que algumas tradições, doutrinas e ideias podem galvanizar os tribunais: a tradição de direito comum, o conceito de governo limitado, autoestima para os juízes e um consenso social sobre questões fundamentais do regime. O conteúdo de sua obra será comentado com mais profundidade em item posterior deste trabalho¹⁴².

¹³⁸ VALLINDER, Torbjorn; TATE, Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York: New York University Press, 1995.

¹³⁹ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22-37.

¹⁴⁰ VALLINDER, Torbjorn; TATE, Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York: New York University Press, 1995.

¹⁴¹ Note-se que as quatro magistraturas mais ativas são encontradas em federações - os Estados Unidos, Canadá, Austrália e Alemanha. Parece haver uma forte correlação entre uma verdadeira divisão de poderes entre níveis do governo e da potência do sistema judiciário nacional (HOLLAND, Keneth M. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. New York: St. Martins's Press, 1991, p. 7).

¹⁴² Confiança do público nos tribunais podem ser outra fonte de potencial judicial de decisão política. Em França e Itália, os juízes são detidos na relativamente baixa estima. Consequentemente, em 1987, juristas italianos

Para Santos¹⁴³, essa expansão e fortificação do poder judicial, e conseqüente aumento de procura e litigiosidade, são conseqüência de fatores históricos, políticos e sociais de evolução do regime democrático, como o fracasso do comunismo, a queda das ditaduras na América Latina e o insucesso do Estado na África. Em decorrência, teria surgido o Poder Judiciário como instituição importante para a governabilidade e até para o desenvolvimento econômico, através da resolução de conflitos. Já os direitos fundamentais passaram a ter, conforme texto de Ibanez¹⁴⁴, qualidade de “fundamento funcional da democracia”, por meio do qual seria exercido o direito de liberdade.

2.4 Referências de Ativismo Judicial

A obra *Judicial Activism in Comparative Perspective*, de Holland¹⁴⁵, aborda o ativismo judicial nos Estados Unidos, na Inglaterra, no Canadá, na Austrália, em Israel, na Itália, na França, na Alemanha, na Suécia, no Japão e na extinta União Soviética, mas em uma dimensão empírica, relatando as experiências desses países. Já Shapiro¹⁴⁶ analisa a independência dos juízes e a hipótese de substituição das leis na Inglaterra (*common law*), no sistema da Civil ou *Roman Law* (França, Itália e Alemanha), na China e no Islã.

Esta investigação optou pela fundamentação teórica de doutrinadores de sete países, a saber: Estados Unidos¹⁴⁷, Alemanha¹⁴⁸, Itália¹⁴⁹, França¹⁵⁰, Espanha, Portugal e Brasil¹⁵¹,

perderam a sua imunidade de processo civil (HOLLAND, Keneth M. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. New York: St. Martins's Press, 1991).

¹⁴³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direito e democracia: a reforma global da justiça*. Porto: Afrontamento, 2001, p. 127.

¹⁴⁴ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Democracia com juízes*. Revista do Ministério Público, Lisboa, ano 24, n. 94, p. 31-47, jun, 2003.

¹⁴⁵ HOLLAND, Keneth M. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. New York: St. Martins's Press, 1991.

¹⁴⁶ SHAPIRO, Martin. *Courts, a comparative and political analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 1981.

¹⁴⁷ Considerado o primeiro do ranking em ativismo judicial (HOLLAND, Keneth M. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. New York: St. Martins's Press, 1991, p. 2).

¹⁴⁸ Considerado o quarto lugar no ranking em ativismo judicial (HOLLAND, Keneth M. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. New York: St. Martins's Press, 1991, p. 2).

¹⁴⁹ Considerado o quinto lugar no ranking em ativismo judicial (HOLLAND, Keneth M. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. New York: St. Martins's Press, 1991, p. 2).

¹⁵⁰ Considerado o oitavo lugar no ranking em ativismo judicial (HOLLAND, Keneth M. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. New York: St. Martins's Press, 1991, p. 2).

¹⁵¹ Espanha, Portugal e Brasil não são referidos na mencionada obra, mas seu ativismo judicial está sendo abordado aqui pelos seguintes motivos: a Espanha, pelo paradigma do Juiz Gaston, no caso do Pinochet, e pelo contributo sobre o tema de alguns importantes doutrinadores; Portugal, por expor o ponto de vista de José Joaquim Gomes Canotilho e o Brasil, porque a presente tese aborda o ativismo do Ministério Público brasileiro.

levando em conta a importância e consistência de seus embasamentos teóricos, além de serem as obras mais referenciadas nos trabalhos já existentes sobre o tema.

2.4.1 Nos Estados Unidos

Ronald Dworkin¹⁵² vem sendo referido como um dos principais teóricos do ativismo judicial nos Estados Unidos, a ponto de os mais renomados autores, de vários países, fazerem menção ao seu posicionamento, tendo alguns até construído teorias a partir de suas obras, assim como foram efetuados e publicados vários estudos a respeito de suas conclusões. Contudo, Dworkin aponta tanto aspectos favoráveis quanto desfavoráveis ao ativismo judicial.

No sentido de que o juiz possa criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita, justifica: 1) No sistema da *common law*, as leis e as regras de direito costumeiro seriam quase sempre vagas e por isso devem ser interpretadas antes de serem aplicadas a novos casos; 2) Alguns casos colocam problemas tão novos que nem ampliando ou reinterpretando a lei é possível solucioná-los; 3) Os juízes criam leis em resposta a fatos e argumentos, da mesma natureza daquelas que levariam a instituição superior a criar, caso estivessem agindo por iniciativa própria;¹⁵³ 4) as decisões originais¹⁵⁴ são justificadas por argumentos de política¹⁵⁵ e não de princípios¹⁵⁶.

¹⁵² DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁵³ Dworkin defende que quando os juízes criarem um novo direito, ao fazê-lo, devem agir como se fossem delegados do Poder Legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema (DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 128-129).

¹⁵⁴ Dworkin sustenta que decisões judiciais não originais, que apenas aplicam os termos claros de uma lei de validade inquestionável, são sempre justificadas pelos argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política (DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 128-129).

¹⁵⁵ *Argumentos de política* é a argumentação que justifica uma decisão como um resultado útil para a sociedade como um todo. Argumentos políticos são argumentos estratégicos que mostram que uma decisão garante um bem coletivo (DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 129).

¹⁵⁶ *Argumentos de princípio* é uma outra forma de justificação, ela não busca resultados úteis, busca o reconhecimento de direitos subjetivos, ela garante direitos fundamentais mesmo que esses direitos contrariem a visão da maioria da sociedade. Uma argumentação fundamentada em princípios não sacrifica direitos, nem despreza minorias, mesmo que isso seja bom para a maioria da sociedade. Para Dworkin, o problema do juiz legislador só existe quando o juiz não usa uma argumentação de princípios e decide apenas com argumentos estratégicos, buscando resultados úteis para toda a sociedade. O juiz utilitarista é o verdadeiro problema do exercício da jurisdição. O juiz criativo não é uma ameaça, o juiz utilitarista é que é uma ameaça. A teoria dos princípios permite que Dworkin rejeite a teoria do poder discricionário forte dos juízes. Dworkin rejeita essa teoria de Hart dizendo que, mesmo nos casos difíceis, os juízes não precisam oferecer respostas subjetivas para os problemas sociais, sempre podem oferecer respostas objetivas, isto é, eles sempre podem reconhecer direitos com alguma base no ordenamento já posto, basta que os juízes apliquem os princípios (DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 129).

Mas Dworkin também faz ponderações críticas ao tema, tendo em vista, a uma, que, na sua maioria, os juízes não chegam ao cargo por meio de eleição, o que poderia suscitar problemas de legitimidade e de responsabilização política pelas decisões, mas esse fundamento ele próprio rebate, em seguida, com o argumento de que pelo menos os juízes não estão sujeitos à influência de lobbies, grupos de pressão ou cobrança dos eleitores; a duas, levanta a questão do problema que seria a aplicação retroativa de uma lei criada por um juiz, passando a se impor um dever inexistente à época do fato, hipótese essa, de igual modo, contraditada em seguida, no sentido de que, por um argumento de política, não seria plausível, mas que pelo de princípio seria perfeitamente aceitável.

Bruce Ackerman já é de corrente mais conservadora em relação à doutrina de Dworkin. Conhecido adepto da teoria dualista¹⁵⁷, para ele, o Poder Judiciário é apenas mais um órgão institucional que faz parte da teoria geral da política dualista. Nesse prisma defende que, havendo violação da Constituição, os juízes devem invalidar os atos normativos inconstitucionais e que os parlamentares são meros substitutos do povo em si.

A seu sentir, apenas o povo pode modificar a Constituição e os juízes devem se empenhar no sentido de obstar que o Congresso a modifique indevidamente. Mas faz questão de frisar que o fato dos magistrados serem detentores de prerrogativas não significa que o Poder Judiciário é superior ao Poder Legislativo. Por fim, com base no princípio da soberania popular, sustenta que o poder popular está acima dos demais Poderes e que, quando houver conflitos entre a vontade do Legislativo, declarada em seus estatutos, e a vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer à vontade do povo constitucionalmente prevista¹⁵⁸.

Importante fazer referência, ainda, ao posicionamento de Shapiro¹⁵⁹ quando ressalta que a lei é uma forma de controle social e, quando o juiz a substitui, ele está enfraquecendo a tríade processual e exercendo esse controle social sem neutralidade – de acordo com sua ideologia e interesses pessoais – não conforme a vontade popular representada na lei. Por outro lado, admite que nenhuma sociedade humana procurou estabelecer um completo e particularizado corpo de direito preconcebido exatamente para satisfazer todos os conflitos judiciais, tendo a necessidade

¹⁵⁷ Bruce Ackerman se mostra partidário da democracia dualista, na qual haveria dois níveis de decisão política: 1) a legislativa, regida pela democracia representativa; e 2) a constitucional, na qual a cidadania passaria a apatia, a ignorância e o egoísmo coletivos, para afirmar sua identidade política, buscando criar normas constitucionais (ACKERMAN, Bruce. *Nós e o Povo Soberano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 371-375).

¹⁵⁸ ACKERMAN, Bruce. *Nós e o Povo Soberano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 371-375.

¹⁵⁹ SHAPIRO, Martin. *Courts, a comparative and political analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 1981.

de muitas vezes se legislar judicialmente e que, quando isso ocorre, há um fenômeno de fusão entre as funções de julgar, legislar e administrar em uma única autoridade pública.

2.4.2 Na Alemanha

Do direito alemão extrai-se as teorias de Habermas¹⁶⁰, de Alexy¹⁶¹ e de Luhmann¹⁶².

Na Alemanha o Tribunal Constitucional vem exercendo um papel fundamental no ativismo judicial. O termo “juízes engenheiros” foi criado a partir dessa atuação ativista¹⁶³.

Segundo a teoria de Habermas, o Direito se situa entre a política e a moral e, no mesmo sentido de Dworkin, entende que discurso jurídico se pauta não somente em argumentos políticos que visam ao estabelecimento de objetivos, mas também em argumentos de fundamentação moral. Nas palavras do autor, nas frestas da decisão dos juízes, imiscuem-se argumentos mediante preconceitos sociais e opiniões ingênuas, que se cristalizam em ideologias profissionais e se introduzem interesses não confessos, ao invés de bons argumentos¹⁶⁴.

Contrapondo-se àqueles que defendem a inércia do juiz, Habermas sustenta que, se na modernidade, as normas se reduzissem apenas a ordens do legislador político, o direito se dissolveria em política, o que implicaria na dissolução do próprio conceito do político. Sob essa premissa, o poder político não poderia mais ser legitimado pelo direito, pois um direito posto inteiramente à disposição da política perderia sua força legitimadora. Assim, no momento em que a legitimação é apresentada como uma realização própria da política, estaríamos abandonando dos conceitos de direito e política¹⁶⁵.

No que infere à interpretação jurídica, Habermas entende que o papel do juiz será sempre proativo, na medida em que defende, a uma, que mesmo que a racionalidade procedimental dotada de conteúdo moral estivesse assegurada institucionalmente, as leis não poderiam normalmente atingir uma força semântica e uma determinação completa a ponto de se transformar em algo parecido com uma tábua de algoritmos a ser aplicado pelo juiz; a duas, que, no entanto, a hermenêutica filosófica revela que os atos de interpretação nos quais se

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹⁶² LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

¹⁶³ HOLLAND, Kenneth M. Judicial Activism in Comparative Perspective. New York: St. Martin's Press, 1991.

¹⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 218, 228.

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 237.

aplicam regras estão entrelaçados indissolúvelmente com atos de construção que desenvolvem implicitamente o direito (no sentido de Dworkin); a três, que no processo da legislação, pode emergir uma moralidade que emigra para o direito positivo, de tal modo que os discursos políticos se encontram sob as limitações do ponto de vista moral, que hão de respeitar ao fundamentar as normas¹⁶⁶.

Em um tom a princípio pouco otimista, a teoria de Robert Alexy sustenta que o sistema jurídico não está preparado para analisar demandas de justiça social, ou que envolvam a compreensão de uma determinada forma de vida. Esse tipo de discussão deve ocorrer no âmbito de ação não formalizada, em que seja possível o debate público acerca dos temas. Para ele, a partir das características do processo judicial, o setor profissional dos juristas cria critérios de decisão tendo como objetivo máximo a eficiência, não a justiça.

No que ele denomina de “casos difíceis”, defende uma relação conceitualmente necessária entre o direito e a moral, uma vez que não seria possível encontrar uma solução se baseando unicamente em normas formalmente fixadas. Mas, ao mesmo tempo, considera que nem todas as questões estão abertas ao debate e que a argumentação jurídica é caracterizada por seu relacionamento com a lei válida no contexto da discussão jurídica.

Assim, em um modelo combinado de regras, princípios (lado passivo do sistema jurídico) e procedimentos (lado dinâmico), sustenta que o juiz deverá observar determinados procedimentos que pertencem ao sistema e, sempre que efetuar ponderações, utilizará princípios juridicamente válidos e não deve buscar meios extrajurídicos para decidir o caso. Para ele, a teoria dos princípios permite estruturar racionalmente a decisão jurídica no âmbito das lacunas do sistema jurídico. A conexão, porém, se dá com uma moral correta, no sentido de uma moral passível de fundamentação¹⁶⁷.

Para Luhmann, o que exatamente significa justiça é determinado à medida que vão sendo tomadas as decisões, o conteúdo da justiça é variável, portanto não é possível que os juízes decidam com base na norma da justiça. Ele decide porque tem “a impressão de justiça” de certas normas. Para ele, nem a interpretação, nem a argumentação jurídica modificam o direito ou dizem respeito a sua validade.

A seu ver, na verdade, são formas de comunicações que esclarecem sob quais condições pode ser praticada essa disposição de símbolo. No seu entender, a vantagem dessas formas de

¹⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 245-246.

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 7.

argumentação é que podem ser reutilizadas, adequadas a um grande número de decisões que ele denomina de “operacionalidade uniforme”.

Por outro lado, admite que as mudanças sociais fazem pressão para que o sistema dissolva essas formas e crie outras mais adequadas. E, como o sistema jurídico na modernidade não tem condições de perceber e tematizar demandas sociais, afirma que o fim será determinado pelo juiz¹⁶⁸.

2.4.3 Na Itália

No direito italiano, buscou-se subsídios sobre o ativismo judicial nas obras de Mauro Cappelletti¹⁶⁹, Gustavo Zagrebelsky¹⁷⁰ e Riccardo Guastini¹⁷¹.

Antes de adentrar na fundamentação teórica da doutrina italiana sobre o ativismo judicial, impõe-se destacar que o protagonismo judicial na Itália, por meio da operação “Mãos Limpas”¹⁷², passou a ser considerado como uma segunda transição política ou mesmo uma revolução que transformou o regime a ponto de se falar em uma “segunda república italiana”¹⁷³.

Todavia, alguns autores apontam que esse termo tinha, até bem pouco tempo, uma conotação pejorativa na Itália (berço do direito romano e do direito civil, apesar de afetado por inovações do direito alemão), sobretudo com relação à área penal¹⁷⁴, enquanto seu efeito salutar

¹⁶⁸ SAAVERDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e Democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 44-68.

¹⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

¹⁷⁰ Ex-Presidente do Tribunal Constitucional italiano.

¹⁷¹ GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trota, 2003.

¹⁷² Em 1992, os magistrados do Ministério Público de Milão trouxeram à tona uma vasta rede de corrupção que envolveu um grande número de políticos, burocratas e homens de negócios. Essas investigações acabaram por atingir membros da coligação governamental e numerosos dirigentes de empresas públicas e privadas. Sete Ministros de Estado se demitiram, chegando a atingir, inclusive, o Primeiro Ministro Bettino Craxi. O Procurador-Geral de Milão chegou a investigar 380 pessoas, dentre as quais 15 deputados, o que no período de um ano alcançou a marca de 1.135 processos, abrangendo todos que governaram nos anos 80. O magnata televisivo Sílvio Berlusconi, eleito em 1994, também ficou sob investigação, tendo como consequência a queda de seu governo. Em 1996, trouxeram a vitória a uma coligação de centro-esquerda graças ao trabalho da magistratura Judicial e do Ministério Público. Aqueles que governaram a Itália por quase meio século foram os mais atingidos (KERCHE, Fábio. *Ministério Público, Lava Jato e mãos limpas: uma abordagem institucional*. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, p. 255-286, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/KrKf7JbpM3LW4rDhnS7JxmB/>. Acesso em: 30 out. 2023).

¹⁷³ GUARNIERI, Carlo e MAGALHÃES, Pedro Coutinho. O Ativismo judicial na Europa do Sul: semelhanças e diferenças. *Revista SubJudice Justiça e Sociedade* n. 14. Coimbra: Jan-Mar 1999, p. 7.

¹⁷⁴ Na área penal, o ativismo judicial tinha conotação pejorativa, considerando que vários juízes que prolataram decisões tidas como ativistas, mais tarde foram acusados de estarem defendendo interesses e ideologias de partidos ou grupos (HOLLAND, Kenneth M. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. New York: St. Martin’s Press, 1991, p. 117-130).

se restringia aos campos da proteção ao meio ambiente, direitos do consumidor, direito a saúde e direito à privacidade, em que os juízes decidiam além dos códigos, escolhendo entre as diversas leis e interpretações possíveis. Embora os juízes tenham perdido a garantia da irresponsabilidade civil, o Tribunal Constitucional italiano, como veremos mais adiante, tornou-se um exemplo positivo e liberal de ativismo judicial, ao se afirmar perante o Parlamento italiano¹⁷⁵.

Mauro Cappelletti, em *Juízes Legisladores*, lembra não ser o “direito judiciário”¹⁷⁶ um instituto novo, tendo sido referido há mais de um século e meio. Nessa obra, ele defende o poder criativo do juiz e analisa por que tal criatividade foi se tornando mais necessária e acentuada nas sociedades contemporâneas. Analisando as causas e efeitos da intensificação da criatividade jurisprudencial, afirma ser um fenômeno típico do século XX, quando o “formalismo jurídico” foi sendo gradativamente substituído por uma maior criatividade dos juízes¹⁷⁷.

Para o autor, o surgimento um novo papel para o Direito e para o próprio Estado na sociedade moderna, com demandas advindas de uma legislação com finalidade social (*welfare state*¹⁷⁸) desencadeou o crescimento da intervenção legislativa e como os parlamentos “atribuíram-se tarefas tão numerosas e diversas”, depararam-se com a necessidade de repassar parte de suas atribuições a outros órgãos, sobretudo ao Executivo, o que desaguou em um aumento das responsabilidades do Judiciário: a justiça constitucional – com o controle da constitucionalidade das leis – seria um exemplo dessa nova responsabilidade. Com exceção dos Estados Unidos, os tribunais judiciários se mostraram relutantes em assumir essas novas e pesadas responsabilidades: “o controle dos “poderes políticos” e, com isso, a proteção dos cidadãos e da sociedade em geral, contra os abusos daqueles”¹⁷⁹.

Ressalta a seguir que, onde o Poder Judiciário assumiu uma feição proativa e criativa (ex.: países do sistema da *Common Law*), “ultrapassando o papel tradicional de decidir conflitos

¹⁷⁵ HOLLAND, Kenneth M. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. New York: St. Martin's Press, 1991, p. 117-130.

¹⁷⁶ Segundo Cappelletti, “direito judiciário” foi uma expressão utilizada há mais de um século e meio pelo filósofo e jurista inglês Jeremy Bethen, ao criticar o poder criador do juiz e sugerir a codificação como forma de maior segurança jurídica (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 17-18).

¹⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 31, 33-34.

¹⁷⁸ Conforme Cappelletti, o *welfare state* terminou por se transformar em demagogia, por revelar causas de perversão econômica, com custos enormes e socialmente perniciosos, com sentimentos de desilusão e desconfiança nos poderes Legislativo e Executivo (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 44).

¹⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 43, 46-47.

de natureza essencialmente privada”, este Poder teria emergido como um “terceiro gigante”¹⁸⁰, uma vez haver assumido o controle dos poderes políticos, constituindo-se, assim, em uma outra forma ou sistema de controle dos outros poderes: “na verdade, é difícil imaginar que algum sistema eficaz de controles e de contrapesos possa hoje ser criado sem o crescimento e a fragmentação do poder judiciário”¹⁸¹.

Na área da proteção dos interesses coletivos e difusos – e aqui tem relevante papel o Ministério Público brasileiro como autor exclusivo do inquérito civil e representante da sociedade nas ações civis públicas –, essa nova função do juiz tem sido bastante necessária e, justifica o autor: “pela razão de que tais leis e direitos frequentemente são muito vagos, fluidos e programáticos, mostra-se inevitável alto grau de ativismo e criatividade do juiz chamado a interpretá-los”. Como também, para a realização e a interpretação dos direitos sociais, a seu ver, implica em alto grau de criatividade, sobretudo se sair da esfera ordinária para a constitucional¹⁸².

Apontando a criatividade como um fator inevitável da função jurisdicional no mundo contemporâneo, justifica o autor também se constituir como respostas às exigências e necessidades da sociedade moderna (econômicas, políticas, constitucionais e sociais). Mas, ao mesmo tempo, indaga se a criatividade judiciária, em sua mais acentuada medida, tornaria o juiz um legislador. Perquire, ainda, caso os juízes ou alguns deles (cita os constitucionais e comunitários) assumirem um papel extremamente criativo, estariam tornando a função jurisdicional igual à do legislativo e se estariam invadindo os domínios do parlamento¹⁸³.

Partindo de uma diferenciação entre processo legislativo e processo jurisdicional de criação do Direito, Cappelletti assegura que interpretar leis não equivale a “fazer leis”, mesmo com base em algum grau de criatividade por parte do juiz e, para ele, “o bom juiz pode ser criativo, dinâmico e ativista”, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades de legislador. Também explica que, diversamente do que ocorre no processo legislativo e administrativo, o processo judicial impõe uma atitude passiva, ou seja, não pode ser iniciado de ofício pelo tribunal, mas necessita de um *autor*, “condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional”¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Ao ver do autor, esse terceiro gigante – o Poder Judiciário – seria capaz de enfrentar o legislador mastodonte e o administrador leviatanesco (CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 47).

¹⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 49, 53.

¹⁸² CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 60, 67.

¹⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 73.

¹⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 74, 76.

O problema do “grau de criatividade dos juízes”, ao ver do autor, não pode se resolver com um simples sim ou não. O alto grau de criatividade para ele “trata essencialmente de problema apenas de natureza quantitativa, pode ser benéfica ou maléfica, segundo as muitas circunstâncias contingentes, de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade, circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura das instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade”. Para ele, o bom juiz seria o consciente das limitações e fraquezas, assim como sensível a esses fatores, sendo prudente em determinadas circunstâncias e épocas¹⁸⁵.

Por fim, o autor enfrenta um dos principais argumentos daqueles que defendem a restrição judicial, qual seja, a “legitimação democrática da criação do direito jurisprudencial”, chegando a referir e até defender posicionamentos como os de Martin Shapiro e de Ely Hart em alguns aspectos.

Para ele, o perfeito paradigma de democracia representativa e alcance do consenso dos governados por parte dos poderes políticos seria uma utopia, podendo os tribunais contribuir para a representatividade do sistema político, ao possibilitar amplo acesso ao processo judicial, principalmente a grupos que não teriam acesso ao processo político¹⁸⁶.

A par disso, levanta, ainda, a necessidade de que a seleção de juízes seja aberta a todos os extratos da população, além da indispensabilidade de haja igualdade de oportunidades de acesso aos tribunais¹⁸⁷, pois assim a produção judiciária do Direito não seria antidemocrática por si mesma – já que os magistrados vivem as aspirações cotidianas¹⁸⁸ e estão mais próximos da comunidade –, ressaltando apenas o grau em que ela se dá, como já mencionado¹⁸⁹.

Gustavo Zagrebelsky, em um artigo denominado *Juízes Constitucionais*, texto referido por vários autores de diversos países¹⁹⁰, apesar de defender a relevância da jurisprudência criativa, faz alertas acerca da interpretação evolutiva. Com relação à comunicação entre jurisprudências, pressupõe a existência, na interpretação, de uma margem de elasticidade ao

¹⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 92.

¹⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 94, 95, 99.

¹⁸⁷ Aqui o autor faz referência à dificuldade que a população teria de acesso aos gabinetes legislativos e administrativos, muito mais que aos tribunais, já que a maioria das atividades dos tribunais são públicas (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 106).

¹⁸⁸ O autor justifica a proximidade dos juízes com a comunidade, fazendo lembrar que os magistrados decidem casos envolvendo pessoas reais, fatos concretos e problemas atuais da vida e que, nesse sentido, a produção judiciária do Direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 105).

¹⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 104-106.

¹⁹⁰ Só para citar alguns, Garapon e Ibanez se referem expressamente a esse artigo de Gustavo Zagrebelsky.

decidir, de discricionarietà. Admitindo-se que as decisões dos tribunais estivessem rigidamente vinculadas às suas margens de apreciação, essas razões seriam estéreis¹⁹¹.

A segunda ponderação do autor é que os argumentos contrários à Constituição Viva se centram nos perigos da jurisprudência criativa, possíveis pela interpretação evolutiva. Para ele, separar-se das origens significaria aumentar a discricionarietà e equivale à politização e a politização é incompatível com o caráter judicial da justiça constitucional e ofende a separação de poderes, o que causa danos ao Legislativo. A seu ver, a ofensa à separação dos poderes, por sua vez, mina a legitimidade da justiça constitucional. Arremata afirmando que não somente para manter a separação de poderes, preservar o caráter judicial da justiça constitucional e para salvaguardar as razões de sua legitimidade, é necessário rechaçar a doutrina da Constituição Viva, ainda que haja impostos com a força dos fatos na prática das cortes¹⁹².

Todavia, o autor afirma, a seguir, que os argumentos contrários à Constituição Viva não se coadunam com o dia-a-dia das Cortes de Justiça e que as posições originalistas que traduzem a teoria da interpretação vinculada ao significado do texto no momento de sua feitura (textualismo) e segundo a intenção dos fundadores (intencionalismo) são sustentadas através de remissão aos trabalhos legislativos preparatórios. Porém, esse expediente seria apenas retórica argumentativa para sustentar esta ou aquela interpretação da constituição, conforme a expectativa do mundo de hoje e não do passado, segundo a visão do intérprete¹⁹³.

Por último, o autor entende que, em regra geral, a Constituição viva tem sido direcionada em uma hermenêutica pró-alargamento de direitos, mas adverte que os tempos podem mudar e, em uma reinterpretação, vir a ser instrumento de limitação de direitos, citando o exemplo das interpretações das Cortes com relação às leis antiterrorismo¹⁹⁴.

Riccardo Guastini¹⁹⁵ analisa a interpretação conforme as leis no modelo italiano, separadamente, pela Corte Constitucional e pelos juízes comuns. Pela Corte Constitucional distingue, por primeiro: 1) Decisões interpretativas em sentido estrito de rechaço¹⁹⁶ e de

¹⁹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel. Teoría del Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta, 2007, p. 95-96.

¹⁹² ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel. Teoría del Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta, 2007, p. 96.

¹⁹³ ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel. Teoría del Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta, 2007, p. 97.

¹⁹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel. Teoría del Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta, 2007, p. 97.

¹⁹⁵ GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trota, 2003, p. 63-67.

¹⁹⁶ Decisão interpretativa de rechaço ocorre quando, frente a uma disposição legislativa que admite duas interpretações, das quais a primeira resulta uma norma inconstitucional, enquanto a segunda dá lugar a uma norma

anulação¹⁹⁷. Em segundo lugar, diferencia as 2) Decisões manipuladoras ou normativas que são aquelas sentenças em que a Corte Constitucional não se limita a declarar a ilegitimidade constitucional das normas mas, comportando-se como um legislador, modifica diretamente o ordenamento, com o objetivo de harmonizá-lo com a constituição.

Nesse sistema, existem dois tipos de sentenças normativas: as aditivas e as substitutivas. A sentença aditiva se caracteriza por declarar a ilegitimidade constitucional das normas, que é submetida na parte em que deveria expressar certa norma, para que fosse constitucional¹⁹⁸. Tais sentenças normativas ou manipuladoras tomam por fundamento a aplicação do princípio da isonomia. A sentença substitutiva é aquela em que a Corte declara a ilegitimidade constitucional de uma dada disposição, na parte que expressa certa norma em lugar de outra: uma norma distinta que deveria expressar para ser conforme com a constituição¹⁹⁹.

Há unanimidade na doutrina em afirmar que essas sentenças normativas da Corte Constitucional da Itália, colacionadas por Riccardo Guastini em seu artigo, são manifestações típicas de ativismo judicial, considerando que a Corte não se cinge a apreciar a

conforme a Constituição, a Corte Constitucional declara que a dúvida de legitimidade constitucional não está fundada na condição de que a disposição em questão seja interpretada no segundo modo, ou seja, no sentido de expressar uma norma conforme com a Constituição (Primeiro exemplo de decisão desse tipo foi a 3/1956). (GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trota, 2003, p. 64).

¹⁹⁷ Decisão interpretativa de anulação sucede quando, frente a uma disposição legislativa que admite interpretações alternativas, uma disforme e outra conforme a Constituição, a interpretação normalmente aceita pelos juízes comuns seria a segunda, ou seja, aquela que resulta uma norma inconstitucional. A Corte só anula a disposição enquanto tal, a dizer, somente uma de suas interpretações, ou seja, só é inconstitucional se interpretada daquela forma inconstitucional (GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trota, 2003, p. 64).

¹⁹⁸ O exemplo colacionado pelo autor diz respeito a uma disposição legislativa que atribui um direito de seguridade social a uma classe de sujeitos S1 e não a outra classe S2. Segundo a Corte Constitucional, sem embargo, as classes de sujeitos S1 e S2 são iguais e, portanto, devem ser tratadas do mesmo modo. Assim, por conseguinte, a disposição de que se trata é inconstitucional, porque viola o princípio da igualdade. Pois bem, em casos desse gênero, a Corte frequentemente declara que a disposição é constitucionalmente ilegítima na parte em que não confere o mesmo direito aos sujeitos S2. Tal sentença, sustentam alguns, não é de anulação, senão os sujeitos S1 perderiam o direito subjetivo conferido a eles mas, que, ao contrário, se conservam. Em realidade, o que a Corte faz é agregar uma nova norma ao ordenamento: a norma que confere o mesmo direito subjetivo também aos sujeitos S2 e por essa razão é que as chamam de sentenças aditivas (GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trota, 2003, p. 65).

¹⁹⁹ O exemplo extraído da Corte Constitucional 15/1969, referido pelo autor, é o seguinte: Uma norma confere certo poder a certo órgão estatal O1, ainda que segundo a constituição, de acordo com a interpretação da Corte, o referido poder deveria ser dado a um órgão distinto O2. Por consequência, a norma é inconstitucional e, portanto, deve ser anulada. Porém, a Corte não se considera satisfeita com uma pura e simples anulação. Ou seja, a Corte declara que a norma é inconstitucional na parte em que confere poder ao órgão O1 e não ao órgão O2. Dessa forma, a Corte anula a norma que lhe foi submetida, mas, ao mesmo tempo, introduz no ordenamento uma norma nova, em virtude da qual o poder em questão resulta atribuído ao órgão O2 e não ao órgão O1. Em outras palavras, a norma que foi submetida a Corte é substituída por uma norma distinta, criada pela própria Corte (GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trota, 2003, p. 65).

constitucionalidade do ato normativo, indo mais além, seja anulando a norma ilegítima, seja editando a norma justa, com base no princípio da isonomia, seja criando uma nova norma para substituir a que foi anulada.

2.4.4 Na França

No direito francês, tomamos como referência Antoine Garapon²⁰⁰ e François Rigaux²⁰¹.

Ressalte-se, outrossim, a resistência francesa à adesão ao ativismo judicial, considerando a preponderância do Parlamento naquele país sobre os demais poderes, fato esse que perdurou por muito tempo, e a interpretação rigorosa do princípio da separação de poderes, que influenciou a criação de Tribunais administrativos e a proibição constitucional da interferência do Poder Judiciário nos atos do Executivo, além da possibilidade de declaração de uma norma inconstitucional apenas quando ela ainda não foi promulgada.

Na França, chegou a ser editada uma obra que aludia ao que o autor denominou de “governo de juízes” dos Estados Unidos, frase essa que foi utilizada durante muito tempo como escudo e para aumentar o temor da criatividade do Conselho de Estado francês²⁰².

Garapon aborda a questão da politização do pensamento judicial, da judicialização do pensamento político, da nova cena da democracia, do ativismo dos juízes ao ativismo associativo, das novas formas de justiça e o novo lugar do juiz. Para ele, os exemplos se multiplicam em todos os países em que se assiste à transmissão de tarefas para o juiz, citando a Bélgica onde, em nome da igualdade, ter-se-ia colocado o juiz na posição do verdadeiro garante das liberdades fundamentais²⁰³.

Para ele, o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo menos, de não a travar. E, a seu ver, o juiz pode interferir na vida política de duas formas: quer diretamente, através de uma decisão, quer indiretamente, através da corporação a qual pertence²⁰⁴.

²⁰⁰ GARAPON, Antoine. O Juiz e a Democracia: O Guardador de Promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

²⁰¹ RIGAUX, François. A Lei dos Juízes. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

²⁰² HOLLAND, Kenneth M. Judicial Activism in Comparative Perspective. New York: St. Martin's Press, 1991, p. 113-149.

²⁰³ GARAPON, Antoine. O Juiz e a democracia: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 41, 43, 102, 240, 259.

²⁰⁴ GARAPON, Antoine. O Juiz e a democracia: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 54.

Na sua célebre obra *O Juiz e a Democracia: O Guardador de Promessas*, afirma que a justiça teria fornecido à democracia o seu novo vocabulário: imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumentação etc. O autor atribui à perda de confiança do político e de uma reorientação das expectativas políticas em direção à justiça, dado que a opinião pública lhe dirige, doravante os seus pedidos de decisão. Para ele, a justiça encarna, hoje em dia, o espaço público neutro, o direito, a referência da ação política, e o juiz, o espírito público desinteressado. No seu entender, a grande importância que ganhou a justiça não deve ser entendida como uma simples passagem de testemunho da soberania do povo para o juiz, mas antes de como uma transformação do sentimento de justiça²⁰⁵.

François Rigaux, no seu livro *A Lei dos Juizes*, proclama que hoje ninguém ousaria sustentar que o juiz é apenas a voz da lei, embora admita que as opiniões continuem a divergir sobre o alcance do seu poder de apreciação, considerando que a aplicação do direito não se reduz a um puro mecanismo e nem a uma série de operações exclusivamente lógicas, pois não existe harmonia preestabelecida que um simples silogismo permitisse verificar em uma situação de fato e os formulados pela hipótese de uma regra de direito²⁰⁶.

Mas, ao mesmo tempo, alerta de que a intuição de que o juiz é suficiente para tudo, tanto para escolher a regra aplicável, como para avaliar os fatos e lhes adaptar o dispositivo, deve ser combatida, pois essa doutrina mostra a motivação do julgamento como sendo um raciocínio fictício, que lançaria um véu de legalidade sobre uma decisão que teria como única fonte a consciência, o sentido de justiça e a retidão do magistrado. O papel da doutrina não é o de os encorajar ou de lhes dar razão. Nos casos difíceis, deve-se afastar duas posições: o perigo da intuição ou a ilusão, pois por mais difícil que seja um caso, existe um método cuja aplicação necessariamente conduz a um ponto final no litígio²⁰⁷.

Rigaux argumenta que o juiz, por múltiplas razões, é obrigado a criar, primeiro porque qualquer norma precisa ser interpretada, depois porque nenhum código poderia prever a diversidade de situações reais e, por fim, porque a clarividência do melhor dos legisladores acaba por ser desviada pelo progresso das técnicas, pela alteração das condições econômicas e sociais, pela evolução dos costumes e pelo desvio da moral que daí resulta. Para ele, mais que o legislador, os tribunais se encontram capazes de seguir, passo a passo, as alterações da

²⁰⁵ GARAPON, Antoine. *O Juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 42-43.

²⁰⁶ RIGAUX, François. *A Lei dos Juizes*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 72-73.

²⁰⁷ RIGAUX, François. *A Lei dos Juizes*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 73-74.

sociedade e a estabelecerem ligações até então despercebida, citando como exemplo a melhoria da condição da concubina²⁰⁸.

2.4.5 Na Espanha

No direito espanhol, destaca-se a doutrina de Raúl Canosa Userá, Miguel Beltran, Eduardo García de Enterría e Aurélio Menéndez e, ainda, Ibañez.

Todavia, não se pode falar em ativismo judicial na Espanha sem fazer referência ao emblemático caso do juiz de instrução espanhol Balthazar Garzón que, defendendo a imprescritibilidade dos crimes de genocídio, terrorismo e tortura e com base em denúncias de familiares de espanhóis desaparecidos no Chile na época da ditadura, decretou a prisão do ditador chileno e então Senador Augusto Pinochet, o que acabou desencadeando o processo no Tribunal Penal Internacional ao qual o ex-Chefe de Estado foi submetido, por crimes contra a humanidade. Sua decisão inovadora e proativa inspirou protagonismo similar da Justiça francesa que, todavia, encerrou o caso após a morte de Pinochet.

Raúl Canosa Userá²⁰⁹ afirma que a “judicialização do ordenamento jurídico espanhol” foi resultante das interpretações do Tribunal, posicionamentos esses que preponderavam e aos quais se vinculavam os poderes públicos. Se muitos conflitos ficam ainda subjugados à discricionariedade das forças políticas, a judicialização trouxe, por outro lado, uma concepção de justiça diferente, mais substancial, com fundamento na imposição de adequação material de todo o ordenamento jurídico aos princípios fundamentais, já que a compreensão formal e tradicional do fenômeno jurídico está dissociada da judicialização e não é capaz de responder à finalidade da Justiça Constitucional.

Miguel Beltran, ao reverso, defende que a função típica do juiz é interpretar a lei ou a Constituição e não suprir suas lacunas. Diz mais, que o hermeneuta não tem a prerrogativa de exercitar uma interpretação da Constituição que mais se adegue às suas opiniões, senão estaria a avocar um poder que pertence ao Legislativo. Para ele, o juiz deve se cingir ao direito positivado, abrindo mão de aperfeiçoar o ordenamento jurídico. Acrescenta que o juiz não pode impor a sua própria interpretação quando, em um caso concreto, não houver uma solução clara

²⁰⁸ RIGAUX, François. A Lei dos Juizes. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 170.

²⁰⁹ USERA, Raul Canosa. Interpretación Constitucional e Fórmula Política. Madrid: CEC (Centro de Estudos Políticos e Constitucionais), 1988, p. 304-305.

(na linha do interpretativismo cognitivo) – posicionamento daqueles que defendem a restrição ou autocontrole judicial²¹⁰.

Eduardo García de Enterría e Aurélio Menéndez entendem que não se trata de proclamar a livre criação judicial do Direito, nem a rebeldia do juiz contra a lei, mas o que os juristas alemães têm chamado de interpretação ilimitada da norma. Defendem, porém, não ser verdade que a lei admita uma interpretação ilimitada, como tampouco que está aberta ao que os juristas italianos chamaram de uso alternativo do Direito, que pretende justificar qualquer interpretação desde critérios ideológicos²¹¹.

Para eles, o juiz não é um órgão cego e automático de aplicação das leis, muito menos pode ser o senhor do Direito em uma sociedade livre e igualitária. O novo papel da lei se revela central e insubstituível na sociedade democrática, por mais que tenham de conviver com a prevalência da Constituição e com o papel não neutro e sim ativo do juiz, porém sempre voltado a serviço da Constituição, da lei e de seus valores próprios. Ao sistema jurídico não interessa as opiniões pessoais de quem atua como juiz, apenas sua capacidade para expressar as normas que a sociedade haja dado a si mesma para chegar à sua efetividade última, o que lhe impõe operar necessariamente com seus princípios, depurando e afinando seu alcance²¹².

Enterría aduz, ainda, que o papel do juiz deverá estar atrelado aos valores da democracia, traduzidos na lei e no Direito, expressão da vontade geral como pauta igual e comum a todos os cidadãos. Entrelaça, portanto, o Estado de Direito a um Estado de Justiça, no sentido de que as decisões judiciais não busquem fontes mágicas²¹³.

Ibañez, em um artigo publicado pela revista da magistratura do Ministério Público de Portugal, denominado *Democracia com Juízes*²¹⁴, aborda o papel do Juiz no Estado Constitucional de Direito e a intervenção na política e que, da mesma forma que houve o alargamento das funções do Executivo no que diz respeito à economia, com relação ao Judiciário, produziu um significativo reforço da presença do juiz já como *poder judicial*, no

²¹⁰ BELTRAN, Miguel. Originalismo e interpretación: Dworkin vx. Bork. Una polémica constitucional. Madrid: Cuadernos Civitas, 1989.

²¹¹ ENTERRÍA, Eduardo García de; MENÉNDEZ, Aurélio Menéndez. El Derecho, la Ley e el Juez. Dos estudios. La Democracia Y el Lugar de la Ley. La distincion entre lo Jurídico Y lo Justo. Cuadernos Civitas. 1ª Ed. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997, p. 49.

²¹² ENTERRÍA, Eduardo García de; MENÉNDEZ, Aurélio Menéndez. El Derecho, la Ley e el Juez. Dos estudios. La Democracia Y el Lugar de la Ley. La distincion entre lo Jurídico Y lo Justo. Cuadernos Civitas. 1ª Ed. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997, p. 51-52.

²¹³ ENTERRÍA, Eduardo García de; MENÉNDEZ, Aurélio Menéndez. El Derecho, la Ley e el Juez. Dos estudios. La Democracia Y el Lugar de la Ley. La distincion entre lo Jurídico Y lo Justo. Cuadernos Civitas. 1ª Ed. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997, p. 55.

²¹⁴ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Democracia com juízes. Revista do Ministério Público, v. 94, p. 31-47, 2003.

sentido de *jurisdição*, isto é, de aplicação do direito *erga omnes*, incluindo as instâncias do poder, e em condições de independência.

Ressalta o ex-Presidente da Suprema Corte espanhola que, nos ordenamentos constitucionais do segundo pós-guerra, registra-se uma consistente expansão do papel do Direito, com a conseqüente ampliação, também, do papel da jurisdição. Igualmente, pela substancial modificação da relação do juiz com a lei no momento da interpretação/aplicação, que agora comporta necessariamente um juízo de constitucionalidade, posto que “existência” e “validade” não são a mesma coisa, ao contrário do que sucedia em uma democracia de recorte eminentemente procedimental; e, por conseqüência, o juiz só fica submetido à lei válida, estando obrigado a questionar a legitimidade constitucional ainda que, segundo o seu juízo fundamentado, não guarde a necessária relação *material* de coerência com a Constituição²¹⁵.

2.4.6 Em Portugal

No texto *O activismo político-judicial no estado ponderador*²¹⁶, José Joaquim Gomes Canotilho, uma das maiores referências mundiais do Direito Constitucional, ensina que o Poder Judiciário faz política quando se proclama como o poder de defesa dos direitos dos cidadãos contra as orientações das instituições político-representativas e quando se assume como o poder de revelação dos valores fundamentais da comunidade.

Para ele, o juiz guardião dos direitos e o juiz que realiza objetivos moralmente justos representam hoje, com efeito, os arquétipos de ruptura relativamente ao modelo jacobino de *juiz executor*, passivamente fiel à vontade do legislador (“a boca que pronuncia as palavras da lei”) ou de *juiz declarativo*, limitado a declarar, mas nunca criar o Direito. Nestes últimos modelos, a política é proibida aos juízes (e ao poder judiciário no seu conjunto).

Canotilho indaga se a radicação jurídica-política de magistraturas ativas conduziria ou não a um *estado de juizes* dominado por um ativismo politicamente conformador das magistraturas. Ao mesmo tempo, assevera “não valer a pena voltar a insistir no modelo de ‘juiz automático’ da lei mesmo quando se pretende esgrimir com as razões a favor da sobrevivência desta espécie de decisor. Através do juiz aplicador/executor da lei defende-se a independência do juiz que em nome do povo diz o direito normativamente posto pela vontade popular”.

²¹⁵ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Democracia com juízes. Revista do Ministério Público, v. 94, p. 31-47, 2003.

²¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O activismo político-judicial no estado ponderador. Texto distribuído ao programa de doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI.

O renomado constitucionalista entende deslocado retomar as discutidas teorias hermenêuticas da realização do Direito e as teorias morais da decisão justa, para vir dar apoio ao juiz garantidor dos direitos ou ao juiz concretizador de valores. No seu entender, mesmo quando os juízes se podem assumir tendencialmente como “legisladores negativos” (ao declararem a inconstitucionalidade de normas) ou criadores de direito (ao elaborarem “normas” para a decisão do caso), os juízes estão vinculados à constituição e à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais, à separação de competências e ao princípio democrático. Esses seriam os limites do ativismo.

A seu sentir, é certo que estes limites jurídico-constitucionais não têm sido suficientes para evitar aquilo que os autores chamam de “ativismo judicial” à sombra do desenvolvimento e complementação jurisprudencial do Direito. O desenvolvimento tem passado – sobretudo a nível dos tribunais constitucionais e dos tribunais ordinários com funções constitucionais – pela descoberta de novas funções e novas dimensões do direito.

2.4.7 No Brasil

No Brasil, os casos de ativismo judicial referenciados e levados a discussão da sociedade ocorreram por decisões do STF em questões de saúde, do direito de greve dos servidores públicos, de moralidade administrativa (nepotismo)²¹⁷, pesquisas com células-tronco embrionárias²¹⁸, prisão por dívida²¹⁹, demarcação continua de terras indígenas²²⁰, inelegibilidade e vida pregressa de candidatos a cargos eletivos²²¹, restrições ao uso de

²¹⁷ ADC12, Rel. Min. Carlos Britto e RE 579.951-RN. Nesse caso, o STF declarou a constitucionalidade de uma resolução do Conselho Nacional da Magistratura que vedava a contratação de parentes de membros do Poder Judiciário, até terceiro grau, para cargos comissionados e funções gratificadas, tomando como fundamento os princípios da moralidade e da impessoalidade previstos da CRFB/1988, independente de lei específica. Em seguida, ao julgar um Recurso Extraordinário no qual se analisava a validade da nomeação de parentes de vereadores e do vice-prefeito, o STF editou a Súmula 13, vedando o nepotismo no âmbito dos três Poderes.

²¹⁸ ADIn 3510-DF, Rel. Min. Carlos Britto. Foi considerada constitucional a lei que autorizava pesquisa científica em embriões humanos fertilizados *in vitro*, desde que inviáveis e congelados por mais de 3 anos, por não atentarem contra o direito à vida e nem contra a dignidade da pessoa humana.

²¹⁹ HCs 87.585, 92.566, 349.703 e 466.343, Ministros-Relatores respectivamente: Min. Marco Aurélio nos dois primeiros, Gilmar Mendes e Cezar Peluso. Nesses casos, o STF reviu a jurisprudência que dominou durante anos e, com base no Tratado Internacional de São Jose de Costa Rica, da qual o Brasil é signatário, que restringe a prisão civil ao inadimplente inescusável de prestação alimentícia, considerou derogadas as leis que previam a prisão do depositário infiel, embora tenha havido divergência, à época, quanto à hierarquia de tratados e convenções de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

²²⁰ Pet 3388-RR. Rel. Min. Carlos Britto. A decisão rejeitou o pedido de demarcação em ilhas. Em voto-vista, o Min. Menezes Direito impôs condições decorrentes de interpretação de dispositivos constitucionais aplicáveis ao caso, às quais aderiu o relator.

²²¹ ADPF 144-DF, Rel. Min. Celso de Melo. A decisão baseou-se no princípio da reserva de lei, sem a qual não poderiam ser criadas novas hipóteses de inelegibilidade, da presunção de inocência e do devido processo legal.

alergias²²², passe livre para deficientes no transporte coletivo²²³, suspensão da lei de imprensa do regime militar²²⁴, Comissões parlamentares de Inquérito e sigilo judicial²²⁵, união estável de homoafetivos²²⁶ e reserva de vagas (cotas) em universidades^{227,228}.

Outras instituições, além do STF, também têm decisões e normas que configuram ativismo judicial, a exemplo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2016, ao assegurar o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, ainda que a Constituição fale expressamente que as relações reconhecidas são entre “homem e mulher”.

²²² HC 91.952, Rel. Min. Marco Aurélio. A decisão foi tomada com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da não-culpabilidade. Em desdobramento a esse julgamento, foi editada a Súmula 11. As maiores críticas a essa súmula residem no fato de ela ter se baseado em um único precedente, quando a Constituição exige em seu art. 103-A “reiteradas decisões”.

²²³ ADIn 2.649-DF, Rel. Min. Carmem Lucia. Para fundamentar a declaração de constitucionalidade da lei, a Ministra-relatora cita expressamente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada pelo Brasil em 2007, e a preponderância do princípio da solidariedade, dignidade da pessoa humana e redução das desigualdades sociais.

²²⁴ ADPF 130-DF, Rel. Min. Carlos Britto. O voto que deferiu a medida cautelar, referendado pelo plenário, considerou que essa legislação não era mais compatível com o padrão de democracia e de liberdade de imprensa estabelecidos pela CRFB/1988

²²⁵ MS 27.483-DF, Rel. Min. Cezar Peluzo. O voto que concedeu a medida cautelar, ratificado pelo plenário, com base no princípio da reserva de jurisdição, entendeu que CPI não tem poderes para quebrar sigilo telefônico imposto a processo que corre sob segredo de justiça.

²²⁶ Os ministros do STF, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. O relator das ações, ministro Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

²²⁷ O relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 186), ministro Ricardo Lewandowski, em 25 de abril de 2012, julgou totalmente improcedente o pedido feito pelo Partido Democratas (DEM) contra a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB). o ministro Lewandowski afirmou que as políticas de ação afirmativa adotadas pela UnB estabelecem um ambiente acadêmico plural e diversificado e têm o objetivo de superar distorções sociais historicamente consolidadas. Além disso, segundo o relator, os meios empregados e os fins perseguidos pela UnB são marcados pela proporcionalidade e razoabilidade e as políticas são transitórias e preveem a revisão periódica de seus resultados. Quanto aos métodos de seleção, o relator os considerou “eficazes e compatíveis” com o princípio da dignidade humana. “No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudante negros e ‘de um pequeno número delas’ para índios de todos os estados brasileiros, pelo prazo de 10 anos, constitui, a meu ver, providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos. A política de ação afirmativa adotada pela Universidade de Brasília não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se também sob esse ângulo compatível com os valores e princípios da Constituição”, afirmou o relator.

²²⁸ “Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou dia 09/05/2012 a constitucionalidade do sistema de cotas adotado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE 597285), com repercussão geral, em que um estudante questionava os critérios adotados pela UFRGS para reserva de vagas. A universidade destina 30% das 160 vagas a candidatas egressos de escola pública e a negros que também tenham estudado em escolas públicas (sendo 15% para cada), além de 10 vagas para candidatas indígenas. O relator do recurso, ministro Ricardo Lewandowski, votou pela constitucionalidade do sistema por entender que os critérios adotados pela UFRGS estão em conformidade com o que já decidido na ADPF 186, em que o Plenário confirmou a constitucionalidade do sistema de cotas adotado pela Universidade de Brasília (UnB)”.

Durante o mesmo ano, presidindo o julgamento de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, o ministro Ricardo Lewandowski permitiu uma manobra contrária ao texto da Constituição, uma vez que o Senado Federal, ao condenar a presidente à perda do mandato, também levaria à suspensão dos direitos políticos, mas devido à decisão do Ministro, apenas a primeira sanção ocorreu.

Em decisões mais recentes, advindas do STF, também se manifesta o ativismo judicial, tais como: o aborto voluntário até o terceiro mês da gestação²²⁹, o cumprimento de pena apenas após esgotamento de recursos²³⁰, a equiparação entre os crimes de racismo e injúria racial²³¹, o Inquérito das *Fake News*²³², o caso Daniel Silveira²³³ e a descriminalização do porte de

²²⁹ Em 2016, seguindo o voto do ministro Luís Roberto Barroso, a Primeira Turma do STF decidiu, em um caso individual, que o aborto voluntário até o terceiro mês da gestação não deveria ser crime. Acórdão com inteiro teor disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 30 out. 2023.

²³⁰ Em 2019, STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos. A decisão não afasta a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, desde que sejam preenchidos os requisitos do Código de Processo Penal para a prisão preventiva. Por maioria, o Plenário do STF decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal (CPP) que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena. A Corte concluiu o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, que foram julgadas procedentes. Esse entendimento derrota a tese de cumprimento da pena após condenação em 2ª Instância. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359>. Acesso em: 30 out. 2023.

²³¹ “Injúria racial é crime imprescritível, decide STF. Para a maioria do Plenário, a injúria configura um dos tipos de racismo. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, nesta quinta-feira (28), que o crime de injúria racial configura uma forma de racismo e é imprescritível. Por maioria de votos, o colegiado negou o Habeas Corpus (HC) 154248, em que a defesa de uma mulher condenada por ter ofendido uma trabalhadora com termos racistas pedia a declaração da prescrição da condenação, porque tinha mais de 70 anos quando a sentença foi proferida”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=475646>. Acesso em: 30 out. 2023.

²³² A investigação, destinada a apurar ofensas e ameaças aos ministros, foi aberta em março de 2019, de ofício, pelo então presidente do STF, Dias Toffoli. Desde então, o inquérito das “fake news” nunca contou com aprovação do Ministério Público, deixado quase sempre à margem de prisões, buscas, quebras de sigilo e censuras ordenadas pelo ministro Alexandre de Moraes, escolhido a dedo para conduzir o caso. A maioria dos investigados nem sequer tem foro privilegiado no STF: já foram alvos procuradores da República, auditores da Receita, jornalistas e veículos independentes de mídia, e principalmente, Bolsonaro e seus apoiadores nas redes sociais. Em 2020, por 10 votos a 1, o plenário do STF rejeitou as contestações ao inquérito e, desde então, Moraes passou a abrir, quase sempre por iniciativa própria ou a pedido de delegados da Polícia Federal que oficiam diretamente a ele, outras investigações ou apurações correlatas. A mais recente é o inquérito das milícias digitais, que tem objeto mais amplo: uma suposta organização criminosa que atua nas redes com o intento de “atacar” a democracia e as instituições no país. Fonte: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445860>. Acesso em: 30 out. 2023.

²³³ Derivado do inquérito das *fake news* e de um de seus subprodutos, o inquérito dos atos antidemocráticos, o processo contra o deputado federal Daniel Silveira (PTB-RJ) desde o início provocou preocupação entre juristas, por atropelar uma série de outros direitos e garantias. É consensual entre eles que as falas do parlamentar contra ministros do STF, veiculadas em vídeo nas redes sociais em fevereiro de 2021, configuraram abusos na liberdade de expressão, por conterem xingamentos e incitações à violência. O questionamento, porém, se dá em relação à forma com que o caso foi conduzido por Alexandre de Moraes, com aval dos demais ministros. O primeiro problema surgiu na prisão, ordenada por iniciativa do ministro sem pedido prévio da Polícia Federal ou da Procuradoria-Geral da República, como de praxe. A Constituição diz que deputados e senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. Mais: que qualquer parlamentar só pode ser preso em flagrante de crime inafiançável. Silveira não foi preso no momento de suas falas, mas depois, e os delitos

maconha para uso próprio²³⁴.

Werneck Vianna²³⁵, estudioso do Judiciário brasileiro, em um texto denominado *Ativismo Judicial Mal Compreendido*, explica não ser mais objeto de controvérsia que o Poder Judiciário vem se afirmando na cena política brasileira, fato esse reconhecido por vários segmentos. Aponta esse processo como natural, uma vez que a CRFB/1988 deu poderes ao Judiciário a fim de garantir que os princípios e os direitos fundamentais nela previstos ganhassem condições de eficácia, impondo inclusive limites à expressão da vontade majoritária do legislativo quando viesse desalinhada da vontade geral consubstanciada no seu texto.

Para ele, a chamada judicialização da política no Brasil deve sua origem também às iniciativas de cidadania que, progressivamente, foram se apropriando, em suas práticas, dos novos institutos criados pela CRFB/1988, e não, como em outros contextos nacionais, pelo ativismo dos seus magistrados. Citando como exemplo o mandando de injunção que o STF teria convertido em letra morta, faz lembrar que, no Brasil, por várias razões, entre as quais o peso de uma formação positivista na cultura jurídica dos juízes, a judicialização da política encontrou mais resistência do que adesão.

Adverte, todavia, que quando nasce um processo social, este não contém em si todas as potencialidades de evolução, o que o torna sujeito, no curso de sua trajetória, a muitas outras influências. Assim, os juízes — de início estranhos à nova institucionalidade, quando não refratários a ela —, com as transformações geracionais produzidas, o surgimento de uma nova bibliografia e, talvez sobretudo, diante da crise do sistema da representação política, passam a se orientar pela filosofia política expressa na Constituição, que pressupõe um Judiciário — na medida em que compreendido a serviço do ideal da igual liberdade —, como instrumento de concretização dos direitos fundamentais.

O autor entende que a adesão a essa orientação, que se generaliza na corporação, não deve ser identificada a um ativismo judicial que ignore as fronteiras que apartam o juiz do

pelos quais foi acusado — coação no curso do processo e crimes contra a segurança nacional — não estão no rol de inafiançáveis. Atualmente, mesmo após um indulto concedido por Bolsonaro a Silveira, Moraes não decretou o perdão da pena imposta a ele, de quase 9 anos de prisão. Além disso, impôs novamente o uso de tornozeleira e, diante da recusa, multas que chegam a R\$ 2 milhões, com bloqueio de suas contas bancárias e redes sociais. O deputado quer concorrer ao Senado, mas poderá ter a candidatura barrada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), cujo atual presidente é exatamente Alexandre de Moraes. Fonte: <https://www.camara.leg.br/noticias/728458-stf-decide-por-unanimidade-manter-a-prisao-do-deputado-daniel-silveira/> e <https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/stf-julga-procedente-acao-do-mpf-e-condena-daniel-silveira-a-mais-de-8-anos-de-reclusao-e-a-perda-de-mandato>. Acesso em: 30 out. 2023.

²³⁴ Mais informações em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512815>. Acesso em: 30 out. 2023.

²³⁵ VIANA, Werneck. *Ativismo Judicial Mal Compreendido*. Gramsci Brasil, 14 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.acesa.com/gramsci/?page=visualizar&id=969>. Acesso em: 13 out. 2023.

político e que pretenda, em nome do justo e da salvação pública, investir a Justiça do papel de um legislador providencial. A seu ver, a judicialização da política não deriva de um eventual sistema de orientação dos juízes, mas da nova trama institucional trazida pela moderna sociedade capitalista, que pôs o Direito, seus procedimentos e instituições no centro da vida pública e, nesse preciso sentido, é parte constitutiva das democracias contemporâneas.

Pondera, contudo, que a opção pela via do ativismo judicial diante de oportunidades reais para a consecução do mesmo objetivo no campo da política institucionalizada não consiste em uma boa alternativa. Longe de ampliar apoios e alianças para os fins perseguidos, pode, muito contrariamente, indispor contra eles, em razão do meio utilizado, o sistema político e seus principais personagens, ou pior, tornar vulnerável a arquitetura constitucional, que reservou ao Judiciário um papel saliente para a concretização dos direitos fundamentais.

O autor tece críticas ao movimento por eleições limpas de iniciativa da Associação dos Magistrados Brasileiros, que fez campanha no sentido de que não fosse recebido o registro de candidaturas eleitorais de candidatos que tivessem “ficha suja”, a saber, que respondessem a ações de improbidade administrativa ou ações penais por malversação de dinheiro público, mesmo que tais ações não houvessem transitado em julgado o que, em tese, contraria o princípio da presunção de inocência estabelecido pela Constituição.

Finalmente, faz um contraponto no sentido de que o ativismo judicial, quando bem compreendido, estimula a emergência de institucionalidades vigorosas e democráticas e reforça a estabilização da nossa criativa arquitetura constitucional. Quando mal compreendido, entretanto, este ativismo é sempre propício à denúncia de um governo de juízes, de uma justiça de salvação, referida casuisticamente aos aspectos materiais em cada questão a ser julgada. Além disso, leva a concepções de uma justiça que abdica da defesa da integridade do Direito, tal como a conceituam — na esteira de Dworkin — Nonet e Selznick, e se torna, mesmo que em nome das melhores intenções, um instrumento do seu derruimento.

Em uma perspectiva crítica ao ativismo judicial, ao prefaciá-la obra de Clarissa Tassinari – objeto de sua dissertação de mestrado –, Lenio Streck afirma que a autora demonstra a necessidade de juízes e tribunais estarem cada vez mais comprometidos com suas decisões, no sentido da exigência de uma *accountability* hermenêutica²³⁶ e que as peculiaridades da jurisdição brasileira aumentam a responsabilidade da comunidade jurídica.

²³⁶ *Accountability* hermenêutica significa responsabilidade pela interpretação. Veja mais em STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2014.

Lenio argumenta que o fenômeno da crescente judicialização tornou a doutrina refém de um senso comum teórico, o qual se assenta no velho esquema sujeito-objeto²³⁷, invocando o papel do “constrangimento epistemológico”²³⁸. Em face disso é que constrói uma “Teoria da Decisão”²³⁹, que tem como núcleo o dever de respostas constitucionalmente adequadas (corretas) no Direito, tendo a então pesquisadora Tassinari se inserido nesse contexto, demonstrando que o ativismo fragilizaria a autonomia do Direito²⁴⁰.

Clarissa Tassinari traz, de logo, importante distinção entre judicialização da política e ativismo judicial, que seriam comumente confundidos por doutrinadores. Ainda na introdução da obra, ao estabelecer critérios preliminares para a diferenciação dos institutos, primeiramente, ela entende que a judicialização da política – problema contemporâneo decorrente de várias transformações sociais, políticas e jurídicas – passa, de início, pela percepção de que se está a tratar de uma “questão social” e “contingencial” (por não depender do desejo ou da vontade do

²³⁷ Em pleno Estado Democrático de Direito, a interpretação do Direito não tem conseguido ultrapassar o esquema sujeito-objeto, o que se deve à não incorporação do paradigma da intersubjetividade, forjado nas teses desenvolvidas no século XX por Wittgenstein e Heidegger. Nesse sentido, as diversas teorias discursivo-procedimentais (argumentativas) do direito continuam a operar com a cisão entre *easy cases* e *hard cases*, regra e princípio e discursos de justificação e discursos de aplicação. Como consequência, não superaram o problema das múltiplas respostas, o que reafirma os alicerces do positivismo jurídico (STRECK, Lenio. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. Sequência Estudos Jurídicos e Políticos, v. 28, n. 54, p. 29-46, 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15066>. Acesso em: 24 jan. 2024).

²³⁸ Elaborar constrangimentos epistemológicos equivale a realizar “censuras significativas”, no sentido de se poder distinguir, através da construção de uma crítica fundamentada, boas e más decisões (ou melhor: decisões constitucionalmente corretas das incorretas).

²³⁹ A Teoria da Decisão de Lenio Streck destaca cinco princípios, a saber: 1) a preservação da autonomia do Direito "Está sendo respeitada a autonomia do Direito? Essa decisão não está comprometida com argumentos morais, políticos ou econômicos? A decisão está imune aos predadores endógenos e exógenos do Direito?"; 2) o controle hermenêutico da interpretação constitucional – a superação da discricionariedade "Esta decisão é discricionária? Para chegar a ela, foi efetuada a reconstrução da história institucional da regra a ser aplicada? Esta decisão é arbitrária? Se eu decidi conforme ‘minha concepção sobre o Direito’, esta concepção é coerente com o que vem sendo decidido e o que consta na doutrina? Foi feito um controle hermenêutico da presente decisão?"; 3) o respeito à integridade e à coerência do Direito (este princípio foi incorporado no artigo 926, do Código de Processo Civil aprovado em 2015) "Esta decisão possui uma consistência articulada? Os argumentos estão integrados ao conjunto do Direito? Esta decisão pode ser aplicada a outros casos semelhantes? O princípio que se extrai da *holding* desta decisão possui caráter de universalidade?"; 4) o dever fundamental de justificar as decisões (também incorporado no inciso VI do parágrafo primeiro do artigo 489, do Código de Processo Civil) "Esta decisão está devidamente justificada/fundamentada? Todos os argumentos das partes foram enfrentados?"; e 5) o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada "Esta decisão está respeitando o direito fundamental a ter a melhor resposta a partir do Direito, sendo, portanto, uma resposta constitucionalmente adequada? A resposta foi dada com fundamento no Direito, entendido, a partir de um conceito interpretativo, como aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador?" (STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 649-650).

²⁴⁰ STRECK, Lenio. Prefácio. In: TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2013.

órgão julgante) e da interação de, pelo menos, três elementos: Direito, Política e Judiciário, embora não provocado pelo sistema jurídico e nem seja próprio do Direito, mas da Teoria do Direito, mais precisamente da Teoria da interpretação no Direito²⁴¹.

Mais à frente em sua obra, ao analisar o ativismo judicial – abordando o perfil ativista de juízes e posturas ativistas de tribunais e suas respectivas decisões –, a autora defende que se trata de um fenômeno “apenas jurídico”, que não envolve Política, pois “gestado no seio da sistemática jurídica” e caracterizado por um “ato de vontade” de membro ou órgão do Poder Judiciário, revelando-se como um problema exclusivamente jurídico²⁴².

Além dessa questão inicial, Tassinari revisita a experiência do constitucionalismo norte-americano sob três perspectivas: a) principais características do sistema jurídico estadunidense; b) apresentação da polêmica interpretativa em torno dos direitos constitucionais abstratos; e c) referência aos posicionamentos de algumas teorias políticas e jurídicas surgidas nos Estados Unidos sobre o papel da Suprema Corte e do Judiciário²⁴³.

E, ainda, a partir de um diálogo entre Brasil e EUA, a autora apresenta a Crítica Hermenêutica do Direito ao ativismo judicial “à brasileira”, quando analisa as repercussões do ativismo no âmbito da prática de juízes e tribunais e, ao final, aponta respostas ao problema do protagonismo judicial, sob os aportes teóricos do Constitucionalismo Contemporâneo de Lenio Streck²⁴⁴.

Ao se valer da teoria de Lenio Streck, Tassinari adere ao posicionamento de que, ao sofrer influência da moral e da economia de modo substitutivo da estrutura que lhe compõe, o Direito estaria perdendo sua identidade, perdendo seu DNA, enfraquecendo seu campo de atuação. A autora também cita Alexandre Morais Rosa nesse ponto que, na mesma esteira, assente que o Direito estaria se tornando “mero instrumento a se submeter a uma racionalidade de custos e benefícios”.

Nesse aspecto, Tassinari se vale de Luigi Ferrajoli, que percebe que as teorias contemporâneas estão direcionadas a “promover a reconciliação entre o Direito e a Moral”, criando o “constitucionalismo garantista”, que passaria a orientar a produção do direito positivo.

²⁴¹ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2013.

²⁴² TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2013.

²⁴³ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2013.

²⁴⁴ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2013.

Por fim, importante destacar o item das “respostas ao ativismo judicial à brasileira pela Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Streck”, desenvolvido por Tassinari, partindo da defesa intransigente da Constituição a partir de uma nova teoria das fontes, considerando que o constitucionalismo moderno teria avançado de um “Estado Legislativo de Direito” para um “Estado Constitucional de Direito”.

Tal concepção estaria fundada, também, na superação das ideias de independência do direito ordinário e de blindagem contra a aplicação da Constituição, que passa a ser onipresente, subordinando os três Poderes, deixando a lei de ser a única fonte. Os princípios, por sua vez, passariam a funcionar com uma blindagem contra arbitrariedades.

Quando aborda “uma nova teoria da interpretação: a construção de uma teoria da decisão judicial como condição para a obtenção de respostas constitucionalmente adequadas (corretas)”, de Lenio Streck, Tassinari assevera que a proposta do autor não consiste apenas em dar uma nova tônica à interpretação do Direito, mas em perceber que esta superação da discricionariedade somente seria possível pela via de uma decisão judicial que estivesse alicerçada sob pressupostos democráticos.

Ao ver da autora, a Teoria da Decisão Judicial de Streck constitui uma proposta hermenêutica de amplo espectro, estruturada a partir de quatro elementos: 1) um novo modo de conceber o ato interpretativo, possibilitado pelos aportes da Filosofia, como *standard* de racionalidade; 2) a responsabilidade política dos juízes perante a sociedade; 3) dever de fundamentação, se desdobrando na diferença entre decisão e escolha; e 4) respostas constitucionalmente adequadas (corretas), superando a discricionariedade judicial que, ao ver de Marcelo Cattoni, representa risco democrático.

Impõe-se destacar, ainda, a importante pesquisa de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que desenvolveu sua dissertação de mestrado acerca das Dimensões do Ativismo Judicial no STF²⁴⁵, onde o autor expressa que, considerando ser o ativismo judicial uma realidade contemporânea da prática decisória do Tribunal, investiga o ativismo judicial do STF a partir da análise de práticas ativistas de importantes cortes constitucionais ou supremas cortes, principalmente a norte-americana, com o propósito de extrair lições para a elaboração de uma definição abrangente do ativismo judicial e para a montagem de um esquema explicativo e categorizador das decisões ativistas.

²⁴⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. 2012. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

As conclusões do autor são por uma explicação multifacetada e por uma identificação multidimensional do ativismo judicial. E, aplicando essas premissas sobre a realidade decisória do STF, verifica que seu ativismo judicial responde a um conjunto de fatores institucionais, sociopolíticos e jurídico-culturais que se desenvolveram gradualmente a partir da CRFB/1988. E, principalmente, que é possível descrever cinco dimensões de manifestação de seu ativismo judicial: metodológico (interpretativo); processual; estrutural (horizontal); de direitos; e antidialógico.

2.5 Limites impostos ao Ativismo Judicial pelo Supremo Tribunal Federal

Três parâmetros para a intervenção do Judiciário em políticas públicas foram estabelecidos pelo STF, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, em voto do Ministro Celso de Mello.

Mesmo reconhecendo que implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Poder Judiciário, admitiu o Ministro ser possível atribuir essa competência a seus membros quando o Legislativo e o Executivo forem omissos, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previstos na CRFB/1988.

As hipóteses estabelecidas foram: 1) quando a omissão ou a política já implementada não oferecer condições mínimas de existência humana; 2) se o pedido de intervenção for razoável; e 3) do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política seja desarrozoada. Em todos os casos, é preciso que haja verba para a implementação das medidas.

Para Ada Pellegrini Grinover, que elegeu esse posicionamento como o mais representativo sobre a matéria, esses limites, desde que observados pelo Judiciário, são suficientes para evitar excessos. Para ela, quando o Judiciário é instado a exercer o controle de uma política pública, está exercendo controle constitucional do cumprimento do art. 3º da CRFB/1988: “Durante muito tempo, os tribunais se limitaram a verificar se as políticas eram legais ou não e não o contexto em que estavam inseridas”. Hoje, diz a autora, deve-se buscar a meta da CRFB/1988, que é a promoção do bem-estar do ser humano.

Os tribunais teriam aceitado o controle de políticas públicas de dez anos para cá. Grinover lembra uma decisão em que o STJ determinou reserva de parte do orçamento de um município diante da necessidade de recuperação do solo de determinada região. Cita também acórdão em que o TJ/SP, em Ação Civil Pública, determinou a restauração do conjunto arquitetônico do Parque da Independência, na capital paulista. Para os desembargadores paulistas, o Judiciário pode e deve atuar diante de omissão administrativa, em função do

controle que exerce sobre atos administrativos, não se tratando, portanto, de interferência na atividade do Executivo.

Exemplo bastante referido ocorreu em junho de 2007, quando o STF, por meio da decisão da Min. Ellen Gracie, reconheceu que o fato de um remédio não estar incluído em programa de distribuição de medicamentos não pode comprometer o direito à saúde, ocasião em que determinou que dois Estados, dentre eles o Amazonas, fornecessem remédios que não constavam no Programa de Medicamentos Excepcionais, do Ministério da Saúde.

2.6 As Insuficiências do Instituto

O ativismo judicial nem sempre é positivo – por muitas vezes, foi utilizado para negar direitos ou manter situações de opressão, como no caso já mencionado do direito dos negros americanos nos trens e, posteriormente, na educação separada, entre negros e brancos, com direitos de igual processo educacional – e nem sempre é utilizado para o bem da coletividade, podendo ser instrumento de manutenção de medidas de exceção ou para assegurar prerrogativas de um regime ditatorial.

Um exemplo negativo traduz essa assertiva, quando o STF, ao interpretar a Lei de Anistia²⁴⁶ sob a ótica da atual CRFB/1988, decidiu por considerá-la constitucional com relação não apenas os torturados, mas atinente aos seus torturadores, o que foi, de pronto, condenado expressamente pela Organização das Nações Unidas (ONU), chegando ao ponto de comprometer, seriamente, a pretensão do Brasil de ocupar uma cadeira no Conselho de Segurança da ONU²⁴⁷.

Por outro lado, ao interpretar positivamente a legislação eleitoral à luz da CRFB/1988, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral²⁴⁸ que os mandatos políticos pertencem aos partidos e não aos seus titulares, criando o instituto da fidelidade partidária, até então inexistente em lei, acabando, de certa forma, com a imoralidade com que parlamentares transitavam de partido em partido, após eleitos, de acordo com suas conveniências pessoais.

Mas, observe-se que, em muitas das vezes, quando o Poder Judiciário decide de forma ativista, é acatando tese levantada pelo Ministério Público, sobretudo quando em ações civis

²⁴⁶ BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

²⁴⁷ O STF, em 28 de abril de 2010, julgou improcedente ação ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil que contestava a Lei da Anistia. Com isso, o texto da Lei nº 6.683/1979 permanece inalterado, mantido o perdão a todos os crimes do período da ditadura militar.

²⁴⁸ Consulta nº 1398/DF, objeto da Resolução nº 22.526, de 27 mar. 2007 (DJ 8.05.2007).

públicas ajuizadas para efetivação de políticas públicas nas quais o Poder Público foi omissivo, inclusive em legislar, assim como quando presta serviços públicos de forma incompleta ou ineficiente.

Até porque, mesmo quando o juiz é progressista, ele não age de ofício, tendo que ser provocado para poder dar a prestação jurisdicional, seja pelo advogado das partes interessadas, seja pelo Ministério Público. Raros são os casos que a decisão ativista do juiz vem de uma tese por si desenvolvida, desvinculada do que foi pedido por qualquer das partes, até porque poderia ensejar decisão “*extra/ultra petita*”, fora ou além do pedido da parte.

Mesmo as decisões do STF, com raras exceções, como a regulamentação do uso das algemas e do nepotismo, têm sido sempre no sentido de acatar uma tese levantada por uma das partes do processo ou do Ministério Público.

Entretanto, em 2010, houve decisão de forma proativa no STJ, quanto à possibilidade de adoção de crianças por companheiros homossexuais, enquanto o Ministério Público tinha interposto recurso especial em sentido oposto. O STJ aplicou diretamente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do interesse da criança, desprezando a legislação infraconstitucional que regia a matéria de adoção no Brasil e a omissão legal no reconhecimento da união homoafetiva.

3 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA EFETIVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS FUNDAMENTAIS E PRIORITÁRIAS

Os conflitos gerados pela sociedade de massa²⁴⁹ deram ensejo a uma demanda considerável de direitos não efetivados, o que levou o Ministério Público brasileiro, na busca da proteção e defesa dos direitos fundamentais do cidadão, a atuar – seja em casos de omissão do Poder Público, seja quando a política pública estabelecida não ofereça condições mínimas de existência –, em diversas áreas, a começar pelo direito à vida digna (incluindo aí os direitos das Pessoas Privadas de Liberdade, por exemplo), do direito à saúde, do direito à educação de qualidade, dos direitos do idoso, dos direitos do portador de necessidades especiais, do direito à moradia, do direito ao transporte público digno e com tarifas módicas, defesa das minorias, o direito à igualdade de oportunidades (nos concursos públicos e acesso às universidades públicas, por exemplo), a um meio ambiente saudável, entre outros.

Para cumprir esse mister, o Ministério Público passou a atuar extrajudicialmente²⁵⁰, através de instrumentos eficazes, instaurando procedimentos preparatórios e inquéritos civis, expedindo requisições e recomendações, além de firmar Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), muitas vezes conseguindo garantir, de modo eficaz e rápido, alguns direitos fundamentais, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Quando esgotada a via extrajudicial sem sucesso, porém, passou a instrumentalizar judicialmente cautelares em casos urgentes e Ações Civis Públicas, com o fito de garantir

²⁴⁹ A partir dos anos 60, o termo sociedade de massa é caracterizado para definir uma sociedade trabalhada e desenvolvida pelas tecnologias da informação e da comunicação. Antes era um termo que gerava controvérsia entre a discussão a respeito da natureza das coisas e da modernidade da mídia. No fim da década de 60, algumas obras de análise acerca da mídia buscavam descrever o efeito televisivo sobre a guerra do Vietnã, na qual foi a primeira guerra internacional televisada, tal transmissão confundiu o papel do telespectador que ao mesmo tempo se sentiu espectador e participante do ocorrido. Nesta época, o pensamento de “aldeia global” ganha um maior contorno na sociedade mundial, todos “fazem” e tem acesso a mesma informação. O que confirmou essa ideia foram os confrontos da Guerra do Golfo no início da década de 90 e, posteriormente, a Guerra do Iraque em 2003, transmitidos para o mundo inteiro e com um suporte jornalístico cada vez mais preparado. Tanto que nos dias atuais há o jornalismo de guerra, treinado e focado para registrar as notícias em regiões de conflito. Outra expressão que emergiu na época da guerra do Vietnã, o de “cidade global”, definia um mundo onde todos se esbarrariam de alguma forma, seja culturalmente, comercialmente ou nas vias da comunicação. As telecomunicações estariam incitadas a transformar o mundo agitado, tenso e nervoso pelo excesso de informação e intercâmbio intenso da mesma. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/sociedade-massa.htm>. Acesso em: 30 out. 2023.

²⁵⁰ Segundo Pedroso Goulart, existem dois modelos de Ministério Público: o *demandista* e o *resolutivo*. O Ministério Público *demandista* é o que atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo a esses órgãos a resolução de problemas sociais que, todavia, tem respondido muito mal às demandas massificadas. O *resolutivo* é o que atua no plano extrajudicial, como intermediador e pacificador da conflituosidade social (GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério Público e democracia – teoria e práxis. São Paulo: Editora de Direito, 1998, p. 120-121).

direitos não reconhecidos ou negados, em prol da população hipossuficiente, em situação de risco e, ainda, em defesa de lesões ou ameaça de danos a direitos metaindividuais (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos).

Assim, tomando conhecimento de ameaça ou lesão a direito fundamental ou humano indisponível ou transindividual do cidadão, o membro do Ministério Público instaura procedimentos para sua apuração, tentando esgotar, primeiramente, as vias administrativas de solução do conflito. Todavia, quando exauridas todas as possibilidades administrativas de garantia do direito ameaçado ou violado, o Promotor de Justiça se vale do Poder Judiciário, deflagrando a demanda judicial adequada à solução do caso.

Considerando a amplitude da atuação do Ministério Público após a CRFB/1988, optou-se, neste trabalho, por focar a sua atuação em duas grandes áreas, que alcançam um número maior de pessoas, quais sejam, a educação e a saúde.

3.1 A Atuação do Ministério Público Brasileiro na Área da Educação

O direito à educação²⁵¹, um dos direitos sem o qual não se pode falar em dignidade da pessoa humana e igualdade, é essencial para o desenvolvimento humano e da personalidade, para o pleno exercício da cidadania e dos demais direitos, além de preparar e qualificar para o trabalho.

Esse direito, diversamente de outros direitos sociais, está vinculado à obrigatoriedade escolar e isso é reconhecido pela CRFB/1988, quando o coloca concomitantemente na condição de direito (de todos) e dever (do Estado e da família)²⁵².

²⁵¹ Bobbio afirma constar o direito social à educação atualmente em todas as cartas de direitos: “Não existe atualmente nenhuma carta de direitos, para darmos um exemplo convincente, que não reconheça o direito à instrução – crescente, de resto, de sociedade para sociedade – primeiro, elementar, depois secundária, e pouco a pouco até mesmo universitária. Não me consta que, nas mais conhecidas descrições do estado de natureza, esse direito fosse mencionado. A verdade é que esse direito não fora posto no estado de natureza porque não emergira na sociedade da época em que nasceram as doutrinas jusnaturalistas, quando as exigências fundamentais que partiam daquelas sociedades para chegarem aos poderosos da Terra eram principalmente exigências de liberdade em face das Igrejas e dos Estados não ainda de outros bens, como o da instrução, que somente uma sociedade mais evoluída econômica e socialmente poderia expressar” (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 75).

²⁵² “A educação, considerada como um direito humano fundamental, difere dos outros serviços que as sociedades tradicionalmente oferecem a seus membros. O direito à educação não se reveste exatamente da mesma dimensão que, por exemplo, o direito à assistência médica gratuita, à alimentação mínima, à habitação decente ou ao socorro em caso de catástrofe natural. Estes são serviços que a sociedade proporciona àqueles que os solicitam. Em geral, os cidadãos podem escolher entre utilizá-los ou prescindir deles e inclusive, adaptá-los, via de regra, a seus interesses individuais. A educação, ao contrário, é via de regra obrigatória, e as crianças não se encontram em condições de negociar as formas segundo as quais a receberão. Paradoxalmente, encontramos-nos assim diante de um direito que é, ao mesmo tempo, uma obrigação. O direito a ser dispensado da educação, se esta fosse a

O Ensino Fundamental, com duração mínima de oito anos, é obrigatório e gratuito a partir dos sete anos de idade, constituindo o acesso a ele direito público subjetivo²⁵³.

Quanto ao Ensino Médio, cumpre ressaltar haver a Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996²⁵⁴, introduzindo substancial modificação ao texto original da CRFB/1988, da feita que limitou o dever do Estado de estender progressivamente a obrigatoriedade e a gratuidade a esse nível de ensino. Todavia, importante destacar, também, que a Lei de Diretrizes e Bases²⁵⁵ retoma o dispositivo original da CRFB/1988, prevendo uma extensão progressiva de obrigatoriedade ao Ensino Médio. Ao ver dos especialistas na matéria²⁵⁶, que descartam a incompatibilidade dessa previsão com o texto constitucional, o objetivo seria a universalização e não a obrigatoriedade²⁵⁷.

Mas como bem consigna Bobbio, em sua obra *A Era dos Direitos*, o problema atual não é o da fundamentação dos direitos do homem e sim da garantia da sua proteção efetiva²⁵⁸. Nessa perspectiva, dentre os legitimados constitucionalmente para a proteção e garantia dos direitos do cidadão, encontra-se o Ministério Público. Assim é que a proteção e defesa do direito fundamental à educação tem sido objeto de várias de suas intervenções que, indubitavelmente, têm trazido resultados significativos.

Inicialmente, cumpre trazer a experiência pioneira do Ministério Público do Rio Grande do Sul que, em 1994, em parceria com o Poder Judiciário, coordenou o projeto “O Direito é Aprender”, estratégia que elevou os índices educacionais desse estado da Federação brasileira.

Todavia, foi somente com a Carta de Belo Horizonte em Defesa da Criança e do Adolescente, de setembro de 1998, que efetivamente tomou corpo uma articulação nacional do Ministério Público em prol do direito à educação, ocasião em que o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPGE) recomendou a

preferência e uma criança ou de seus pais, não existe” (HUBERMAN, A. M. Situación actual y perspectivas futuras. In: MIALLARET, G. (Org.). *El Derecho del niño a la educación*. Paris: UNESCO. s.d., p. 58-59).

²⁵³ A educação é defendida como direito público subjetivo por juristas desde a década de 30. A explicação para isso é bem simples, foi na Constituição de 1934 que foi prevista a obrigatoriedade do direito à educação.

²⁵⁴ BRASIL. Emenda constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996. Modifica os arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e dá nova redação ao art. 60 do Ato das Disposições constitucionais Transitórias. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc14.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

²⁵⁵ BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

²⁵⁶ Vide conclusões do artigo escrito por José Silvério Baia Horta, por solicitação da Câmara de educação Básica do CNE. Disponível em: <http://www.fcc.org.br/pesquisa/publicacoes/cp/arquivos/158.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023. Disponível, também, no Caderno de Pesquisa da Universidade Federal Fluminense nº 104, julho/1998.

²⁵⁷ A Emenda 14 extinguiu a obrigatoriedade a quem não cursou o Ensino Fundamental na idade própria (a idade própria é até os catorze anos, extensível a obrigação até os dezoito anos, caso não concluído aos catorze).

²⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25-26.

adoção de medidas judiciais e extrajudiciais de garantia da universalidade e êxito de crianças e adolescentes no Ensino Fundamental, com o combate à evasão escolar e a garantia da educação infantil e especial.

A partir daí surgiram duas linhas de atuação do Ministério Público, a saber: 1) a de fiscalização dos recursos (Ministérios Públicos dos estados do Rio Grande do Norte e de Sergipe); e 2) discussão de questões referentes à garantia constitucional do direito à educação, com estratégias para sua concretização (Ministérios Públicos de Minas Gerais e do Maranhão).

Posteriormente, em dezembro de 1998, foi editada a “Carta de Recife em Defesa da Educação”, pelo CNPG, induzindo a busca de uma atuação pautada na construção da prioridade absoluta, a fim de concretizar o direito à educação. Esse documento surgiu motivado pela campanha nacional denominada “Pela Justiça na Educação”, que fortaleceu a ideia de se proteger e defender o direito à educação por meio de Promotorias de Justiça especializadas.

Em decorrência, em 1999 foi deflagrada uma campanha no Maranhão denominada “Direito da Criança. Dever de Todos Nós” que tinha como objetivos: 1) mobilizar o Poder Público e a sociedade para a resolução dos problemas da educação; 2) construir democraticamente linhas de ação do Ministério Público, com a parceria da sociedade; e 3) contribuir para o aumento do acesso à escola²⁵⁹.

Em novembro de 1999, é firmado o Termo de Compromisso entre o Ministério da Educação e a Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude, com a interveniência do FUNDESCOLA, UNICEF e Instituto Ayrton Senna, em Gramado, Rio Grande do Sul.

A primeira Promotoria de Justiça Especializada de Defesa da Educação a ser criada foi a do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios em janeiro de 2000.

Posteriormente, em junho de 2000, considerando a permanente necessidade do aperfeiçoamento técnico profissional dos órgãos dos Ministérios Públicos para atuação em defesa e promoção do direito à educação da criança e do adolescente, por meio da Carta de Canela, foi firmado o compromisso de apoiar as ações do Programa Nacional “Encontros pela Justiça na Educação”, comprometendo-se em desenvolver todas as gestões necessárias à

²⁵⁹ CARVALHO FILHO, Raimundo Nonato. O Ministério Público maranhense na defesa da educação: relatos da passagem da campanha Escola: Direito da Criança. Dever de Todos Nós, para um programa institucional. In: Escola: Direito da Criança. Dever de Todos Nós, 1999, p. 17.

realização dos encontros em cada um dos Estados da Federação e deles fazer participar a maior número possível de órgãos de execução do Ministério Público²⁶⁰.

Ainda na Carta de Canela, também foi firmado o compromisso de desenvolver ações no âmbito de cada Estado da Federação para a permanente mobilização social, do cidadão e da sociedade, para a tomada de providências em defesa da Educação Infantil e do Ensino Fundamental da criança e do adolescente.

Subscreveram a Carta de Canela o CNPG, o Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNCG), a Confederação Nacional do Ministério Público (CONAMP), o Colégio de Diretores das Escolas Superiores do Ministério Público (CDESMP), o Ministro da Educação, o Presidente da Associação Nacional de Magistrados Brasileiros (ANMB) e Promotores de Justiça da Infância e Juventude.

Independente desses protocolos de intenções e recomendações nacionais, no âmbito de vários estados, a exemplo do Amazonas, membros do Ministério Público que defendiam os direitos constitucionais do cidadão cumpriam seu papel instaurando procedimentos investigatórios, quando esgotadas as vias administrativas, ajuizando ações.

Inúmeros TAC foram firmados com mais de cem escolas no estado do Amazonas, visando o cumprimento de normas atinentes à acessibilidade e ajuizadas Ações Cíveis Públicas para assegurar vagas em creches, pré-escola e no ensino fundamental para todas as crianças, assegurando a matrícula quando não houvesse vaga.

Medidas de fiscalização e ações para melhoria da qualidade da educação nos seus múltiplos aspectos²⁶¹ foram tomadas, visando desde as condições estruturais das unidades escolares (estrutura física e equipamentos), que envolve também aspectos orçamentários e financeiros, controle da evasão escolar, prevenção e combate da criminalidade, até a qualidade

²⁶⁰ Texto integral da Carta de Canela disponível em: <https://www.mpam.mp.br/home/25-cnpd/colegio-nacional-cartas/182-carta-de-canela>. Acesso em: 29 ago. 2023.

²⁶¹ A expressão qualidade na educação traduz um fenômeno complexo, podendo ser compreendido por diversos aspectos. Dentre as perspectivas levantadas pela UNESCO, estão: a filosófica, a pedagógica, a cultural, a social e a financeira. Na dimensão filosófica, a educação tem qualidade quando os objetivos propostos nos currículos estão baseados e projetados para promover os valores que os mais variados setores da sociedade consideram desejáveis. No aspecto pedagógico, a educação é de qualidade quando os objetivos propostos nos currículos, planos e programas educacionais são cumpridos de forma eficaz. Na dinâmica cultural, a educação tem qualidade quando os seus conteúdos derivam das aspirações relacionadas às distintas populações a quem se dirige. Do ponto de vista social, a educação é de qualidade quando beneficia igualmente todos os setores da sociedade, contribuindo para a inclusão. E, finalmente, sob o ângulo financeiro, a qualidade da educação abrange a eficiência no uso dos recursos destinados à educação (UNESCO, 2003, p. 44).

do ensino público²⁶². A fiscalização das verbas (percentual mínimo e aplicação das verbas) permanecia com as Promotorias de Defesa do Patrimônio Público, de Defesa do Erário ou da Improbidade Administrativa que atuam junto à Fazenda Pública Estadual e Municipal.

Um Plano Nacional de Atuação do Ministério Público brasileiro na Educação foi elaborado por um grupo de membros dos Ministérios Públicos Estaduais e Federal com atuação e experiência especializada na área, criado a partir de iniciativa e determinação do CNPG. Além da Comissão Permanente de Educação (COPEDUC)²⁶³, do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH) do CNPG, existe atualmente um grupo que acompanha as ações do Ministério Público na área da Educação, também, no âmbito do CNMP.

Esse Plano Nacional vem fixando não apenas princípios e diretrizes, a partir do fator indutor da cidadania e da dignidade humana que é a educação, mas visando padronizar procedimentos preventivos ou não e uniformizar medidas capazes de garantir condições de acesso e permanência na escola, assim como a qualidade do ensino público.

Com esse propósito, nesse documento orientador foram delineadas ações desde o acompanhamento e fiscalização de políticas públicas, até as medidas repressivas em casos de violação dos direitos à educação e aos direitos correlatos. Além disso, o Plano cria a possibilidade de o CNPG estabelecer agenda de trabalho nacional, padronizando a atuação ministerial na área da educação em todo o território brasileiro, ao mesmo tempo em que cria um banco de dados nacional para divulgação da produção intelectual dos membros e um sistema de mapeamento dos problemas, estabelecendo responsabilidades para a Comissão de Acompanhamento de Atuação do Ministério Público na Educação e para os órgãos de execução com tal atribuição nos Estados-Membros.

Na mesma esteira do já sedimentado Plano Nacional de Atuação na Saúde, o Plano para a Educação vem a prever, ainda, responsabilidades para as Coordenações dos Centros de Apoio Operacional dos Ministérios Públicos estaduais e federal e para os gestores das respectivas Instituições. São previstos vários eixos a serem fiscalizados: 1) Alimentação Escolar; 2) Assistência à Saúde; 3) Transporte Escolar; 4) Material Didático Escolar; 5) Controle Social;

²⁶² Quanto aos padrões mínimos de qualidade de ensino na Educação Básica pública, esclarecedor o Parecer CNE/CEB nº 08/2010 que estabelece normas para aplicação do inciso IX do artigo 4º da Lei nº 9.394/1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação no Brasil (LDB).

²⁶³ A Comissão Permanente de Educação (COPEDUC) integra o Grupo Nacional de Direitos Humanos, órgão do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça, e congrega membros dos Ministérios Públicos de todos os Estados, bem como da União. A atuação da Comissão visa contribuir para a concretização do direito fundamental à educação de qualidade. A COPEDUC possui hoje 37 enunciados, expedidos de 2017 a maio/2023. Disponíveis em: <https://www.cnpg.org.br/grupo-nacional-de-direitos-humanos-gndh/2-uncategorised/6627-enunciado.html>. Acesso em: 17 out. 2023.

6) Combate à Evasão Escolar; 7) Combate à Violência e Paz nas Escolas; 8) Atendimento Educacional Especializado às Pessoas com Deficiência; 9) Financiamento; e 10) Recursos Humanos.

O Plano procura abranger desde a busca da realização e proteção do direito humano e social à educação, até ações pela concretização do direito de todos por uma educação de qualidade. Para esse fim, orienta no sentido da fiscalização dos sistemas de ensino nas diferentes esferas federativas e do zelo para que os poderes públicos respeitem o princípio da igualdade de condições de acesso e permanência na escola.

Esse plano visa, inicialmente, a identificação e atuação preventiva de atos e omissões que constituam violação do direito à educação e aos preceitos constitucionais aplicáveis. O planejamento nacional objetiva, também, a fiscalização e adoção de medidas necessárias para efetiva gestão democrática do ensino público, no sentido de que sejam fortalecidos e estruturados os meios de controle social da educação (a exemplo da composição paritária dos conselhos e da efetiva representação da sociedade civil nesses órgãos).

Busca, ainda, a fiscalização da oferta, qualidade e segurança dos serviços de transporte escolar, alimentação escolar (merenda) e material didático. O mesmo deve ser feito, independentemente de previsão no plano, em relação ao fardamento escolar (uniforme).

As diferenças são valorizadas no plano, que prevê a necessidade de um atendimento especializado inclusivo em ambiente escolar público e privado, por meio da concretização da acessibilidade física e pedagógica. A oferta universal da educação básica – obrigatória, gratuita e de qualidade – é outro ponto a ser exigido o seu cumprimento pelo Ministério Público ao Poder Público, inclusive com relação àqueles que não tiveram acesso na idade própria.

O alcance das metas e a adoção das medidas estabelecidas nos planos nacional, estadual e municipal de educação devem ser fiscalizados pelos membros do Ministério Público, sobretudo no que se refere à oferta de vagas em creches²⁶⁴ e pré-escolas.

O referido Plano também se preocupa com a aplicação e repasse de recursos. Assim, o percentual constitucional mínimo a ser aplicado na manutenção e desenvolvimento do ensino, respeitada a correspondente atuação prioritária do ente federativo, deve ser fiscalizado pelo Ministério Público. De igual modo, deve ser fiscalizada a eficiente aplicação dos recursos

²⁶⁴ Na capital do Amazonas, o Ministério Público se posicionou contrário à adoção, pela Prefeitura Municipal de Manaus, do Projeto “Mãe Substituta”, que pretendia conceder um salário-mínimo a vizinhos e/ou moradores das redondezas que tomassem conta das crianças para que seus pais pudessem trabalhar. Essa ideia surgiu diante da impossibilidade orçamentário-financeira de construção e manutenção da quantidade de creches necessárias a fazer face à demanda. Em razão disso, o Projeto de Lei nem chegou a ser encaminhado à Câmara Municipal.

oriundos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), da receita estimada no orçamento e do correspondente repasse dos recursos do salário-educação.

Com relação às políticas públicas, o plano orienta que o Ministério Público deve contribuir com a sua criação e fiscalizar a sua implementação, aplicando-se essa mesma tarefa com relação aos programas eficazes de combate à evasão escolar e aos programas para erradicação do analfabetismo.

A valorização dos profissionais da educação é ressaltada, inclusive com a garantia do piso salarial nacional, com a recomendação da adoção de providências pelo Ministério Público sempre que se fizer necessário. Dentre os preceitos referidos expressamente, está a fiscalização do cumprimento da legislação que estabelece a formação mínima dos profissionais da educação em cada uma das fases e modalidades do ensino.

O Plano também recomenda ao membro do Ministério Público contribuir no fomento à adoção de medidas para redução dos índices de absenteísmo (faltas ao serviço que contribuem para uma baixa produtividade) dos profissionais da educação na rede pública de ensino.

Deve contribuir o Ministério Público, ainda, na elaboração de medidas integradas de prevenção e de enfrentamento à violência no ambiente escolar e arredores, procurando fortalecer a rede de apoio à comunidade escolar, com soluções diversificadas, além da mediação dos conflitos.

Para o cumprimento de todas essas tarefas, o Plano de Atuação Nacional do Ministério Público na Educação indica várias medidas a serem tomadas, a exemplo da realização de diagnóstico da situação da educação básica, visitas para aproximação com a comunidade escolar, fiscalização da implementação de políticas públicas previstas nos planejamentos, definição de estratégias para acompanhamento dos planos e de linhas e conduta para colaborar com o aumento da oferta de vagas em creches e universalização da pré-escola, assim como para permanência e aproveitamento dos alunos no Ensino Fundamental e Médio.

Mas, independentemente desse planejamento nacional e da adoção de medidas padronizadas e procedimentos uniformes, os Ministérios Públicos estaduais já vinham sendo engendrados de forma significativa em diversas situações na área da educação e outras correlatas, dentre elas, a acessibilidade à educação (seja omissão estrutural ou falta de pessoal qualificado), violência escolar (atos de indisciplina de alunos contra colegas e contra professores, aí incluído o *bullying*), superlotação de salas de aula e turmas multisseriadas (alunos de níveis diferenciados na mesma classe sob um mesmo orientador), conselhos de controle social de educação, escolas clandestinas, evasão escolar, fardamento escolar (ausência

ou atraso no fornecimento), fiscalização das escolas públicas, matrícula, merenda (ausência, insuficiência, atraso ou falta de qualidade), ausência e qualificação de professores, retenção de documentos escolares por inadimplência, transporte escolar, creches e verbas educacionais. Além disso, a atuação relacionada à educação desde o advento da pandemia de Covid-19.

Faz-se necessário esmiuçar aqui algumas dessas ações que vêm sendo realizadas pelo Ministério Público brasileiro, para uma melhor compreensão da dimensão do trabalho que vem sendo desenvolvido, indo além dos eixos estabelecidos no Plano nacional.

3.1.1 Quanto à Acessibilidade

O Ministério Público tem tido uma atuação eficaz nessa área, tendo contribuído desde a elaboração de textos de lei, na criação de políticas públicas, quanto na exigência do cumprimento das normas referentes à acessibilidade nas escolas. No MPAM, há um exemplo significativo de adoção dessas medidas²⁶⁵.

É que várias regras devem ser observadas pelas autoridades, tanto em relação às condições estruturais de acesso nos prédios escolares, como na disponibilização de “ajudadores” ou “cuidadores”, para que a condição de igualdade seja oferecida às pessoas portadoras de necessidades especiais.

Primeiramente, as escolas públicas e privadas devem obedecer ao requisito legal da acessibilidade arquitetônica observando, nesse sentido, as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e, em especial, a NBR 9050/2004, proporcionando às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, os padrões mínimos de infraestrutura para sua acessibilidade, em cumprimento à legislação específica e às normas técnicas da ABNT.

Assim, caso averiguada a ocorrência de obstáculo arquitetônico por meio de órgão técnico fiscalizador ou por inspeção do próprio Ministério Público, é dever do Promotor de Justiça inicialmente expedir recomendação, concedendo prazo para a adequação da estrutura educacional aos portadores de necessidades especiais, sob pena de ajuizamento de Ação Civil Pública com Obrigação de Fazer, inclusive com pedido de liminar e imposição de multa por descumprimento (*astreintes*).

Para os alunos portadores de deficiência auditiva (surdez), pacífico é o entendimento dos Tribunais pátrios que o aluno surdo tem o direito fundamental de que lhe seja fornecido,

²⁶⁵ Em 1999, foram firmados 140 (cento e quarenta) Termos de Ajustamento de Conduta, pelo Ministério Público do Estado do Amazonas com as escolas particulares, visando adequação de suas estruturas físicas àqueles com necessidades especiais (acessibilidade).

tanto pelas escolas públicas quanto particulares, intérprete de Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) em sala de aula e nas demais atividades pedagógicas, em respeito ao princípio constitucional da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (art. 206, I, da CRFB/1988). Ante a omissão ou negativa desse direito, o Promotor de Justiça deve tentar solução amigável extrajudicialmente, impetrar Mandado de Segurança ou ajuizar Ação Civil Pública.

Com relação aos alunos com deficiência que comprometa as habilidades motoras ou que, por outro motivo, demande acompanhamento especial como, por exemplo, auxílio para necessidades básicas como se alimentar, ir ao banheiro ou para desenvolver atividades pedagógicas dirigidas, deve a escola pública ou privada fornecer profissional auxiliar denominado “cuidador”, em conformidade com o Decreto nº 3.298/99²⁶⁶, que regulamentou a Lei nº 7.853/1989, que disciplina os direitos da pessoa com deficiência, além da Recomendação 02/2001, do Conselho Nacional de Educação (CNE). Essa figura do cuidador, portanto, deve ser garantida por meio de medidas extrajudiciais e judiciais, nas escolas públicas e privadas, pelo Promotor de Justiça, sempre que a deficiência do aluno requerer.

3.1.2 Quanto à Violência Escolar

Um desafio a ser enfrentado é a violência presente nas escolas, quer por atos de indisciplina dos alunos, quer por pessoas estranhas aos quadros discente e docente que conseguem se infiltrar no ambiente escolar ou exercem influências maléficas nos seus arredores. Essa realidade tem sido uma constante no Brasil e o Amazonas não tem sido exceção a esse contexto social.

Outro problema que pode trazer sequelas psicológicas graves às crianças e adolescentes, bastante elucidado por recentes campanhas educativas na mídia, é o *bullying* na escola, praticado por colegas e até mesmo por professores. Em paralelo, ocorrem também casos de assédio moral e violência psicológica de funcionários superiores em relação aos seus subordinados.

²⁶⁶ BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

O ato de indisciplina de aluno configura descumprimento das normas regimentais da escola, podendo caracterizar infringência a leis penais e, conseqüentemente, ato infracional. Exemplo disso são as agressões físicas e verbais a professores e colegas.

Importante que o Promotor de Justiça expeça ofício ou recomendação para que as escolas comuniquem todo ato de indisciplina equivalente a ato infracional à autoridade competente (Conselho Tutelar, Delegacia da Infância e Juventude, Ministério Público e Juizado da Infância e Juventude).

Deve ser recomendada, também, a aplicação do regimento escolar para aplicação das respectivas sanções, assegurados aos alunos a ampla defesa e contraditório. A omissão da escola poderá ensejar responsabilidade civil do Estado por inação, com obrigação de reparação dos danos causados.

Especificamente com relação ao *bullying* (agressões intencionais, verbais ou físicas, proferidas ou desferidas, de maneira repetitiva, por um ou mais alunos contra um ou mais colegas), constitui atribuição específica das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude que atuam na proteção e defesa dos interesses e direitos das crianças e adolescentes.

Foi editada a Lei nº 13.185/2015²⁶⁷, que entrou em vigor em fevereiro de 2016 e definiu o *bullying* como todo ato de violência física ou psicológica (atos de humilhação ou discriminação) contra uma ou mais pessoas. É praticado sem motivação evidente por indivíduo ou grupo contra uma ou mais pessoas.

Essa legislação institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*) em todo o território nacional. Obriga escolas, clubes, agremiações a adotarem medidas de combate e prevenção ao *bullying*. A pena prevista é de detenção de 1 a 3 anos e multa. Se o crime ocorrer em ambiente escolar a pena é aumentada em 50%. Se for praticado por meio de comunicação digital (prática conhecida como *cyberbullying*), a pena será aumentada em 2/3.

No que concerne à violência nas escolas causada tanto por alunos, como por pessoas externas, importante destacar que o período pós-pandemia de Covid-19 (pós-isolamento nos anos de 2020/2021) foi marcado por uma onda de violência nas escolas brasileiras. Entre 2022 e 2023, foram sete ataques no Paraná, Santa Catarina, São Paulo, Ipaussu/SP, Aracruz/ES,

²⁶⁷ BRASIL. Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113185.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

Sobral/CE e Barreira/BA²⁶⁸. Mais da metade dos ataques dos últimos vinte anos ocorreram em 2023²⁶⁹.

Especialmente no mês de abril (mês do aniversário de Adolf Hitler), grupos de extrema direita e de supremacia branca combinaram ações por canais obscuros da *dark web* para ataques a escolas, chegando ao ponto de o Poder Público cogitar a suspensão das aulas no dia 20 de abril. Segundo o Anuário de Segurança Pública, um em cada três ataques a escolas ocorreram no ano de 2023²⁷⁰.

No estado do Amazonas, ocorreram alguns casos, o primeiro foi em 10 de abril de 2023, no Colégio Adventista de Manaus, onde um adolescente de 13 anos agrediu duas alunas da mesma faixa etária e uma professora, utilizando armas brancas e coquetel molotov²⁷¹.

3.1.3 Quanto à Superlotação das Salas de Aula e Classes Multisseriadas

A insuficiência de escolas e de professores em relação à demanda são problemas que redundam em salas de aula, com número de alunos além do limite máximo recomendável e até mesmo a existência de classes multisseriadas (compostas por alunos de níveis de ensino diferentes).

Tanto a superlotação das salas de aula, como as classes multisseriadas, com alunos assistidos por um único professor, devem ser combatidas pelo Ministério Público. Tem havido certa tolerância quanto ao problema apenas nas escolas rurais, onde a carência de professores é mais acentuada.

Nesse caso, o Promotor de Justiça deve constatar o problema por meio de inspeção e, confirmada a irregularidade, recomendar à Secretaria de Educação a correção, sob pena do ingresso de Ação Civil Pública com pedido de liminar para desmembramento de turmas.

²⁶⁸ TOSI, Marcela. Brasil teve 7 ataques com mortes em escolas entre 2022 e 2023, relembre casos. O Povo, 19 de junho de 2023. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2023/06/19/brasil-teve-7-ataques-com-mortes-em-escolas-em-2022-e-2023-relembre-casos.html>. Acesso em: 30 out. 2023.

²⁶⁹ Disponível em: https://d3e.com.br/wp-content/uploads/one-page_2310_ataques-escolas-brasil.pdf. Acesso em: 30 out. 2023.

²⁷⁰ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023.

²⁷¹ SASSINE, Vinicius. Adolescente agride com faca duas colegas e professora de escola em Manaus. Folha de São Paulo, 10 de abril de 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/04/adolescente-agride-com-faca-duas-colegas-e-professora-de-escola-em-manaus.shtml>. Acesso em: 30 out. 2023.

3.1.4 Quanto ao Controle Social na Educação por meio dos Conselhos

A instalação e o pleno funcionamento dos órgãos colegiados da educação – que representam o controle social da área educacional – é um tipo de atuação que deve ser enfrentada permanentemente pelo Ministério Público brasileiro.

Existem vários órgãos colegiados na área da Educação, dentre eles: o Conselho de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEB, o Conselho de Alimentação Escolar (CAE), o Conselho Municipal de Educação (CME) e os Conselhos Escolares.

No que infere ao Conselho de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEB²⁷², incumbe ao Promotor de Justiça averiguar se está instalado e funcionando na prática, podendo, para isso, requisitar cópia da lei que o instituiu, dos atos de nomeação de seus membros, das atas de reuniões, dos pareceres de aprovação das prestações de contas apresentadas pelo Poder Executivo referentes a determinado período, da relação das obras nas escolas que foram fiscalizadas pelo Conselho, da relação dos transportes escolares fiscalizados, dentre outros, comunicando que as atividades do Conselho serão monitoradas pelo Ministério Público.

Deve, ainda, o Promotor de Justiça exigir o pleno funcionamento do Conselho do FUNDEB, fixando prazo para fiscalização das obras de reforma e construção de escolas. O Promotor de Justiça deverá advertir os conselheiros de que eles poderão responder por ato de improbidade administrativa por omissão no cumprimento de suas atribuições.

No que concerne ao Conselho de Alimentação Escolar (CAE)²⁷³, cabe ao Promotor de Justiça verificar se está instalado e funcionando na prática, podendo, para esse fim, requisitar cópia das atas de reuniões, dos pareceres de aprovação das prestações de contas apresentadas pelo Poder Executivo durante determinado período, da relação das escolas fiscalizadas, dentre outros documentos, alertando que as atividades dos Conselho serão devidamente monitoradas pelo Ministério Público.

²⁷² O Conselho do FUNDEB é um colegiado cuja função principal – segundo o art. 33 da Lei nº 14.113, de 25 de dezembro de 2020, que alterou o art. 24 da Lei nº 11.494/2007 – é proceder ao acompanhamento e controle social da distribuição, a transferência e a aplicação dos recursos do Fundo, no âmbito de cada esfera Municipal, Estadual ou Federal. Segundo o parágrafo 4º do art. 33 da Nova Lei do FUNDEB (antigo § 10 do art. 24 da Lei nº 11.494/2007), os Conselhos não contarão com estrutura administrativa própria, incumbindo ao Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal garantir infraestrutura e condições materiais adequadas à execução plena das competências dos conselhos.

²⁷³ O CAE é responsável tanto pela fiscalização da qualidade e da quantidade das merendas escolares servidas na rede pública de ensino, como pela correta prestação de contas. Cada município deve possuir o seu CAE, sob pena de não receber os recursos do PNAE (Programa Nacional de Alimentação Escolar – Resolução nº 6/2020-FNDE)

Quanto ao Conselho Municipal de Educação²⁷⁴, compete ao Promotor de Justiça constatar se o CME de sua respectiva comarca está instalado e funcionando na prática, com a possibilidade de requisitar cópia da lei municipal que o constituiu, ato de nomeação de seus membros, assim como cópias das atas de reuniões, da relação das escolas que já foram fiscalizadas pelo Conselho, dentre outros documentos, alertando-se que as atividades do colegiado serão devidamente monitoradas pelo Ministério Público.

Atinente aos Conselhos Escolares²⁷⁵, uma boa estratégia é o Promotor de Justiça designar audiência com a participação dos seus membros, com a finalidade de alertá-los de suas funções e da importância do efetivo desempenho de suas atribuições, adverti-los da responsabilidade pelo controle social das verbas educacionais escolarizadas (administradas diretamente no âmbito escolar), no caso do Conselho Escolar ser a unidade executora de recursos oriundos do FNDE.

Importante, ainda, o Promotor de Justiça requisitar o regimento interno de cada unidade escolar, considerando que esse documento é que traçará a organização do Conselho Escolar, a forma de escolha de seus membros, as suas atribuições e a frequência das reuniões.

3.1.5 Quanto às Escolas Clandestinas

É sabido que, não obstante o ensino ser livre à iniciativa privada, como permite o art. 209 da CRFB/1988, essa liberalidade está condicionada ao cumprimento das normas gerais de educação nacional e a autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. É público e notório, entretanto, que inúmeras escolas funcionam clandestinamente, sem a devida autorização do Poder Público e sem qualquer avaliação de qualidade.

O Ministério Público do Estado da Paraíba, no combate às escolas privadas clandestinas, orienta algumas medidas a serem tomadas pelo Promotor de Justiça²⁷⁶: 1) recomendar ao Conselho Tutelar, ao Conselho Municipal de Educação (este quanto às escolas privadas de ensino infantil – art. 18 da LDB) e ao Conselho Estadual de Educação (este quanto às escolas privadas de Ensino Fundamental e Médio – art. 17 da LDB), o levantamento das escolas

²⁷⁴ Aos Conselhos Municipais de Educação compete, dentre outras atribuições, a fiscalização das unidades de ensino da rede municipal pública e privada (nesse caso, só educação infantil – art. 18 da Lei de Diretrizes Básicas da Educação - LDB), quanto ao cumprimento da legislação escolar e ao correto desenvolvimento do processo pedagógico.

²⁷⁵ Os Conselhos Escolares são órgãos de participação democrática nas atividades administrativas e pedagógicas da escola (parágrafo 1º do art. 14 da LDB, com redação dada pela Lei nº 14.644/2023).

²⁷⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA. Manual de Atuação Funcional da Educação. João Pessoa: MPPB/PGJ, CAOP da Educação, 2011, p. 120-121.

clandestinas na respectiva cidade; 2) instaurar procedimento administrativo investigatório; 3) oficial aos proprietários das escolas clandestinas para que regularizem a situação, ingressando com pedido de autorização e funcionamento no respectivo Conselho de Educação, podendo adverti-los de que a inércia ou má-fé podem dar ensejo ao cometimento de contravenção penal de exercício ilegal da profissão (art. 47 da Lei de Contravenções Penais²⁷⁷); 4) acompanhar o processo de regularização das escolas clandestinas; 5) inspecionar as escolas clandestinas que não possuam condições de funcionamento podendo requisitar inspeção conjunta da Vigilância Sanitárias, do Corpo de Bombeiros e da Defesa Civil; 6) recomendar ao Poder Executivo Estadual (escolas privadas de Ensino Fundamental e Médio) ou Municipal (escolas privadas de Educação Infantil), no exercício de seu poder de polícia, o fechamento das escolas clandestinas sem condições de funcionamento; e 7) ajuizar ação civil pública para fechamento de escola clandestina sem condições de funcionamento, diante da omissão do Poder Executivo.

Ademais, para evitar prejuízos pedagógicos aos alunos oriundos de escolas clandestinas, quando transferidos para escolas oficiais, importante recomendar a aplicação do art. 24, II, “c”, da LDB²⁷⁸.

3.1.6 Quanto à Evasão Escolar

O Ministério Público do Rio Grande do Sul – que posteriormente repassou sua experiência aos demais ministérios estaduais, tendo sido adotada por alguns – desenvolveu e implantou um projeto que, ao identificar a décima falta consecutiva do aluno pelos diários de classe, utiliza a chamada Ficha de Comunicação de Aluno Infrequente (FICAI), encaminhando-a para a direção da escola que, por sua vez, envia esforços junto à comunidade escolar para obtenção do retorno do aluno.

Esse projeto prevê ainda que, apenas se infrutífera a alternativa com a comunidade escolar, o caso seria repassado ao Conselho Tutelar (nos termos do art. 56, II do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁷⁹), que pode aplicar medidas protetivas aos pais ou ao aluno faltoso,

²⁷⁷ “Art. 47 – Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis”.

²⁷⁸ “Art. 24 – A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns: [...] II- a classificação em qualquer série ou etapa, exceto a primeira do ensino fundamental, pode ser feita: [...] c) independentemente de escolarização anterior, mediante avaliação feita pela escola, que defina o grau de desenvolvimento e experiência do candidato e permita sua inscrição na série ou etapa adequada, conforme regulamentação do respectivo sistema de ensino”.

²⁷⁹ “Art. 56 – Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de: [...] II – reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares”.

a fim de que ele retorne às suas obrigações escolares. Caso não haja retorno, a FICAI seria encaminhada ao Ministério Público, que instauraria procedimento administrativo para a tomada de providências legais cabíveis.

Seria de grande valia que esse projeto fosse incorporado pelos Planos de Atuação Estaduais e pelos Centros de Apoio competentes, para facilitar que seja firmado Termo de Ajustamento de Conduta ou Convênio com as Secretarias de Educação, tanto a nível estadual, quanto a nível municipal, nesse último caso pelos Promotores de Justiça das respectivas Comarcas, adotando essa prática ou estratégia equivalente.

Além disso, nos casos de comprovada evasão escolar, o Ministério Público, independente de Convênio ou TAC, tem atribuição para buscar extrajudicialmente o retorno do aluno à sala de aula e, dentre as providências cabíveis, procederá a oitiva da criança ou do adolescente e de seus pais ou responsáveis. Na hipótese de não lograr êxito, poderá interpor representação pela infração administrativa do art. 249, do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁸⁰, com a possibilidade de processar criminalmente os pais pelo abandono intelectual (art. 246 do Código Penal²⁸¹).

A legitimidade do Ministério Público para propor medida de proteção buscando a efetivação de direitos individuais heterogêneos de crianças e adolescentes, especialmente, em caso de ciência de infrequência escolar, já se encontra pacificada nos Tribunais brasileiros²⁸².

Ainda quanto a esse tema, faz-se necessário realizar um recorte da evasão escolar ocorrida no período pós-pandemia. A diminuição de mais de 300 mil matrículas entre 2019 e 2021 é a maior prova do desinteresse e abandono da escola, segundo dados do Observatório da Educação²⁸³ e da UNICEF²⁸⁴.

²⁸⁰ “Art. 249 – Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência”.

²⁸¹ “Art. 246 – Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa”.

²⁸² Apelação Cível nº 700039112289, 7ª Câmara Cível, TJRS, Relator Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, Julgado em 15 de dezembro de 2010; Apelação 0183794-78.2010.8.26.000, Seção Cível, relator Presidente da Seção de Direito Público, Câmara Especial, TJSP, Data do Julgamento: 20 de setembro de 2010.

²⁸³ Disponível em: <https://observatoriodeeducacao.institutounibanco.org.br/em-debate/abandono-evasao-escolar>. Acesso em: 30 out. 2023.

²⁸⁴ UNICEF. Cenário da Exclusão Escolar no Brasil – Um alerta sobre os impactos da pandemia da COVID-19 na Educação. 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/media/14026/file/cenario-da-exclusao-escolar-no-brasil.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023.

3.1.7 Quanto à Falta ou Atraso do Fornecimento de Fardamento Escolar

Reconhecidamente, a falta de fardamento escolar (não apenas a merenda) é também uma das causas de evasão escolar entre a população de baixa renda, considerando que vários alunos não têm o que vestir ou calçar. Essa realidade pode ser vivenciada mesmo nas grandes cidades, dentre as pessoas menos favorecidas e com graves carências econômicas.

É sabido que, dentre os deveres do ente estatal relativos à educação, está o de garantir o fardamento escolar aos alunos da rede pública de ensino, direito fundamental não decorrente apenas do próprio direito à educação, mas também do princípio constitucional da igualdade de acesso e permanência na escola (art. 206, I da CRFB/1988).

O uso do uniforme, portanto, evita constrangimentos e garante equidade para aqueles de maior vulnerabilidade socioeconômica, que não podem adquirir vestimentas adequadas. Assim, é certo que o fornecimento do fardamento pelo Estado garante a satisfação do disposto no art. 5º do ECA²⁸⁵.

Por outro lado, não se pode olvidar que o fardamento serve como uma forma de proteção aos alunos, auxiliando no controle interno, da feita que dificulta a entrada de pessoas estranhas ao quadro discente nas escolas, sendo instrumento de prevenção contra o assédio de traficantes e marginais que desejem se infiltrar no ambiente escolar. Seu fornecimento, portanto, encontra amparo, de igual modo, no princípio da proteção integral das crianças e adolescentes (art. 227 da CRFB/1988).

Considerando que o Poder Público deve fornecer, em tempo hábil e sem atraso, o fardamento escolar ao alunado da rede pública de ensino, incumbe ao membro do Ministério Público, com fundamento nos princípios e dispositivos constitucionais e legais mencionados, recomendar e/ou ajuizar Ação Civil Pública para garantir a entrega do fardamento ao aluno da rede pública no início de cada ano letivo²⁸⁶.

3.1.8 Quanto à Fiscalização das Escolas Públicas

O Ministério Público brasileiro tem realizado um profícuo trabalho de fiscalização das escolas públicas, seja com relação às suas condições estruturais e materiais, seja com relação a

²⁸⁵ “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, as seus direitos fundamentais”.

²⁸⁶ O Ministério Público do Estado da Paraíba disponibiliza modelo de Ação Civil Pública no banco de dados do Centro de Apoio Operacional à Educação.

alguns aspectos da qualidade de ensino, o que redundou em várias requisições, recomendações, termos de ajustamento de conduta e até mesmo ações judiciais cautelares e de conhecimento.

Um trabalho diferenciado foi iniciado pelo Ministério Público do Estado de Alagoas que, por meio de mutirões de Promotores de Justiça, passou a visitar casa por casa nos bairros, com a finalidade de verificar se haviam crianças e/ou adolescentes que não estavam frequentando a escola. Essa atividade proativa do Ministério Público teve excelentes resultados, na medida em que foram reinseridos no ambiente escolar várias crianças e/ou adolescentes afastados da escola²⁸⁷.

No Amazonas, foi implementado o projeto “MP nas Escolas”, coordenado pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF), visando sensibilizar crianças e/ou adolescentes, criando consciência cidadã por meio de palestras nas escolas públicas e privadas, nos campos da ética e cidadania, além da disseminação do próprio trabalho desenvolvido pelo Ministério Público, no intuito de contribuir com a formação do caráter e da personalidade de crianças e jovens, despertando o interesse por condutas éticas, pela probidade, pela preservação do meio ambiente, por eleições limpas e rejeição a práticas como troca de favores ou bens por votos, mentirinhas, espertezas, prática de cola em avaliações, furar filas etc.

Importante também fazer referência à experiência do Ministério Público da Paraíba, que desenvolveu e implantou o projeto estratégico “Ministério Público pela Educação”. Esse projeto é composto de seis fases, a saber: 1) designação de audiência para assinatura de Termo de Cooperação com o Conselho Tutelar; 2) fiscalização das escolas pelos conselheiros tutelares; 3) fiscalização das escolas pelo Ministério Público; 4) instauração de procedimento administrativo para cada escola em que for detectada irregularidade; 5) audiência com a participação da Secretaria de educação, da direção da escola e da Presidência do Conselho Escolar para uma solução extrajudicial das irregularidades encontradas; e (6) interposição de ações judiciais.

A primeira fase do projeto tem por objetivo obter cooperação formal dos Conselhos Tutelares para fiscalização *in loco* das escolas públicas municipais e estaduais. Após a assinatura do Termo de Cooperação, o MP da Paraíba fornece questionário elaborado pelo Centro de Apoio Operacional à Educação para facilitar a coleta padronizada de informações,

²⁸⁷ Experiência relatada oralmente pelo Procurador-Geral de Justiça de Alagoas na reunião ordinária do CNPG, na cidade de Natal, estado do Rio Grande do Norte, em 5 de abril de 2013, ocasião em que foram convidados os Chefes das instituições ministeriais estaduais a acompanhar um desses mutirões, durante o encontro seguinte do CNPG que seria na cidade de Sergipe, estado de Alagoas.

assim como a lista das escolas a serem fiscalizadas. A coleta de informações poderá seguir cronograma e prazos fixados pelo respectivo Ministério Público.

A segunda, de cunho operacional, abrange a fiscalização de cada escola pública pelos conselhos tutelares. O acesso aos conselheiros é garantido pelo art. 236 do ECA²⁸⁸, sob pena de cometer crime quem cercear essa atividade.

A terceira, também de cunho operacional, dá-se com a atuação do Ministério Público que poderá, de igual modo, fiscalizar as escolas públicas, se assim achar importante ou se restringir a inspecionar aquelas nas quais os Conselhos Tutelares apontaram irregularidades graves. Dentre os itens a serem fiscalizados, os mais comuns, são: 1) a estrutura física da escola; 2) a quantidade e a qualidade da merenda escolar; 3) se há professores e se os mesmos são qualificados; 4) se há acessibilidade; e 5) como se dá o transporte dos alunos que residem na zona rural. São, ainda, verificados os projetos do Ministério da Educação desenvolvidos pela escola (Escola Aberta, Mais Educação etc.), visando observar se há o seu efetivo funcionamento. É lavrada Ata de Inspeção mesmo que já tenha sido elaborado relatório pelo Conselho Tutelar.

A quarta fase se dá com a instauração do procedimento administrativo específico para cada escola, caso seja detectada alguma irregularidade grave ou leve (procedimento preparatório ou inquérito civil). Outras providências podem e devem ser tomadas antes da audiência, como a requisição de inspeções pelo Corpo de Bombeiros, Vigilância Sanitária, Defesa Civil e outros órgãos fiscalizadores competente, no sentido de obter laudos comprobatórios tanto das próprias das irregularidades, como do nível de gravidade das mesmas.

A quinta ocorre com a realização de audiência que tem a participação da respectiva Secretaria de Educação (estadual ou municipal), direção da escola e do órgão representativo da gestão democrática da escola (Conselho Escolar). Para isso, seus representantes devem ser previamente notificados. Recomenda-se a busca de formas de resolução extrajudiciais de conflito, no sentido de se sanar as irregularidades detectadas nas escolas públicas, por meio de Recomendações ou Termos de Compromisso ou Ajustamento de Conduta²⁸⁹.

²⁸⁸ “Art. 236 – Impedir ou embaraçar a ação de autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista nesta Lei: Pena – detenção de seis meses a dois anos”.

²⁸⁹ Em alguns Estados e Municípios, os TACs são submetidos ao crivo das Procuradorias ou das Casas Civas para serem aprovados pelos Governadores ou Prefeitos, o que pode demandar algum tempo, devendo ser avaliado pelo respectivo membro do Ministério Público, nesse caso, se há medidas urgentes que precisam ser tomadas de imediato, caso em que, seria cabível uma medida judicial cautelar ou ACP com pedido de liminar.

A sexta e última fase é a do ajuizamento de ação judicial, após serem frustradas as tentativas de solução extrajudicial, a fim de sanar as irregularidades encontradas em cada escola da rede pública de ensino. A proposição e o acompanhamento das ações cautelares e das ações civis públicas com obrigações de fazer, dentre outras, deve ser a última alternativa a ser tomada.

Nos demais estados, a exemplo do Amazonas, o Ministério Público tem atuado mais nas situações e denúncias que chegam no dia a dia pelas diferentes formas de atendimento (atendimento ao público, Disque 0800, denúncias *on-line*, representações por meio de petições escritas, via Ouvidoria ou e encaminhamento por outros órgãos estatais), faltando tempo para uma atuação de caráter preventivo.

Para ir além da corriqueira atuação contingencial e circunstancial (atuação mais repressiva em face das demandas que chegam ao Ministério Público) e atuar na prevenção, é preciso que haja planejamento com o estabelecimento de objetivos, metas, estratégias e prazos, realizando uma fiscalização planejada nas escolas públicas, como a que se desenvolve na Paraíba.

Com a adoção do Planejamento Estratégico por parte do CNMP, como medida obrigatória a ser cumprida pelos Ministérios Públicos dos estados e, ainda, em face do engajamento do CNPG, com a elaboração do Plano Nacional de Atuação do Ministério Público na Educação, certamente tem acarretado, de maneira compulsória, a elaboração de planos estaduais de atuação na Educação, a exemplo do que ocorreu na área da saúde.

3.1.9 Quanto à Idade para Matrícula

Outro aspecto que deve ser verificado pelo Ministério Público é a idade para a matrícula escolar na rede pública de ensino. Para isso, devem ser observadas algumas normas que tratam de idade mínima para cada nível e suas exceções.

Com a edição da Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009²⁹⁰, a educação básica passou a ser gratuita e obrigatória dos 4 até os 17 anos de idade (art. 208 da CRFB/1988). Essa alteração ensejou uma modificação da idade para a matrícula, que passou a

²⁹⁰ BRASIL. Emenda constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009. Acrescenta § 3º ao art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reduzir, anualmente, a partir do exercício de 2009, o percentual da Desvinculação das Receitas da União incidente sobre os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição Federal, dá nova redação aos incisos I e VII do art. 208, de forma a prever a obrigatoriedade do ensino de quatro a dezessete anos e ampliar a abrangência dos programas suplementares para todas as etapas da educação básica, e dá nova redação ao § 4º do art. 211 e ao § 3º do art. 212 e ao caput do art. 214, com a inserção neste dispositivo de inciso VI. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc59.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

ser: 1) 0 a 3 anos em creche (Educação Infantil); 2) 4 e 5 anos na pré-escola (Educação Infantil) – obrigatório; 3) 6 a 14 anos (Ensino Fundamental) – obrigatório; e 4) 15 a 17 anos (Ensino Médio) – obrigatório.

Insta observar que, em decorrência da Resolução nº 6/2010 do CNE, a criança só poderá ser matriculada na pré-escola quando tiver 4 (quatro) anos completos até o dia 31 de março do respectivo ano da matrícula (art. 2º), caso contrário deverá ser matriculada em creche.

Na mesma esteira, a criança somente poderá ser matriculada no Ensino Fundamental se tiver 6 (seis) anos de idade completados até o dia 31 de março do ano em que se der a matrícula, caso reverso deverá ser matriculada na pré-escola (art. 4º).

Fugindo a essa regra, porém, a Resolução nº 6/2010 do CNE, permitiu, a partir do ano de 2011, que as crianças de 5 anos de idade pudessem ser matriculadas no Ensino Fundamental, independentemente do mês de aniversário, desde que tenham sido matriculadas e frequentado a pré-escola até o final de 2010, por dois anos ou mais (art. 5º, § 2º). Mas as crianças que já tenham sido matriculadas no Ensino Fundamental antes de 2011, abaixo da idade limite, deverão dar continuidade aos seus estudos com acompanhamento especial pelo respectivo sistema de ensino (art. 5º, § 1º).

Posteriormente, foi editada outra resolução sobre o tema, a Resolução nº 7, de 14 de dezembro de 2010, do CNE/CEB, que fixa diretrizes curriculares nacionais para o Ensino Fundamental. Essa norma não revogou a Resolução nº 6/2010 do CNE.

Com relação à matrícula nos cursos de Educação de Jovens e Adultos (EJA) e para a realização de exames supletivos, o art. 37, § 2º da LDB e arts. 5º e 6º da Resolução nº 3/2010 do CNE, assim dispõem: idade mínima de 15 anos para o nível de conclusão do Ensino Fundamental e idade mínima de 18 anos para o nível de conclusão do Ensino Médio. Essa resolução sofreu ressalvas em alguns estados da federação, em razão de terem ajuizado ações civis públicas, mas não é o caso do estado do Amazonas, para o qual a norma está totalmente em vigor.

Vale ressaltar que o direito dos menores emancipados para os atos da vida civil não se aplica para efeito de realização de exames supletivos, em face da regra da prioridade no atendimento da escolarização obrigatória (Parágrafo Único, do art. 6º, da Resolução nº 3/2010 do CNE).

Há, todavia, entendimentos jurisprudenciais dos tribunais pátrios que permitem que o educando, menor de 18 anos, realize exames supletivos do EJA, caso tenha sido aprovado em

vestibular para ingresso em instituição de Ensino Superior, com fundamento na garantia constitucional do acesso aos níveis mais elevados do ensino (art. 208, V, da CRFB/1988)²⁹¹.

Existe posicionamento jurisprudencial, também, no sentido de que, mesmo sem aprovação em vestibular, não pode haver restrição de idade pelo Poder Público para a matrícula em cursos de EJA e para a realização de exames supletivos, com base no princípio constitucional de acesso aos níveis mais elevados de ensino^{292,293}.

Cursos de Ensino à Distância (EAD) também são permitidos pela mencionada Resolução nº 3/2010 do CNE (art. 9º) para cursos do EJA, mas apenas em relação ao segundo segmento do Ensino Fundamental (6º ao 9º ano) e ao Ensino Médio. Quanto ao primeiro segmento do Ensino Fundamental (1º ao 5º ano), os cursos do EJA serão necessariamente presenciais.

Ressalte-se que o membro do Ministério Público terá legitimidade para garantir tais direitos, mesmo em casos de reclamações individuais, por meio de Mandado de Segurança²⁹⁴ ou Ação Civil Pública, considerando a natureza de direito fundamental indisponível (direito fundamental à educação).

3.1.10 Quanto à Falta ou Insuficiência da Merenda Escolar

Como já delineado neste trabalho, o dever do Estado com relação à educação, previsto expressamente na CRFB/1988, somente se concretiza com o atendimento ao educando em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, fardamento, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Assim, em decorrência dessa disposição constitucional, o Poder Público será obrigado a fornecer alimentação escolar, independentemente de programa suplementar do governo federal – Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE).

Em outras palavras, mesmo que não ocorra repasse das verbas do PNAE, as redes públicas de ensino estaduais e municipais deverão fornecer, regularmente, alimentação escolar, podendo ser coagidas a fazê-lo nos casos de omissão.

²⁹¹ TJDF. 20100020141177MCI, Relator Waldir Leônidas C. Lopes Júnior, 2ª Turma Cível, julgado em 19.01.2011, DJ 01/02/2011, p. 99.

²⁹² TJDF. Rec. 2011.00.2.000479-4; Ac. 489.806; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Flavio Rostirola; DJDFTE 25.03.2011, p. 110

²⁹³ TJDF. Rec. 2010.01.1.037266-4. Ac. 474.879; Quinta Turma Cível; rel. Des. Antoninho Lopes; DJDFTE 27.01.2011, p. 114).

²⁹⁴ Art. 201, IC, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, em casos de falta ou insuficiência de merenda escolar na respectiva rede de ensino ou em determinada escola pública, por atraso no repasse das verbas federais (pode ocorrer essa hipótese no caso de falta de prestação de contas ou mesmo por insuficiência dos recursos repassados²⁹⁵), legitimado está o Promotor de Justiça a ingressar com Ação Civil Pública com obrigação de fazer contra o ente público responsável pela rede de ensino, para que este forneça a alimentação escolar de seus alunos.

Na hipótese de verbas do PNAE terem sido repassadas regularmente, mas a merenda faltar ou tiver sido insuficiente, cabe ao membro do Ministério Público apurar possível desvio de verbas públicas e buscar a responsabilização dos envolvidos. Para isso, é importante verificar, inicialmente, se a execução das verbas do PNAE ocorre de forma centralizada (pelas Secretarias de Educação) ou descentralizada (pelas unidades executoras das próprias escolas²⁹⁶).

A Resolução 38/2009 do FNDE disciplinou a forma descentralizada, na qual os recursos do PNAE é repassado para as escolas que, por meio de suas Unidades Executoras (UEX), que realizam a aquisição da merenda, na forma disciplinada na referida resolução. Essa resolução foi revogada pela Resolução nº 6, de 8 de maio de 2020, que dispõe sobre alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do PNAE.

Decisões jurisprudenciais²⁹⁷ já consagraram o entendimento de que, se as verbas federais para aquisição de merenda escolar já foram incorporadas ao patrimônio do Município ou do Estado, perfaz-se a competência da Justiça Estadual apurar desvios, portanto sendo da alçada da Justiça Comum, da respectiva Comarca, responsabilizar; e ao Promotor de Justiça estadual apurar e promover a responsabilização. Na capital, serão competentes para conhecer das ações de improbidade administrativa as respectivas Varas Especializadas de Fazenda Pública Estadual ou Municipal, a depender do caso.

²⁹⁵ A insuficiência de recursos repassados pode ocorrer, pois o cálculo do valor total a ser recebido para a aquisição da alimentação escolar é feito com base no censo do ano letivo anterior. Assim, se uma escola pública tiver tido um acréscimo significativo de alunos de um ano para outro, o valor repassado pelo PNAE será insuficiente.

²⁹⁶ “Art. 6º – É facultado aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios repassar os recursos financeiros recebidos à conta do PNAE às unidades executoras das escolas de educação básica pertencentes à sua rede de ensino, observando o disposto nesta Lei, no que couber” (Lei nº 11.947/2009).

²⁹⁷ Súmula 209/STJ. - Compete à Justiça Estadual processar e julgar ação de ressarcimento movida por Município contra ex-prefeito, pela não aplicação de verbas federais repassadas por força de convênio, objetivando a estruturação de estabelecimento de ensino da municipalidade. - Ausência de manifestação de interesse da Autarquia Federal em ingressar no feito, tendo em vista que a verba pleiteada já está incorporada ao patrimônio municipal. - "Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal" - Súmula 209/STJ. - Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito de Nova Olinda do Norte.

3.1.11 Quanto ao Número Máximo de Alunos em Sala de Aula

Na ordem jurídica brasileira, há normas vigentes que disciplinam o número máximo de alunos por sala de aula no sistema público de ensino, partindo da orientação do art. 25 da LDB, que coloca como objetivo permanente das autoridades responsáveis alcançar relação adequada entre o número de alunos e o professor, a carga horária e as condições materiais do estabelecimento.

Havia entendimento de que esse número deveria ser estabelecido por cada sistema de ensino, à vista das condições disponíveis e das características regionais e locais, devendo o Promotor de Justiça requisitar inspeções pelos Conselhos Estaduais e Municipais de educação e até pelos Conselhos Tutelares existentes na área de sua atribuição.

Todavia, buscando qualidade na educação em todo o território nacional, a Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal brasileiro aprovou, no dia 16 de outubro de 2012, o Projeto de Lei 4.731/12, que estabelece um número máximo de alunos por turma nas escolas públicas.

A Comissão de Educação da Câmara dos Deputados aprovou o projeto, que fixaria em 25 o máximo de alunos na pré-escola e nos dois primeiros anos de Ensino Fundamental; e em 35 nos demais anos do Ensino Fundamental e no Ensino Médio. A matéria seguiu, em caráter conclusivo para a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Todavia, o projeto foi arquivado em 28 de junho de 2022²⁹⁸.

Antecipando-se à legislação nacional, porém, a ALEAM aprovou, no início de 2013, uma lei fixando o número máximo de alunos por sala de aula tanto para a rede pública, quanto para a rede privada de ensino. Do 1º ao 5º ano do Ensino Fundamental, o número máximo passa a ser de 25 alunos por sala de aula; do 6º ao 9º ano do Ensino Fundamental, de 30 alunos e, em se tratando de Ensino Médio, o número máximo é de 35 alunos.

Frise-se que tal previsão só se aplicaria às escolas estaduais e privadas, pois cada município tem competência para legislar com relação à sua respectiva rede pública de ensino municipal. Todavia tal projeto de lei não foi sancionado na Casa Civil, tampouco a Aleam reconheceu a sanção tácita e promulgou diretamente, como previsto nas Constituições federal e estadual.

A maior dificuldade para cumprir essas disposições consistiria no fato de que o Governo teria que construir novas escolas e novas salas de aula, o que redundaria em despesas não previstas

²⁹⁸ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/560047>. Acesso em: 30 out. 2023.

no planejamento orçamentário e financeiro, que somente poderão ser cumpridas após incluídas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e na Lei Orçamentária Anual (LOA) tais previsões legais orçamentárias a se aplicarem no ano subsequente. Posteriormente a isso, ainda viriam os demorados procedimentos licitatórios e a execução das respectivas obras, além da contratação de mais professores, que envolve também lento processo de concurso público e provimento de cargos públicos, o que leva tempo considerável.

Mais tarde, porém, foi editada a Lei nº 257, de 30 de abril de 2015²⁹⁹, dispondo sobre o número máximo de alunos em sala de aula nas redes pública e privada de ensino do Amazonas:

Art. 1º As escolas da Rede Pública e Privada de Ensino do Estado do Amazonas funcionarão com salas de aula em que o número máximo de alunos matriculados em cada uma seja o seguinte: I - para as salas de aula das cinco primeiras séries do 1.º a 5.º ano do ensino fundamental, até 25 alunos; II - para as salas de aula do ensino fundamental, de 6.º ao 9.º ano, até 30 alunos; III - para as salas de aula do ensino médio, até 35 alunos.

Dispõe, ainda, que o número de alunos poderá ser acrescido de 5 (cinco) alunos, no caso de classes das mesmas séries ali estabelecidas que funcionarem como cursos profissionalizantes. No caso de salas de aula onde haja classes multisseriadas, o número máximo de alunos será igual ao previsto no inciso I.

Em qualquer caso, a área das salas de aulas corresponderá a, no mínimo, 1 m² por aluno, ainda que, neste caso, o número máximo por sala se torne inferior ao estabelecido no art. 1º.

3.1.12 Quanto à Ausência de Professores ou à Falta de Qualificação Docente

Comprovada a falta de professores, surge o dever do Ministério Público de recomendar a realização de concurso público para nomeação, cabendo também na hipótese recomendação para contratação por excepcional interesse público (art. 37, XI da CRFB/1988), mas apenas pelo tempo necessário à realização do certame para que sejam efetuadas as nomeações, com a reposição de carga horária, situação que deve ser acompanhada de igual modo pelo Ministério Público, para que não ultrapasse o tempo razoável.

Acaso descumprida a recomendação ministerial, cabível a propositura de Ação Civil Pública com obrigação de fazer, conforme já reconhecido pela mais alta Corte do país, com base no direito fundamental e indisponível dos indivíduos que é a educação e por ser dever do

²⁹⁹ AMAZONAS. Lei nº 257, de 6 de maio de 2015. DISPÕE sobre o número máximo de alunos em salas de aula da Rede Pública e Privada de Ensino do Estado do Amazonas e dá outras providências. Disponível em: <https://sapl.al.am.leg.br/norma/9348>. Acesso em: 3 out. 2023.

Estado viabilizar o seu exercício pelo art. 205 da CRFB/1988, não se aplicando, sobretudo à educação infantil, a discricionariedade nem a subordinando ao pragmatismo governamental³⁰⁰.

Cabe ao membro do Ministério Público, ainda, verificar se os professores de determinado sistema de ensino são qualificados na forma descrita no art. 62, *caput*, da LDB³⁰¹. Sendo constatada a existência de professores não qualificados para lecionar em determinado nível de ensino ou para ministrar determinada disciplina, incumbe ao Promotor de Justiça recomendar a devida substituição e, se necessário, promover a devida Ação Civil Pública.

Em qualquer caso, para regularizar a oferta de ensino ou garantir quaisquer dos direitos previstos no art. 208 do ECA, poderá o Ministério Público e demais legitimados buscar a capacitação dos profissionais da educação, no sentido de garantir uma educação de qualidade à criança e/ou adolescente³⁰².

3.1.13 Quanto à Suspensão de Provas ou Retenção de Histórico e Outros Documentos Escolares por Motivo de Inadimplência

O Art. 6º da Lei nº 9.870/1999³⁰³ deixa claro ser vedada a aplicação de qualquer penalidade por motivo de inadimplência, citando expressamente a sanção de suspensão de provas escolares e a retenção de quaisquer documentos escolares.

Constatado o descumprimento, compete ao Promotor de Justiça expedir recomendação ou mesmo tomar medidas judiciais, impetrando Mandado de Segurança³⁰⁴ ou ajuizando Ação Civil Pública, conforme o caso.

Como esse tipo de conduta é praticado por escolas privadas, já que as escolas públicas são gratuitas, essa atribuição pode ser exercida, também, pela Promotoria de Proteção e Defesa do Consumidor, além da Promotoria de Justiça de Infância e Juventude (caso o aluno seja menor de idade), da Promotoria Especializada de Defesa do Direito à Educação (onde houver) ou, ainda, Promotoria de Defesa dos Direitos Constitucionais do Cidadão.

³⁰⁰ STF, RE 594018. AgR/RJ – Rio de Janeiro. Relator Ministro Eros grau. Julgamento: 23.06.2009. Segunda Turma).

³⁰¹ O art. 62 da LDB trata da formação de docentes para atuar na educação básica.

³⁰² LIBERATI, Wilson Donizete. Conteúdo material do direito à educação escolar. In: LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). Direito à educação: uma questão de justiça. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 2564.

³⁰³ BRASIL. Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999. Dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19870.htm. Acesso em: 3 out. 2023.

³⁰⁴ STJ, REsp 122.387/RJ, Rel. Ministro Salvo de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 01.09.1998, DJ 03.11.1998, p. 144).

3.1.14 Quanto à Ausência, Fornecimento Inadequado ou Uso Indevido do Transporte Escolar

Como já referenciado anteriormente, a concretização do direito à educação se perfaz pela garantia de outros complementos, no atendimento do educando em todas as etapas da educação básica, como já delineado quando tratada a questão do material didático, da merenda escolar e do fardamento, compondo esses itens, também, o transporte escolar.

O dever quanto ao fornecimento do transporte escolar pelo Estado decorre, ainda, do previsto no art. 208, § 1º da CRFB/1988, nos arts. 4º, 53, I e V, 54, § 1º da Lei 8.069/90 e arts. 10, VII da LDB.

Assim, o Poder Público deve fornecer obrigatoriamente o transporte escolar, independentemente do programa suplementar do governo federal – Programa Nacional de Transporte Escolar (PNATE) ou Programa Caminho da Escola –, pois existe a possibilidade de utilização dos recursos vinculados à educação para manutenção e desenvolvimento de programas de transporte escolar (art. 70, VIII da LDB³⁰⁵). Destaque-se que o PNATE só pode ser utilizado para alunos da área rural³⁰⁶.

Quando se tratar de área urbana, caso haja alguma localidade que não tenha escola próxima, o ente responsável tem obrigação de garantir o transporte escolar, seja disponibilizando veículo, seja concedendo passe estudantil para uso nas redes de transporte coletivo.

Estados e Municípios são responsáveis pelo transporte escolar dos alunos nas respectivas redes de ensino, mas podem autorizar o repasse do valor correspondente aos alunos da rede estadual diretamente aos respectivos Municípios, a fim de que estes providenciem o transporte dos alunos das escolas estaduais, por meio de convênio³⁰⁷.

Portanto, para fins de eventual responsabilização por falta ou fornecimento inadequado, é necessário primeiro estabelecer de quem seria a obrigação do transporte escolar.

³⁰⁵ O art. 70, VIII, da LDB considera o transporte escolar como despesa de manutenção e desenvolvimento do ensino para fins de atender aos 25% da receita de impostos, compreendida a proveniente de transferências (CRFB/1988, art. 212).

³⁰⁶ Nas comunidades ribeirinhas próximas à capital Manaus e no interior do estado do Amazonas é comum a utilização do transporte escolar fluvial, já tendo havido fiscalização por parte do Ministério Público, que instaurou procedimento investigatório e tomou as medidas cabíveis para que fossem sanadas as irregularidades encontradas (a exemplo do estudo de caso apresentado oralmente pela 58ª Promotoria de Justiça de Proteção e Defesa dos Direitos Constitucionais do Cidadão do MPAM na Oficina de Educação, realizada pelo Centro de Apoio Operacional, aos 25 de abril de 2013. Balanço disponível em: <https://www.mpam.mp.br/caopdc-atualidades/6300-2013-05-28-16-40-08>. Acesso em: 30 out. 2023.

³⁰⁷ Esse convênio será realizado nos termos do art. 9º da Resolução nº 14/2009 do FNDE.

No Amazonas, o transporte escolar rodoviário na área rural e o transporte escolar fluvial têm sido fiscalizados constantemente pelos membros do Ministério Público, tendo sido objeto de vários procedimentos administrativos pelas Promotorias de Justiça de Proteção e Defesa dos Direitos Constitucionais do Cidadão.

3.1.15 Quanto às Vagas em Creches e Escolas Públicas

No decorrer deste trabalho, já foi evidenciado que a educação básica – ensino obrigatório – deve ser garantida gratuitamente pelo Estado aos educandos dos 4 aos 17 anos de idade, bem como deve ser oferecida a todos que não tiveram acesso a ela na idade própria (art. 208, I da CRFB/1988).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive, atribui responsabilidade à autoridade pública competente que não oferecer o ensino obrigatório (art. 54, § 2º, do ECA).

Portanto, constitui direito da criança e dever dos Municípios a vaga na educação infantil, em creche ou pré-escola (§ 2º, do art. 211, da CRFB/1988)³⁰⁸, que obrigatoriamente devem disponibilizar vagas em unidades públicas ou, na impossibilidade, custear na rede privada, sempre que houver demanda. O STF confirmou decisão do Juízo da Infância e Juventude do Estado do Amazonas, em Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público amazonense, exatamente nesse sentido³⁰⁹.

Também haverá responsabilização dos pais ou responsáveis, caso não seja promovida a matrícula da criança a partir dos 4 anos de idade sem justa causa³¹⁰.

Outro direito importante da criança e adolescente é ser matriculado na escola pública mais próxima de sua residência (art. 4º, X, da LDB). Via de consequência, não sendo garantido tal direito, cumpre ao membro do Ministério Público promover as medidas administrativas e/ou judiciais cabíveis (Instauração de Preparatório e/ou Inquérito Civil, Requisição,

³⁰⁸ § 2º do art. 211 da CRFB/1988: “Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”.

³⁰⁹ STF, RE 1363549/AMAZONAS, Primeira Turma, Relator Ministro Alexandre de Moraes, DJe de 06/05/2022. No mesmo sentido: STF, RE nº 464143/SP-AgR, Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJe de 19/02/2010; ADPF 45/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Pleno, Informativo do STF nº 345/2004. Decisões Monocráticas no mesmo sentido: STF, AI nº 646.079/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 28/11/2008 e AI nº 725.891/SC, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 10/10/2008. Decisões de Tribunais Estaduais: TJRS. Apelação Cível nº 70038524773, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 20 de outubro de 2010.

³¹⁰ Art. 246 do Código Penal: “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar. Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa”.

Recomendação, Notificação para oitiva das autoridades, Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Ação Civil Pública com obrigação de fazer e antecipação de tutela).

No capital do estado do Amazonas há um “Sistema de Matrícula Integrado”, entre Estado e Município de Manaus. Assim, não havendo vaga na escola mais próxima da residência, o sistema acusa onde há vaga, sendo o educando encaminhado para outra a escola mais próxima do local, seja da rede municipal ou estadual.

3.1.16 Quanto ao Desvio de Verbas Educacionais

O desvio de verbas públicas está presente em todos os setores do Poder Público, inclusive na área da educação, o que pode ser constatado pelo expressivo número de prestações de contas consideradas irregulares pelos tribunais de contas e pela considerável quantidade de decisões judiciais de responsabilização e ressarcimento ao erário.

Ocorrendo tal hipótese, cabe a responsabilização penal e civil da autoridade e demais envolvidos, devendo ser reproduzidos os autos de prestação de contas julgadas irregulares para encaminhamento às Promotorias Criminais, assim como para as Promotorias responsáveis pela defesa do patrimônio público, para promoção da devida Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa. Nesse caso, o ressarcimento ao erário só é cabível se ainda não executada a decisão do Tribunal de Contas, que constituem título executivo extrajudicial, pela respectiva Procuradoria estadual ou municipal, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado cobrar duas vezes o ressarcimento.

Caso tenha sido apurado o desvio pelo próprio Ministério Público, por meio de Inquérito Civil ou Procedimento Investigatório Criminal, devem ser encaminhadas cópias para distribuição a outra área, cível ou criminal, dependendo de quem investigou o caso, para apuração das diferentes espécies de responsabilidade cabíveis à espécie. Nas Comarcas onde existe apenas um membro do Ministério Público, essa formalidade não se faz necessária, já que terá atribuição para apurar e processar ambas as responsabilidades.

Súmula pelo STJ foi editada no sentido de que, no caso do desvio de verbas do FUNDEB, havendo complementação por parte da União, a competência para conhecer e julgar é da Justiça Federal³¹¹. Todavia, existe posicionamento diverso do STF de que os Ministérios

³¹¹ Súmula 208 do STJ – Compete à Justiça federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal.

Públicos Federal e Estadual podem agir em litisconsórcio ativo facultativo ou isoladamente, na Justiça Federal ou na Justiça Estadual, indistintamente, na defesa de interesses sociais³¹².

Assim o membro do Ministério Público poderá adotar qualquer um dos dois posicionamentos, no primeiro caso encaminhando as peças informativas ao MPF e, no segundo, buscando a parceria com o MPF para promover medidas em litisconsórcio ativo ou, ainda, agindo isoladamente.

Foi elaborada Cartilha³¹³ de coautoria do Ministério da Educação, do CNPG e do Fórum Nacional de Coordenadores de Centros de Apoio da Infância e Juventude e de Educação dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal (FONCAIJE), que orienta o membro do Ministério Público para o acompanhamento do FUNDEB.

Esse documento de orientação toma por base as principais irregularidades até então detectadas no FUNDEB, como sendo: 1) criação ou composição irregular do Conselho do FUNDEB; 2) não disponibilização dos demonstrativos gerenciais mensais ao Conselho do FUNDEB; 3) não criação ou implantação do Plano de Carreira dos Profissionais da Educação Básica; 4) não utilização efetiva da conta única específica do FUNDEB; 5) atraso no pagamento da remuneração dos profissionais do magistério e demais profissionais da educação; 6) não cumprimento do percentual mínimo de 60% na remuneração dos profissionais do magistério em efetivo exercício na educação básica pública presencial, no respectivo âmbito de atuação prioritária; 7) pagamento, com recursos do FUNDEB, da remuneração de profissionais alheios às atividades da educação básica pública; 8) aplicação de recursos do FUNDEB em ações que são caracterizadas como manutenção e desenvolvimento da educação básica pública (despesa que não se enquadra na lista do art. 70 da LDB); 9) não utilização integral dos recursos no exercício financeiro correspondente; 10) não aplicação financeira dos recursos disponíveis na conta única e específica do Fundo há mais de 15 dias; e 11) não destinação da parcela referente à dívida ativa relativa aos impostos que compõem a cesta do FUNDEB.

No caso de desvio de verbas federais educacionais oriundas de outras transferências, a exemplo do PNAE, PDDE, PNATE, a competência para processar e julgar é da Justiça Federal. Todavia, se a verba houver sido aplicada ao fim a que se destinava, mas houve desvio de verbas já incorporadas ao patrimônio do ente municipal, com prestação de contas ao Tribunal de

³¹² Ação Cível Originária nº 1.020-5/SP, julgada em 8 de outubro de 2008, Relatora: Ministra Carmem Lúcia.

³¹³ O texto integral da Cartilha se encontra disponível no Portal do Ministério da Educação, especificamente em: http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/subsidios_mp_fundeb.pdf. Acesso em: 30 out. 2023.

Contas regional, aplica-se a já referida Súmula 209 do STJ, passando a ser competência da Justiça Estadual.

Um exemplo clássico de incorporação ao patrimônio municipal da verba federal transferida e, conseqüentemente, caracterização da competência da Justiça Estadual, ocorre quando os recursos transferidos pela União forem corretamente aplicados na merenda escolar, mas um candidato a reeleição para a Prefeitura distribui cestas básicas à população, visando captação de votos. O dano será configurado ao patrimônio municipal, na medida em que a verba transferida já tinha sido utilizada na sua finalidade e, portanto, incorporada ao patrimônio municipal, cabendo ao Ministério Público Estadual atuar no caso.

Importante ressaltar, ainda, que CNMP editou a Recomendação nº 44, de 27 de setembro 2016, dispondo sobre a atuação do Ministério Público no controle do dever do gasto mínimo em educação, com importantes previsões de caráter orientador.

3.1.17 Quanto à Educação desde a Pandemia de Covid-19

A atuação do MPAM na Educação no contexto da Pandemia de Covid-19 foi bastante significativa. A começar pela Recomendação 001/20-GT-COVID para cumprimento de protocolos sanitários pelas redes públicas de ensino, com a possibilidade de suspensão das aulas (março/2020). Houve a instauração de procedimento para verificar a garantia do direito à educação durante as aulas não presenciais. O CNE editou a Resolução 30, orientando sobre as ferramentas para aulas não presenciais. A rede estadual usou a TV e não a internet, mais especificamente a TV Encontro das Águas.

Além disso, houve a instauração de procedimentos para verificar a garantia da distribuição dos gêneros da merenda escolar, por meio da expedição da Recomendação 001/20 MPE/MPF, encaminhada a ambas as secretarias, para a devida distribuição (abril/2020).

Além disso, a rede municipal, em março de 2020, criou o Programa “Nossa Merenda”, que consistia em um auxílio de segurança alimentar para alunos matriculados na rede e registradas no Cadastro Único da Secretaria Especial de Desenvolvimento Social, no valor correspondente a R\$ 50,00 por aluno. Posteriormente, com a promulgação da Lei nº 13.987/2020³¹⁴, também foi criado o programa “Hora da Merenda”, para atender com distribuição

³¹⁴ BRASIL. Lei nº 13.987, de 7 de abril de 2020. Altera a Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009, para autorizar, em caráter excepcional, durante o período de suspensão das aulas em razão de situação de emergência ou calamidade pública, a distribuição de gêneros alimentícios adquiridos com recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) aos pais ou responsáveis dos estudantes das escolas públicas de educação básica.

de kits com gêneros para todos os alunos da rede municipal, entregues aos pais, com agendamento nas escolas.

A 55ª Promotoria de Justiça fez o acompanhamento com audiências por videoconferência com os responsáveis, para verificar o percentual atendido, dentre os 242 mil alunos totais. As videoconferências contaram com a participação de um representante do FNDE, que fez esclarecimentos sobre as dúvidas.

O Ministério Público da área da Educação se aproximou muito mais dos conselhos de educação e dos conselhos de alimentação escolar durante o período pandêmico, com a participação destes em todas as audiências realizadas. A articulação foi feita por meio dos aplicativos de mensagens instantâneas e videoconferências WhatsApp e FaceTime, com o intuito de agilizar as informações e acompanhamentos.

Ademais, foi expedida uma recomendação sobre o retorno gradual das aulas e providências sanitárias e de assistência social, em 17 de junho de 2020. Bem como garantido o atendimento prioritário aos alunos imigrantes (venezuelanos e haitianos) da rede estadual, inclusive monitorando os locais onde eles moram, quantidades e percentuais atendidos.

Foi feita orientação técnica aos colegas do interior a respeito da distribuição dos gêneros da merenda escolar. O documento foi elaborado após discussões com colegas de outros estados acerca de suas atuações no grupo de WhatsApp da Comissão Permanente da Educação (COPEDEC), do GNDH. A atuação foi preventiva, tendo em vista que a preocupação com a segurança alimentar de crianças e adolescentes era recorrente em todos os municípios do Amazonas, devido à escassez de alimentos e de políticas assistenciais, que fizeram com que a distribuição da merenda representasse, nesse momento, o suporte nutricional necessário.

Além disso, houve uma preocupação com os professores contratados, considerando que alguns gestores estavam rescindindo os contratos temporários. Uma articulação foi feita com o Tribunal de Contas do Estado (TCE), no sentido de ser elaborada a Orientação Técnica nº 1/2020, aos gestores, para não rescindirem os contratos, por se tratar de uma situação emergencial da pandemia (força maior), não sendo razoável nem oportuno dispensar tais profissionais antes do término do contrato, por razões que eles não deram causa.

Por fim, várias foram as implicações à área da Educação. Face às dificuldades financeiras das famílias durante a pandemia, a rede pública recebeu uma alta demanda por matrícula de alunos. Mas não se alcançou a sua universalização, considerando a multiplicidade

de realidades. Houve demora de definições pelo Ministério da Educação (MEC) e pelo CNE. Faltou estrutura e apoio tecnológico em muitas escolas, além do desconhecimento de utilização de ferramentas tecnológicas por parte dos professores e da intensificação da evasão escolar.

Quanto às instituições privadas de ensino, foi ajuizada contra o Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino Privado do Estado do Amazonas (SINEPE-AM) e suas instituições correlatas a Ação Civil Pública nº 0653230-19.2020, que tramita na 13ª Vara Cível de Manaus e teve deferido parcialmente o pedido de tutela de urgência, concedendo o percentual de 20% de desconto nas mensalidades escolares. A ação conjunta entre a Defensoria Pública do Estado (DPE), MPE e Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Amazonas (CDC-ALEAM) recorreu do percentual ajustado pela Justiça.

Também foram igualmente distribuídas as Instituições de Ensino Superior (IES), entre as três promotorias de consumidor. As IES foram acompanhadas, sob o mesmo objeto, através de IC, a partir do qual foram buscadas informações sobre a plataforma de ensino à distância utilizada, a política de desconto aplicada, a existência de canal de atendimento com os alunos, até mesmo buscando a apresentação da planilha de custos previstos e realizados.

3.2 A Atuação do Ministério Público Brasileiro na Área da Saúde Pública

A CRFB/1988 erigiu o Direito à Saúde³¹⁵ a direito fundamental e a um direito de todos, devendo ser prestado por todos os entes da Federação³¹⁶ dentro do SUS, com o qual o cidadão não precisa mais contribuir diretamente para o seu usufruto, mas gozá-lo em troca dos tributos gerais que já paga ao Estado ou deles é isento, por fazer parte de um grupo de pessoas menos favorecidas, que precisam ser incluídas nos direitos inerentes à cidadania.

Assim, ao desvincular previdência³¹⁷ e saúde, a CRFB/1988 consagrou que, independentemente de vínculo empregatício ou de contribuir financeiramente para obter o

³¹⁵ A Organização Mundial de Saúde (OMS) define a saúde como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades".

³¹⁶ A responsabilidade solidária entre a União, Estado (incluído o DF) e Municípios na prestação dos serviços de saúde já foi reconhecida pelo STF. Vide voto na STA 175, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, disponível em seu inteiro teor em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf> e precedentes citados no referido voto. Acesso em: 30 out. 2023.

³¹⁷ No sistema anterior à CRFB/1988, a contribuição descontada do salário do trabalhador subsidiava tanto os benefícios previdenciários (por exemplo, a aposentadoria), quanto os serviços públicos de saúde. A partir do sistema adotado pela CRFB/1988, qualquer pessoa pode utilizar os serviços públicos de saúde, mesmo que não tenha vínculo empregatício. Esse foi o marco, também, para desobrigar o Estado a oferecer serviço de saúde aos seus servidores, passando a ser facultativa essa concessão (Por exemplo: o Estado do Amazonas não oferece serviço de saúde aos servidores estaduais; o Município de Manaus, todavia, oferece serviço de saúde aos seus servidores municipais).

serviço, como no sistema anterior, qualquer cidadão passou a ter direito a usufruir do serviço de saúde pública, que integra o mínimo existencial^{318,319} que o Estado tem que ofertar, em troca de parcela de sua liberdade, para que a pessoa possa exercer sua cidadania de forma plena.

O Estado, todavia, se instado por medicamentos que não constam dos protocolos^{320,321}

³¹⁸ De acordo com o artigo 7º, IV, da CRFB/1988, o mínimo existencial seria o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida com dignidade, tais como a saúde, a moradia e a educação fundamental. Violar-se-ia, portanto, o mínimo existencial quando da omissão na concretização de direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, onde não há espaço de discricionariedade para o gestor público. Torna-se importante, pois, que se amplie, ao máximo, o núcleo essencial do direito, de modo a não reduzir o conceito de mínimo existencial à noção de mínimo vital. Ressaltando-se que, se o mínimo existencial fosse apenas o mínimo necessário à sobrevivência, não seria preciso constitucionalizar o direito social, bastando reconhecer o direito à vida (SILVA, Jussara Maria Pordeus e. Trecho da introdução ao “Plano Estadual de Atuação do MP na Saúde Pública do MP do Estado do Amazonas”, de minha autoria na qualidade de então Coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção e Defesa dos Direitos Constitucionais do Cidadão, elaborado aos 17 de março de 2013).

³¹⁹ “[...] defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial” (Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes prolatado na STA 175, disponível em seu inteiro teor em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023).

³²⁰ “[...] o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. [...] Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação”. [...] Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia (Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, prolatado na STA 175, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>, Acesso em: 30 out. 2023).

³²¹ “O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial” (Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, prolatado na STA 175, disponível em seu inteiro teor em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023).

e diretrizes terapêuticas do SUS³²²,³²³ ou fármaco não registrado ou autorizado pela ANVISA³²⁴, desabastecimento de medicamentos e material cirúrgico das unidades de saúde, tratamentos fora do domicílio, falta de leitos para internações, melhoria da qualidade dos serviços de saúde prestados, ampliação dos serviços para fazer face à demanda, habitualmente se contesta com os argumentos: princípio da separação de poderes³²⁵, discricionariedade³²⁶,

³²² “Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro. Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los” (Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, STA 175, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023).

³²³ “Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa. Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada” (Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, STA 175, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023).

³²⁴ O registro do medicamento na ANVISA é exigido, como garantia da saúde pública, inclusive para produto importado, excepcionada apenas a autorização para o Ministério da Saúde para produto importado a ser utilizado em programas de saúde pública. “... é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA” (Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes prolatado na STA 175, disponível em seu inteiro teor em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023).

³²⁵ Ao argumento de que as normas de direitos sociais não são autoaplicáveis, dependendo de ações estatais (quando a política pública é prevista em lei) ou do legislativo (quando não existe lei estabelecendo a política pública), é comum os entes federativos se utilizarem do princípio da separação de poderes, dentre outros fundamentos, ao se insurgirem contra decisões judiciais que determinam a efetivação ou concretizam políticas públicas. Esse princípio já foi objeto de comentários no capítulo desta tese que trata do Ativismo Judicial. Na verdade, Luiz Roberto Barroso aponta dois entendimentos sobre a aplicação dos direitos sociais. O primeiro, nega a possibilidade de atuação judicial por ausência de legitimidade democrática para decidir sobre questões referentes à saúde, porque somente ao povo caberia decidir como os recursos devem ser gastos (recursos provenientes do cidadão) ou por meio de seus representantes eleitos (os juízes no Brasil não são eleitos pelo voto popular); o segundo, que pode ser visto como decorrente do primeiro, nega a prerrogativa do Judiciário de aplicar eficácia imediata aos direitos à saúde, porque, ao interpretar literalmente os preceitos constitucionais, estará adotando o preceito institucional da isonomia. Segundo Ingo Sarlet, a base teórica dessa corrente é o princípio da separação dos poderes, atribuição exclusiva do poder estatal (Legislativo e Executivo) de decidir sobre a destinação dos recursos públicos, sobretudo no que diz respeito às políticas públicas que causam impacto na elaboração do orçamento público (BARROSO, Luiz Roberto. *Da Falta de Efetividade a Judicialização Excessiva: Direito à Saúde Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros Para a Atuação Judicial*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009).

³²⁶ “A atuação discricionária da Administração Pública somente tem lugar quando a própria norma que lhe atribui um mandamento permite ao administrador adotar mais de um comportamento para a consecução de determinado fim. No cumprimento desse mister, decerto que a conduta da Administração Pública não está totalmente relegada à arbitrariedade do administrador, mas, diversamente, deve buscar a solução facultada pela norma que mais se aproxime da finalidade por ela almejada. Vale dizer, no âmbito da discricionariedade, a liberdade do administrador não é plena e irrestrita, porquanto condicionada à satisfação do objetivo que fundamenta a existência do ato que lhe deu origem” (PEREIRA, André Luiz Berro. *O controle judicial sobre as políticas públicas de saúde. Quando não é viável a aplicação da reserva do possível?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2666, 19 out. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17640>. Acesso em: 30 out. 2023).

falta de previsão orçamentária³²⁷ e, ainda, a reserva do possível³²⁸.

A atuação do Ministério Público brasileiro na saúde, porém, só ganhou força na década de 1990, com a implementação do SUS e após a 10ª Conferência de Saúde, ocorrida no ano de 1996, haver deliberado que os gestores do SUS e os Conselhos de Saúde deveriam exigir do Ministério Público a defesa do Sistema³²⁹.

Essa demanda gerou a criação, em diversos Ministérios Públicos estaduais, das Promotorias Especializadas na proteção e defesa da saúde pública, alguns até se antecipando à proposição da Carta de Palmas³³⁰ nesse sentido, elaborada em 1998 pelo CNPG, na qual foram definidas algumas diretrizes institucionais para a área da saúde.

A partir da Carta de Palmas, foi criada a Comissão Permanente da Defesa da Saúde (COPEDES), no âmbito do CNPG, com a presença de Procuradores de Justiça, Promotores de Justiça e Procuradores de República convidados, visando assegurar a atuação do Ministério Público na tutela das relações da saúde.

Foi instituído, então, um Cadastro Nacional de instrumentos jurídicos utilizados pelo Ministério Público na mediação e resolução de conflitos, tanto na esfera judicial, quanto extrajudicial, a conter desde as ações civis públicas ou coletivas ajuizadas, como os termos de compromissos e ajustamentos de condutas firmados, dentre outros, decorrentes da tutela da saúde pública³³¹.

³²⁷ Não obstante um dos limites impostos pelo próprio STF ao ativismo judicial, trazidos no respectivo capítulo desta tese que trata especificamente do tema, seja a previsão orçamentária, em matéria de saúde tal exigência tem sido flexibilizada pela Corte Suprema. Nesse sentido, vide as seguintes decisões de efetivação do direito à saúde de relatoria do Ministro Gilmar Mendes: no primeiro julgado, o cerne da questão era o mínimo existencial (STA 238); no segundo, a análise girava em torno da reserva do possível (STA 278), comentadas no seu blog jurídico, de forma brilhante, pelo Juiz Federal e Professor de Direito Constitucional, George Marmelstein. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/10/27/minimo-existencial-reserva-do-possivel-e-direito-a-saude/>. Acesso em: 30 out. 2023.

³²⁸ A cláusula de reserva do possível, que na sua origem foi utilizada pelo Tribunal Constitucional Alemão para afirmar que existem pleitos não razoáveis (no caso em que foi decidido pela possibilidade de se restringir o acesso aos cursos de Medicina) e que os direitos sociais de participação nos benefícios estatais se encontram sob a reserva do possível, é bastante criticada no Brasil porque, na maioria das vezes, está relacionada à falta de recursos do Estado para efetivar direitos sociais e, sobretudo, à falta de previsão orçamentária e ao possível financeiro. Todavia, paradigmática a decisão do Ministro Gilmar Mendes ao indeferir Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada proferida a favor do MPF e contra a União Federal, Estado do Ceará e Município de Fortaleza, na medida em que foram confrontados os princípios do mínimo existencial com o da reserva do possível em um caso concreto, decidindo-se no sentido de que fosse fornecido medicamento que não constava dos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, a uma menor portadora de doença degenerativa crônica que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos (STA 175).

³²⁹ FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. Desafios da Promotoria na Saúde Coletiva. In: FARIAS, Cristiano Chaves et al. (Org.). Temas Atuais do Ministério Público. 3ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 408.

³³⁰ Disponível em: <https://www.mpce.mp.br/pro-saude/cartas-e-declaracoes-em-defesa-da-saude/carta-de-palmas-em-defesa-da-saude/>. Acesso em: 30 out. 2023.

³³¹ As questões de saúde privada são tuteladas pelo Ministério pelas Promotorias de Proteção e Defesa ao Consumidor, tão somente no interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo.

No Amazonas o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Proteção e Defesa dos Direitos Constitucionais do Cidadão deu início a esse levantamento e disponibilização virtual para subsidiar o trabalho dos membros que atuam no interior do Estado.

Partindo dessa deliberação, também, foi efetivado o acompanhamento sistemático dos recursos relativos à saúde pública no país, para o qual se procurou obter todas as informações prévias do Ministério da Saúde e a contrapartidas dos Estados e Municípios. Essa estratégia acaba abrangendo, também, as deliberações dos Conselhos de Saúde, considerando praxe terem competência para aprovação de recursos públicos, a gerar responsabilidade solidária.

Em decorrência desse compromisso, foi recomendado aos membros do Ministério Público efetiva fiscalização dos órgãos federais, estaduais e municipais, propugnando pela remessa aos Promotores de Justiça de peças informativas, autos de infração, laudos, exames, perícias e outros que proporcionem o conhecimento de ofensas aos direitos à saúde. A atuação dos Tribunais de Contas tem sido muito importante para subsidiar este trabalho.

Foi sugerida, de igual modo, a exigência, em audiência pública, da apresentação de relatórios de gestão, que deveriam indicar o cumprimento de metas do Plano de Saúde, nos termos do art. 12, da Lei nº 8.689/1993³³².

Aos Ministérios Públicos que ainda não tivessem instituído Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde ou outros órgãos com atribuições equivalentes, nos moldes sugeridos pela X Conferência Nacional de Saúde, deveriam fazê-lo, prestigiando, assim, a metodologia de planejamento estratégico da “especialidade”, medida essa a tornar mais efetivo o desempenho ministerial na busca de “resultados” mais eficazes às demandas sociais de saúde pública.

Seguindo recomendação extraída dessa Conferência, foram criadas duas Promotorias de Proteção e Defesa da Saúde que, apesar de terem sofrido transformações posteriores (retrocesso de retorno a atribuição genérica de cidadania), foram novamente especializadas e são órgãos de execução que tiveram um relevante papel durante a pandemia de Covid-19, atuação essa a qual será dado destaque na parte deste trabalho que trata dos instrumentos de atuação na prática.

Chegou a ser recomendada a criação de Procuradorias de Justiça³³³ especializadas na área de interesse coletivos, com regras de atuação específicas nos feitos, inclusive assegurando

³³² BRASIL. Lei nº 8.689, de 27 de julho de 1993. Dispõe sobre a extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps) e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8689.htm. Acesso em: 3 out. 2023.

³³³ As Procuradorias de Justiça são órgãos de execução do Ministério Público que atuam em 2º Grau (grau de recurso ou de conhecimento das ações originárias dos Tribunais, como são os mandados de segurança contra autoridade que detenha privilégio de foro, a exemplo dos Secretários de Estado da Saúde).

suporte técnico aos seus integrantes e operacionalização de mecanismos de interação com os Centros de Apoio e com membros das Promotorias de Justiça..

Procedeu-se a sugestão, por fim, da Instituição do Fundo de Financiamento de Perícias e Pesquisas Técnicas, na estrutura organizacional de cada Ministério Público, com recursos oriundos de dotação orçamentária e de outras fontes.

Ainda tendo como objeto o SUS, foi produzida a Carta de Salvador em 2004³³⁴, originada a partir do que foi discutido no Encontro do Ministério Público em Defesa da Saúde, em que foi ratificada a Carta de Palmas e acrescentadas novas diretrizes.

Foi recomendada então, a elaboração de Planos Institucionais com diretrizes, metas e prazos que priorizem a atuação do Ministério Público em Defesa da Saúde³³⁵. Devendo ser priorizada, no âmbito do Ministério Público, as ações coletivas em defesa da saúde.

A promoção da educação permanente em saúde de membros do Ministério Público (cursos de atualização e aperfeiçoamento) e de Conselheiros de Saúde (palestras e orientações), bem como a realização de fóruns intersetoriais, articulando outros segmentos da sociedade, passaram a ser recomendadas. Ainda com relação a educação em matéria de saúde, foi sugerida, de igual modo, a inclusão de conteúdos específicos de saúde nos programas para os concursos públicos para ingresso na carreira do Ministério Público.

A fiscalização do orçamento e financiamento do Sistema Único de Saúde nas três esferas governamentais foi mantida como prioridade, com recomendação especial quanto à garantia da implementação da Emenda Constitucional nº 29/2000³³⁶, promovendo as medidas cabíveis para assegurar a regular aplicação dos recursos.

Foi mantida também a recomendação de realização de audiências públicas periódicas para prestação de contas dos gestores perante os Conselhos de Saúde e instâncias legislativas (art. 12, da Lei nº 8.689/1993).

Um ponto bastante importante e norteador foi eleger como prioridade – dentro da atribuição de fiscalização do acesso aos serviços e ações de saúde, respeitados os princípios da

³³⁴ Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Carta_Salvador_2000.pdf. Acesso em: 30 out. 2023.

³³⁵ No âmbito do MPAM, o Plano de Atuação Ministerial na Saúde foi elaborado apenas em março de 2013.

³³⁶ BRASIL. Emenda constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

universalidade, integralidade e resolutividade – a execução das ações e serviços de saúde, especialmente na Atenção Básica³³⁷.

A fiscalização do provimento dos cargos dos profissionais de saúde e seus respectivos Planos de Carreira, bem como o incremento das ações de Vigilância Sanitária e Epidemiológicas e a qualificação dos profissionais do SUS para o diagnóstico, tratamento e encaminhamento adequado de grupos específicos, tais como trabalhadores, idosos, crianças, mulheres, negros, indígenas e pessoas portadoras de deficiência, foram previstos como metas.

Fomentar a atualização dos dados do Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS)³³⁸ por parte dos entes federados e a imediata implantação do Cartão Nacional do SUS³³⁹, de modo a garantir maior transparência ao Sistema e melhor alocação dos seus recursos, foi outra recomendação sugerida.

Por fim, o fomento à aplicação da Lei nº 10.216/2001³⁴⁰, foi estabelecido como meta na Carta de Salvador. Dois anos depois, foi elaborado o principal compromisso dos Ministérios Públicos Estaduais para com a Saúde Pública, a saber, o Plano Nacional de Atuação Ministerial em Saúde Pública, aprovado pelo CNPG em 2006^{341,342}.

³³⁷ Importante diretriz a de priorizar a atenção básica da saúde, considerando que, se bem prestada, tende a diminuir a demanda de casos de média e alta complexidade.

³³⁸ “O SIOPS desde a sua criação, em 2000, constitui instrumento para o acompanhamento do cumprimento do dispositivo constitucional que determina aplicação mínima de recursos em ações e serviços públicos de saúde, tendo sido reconhecido seu papel na própria LC 141/2012, que o elege para tal. Até o exercício de 2012 são trabalhadas duas versões do programa para os entes federados: uma semestral e uma anual. [...] A partir do exercício 2013, o registro de dados passa a ser bimestral e obrigatório, conforme determina a LC 141/2012. O SIOPS faculta aos Conselhos de Saúde e à sociedade em geral a transparência e a visibilidade sobre a aplicação dos recursos públicos. Constitui importante instrumento para a gestão pública em saúde, pois a partir das informações sobre recursos alocados no setor, têm-se subsídios para a discussão sobre o financiamento e planejamento do SUS” (Informação disponível no Portal da Saúde do Ministério da Saúde, disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/aceso-a-informacao/siops>. Acesso em: 30 out. 2023).

³³⁹ O Cartão Nacional de Saúde é um instrumento que possibilita a vinculação dos procedimentos executados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) ao usuário, ao profissional que os realizou e também à unidade de saúde onde foram realizados. Para tanto, é necessária a construção de cadastros de usuários, de profissionais de saúde e de unidades de saúde. A partir desses cadastros, os usuários do SUS e os profissionais de saúde recebem um número nacional de identificação (Informação do Portal da Saúde do Ministério da Saúde, disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/cns>. Acesso em: 30 out. 2023).

³⁴⁰ BRASIL. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm. Acesso em: 30 out. 2023.

³⁴¹ Texto integral do Plano Nacional de Atuação Ministerial em Saúde Pública disponível em: <https://site.mppr.mp.br/saude/Pagina/Plano-Nacional-de-Atuacao-Ministerial-em-Saude-Publica>. Acesso em: 30 out. 2023.

³⁴² Esse importante instrumento de planejamento nacional de atuação acabou despertando a necessidade da elaboração de planos nacionais de atuação que abrangessem outras áreas, a exemplo do que está sendo elaborado, com a participação e experiência de membros especializados dos Ministérios Públicos estaduais e federal, que vêm atuando na respectiva matéria, para o campo da educação.

Preambularmente, a COPEDES deliberou que os movimentos institucionais do Ministério Público deveriam imprimir precedência de atuação na área de atenção coletiva à saúde e, nela, destacar a atenção básica e os cuidados necessários específicos às populações mais vulneráveis. Também analisou e concluiu que o modelo de gestão de saúde pública adotado no Brasil contraria a CRFB/1988, da feita que é morboocêntrico, ou seja, ordenado e organizado para a recuperação da saúde e seu respectivo custeio.

A Comissão entendeu ser evidente o iminente esgotamento dessa fórmula administrativa, considerando serem descuradas as devidas ações do Poder Público voltadas para medidas de prevenção, como determina o art. 198, II, da CRFB/1988.

Por outro lado, levantou-se também que vários fatores levam a crer em aumento de demanda em um curto espaço de tempo, provocando impacto nas atividades do Ministério Público, que deve ter um modelo organizativo que corresponda aos efeitos que serão gerados na sua estrutura, além das necessárias articulações entre os membros dos Ministérios Públicos especializados em matéria de saúde e convergência de ações.

Uma avaliação de atuação permanente foi proposta, não apenas em relação à qualidade de produtos jurídicos gerados na área, como também o efetivo impacto positivo das ações ministeriais nos indicadores sociais e sanitários.

Algumas diretrizes foram fixadas no Plano Nacional de Atuação do Ministério Público na Saúde a pautar a atuação na área da saúde: 1) busca da realização e proteção objetiva do direito humano à saúde, como fator indutor de cidadania e de dignidade da pessoa (art. 1º, incisos II e III, CRFB/1988); 2) agir pela solidificação do direito à saúde como sendo um estado de pleno bem-estar físico, mental e social (Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, Alma Ata, 12 de setembro de 1978, OMS); 3) contribuir, especialmente, para a concretização do direito à saúde na sua dimensão coletiva (art. 6º, CRFB/1988); e 4) no âmbito do SUS, promover a observância dos seguintes princípios (art. 7º, da Lei nº 8.080/1990³⁴³).

Foram eleitos princípios no Plano Nacional a nortear a atuação do Ministério Público na seara da saúde pública: 1) a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; 2) integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; 3) preservação da autonomia das

³⁴³ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 30 out. 2023.

peessoas na defesa de sua integridade física e moral; 4) igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; 5) direito à informação, às pessoas assistidas sobre sua saúde; 6) divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; 7) utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; 8) participação da comunidade; 9) descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; 10) integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; 11) conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; 12) capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e 13) organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos (Leis nº 8.080/1990 e nº 8.142/1990).

Para o alcance das diretrizes e cumprimento dos princípios apontados, o Plano Nacional de Atuação também previu as estratégias a serem adotadas em vários níveis operacionais, a saber: 1) Conselho Nacional de Procuradores Gerais; 2) Procurador-Geral da República e Procuradores-Gerais de Justiça nos respectivos Estados-Membros; 3) Comissão Permanente de Defesa da Saúde; 4) Centros de Apoio Operacionais ou órgãos correlatos; e 5) Pelos Órgãos de Execução em relação a vários aspectos da educação.

Este trabalho se limitou a analisar as estratégias recomendadas aos órgãos pertencentes aos Ministérios Públicos Estaduais (Procurador-Geral de Justiça, Centro de Apoio Operacional e aos Promotores de Justiça responsáveis pela atuação na área da saúde), que seriam aplicáveis ao Ministério Público objeto de nosso estudo, que é o MPAM.

Ao Procurador-Geral de Justiça, Chefe da instituição ministerial a nível estadual, foi recomendado, como incumbência: 1) Criar e prover Promotorias de Justiça e Procuradorias da Saúde, na forma prevista na Carta de Palmas de 1998, no que for cabível, observadas as peculiaridades de cada Instituição; 2) Criar e prover Centros de Apoio Operacionais de Saúde ou órgãos equivalentes, para que se proporcione o devido suporte técnico aos órgãos de execução; 3) Inserir a disciplina de direito sanitário no elenco daquelas exigidas em concursos públicos para ingresso na carreira, propiciando, outrossim, avaliação acerca do preparo nesse campo jurídico dos futuros Membros da Instituição; 4) Impulsionar a integração entre os órgãos ministeriais que atuam em primeiro e segundo grau de jurisdição, bem assim com o Poder Judiciário, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil e demais entes com atribuição

na área, bem assim com representações da sociedade civil; 5) Observadas as possibilidades de cada Ministério Público, constituir banco de dados informatizado de ações propostas pelos órgãos de execução, no intuito de assegurar o compartilhamento de informações e homogeneidade de atuação, nele constando, também, nome, endereço eletrônico e telefone funcional de todos os representantes do Ministério Público que atuam em saúde, de forma a possibilitar a sua interligação nacional, em arquivo eletrônico geral, sob a supervisão da COPEDS e avaliação do CNPG; 6) Formalizar convênios ou termos de cooperação com os órgãos públicos de investigação, controle e auditoria, objetivando subsidiar a intervenção Institucional; 7) Obedecidos critérios locais, ensejar a criação de programa destinado à avaliação de resultados da ação ministerial em saúde, através dos quais seja possível, quando necessário, efetuar as devidas adequações, bem como apresentar tais quantitativos à sociedade; e 8) Promover a incorporação, como cabível, do conteúdo do Plano nos respectivos planos de metas ministeriais.

Aos Centros de Apoio Operacional ou Coordenações das Promotorias que atuem na proteção e defesa da saúde pública, foi recomendado: 1) Apresentar à COPEDS elementos para discussão e elaboração conjunta de agenda anual de trabalho, propostas de intervenção temática, bem assim sugestões para atualizações do Plano Nacional; 2) Conformar o conteúdo do Plano à política ministerial de atuação em saúde, como cabível e atendidas as peculiaridades locais; 3) Estabelecer, quando cabível, intercâmbio permanente com as Secretarias de Saúde, visando acompanhar os sistemas de controle e avaliação de responsabilidade do Estado quanto à sua observância às políticas públicas predominantes e à legislação. Idem, no que lhe compete, quanto à articulação das ações e serviços de saúde (de prevenção e de assistência) que devem ser executadas pelos Municípios, observando-se o quanto pactuado na Comissão Intergestores Bipartite (CIB) e, também, previsto em programas, convênios e demais instrumentos legais; 4) Buscar intercâmbio cooperativo permanente com os Conselhos de Saúde, facilitando o seu acesso aos respectivos agentes do Ministério Público, divulgando a ambas as instâncias conteúdos alinhados ao cumprimento deste Plano; 5) Conhecer de situações ilícitas que venham a comprometer o SUS ou, de qualquer forma, o direito social à saúde, que careçam de medidas extrajudiciais e/ou judiciais a serem adotadas pelo Ministério Público, dando-lhes o devido encaminhamento; 6) Participar de Conferências Estaduais de Saúde e demais fóruns de interesse institucional na área da saúde, apresentando o posicionamento institucional correspondente, o quanto possível congruente com os princípios e diretrizes deste Plano; 7) Acompanhar os trabalhos da CIB, divulgando-os entre os membros do Ministério Público. Dar a conhecer à Comissão, se for o caso, o posicionamento Institucional correspondente; 8) Estabelecer relações

permanentes com os Tribunais de Contas, inclusive no que concerne à fiscalização quanto ao cumprimento na Emenda Constitucional nº 29 e das demais disposições atinentes a financiamento previstas nas Leis nº 8.080/1990 e 8.142/1990 e outros diplomas legais; 9) Buscar convergências de atuação com os Conselhos Éticos de todas as categorias de profissionais de saúde, compartilhando com os Colegas com atribuições no campo sanitário os instrumentos e os conteúdos daí derivados; e 10) Estabelecer relacionamento e cooperação institucional com o Poder Legislativo Estadual e Municipal em temas referentes à edição de normas afetas à saúde, acompanhando o trâmite das matérias e as divulgando oportunamente.

As recomendações dirigidas aos órgãos e execução ou Promotorias de Justiça que atuem na proteção e defesa da saúde pública foram fixadas por matérias, a saber: 1) recursos humanos no SUS; 2) financiamento; 3) planejamento; 4) fiscalização dos instrumentos de gestão; 5) fiscalização do sistema de informações; 6) controle social; 7) Poder Legislativo; e 8) sociedade civil).

Com relação ao recursos humanos no SUS: 1) Velar pela regularidade formal e execução de política de recursos humanos na área da saúde, que cumpra o objetivo de organizar um sistema de formação em todos os níveis de ensino, inclusive de pós-graduação, além da elaboração de programas de permanente aperfeiçoamento de pessoal (art. 27, Lei nº 8.080/1990); 2) Demandar pela concretização de Plano de Carreiras, Cargos e Salários por intermédio de lei, bem como fiscalizar o preenchimento dos cargos por meio de concurso público (art. 37, inciso II, da CRFB/1988); atentar para a regularidade do vínculo empregatício dos profissionais que atuam na área sanitária, independentemente dos programas que os mantêm; promover a responsabilização legal pelo recebimento de salários ou vencimentos por carga horária não trabalhada; e 3) Reportar-se aos gestores públicos, prestadores e entidades da sociedade civil com atividade no âmbito da prestação de serviços de saúde para avaliar o cumprimento dos princípios inerentes à humanização no trato do usuário do SUS, adotando, eventualmente, as providências pertinentes.

No que concerne ao financiamento: 1) Acompanhar a elaboração do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias da União, Estados e Municípios, e da Lei Orçamentária, observando sua fidelidade ao respectivo Plano de Saúde e o respeito aos pisos orçamentários constitucionais relativos ao SUS, atuando, administrativa e/ou judicialmente, para garanti-los; 2) Fiscalizar a concentração de todos os recursos financeiros para a execução das ações e serviços de saúde nos respectivos Fundos de Saúde; e 3) Fiscalizar para que o gestor de saúde seja o administrador e responsável pela movimentação dos recursos depositados no Fundo de Saúde.

Atinente ao planejamento, acompanhar a elaboração dos Planos de Saúde, certificando-se sobre o seu prévio exame pelo Conselho de Saúde correspondente e sua obediência às exigências legais (legislação federal, estadual e municipal, conforme o caso).

No que diz respeito à fiscalização dos instrumentos de gestão: 1) Acompanhar a constituição e execução da Agenda de Saúde e dos Relatórios de Gestão, intervindo quando necessário; 2) Fiscalizar a tempestividade e adequação de prestação de contas no âmbito do SUS (Lei nº 8.689/1993).

No que infere à fiscalização do sistema de informações, instituir o uso de informações constantes em repositórios de dados oficiais (SIOPS, estatísticas epidemiológicas etc.), como fundamento para identificar insuficiências de ações e serviços de saúde no SUS e instruir o comportamento ministerial, priorizando atenção às populações mais vulneráveis.

Quanto ao controle social: 1) Fiscalizar a regular instituição dos Conselhos de Saúde e suas condições de funcionamento, comparecendo, se possível, às suas reuniões, examinando suas atas de trabalhos e promovendo as medidas necessárias ao regular exercício de suas atribuições; 2) Participação nas Conferências de Saúde, velando, quando cabível, pela observância de suas proposições de política de saúde pelos respectivos gestores. Manifestar, quando oportuno, a posição do Ministério Público; 3) Contribuir para a informação e o aperfeiçoamento técnico de Conselheiros de Saúde.

Com relação ao Poder Legislativo, manter cooperação institucional em temas referentes à edição de normas afetas à área da saúde.

Relativo à sociedade civil: 1) Estabelecer aproximação com entidades (*lato sensu*) da sociedade civil organizada, colhendo subsídios para aprimorar e fundamentar atuação funcional; e 2) Realizar audiências públicas para identificar os vários segmentos de opinião da sociedade acerca de temas em que tal providência seja recomendável.

Em 7 de dezembro de 2011, na IV Reunião Ordinária da COPEDS³⁴⁴, realizada em Belo Horizonte, no estado de Minas Gerais, foram produzidos 25 (vinte e cinco) enunciados³⁴⁵ com

³⁴⁴ “A Comissão Permanente de Defesa da Saúde (COPEDS) do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH) do Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPNG), tem como meta a execução do Plano Nacional Ministerial de Atuação em Saúde, aprovado pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais do Ministério Público dos Estados e da União - CNPG, priorizando a implementação da atenção básica em todos os municípios que visará com a sua execução a melhoria dos indicadores de saúde previstos na Portaria MS/GM n. 91/2007, tais como: redução da mortalidade infantil e mortalidade materna, melhoria da cobertura vacinal e combate à dengue, dentre outros”. Disponível em: <https://www.cnpng.org.br/index.php/gndh/3358-comissao-permanente-de-defesa-da-saude-copedes>. Acesso em: 20 ago. 2013.

³⁴⁵ Existem atualmente 32 enunciados da COPEDS, expedidos de 2011 a maio/2023, disponíveis em: <https://www.cnpng.org.br/grupo-nacional-de-direitos-humanos-gndh/2-uncategorised/6627-enunciado.html>. Acesso em: 30 out. 2023.

relação à terceirização nas ações e serviços de saúde no Brasil, elegendo, como enunciado e nº 1, que “A saúde pública deve ser exercida diretamente pela Administração Direta, devendo o Ministério Público promover medidas para garantir esta diretriz constitucional, inclusive o ajuizamento de ações civis públicas”³⁴⁶.

Em 2013, a pedido do Procurador-Geral de Justiça, foi elaborado, pela Coordenação do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção e Defesa dos Direitos Constitucionais do Cidadão (CAO-PDC), o primeiro Plano Estadual de Atuação do MPAM na Saúde³⁴⁷.

O Plano Estadual recomendou o estabelecimento de metas e prioridades de ação específicas e regionalizadas para o biênio 2013-2015, dentre elas, ações com relação à atenção básica de saúde, trabalho preventivo esse que influencia diretamente no desenvolvimento, na qualidade de vida, na diminuição dos casos de média e alta complexidade e, ainda, na expectativa de vida dos cidadãos.

Esse planejamento regionalizado foi elaborado a partir de uma recomendação prevista no “Plano Nacional de Atuação do Ministério Público na Saúde Pública”, do CNPG e de determinação específica da Chefia Ministerial do MPAM.

A partir daí, houve um esforço concentrado das Promotorias de Justiça que atuam nessa área na capital a elaborar um Diagnóstico das demandas de saúde pública que chegam ao MPAM, apontar as medidas adotadas e analisar a efetividade das mesmas.

Um segundo passo foi a realização de uma Oficina de Trabalho de Atuação do MPAM na Saúde Pública, com a exposição dos casos emblemáticos e paradigmáticos, medidas adotadas e avaliação da eficácia da ação ministerial. Foi uma experiência enriquecedora não apenas para os Promotores da capital, que trocaram experiências, mas para os Promotores de Justiça que atuam no interior do Estado e puderam levar esse conhecimento teórico e empírico às suas Comarcas, tendo resultado na adoção de medidas similares de proteção da saúde por alguns.

O terceiro, foi a elaboração do Plano Estadual que, a partir dos problemas encontrados aponta soluções possíveis, fixou metas específicas e regionalizadas, além das estabelecidas no Plano Nacional e das ações já existentes.

Após a adoção do sistema de Planejamento Estratégico por todo o Ministério Público brasileiro, por exigência do CNMP, passou a ser exigido Plano de Atuação de cada Promotoria

³⁴⁶ II Reunião Ordinária COPEDS – 09/06/2011 – Vitória/ES.

³⁴⁷ O texto integral do Plano de Atuação do MPAM na Saúde Pública se encontra disponível em: <https://www.mpam.mp.br/caopdc-actualidades/6260-2013-05-21-21-36-56>. Acesso em: 30 out. 2023.

de Justiça, elegendo prioridades, com a fixação dos objetivos, metas, ações específicas, prazos de execução, responsáveis pela execução e meio a serem utilizados. Esse Plano passou a ser exigido por ocasião das Correições Ordinárias nas unidades.

Apesar do planejamento disposto nos Planos Nacional e Estadual serem muito importantes a orientar a atuação do MP quanto à saúde, não menos relevante é mencionar alguns exemplos de atuação em demandas que fazem parte do dia a dia das Promotorias de Saúde, a exemplo do que desenvolvemos neste trabalho em relação à área da educação.

3.2.1 Quanto ao SISREG – Consultas/Tratamentos/Cirurgias

São muito comuns as reclamações de morosidade desarrazoada para a realização de consultas, tratamentos e procedimentos cirúrgicos agendados no Sistema SISREG. A orientação é que as reclamações já venham instruídas com o número do protocolo do registro do pedido no sistema, assim como se o reclamante possui alguma condição pessoal de prioridade (a exemplo do idoso com mais de 80 anos).

A questão da hemodiálise para os pacientes renais crônicos, por exemplo, foi uma situação complexa que o Ministério Público enfrentou e será objeto de análise no Capítulo 4. Em alguns casos, uma simples requisição de informações pode levar à solução do problema. Em outros, há necessidade de instauração de procedimento investigatório para averiguar se a demora é realmente injustificada.

3.2.2 Quanto à Falta de Equipamentos e de Insumos para Exames e Procedimentos Cirúrgicos

Falta de aparelhos ou aparelhos com defeito para realização de cateterismo, mamografia, tomografia, ressonância magnética e outros na rede pública de saúde são demandas que aportam no Ministério Público.

No interior do estado do Amazonas, a situação se agrava pela falta de equipamentos e de Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs), tendo que transportar o paciente para a capital, Manaus.

A instrução de procedimento administrativo investigatório é importante para saber se houve falta de planejamento, ausência de manutenção, falta de pagamento de terceirizados ou outros problemas que tenham ocasionado tal anomalia no serviço público de saúde.

De igual modo, a falta de próteses, a falta de contraste, a falta de tubo infantil e até mesmo a falta de oxigênio (como ocorreu em 2021, período de intensificação da Pandemia de

Covid-19) são exemplos de ausência de insumos que impedem a realização de procedimento cirúrgico, exames e até mesmo a sobrevivência do paciente. A falta de planejamento e limitação de recursos em alguns casos são os principais fatores desses problemas.

É preciso instaurar procedimento investigatório para verificar as causas e consequências diante de cada caso concreto.

3.2.3 Quanto aos Medicamentos da Lista do SUS

Apesar de existir Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) assinado entre o Governo do Estado do Amazonas com os MPs Federal e Estadual com relação à manutenção do estoque de medicamentos nas unidades de saúde, não são incomuns reclamações acerca da falta de itens importantes e essenciais, inclusive para tratamento de vários tipos de câncer.

Quando o medicamento integra a Lista do SUS, o TAC é facilmente executável. Todavia, a questão se complica se o pedido for de medicamentos experimentais indicados pelo médico do paciente. Laudos periciais realizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) têm orientado juízes e promotores nessas questões. Em casos urgentes, por vezes, há necessidade de judicialização.

3.2.4 Quanto à Falta de Profissionais de Saúde

Uma questão complexa surgiu no estado do Amazonas com relação aos médicos especialistas. Esses profissionais não têm demonstrado interesse em se submeter a concurso público e apresentam maior propensão a trabalhar na saúde pública por meio de cooperativas médicas.

Tais cooperativas médicas são, na verdade, empresas contratadas por meio de licitação, pelo Estado – embora das dezessete que prestam serviços atualmente, apenas duas se submeteram a procedimento licitatório), caracterizando a terceirização do serviço público de saúde.

Em meio a várias crises de saúde no estado, o que ficou evidenciado é que muitas vezes este não honra os pagamentos às empresas contratadas e os profissionais vinculados a ela ameaçam paralisação dos serviços. O Ministério Público tem sido sensível a essa questão, intermediando as crises e em alguns casos tomando medidas mais drásticas para evitar a paralisação de serviços essenciais.

3.2.5 Quanto à Violência Obstétrica

A violência obstétrica tem atingido grávidas no pré-natal, parturientes e mulheres em estado de puerpério. Pode ocorrer de a vítima ser apenas a mulher ou as consequências também atingirem a criança. Em alguns casos, a violência em forma de ação ou omissão é tamanha que chega a ocasionar o óbito da mulher ou da criança. Medidas preventivas e repressivas são tomadas pelo Ministério Público para evitar ou reprimir tais condutas, tanto na esfera cível, quanto na criminal.

3.2.6 Quanto ao Caso Social – Abandono de Paciente em Leito de Hospital

Pacientes não identificados, pacientes sem familiares ou pacientes que a família tenha abandonado se tornam casos sociais encaminhados pelos hospitais ao Ministério Público para providências. Nessas situações, o Ministério Público instaura procedimento para identificação do paciente, para fazer busca de familiares e encaminhar a instituições governamentais que cuidem de tais casos.

3.2.7 Quanto à Saúde Mental

A questão da saúde mental, desde a reforma que extinguiu a internação involuntária, tem sido uma questão complexa de se lidar, tanto para familiares, quanto para o Ministério Público.

Algumas casas terapêuticas foram instaladas, mas é necessário que o paciente concorde com o tratamento. Além disso, as vagas são bem limitadas. As pessoas que precisam de tratamento para o vício em entorpecentes, de igual modo, sofrem por limitação de programas e de instituições especializadas.

Os mais afetados nesses casos são os abandonados pela família ou aqueles que não possuem familiares. O protocolo adotado, nesses casos, é similar ao dos casos sociais, incluindo a necessidade de tratamento e acompanhamento psicológico e psiquiátrico.

3.2.8 Quanto ao Descumprimento da Lei do Acompanhante

Apesar da obrigação legal de permitir acompanhante aos pacientes, a limitação de espaço e de pessoal tem levado algumas instituições a descumprir tal direito. As consequências

são mais graves do que se possa prever. Não apenas por abusos morais, psicológicos e sexuais por parte de profissionais da saúde, mas também por casos de óbitos ocorridos.

3.2.9 Quanto ao Financiamento da Saúde

Importante que o planejamento orçamentário de gastos com a saúde pública deva ser acompanhado pelas Promotorias de Saúde do Ministério Público, na medida em que pode propor ao Poder Público melhoria ou criação de novas políticas públicas na área da saúde.

3.2.10 Quanto aos Conselhos Municipal e Estadual de Saúde

Diversamente dos demais Conselhos, os de saúde são os únicos que aprovam despesas e, portanto, se responsabilizam solidariamente por sua execução. Assim, a atuação do Ministério Público deve estar muito próxima a esse órgão colegiado, cogestor dos recursos aplicáveis.

3.2.11 Quanto à improbidade administrativa na área da saúde

Não é recomendável que a improbidade na área da saúde seja investigada pelas próprias Promotorias de Saúde, que precisam estar alinhadas com o Poder Público e, muitas vezes, ter suas Recomendações atendidas e Termos de Ajustamento de Conduta alinhavados, firmados e cumpridos. Assim, muito mais pertinente que as Promotorias de Proteção e Defesa do Patrimônio Público assumam esse mister, deixando as Promotorias da Saúde concentradas na proteção e defesa dos serviços de saúde em si.

4 OS INSTRUMENTOS DE ATIVISMO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Após trinta e cinco anos de vigência da CRFB/1988 e da atuação do Ministério Público brasileiro, em defesa dos direitos constitucionais do cidadão, constatou-se que a judicialização de ações, sobretudo quando tem início em primeiro grau – o que significa a maioria da atuação dos Ministérios Públicos estaduais –, costuma se arrastar por anos, em alguns casos por dezenas de anos, dentro dos vários órgãos do Poder Judiciário, raramente alcançando o fim prático pretendido, a não ser nas hipóteses de haver sido concedida medida liminar ou antecipação de tutela e esta ser mantida pelas instâncias superiores³⁴⁸.

Tal conclusão, resultante das mais de três décadas de experiência pós-1988, fez com que os Ministérios Públicos dos estados brasileiros começassem a refletir e até mesmo a repensar a sua forma de atuação. A partir das discussões em torno do problema, começou a ser idealizada uma nova estratégia, menos demandista³⁴⁹ e mais resolutiva³⁵⁰, que buscasse resultados a partir dos instrumentos extrajudiciais que as leis colocam à sua disposição, assim como a mediação e a composição dos conflitos.

Essa reflexão coincidiu com a tendência da “não judicialização” e redução de litígios judiciais, inclusive, adotada pelo CNJ, que sugere outras formas de solução de conflitos mais céleres e menos burocráticas, que não aquela decorrente de uma sentença judicial. Assim, a judicialização passa a ser relegada a segundo plano, apenas na hipótese de impossibilidade de resolução por qualquer meio amigável, construída pelo diálogo e pelo consenso, após processo de negociação prévia.

Na esfera extrajudicial, o Ministério Público tem resolvido conflitos mais simples por meios singelos, como um telefonema, uma mensagem de celular (SMS), uma notificação para prestar esclarecimentos, uma reunião, uma audiência pública ou mesmo uma Requisição³⁵¹, a

³⁴⁸ Um exemplo de judicialização por omissão de adoção de política pública nacional pelo Estado do Amazonas foi o da Ação Civil Pública com obrigação de fazer consistente na implementação da política nacional em relação às doenças mentais, que tramitou durante seis anos no Poder Judiciário do Estado do Amazonas, após o que foi extinta sem julgamento de mérito, por suposta questão processual que, se é que existia, poderia ter sido sanada de pronto.

³⁴⁹ A atuação do Ministério Público é demandista quando insta o Poder Judiciário, através de ações (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2003).

³⁵⁰ A atuação do MP é resolutiva quando soluciona extrajudicialmente o conflito, por meio de seus instrumentos e prerrogativas, sem necessidade de provocar a prestação jurisdicional.

³⁵¹ Instrumento previsto no art. 129, incisos VI e VIII, da CRFB/1988, a requisição é exteriorizada por meio de um ato administrativo denominado ofício requisitório e tem por finalidade a busca de informações ou de diligências, só podendo ser expedida dentro de um procedimento preparatório ou inquérito civil formalmente instaurado.

exemplo de casos corriqueiros da área da saúde individual. Tais procedimentos já ocorreram em casos de denúncias de desabastecimento de medicamentos nas unidades de saúde e, ainda, nas hipóteses de falta de leito em UTI ou hospital.

Em casos mais complexos, além da Audiência Pública e da Requisição, existem ainda outros dois instrumentos extrajudiciais, que são a Recomendação e o TAC que, de igual modo, já deram fim a muitas contendas. Todavia, tais instrumentos só podem ser utilizados no curso e como resultado de um inquérito civil público³⁵².

A propósito, de igual modo, as resoluções do CNMP e do Conselho Superior do Ministério Público do Amazonas, que disciplinam o Inquérito Civil, determinam que tais instrumentos só podem ser utilizados dentro do respectivo procedimento administrativo, como forma de garantia do investigado³⁵³.

Todavia, é importante ressaltar que tais institutos jurídicos de resolução de conflitos – a Recomendação e o TAC –, como têm efeito *ex nunc*, prestam-se a nortear a conduta de agentes e entidades dali em diante. Assim, na hipótese de haver sido configurada alguma espécie de improbidade administrativa ou crime anteriormente praticados, o fato de os autores se enquadrarem na lei a partir dali, não elide eventos passados, portanto, deverão as responsabilidades civis ou criminais dos agentes serem buscadas pela via judicial.

4.1 Dos Instrumentos Extrajudiciais de Efetivação das Políticas Públicas pelo Ministério Público

4.1.1 Da Requisição

A palavra requisição tem origem do termo em latim *requisitio*, de *requirere* (requerer, pedir), que significa requerimento, solicitação ou pedido. Na linguagem jurídica, requisitar significa o poder de “requerer com autoridade” ou “exigir”. Nesse sentido, a requisição se constitui em uma exigência legal, em uma ordem emanada da autoridade competente para que se cumpra, se preste ou se faça o que está sendo ordenado³⁵⁴.

³⁵² Art. 8º, parágrafo primeiro, da Lei nº 7.347/1985, a Lei da Ação Civil Pública.

³⁵³ Resolução nº 23/2007 do CNMP e Resolução nº 258/ do CSMP.

³⁵⁴ SILVA, De Plácido e; SLAIBI FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia. Vocabulário jurídico. São Paulo: Forense, 1999.

A requisição³⁵⁵ é prevista na CRFB/1988 e em algumas leis³⁵⁶ como instrumento de Direito Administrativo utilizado em casos de calamidade pública, perigo iminente, necessidade pública e outros, o que autoriza a autoridade competente a requisitar bens móveis e imóveis³⁵⁷ e pessoas³⁵⁸ para o exercício, gratuito ou não, de serviços de relevância pública. Cabe indenização posterior na hipótese da ocorrência de dano ou se os bens requisitados eram perecíveis.

Para o Ministério Público o instituto da requisição também tem origem constitucional, considerando que dentre as funções institucionais previstas no art. 128 da CFRB/1988, está o ato de requisitar previsto, por duas vezes, nos incisos VI³⁵⁹ e VIII³⁶⁰, tanto para informações, quanto para diligências necessárias à instrução do respectivo procedimento administrativo.

A CRFB/1988 prevê que as manifestações processuais do Ministério Público devem ser fundamentadas, justamente no inciso que trata da requisição de informações. Essa fundamentação não precisa estar exposta no texto do ofício requisitório, pode ser objeto de despacho exarado no procedimento, mas da requisição deve constar a indicação do procedimento administrativo que a deu origem e seu objeto, podendo o investigado ter acesso, inclusive obter cópias dos autos, excepcionados os casos de sigilo legal.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), no parágrafo 1º do seu artigo 8º, prevê a requisição de certidões, informações, exames ou perícias no prazo que assinalar, que não poderá ser inferior a dez dias.

A escolha da estratégia de investigação e dos instrumentos investigatórios a serem utilizados no procedimento preparatório ou inquérito civil, como sói ser a requisição, a notificação para oitiva da autoridade e testemunhas, a inspeção *in loco*, a audiência pública etc., ficam à discricionariedade do Promotor de Justiça, que preside o feito. Todavia, existem casos nos quais as provas documentais são imprescindíveis para instruir a ação, daí a requisição passa a ser ferramenta de utilização obrigatória.

³⁵⁵ Artigo 5, XXV da CRFB/1988: “XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;”.

³⁵⁶ O Código Florestal brasileiro prevê a requisição de avião em caso de incêndio em florestas. Códigos municipais de obras preveem a ocupação temporária (requisição administrativa de bens imóveis) de imóveis vazios próximos a obras públicas para serem utilizados, temporariamente, na forma do art. 36 do Decreto-Lei nº 3.365/1941.

³⁵⁷ Podem ser requisitados bens imóveis ou móveis (ambulância, avião, medicamentos, alimentos, roupas etc.).

³⁵⁸ Podem ser requisitadas pessoas para compor o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri e pelos Juízes eleitorais para auxiliarem no dia das eleições.

³⁵⁹ O inciso VI, do art. 128, da CRFB/1988, prevê a requisição de informações.

³⁶⁰ O inciso VIII, do art. 128, da CRFB/1988, prevê a requisição de diligências.

Diligências preliminares, como decorrência de “notícias de fato” recebidas pelo Disque 0800, por meio de denúncias “on-line”, através de Termo de declaração prestada no setor de atendimento ao público e triagem do Ministério Público ou por representação escrita, podem ser tomadas antes mesmo da instauração de procedimento preparatório ou inquérito civil, sobretudo quando de autores anônimos, para verificação da procedência dos fatos.

O descumprimento do Poder Requisitório do Ministério Público, porém, caracteriza espécie de improbidade administrativa. Esse entendimento já foi reconhecido pelo STJ, tendo como precedente um caso de não atendimento a oito requisições do Ministério Público, ao longo de três anos, em caso de degradação ambiental, por parte de agente público de órgão ambiental do estado da Bahia³⁶¹.

Porém, buscar a responsabilidade do agente descumpridor da requisição não supre a necessidade de instrução do feito. Portanto, em alguns casos, faz-se necessário o ajuizamento de Ação Cautelar de Exibição de Documentos, para poder instruir a Ação Civil Pública com os documentos necessários a comprovar a ilegalidade, ameaça ou o dano ao bem que se pretende tutelar³⁶².

Com a tendência de virtualização dos processos, adotou-se o inquérito civil digital, com sistema compatível com o Sistema de Automação da Justiça (SAJ) do Poder Judiciário, para que, no caso de o inquérito civil resultar em necessidade de ajuizamento de Ação Civil Pública, possa ser inserida com facilidade.

4.1.2 Da Recomendação

O termo recomendar, no sentido de orientar e instruir, não é contemporâneo, considerando constar da obra de alguns filósofos clássicos, a exemplo de John Locke³⁶³ e Kant³⁶⁴.

A recomendação tem sido bastante utilizada por documentos jurídicos internacionais, com relação às mais diversas matérias, como direitos humanos (ONU), Organização

³⁶¹ STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 1.116.964 - BA (2008/0250032-0), Relator: Ministro Mauro Luiz Campbell Marques, Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrida: Maria Lúcia Cardoso de Souza. Julg. em 1 de março de 2011.

³⁶² Embora parte da jurisprudência só admita a Ação Cautelar de Exibição de Documentos apenas para documentos privados, na prática, os juízes das varas de Fazenda Pública do Estado do Amazonas tem admitido, em uma espécie de requisição judicial de documentos.

³⁶³ LOCKE, John. *Quelques Pensées sur l'éducation*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 2007, p. 46.

³⁶⁴ KANT, Emmanuel. *Réflexions sur l'éducation*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 8ème édition, 2004, p. 33.

Internacional do Trabalho (OIT), de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, níveis de poluição, biossegurança, preparação de grandes eventos, entre outros, muitas delas estabelecendo padrões internacionais mínimos a serem seguidos pelos países signatários.

Como instituto jurídico, a recomendação também é utilizada no direito interno, como as expedidas pelo CNJ e pelo CNMP, algumas com natureza jurídica normativa, como a que regulamenta o inquérito civil³⁶⁵ e a que disciplina o procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público³⁶⁶.

A Recomendação, como instrumento extrajudicial do Ministério Público para a resolução de conflitos, não tem previsão constitucional expressa³⁶⁷, como o inquérito civil e a ação civil pública³⁶⁸, entretanto, encontra-se positivada na legislação infraconstitucional, uma vez prevista no artigo 27, inciso IV da Lei Orgânica Nacional (Lei nº 8.625/1995)³⁶⁹, aplicável a todos os Ministérios Públicos dos estados brasileiros e na Lei Orgânica do MPF (Lei Complementar nº 75/1993³⁷⁰). As Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos dos Estados, a exemplo da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Amazonas (Lei Complementar nº 11/1993), por simetria, contemplam tal instrumento no mesmo sentido.

Diferentemente da Requisição, o instrumento da Recomendação não tem efeito vinculante e força coercitiva perante o Poder Público, contudo, em caso de não atendimento ou de justificativa insatisfatória pelo agente público que deveria cumpri-la, trará, como consequência, a adoção de outras medidas pelo Ministério Público, inclusive judiciais (ação

³⁶⁵ Resolução nº 23/2007 do CNMP. Disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/CNMPHistoria/resolucao_23_alterada_pela_59_10.pdf. Acesso em: 2 set. 2023.

³⁶⁶ Resolução nº 13/2006 do CNMP. Disponível em: http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/legislacao/recomendacoes/docs-resolucoes/resolucao_13_instauracao_e_tramitacao_do_procedimento_investigatorio_criminal.pdf. Acesso em: 2 set. 2013.

³⁶⁷ Para Marcos Paulo de Souza Miranda, a recomendação está inserida nos poderes constitucionais implícitos do Ministério Público, tese essa que, aliás, já foi acatada pelo STF e STJ, podendo o Ministério Público se valer de outros instrumentos necessários ao alcance de sua função institucional, além daqueles expressamente previstos no texto magno (STJ – REsp. N. 200500445092 – [738338 PR] – 5ª T – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 21/11/2005, p. 00292. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza A Recomendação Ministerial como Instrumento Extrajudicial de Solução de Conflitos Ambientais. In: Temas Atuais do Ministério Público. Salvador: Editora Juspodium, Bahia, p. 424-427).

³⁶⁸ Art. 291, III, CRFB/1988.

³⁶⁹ Art. 27 da Lei nº 8.625/1995: “Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito: [...] Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências: [...] IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no *caput* deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito”.

³⁷⁰ Inciso XX, do art. 6º, da Lei Complementar nº 75/1993.

cautelar preparatória, ação civil pública, ação de improbidade administrativa etc.)³⁷¹, visando a tutela do bem objeto da mesma.

Não obstante o cumprimento da Recomendação não ser obrigatório, já que não enseja sanção pelo descumprimento, sua divulgação e a resposta apresentando os motivos do não cumprimento são obrigatórios, tanto que é sugerido o seu encaminhamento acompanhado de uma requisição de divulgação do seu teor e dos motivos do descumprimento em caso de discordância, como dito alhures.

Todavia, a natureza jurídica da recomendação foi classificada, em julgado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região³⁷², como um ato administrativo enunciativo de efeito concreto, possuindo poder coercitivo sobre seus destinatários e sendo, via de consequência, passível de impugnação via Mandado de Segurança.

Existem duas espécies de recomendação, aquelas com caráter positivo, que impõem obrigações “de fazer” (quando sugere como o agente, entidade ou órgão deve agir) e as que têm um caráter negativo, impondo obrigações de “não fazer” (quando determina que o órgão, entidade ou agente se abstenha de agir de determinado modo). Vale lembrar que, no caso da Ação Civil Pública, haveria ainda uma terceira espécie que seria a da obrigação de “suportar” (ressarcir o erário).

Segundo Raul de Mello Franco³⁷³, a Recomendação apresenta alguns efeitos indiretos, a saber: a) condiciona comportamentos jurídicos, influenciando na tomada de decisões; b) tem um caráter psicologicamente conformador e influi nos mecanismos psicológicos de escolha, sem tolher a liberdade decisória do destinatário; c) gera o referido dever de pronunciamento do destinatário (a nossa lei prevê a possibilidade de exigir dele uma resposta escrita); d) quando acatada, pode ser útil como elemento atenuador de certas responsabilidades ou repercutir na esfera jurídica de terceiros (nomeadamente nos casos que envolvem direitos supraindividuais); e) quando não acatada, pode servir de elemento demarcador da responsabilidade civil e criminal e não empece que os fatos venham a constituir objeto de outras medidas; e f) no campo interno, as recomendações vinculam o próprio Ministério Público.

³⁷¹ 1ª. Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região entendeu que “recomendação expedida pelo Ministério Público, com fundamento no art. 6º, XX, da Lei Complementar 75/1993, é ato enunciativo de efeito concreto, com poder coercitivo sobre seus destinatários, passível, portanto, de ser impugnada por mandado de segurança”.

³⁷² Sobre a natureza jurídica da Recomendação, vide TRF2, AMS 37026 2000.02.01.055648-1, Rel. Des. Federal Simone Schreiber, Julgamento: 30/09/2002, Órgão Julgador: Primeira Turma, DJU 05/12/2002, p. 77.

³⁷³ FRANCO JÚNIOR, Raul de Mello. A importância do instituto da "recomendação" na tutela do patrimônio público e social. São Paulo: MPSP, 2010.

Contudo, uma coisa importante a ressaltar é que a recomendação tem efeito *ex nunc*, ou seja, orienta como o gestor deve agir dali para frente, não tendo o condão de elidir os atos praticados de forma errônea anteriormente, podendo a autoridade responder por improbidade administrativa por condutas anteriores à sua expedição.

Aliás, alguns gestores, quando tomam conhecimento de que agiam incorretamente, pedem para serem orientados formalmente, achando que sanarão as irregularidades anteriormente praticadas³⁷⁴. Todavia, a recomendação só valerá a partir do seu recebimento formal em diante.

4.1.3 Do Termo de Ajustamento de Conduta

O compromisso de ajustamento de conduta, conhecido como TAC, passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 211 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e do art. 113 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que acrescentou o § 6º ao art. 5º da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

Por meio desse instrumento, ocorre o enquadramento da conduta irregular à legislação aplicável ao caso, com efeito *ex nunc*, não tendo o condão de sanar irregularidades pregressas à sua consecução e nem de elidir as responsabilidades administrativa, civil e penal por atos anteriores.

Todos os legitimados para propor Ação Civil Pública podem lavrar termo de ajustamento de conduta, entretanto, quando é realizado pelo Ministério Público, se dá no bojo de um Inquérito Civil.

A natureza jurídica do TAC é diversa da contratual do Direito Privado e da transação do Direito Público, considerando que o direito material concernente a direitos transindividuais (direitos difusos e coletivos) não pertence ao órgão lesado e nem ao legitimado, além de serem indisponíveis. A manifestação de vontade “espontânea” do causador do dano, que concorda em não mais agir contrariamente à lei, na verdade provocado pelo representante do titular do direito lesado (substituto processual, no caso do Ministério Público ou de terceiro interessado, no caso

³⁷⁴ O Secretário de Estado de Cultura do Estado do Amazonas, após ser responsabilizado, em algumas Ações Cíveis Públicas, por repasses a entidades, por simples convênio, sem licitação, procurou pessoalmente a Coordenação das Promotorias de Defesa do Patrimônio Público, solicitando que fosse expedida Recomendação explicitando como deveria agir nesses casos. Todavia, sua boa vontade em agir corretamente a partir de então não tem o condão de elidir os repasses anteriores. Tal pedido foi repassado à 13ª Promotoria de Justiça, autora de algumas ações que, não podendo expedir Recomendação solta, desvinculada de procedimento administrativo formalmente instaurado, ficou de estudar o caso (a autora desta tese era a então Coordenadora).

da pessoa jurídica de direito público interessada), é consequência de uma conciliação extra e pré-judicial, por alguns considerada uma espécie de negócio jurídico.

Através do ajustamento de conduta, o causador do dano se compromete a preveni-lo ou a repará-lo, por meio de obrigação de fazer ou não fazer, sob pena de sofrer sanção pecuniária.

O TAC é realizado por escrito, sendo vedada a sua concretização de modo verbal ou tácito e, ao seu conteúdo, deve ser dada publicidade, na forma do *caput*, do art. 37, da CRFB/1988.

O ajuste de conduta constitui um título executivo extrajudicial, podendo ser executado em caso de descumprimento. Na prática, ocorrem várias prorrogações e aditamentos, considerando que a execução não soluciona o problema e reconhecida a sua flexibilidade quanto à forma de execução e prazo.

Alguns gestores resistem em lavrar o TAC, com receio de estarem, implicitamente, confessando culpa pela prática da lesão transindividual (confissão quanto à matéria de fato e de sua ilicitude) e outros, ao subscreverem, exigem que conste cláusula expressa no sentido de que não estão admitindo culpabilidade (em quaisquer de suas espécies).

4.1.4 Do Inquérito Civil

Deixamos deliberadamente para falar do Inquérito Civil por último porque, apesar de não ser o instrumento direto de solução do conflito extrajudicial em si, como as Requisições, Recomendações e Termos de Ajustamento de Conduta, é o procedimento extrajudicial no qual devem ocorrer as modalidades de resolução de conflitos mencionadas anteriormente.

Portanto, apenas no bojo de um Inquérito Civil, conforme antedito ao iniciar este capítulo, podem se dar as formas de se pôr fim a uma contenda, na esfera extrajudicial, citadas anteriormente. As medidas referidas, se praticadas fora do devido processo legal, do Inquérito Civil ou no máximo no curso de seu Procedimento Preparatório, serão ilegais e causam constrangimento ilegal ao investigado, se tomadas autonomamente ou desvinculadas de PP ou IC.

Concebido pela Lei da Ação Civil Pública, o IC foi regulamentado de forma nacional por Resolução do CNMP e, a nível local, por resolução dos Conselhos Superiores dos respectivos Ministério Públicos Estaduais, a quem compete, de igual modo, homologar o arquivamento dos Inquéritos Cíveis.

A Resolução do CNMP nº 23, de 17 de setembro de 2007, que regulamentou a instauração e tramitação do Inquérito Civil, foi alterada oito vezes: a primeira, pela Resolução

nº 35, de 23 de março de 2009; a segunda, pela Resolução nº 59 de 27 de julho de 2010; a terceira, pela Resolução nº 107, de 5 de maio de 2014; a quarta, pela Resolução nº 136, de 29 de julho de 2016; a quinta, pela Resolução nº 143, de 14 de julho de 2016; a sexta, pela Resolução nº 161, de 21 de fevereiro de 2017; a sétima, pela Resolução nº 164, de 28 de março de 2017; e a oitava, pela Resolução nº 193, de 14 de dezembro de 2018.

De acordo com a norma mencionada, o inquérito civil é instaurado unilateralmente e tem natureza facultativa, com o objetivo de apurar fato que, se comprovado, autorize a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável ao caso concreto, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais.

Todavia, a própria Resolução ressalva não ser o inquérito civil condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do Ministério Público, nem para a realização das demais medidas de sua atribuição própria. Em outras palavras, colhidas as provas por outro meio (por exemplo, por meio de um processo de desaprovação de prestação de contas de gestores públicos, advindo do Tribunal de Contas), está o MP autorizado a tomar as medidas legais. De modo mais simples, o inquérito civil não é pré-requisito, nem imprescindível para propositura de ação civil pública.

O inquérito civil poderá ser instaurado de ofício, quando o membro legitimado tem conhecimento do fato diretamente ou por meio de outro membro ou órgão do MP, em face de requerimento ou representação de qualquer pessoa e por comunicação de outras autoridades. Nessas hipóteses, deve haver compensação na distribuição das representações e notícias de fato.

As comunicações, se orais, devem ser reduzidas a termo e o conhecimento por manifestação anônima, justificada, não implicará ausência de providências, desde que obedecidos os mesmos requisitos para as representações em geral.

É preciso, todavia, que as comunicações forneçam, por qualquer meio legalmente permitido, informações sobre o fato e seu provável autor, bem como a qualificação mínima que permita sua identificação e localização. Ao membro do MP legitimado, de posse das informações, compete complementá-las antes de instaurar o inquérito civil, visando apurar elementos para identificação dos investigados ou do objeto, instaurando procedimento preparatório.

O procedimento preparatório, que deverá ser autuado com numeração sequencial à do inquérito civil e registrado em sistema próprio, mantendo-se a numeração quando de eventual conversão em IC, deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período, uma única vez, em caso de motivo justificável. Vencido este prazo, o membro do

Ministério Público promoverá seu arquivamento, ajuizará a respectiva ação civil pública ou o converterá em inquérito civil.

Caberá ao membro do Ministério Público, investido da atribuição para propositura da ação civil pública, a responsabilidade pela instauração de inquérito civil. Eventual conflito negativo ou positivo de atribuição será suscitado, fundamentadamente, nos próprios autos ou em petição dirigida ao órgão com atribuição no respectivo ramo, que decidirá a questão no prazo de trinta dias.

O Inquérito Civil será instaurado por portaria, numerada em ordem crescente, renovada anualmente, devidamente registrada em livro próprio e autuada, contendo: 1) o fundamento legal que autoriza a ação do Ministério Público e a descrição do fato objeto do inquérito civil; 2) o nome e a qualificação possível da pessoa jurídica e/ou física a quem o fato é atribuído; 3) o nome e a qualificação possível do autor da representação, se for o caso; 4) a data e o local da instauração e a determinação de diligências iniciais; 5) a designação do secretário, mediante termo de compromisso, quando couber; e 6) a determinação de afixação da portaria no local de costume, bem como a de remessa de cópia para publicação.

Se, no curso do inquérito civil, novos fatos indicarem necessidade de investigação de objeto diverso do que estiver sendo investigado, o membro do Ministério Público poderá aditar a portaria inicial ou determinar a extração de peças para instauração de outro inquérito civil, respeitadas as normas incidentes quanto à divisão de atribuições.

Em caso de evidência de que os fatos narrados na representação não configuram lesão aos interesses ou direitos tutelados pelo MP ou se já tiverem sido objeto de investigação ou de ação civil pública ou se encontrarem solucionados, o membro do Ministério Público, no prazo máximo de trinta dias, indeferirá o pedido de instauração de inquérito civil, em decisão fundamentada, da qual se dará ciência pessoal ao representante e ao representado.

Do indeferimento caberá recurso administrativo, com as respectivas razões, no prazo de dez dias. As razões de recurso serão protocoladas junto ao órgão que indeferiu o pedido, devendo ser remetidas, caso não haja reconsideração, no prazo de três dias, juntamente à representação e à decisão impugnada, ao Conselho Superior do Ministério Público, para sua apreciação.

Do recurso serão notificados os interessados para, querendo, oferecer contrarrazões. Expirado o prazo de três dias, os autos serão arquivados na própria origem, registrando-se no sistema respectivo, mesmo sem manifestação do representante.

4.2 Dos Instrumentos Judiciais de Efetivação de Políticas Públicas

Dentre os principais instrumentos criados para implementar as novas funções conferidas ao Ministério Público, Bruno Machado³⁷⁵ cita o inquérito civil e a ação civil pública, mecanismos processuais instituídos, a princípio, para a defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e, posteriormente, estendido para os consumidores e outros interesses difusos e coletivos.

Ambos criados pela Lei nº 7.437/1995³⁷⁶, o primeiro – o Inquérito Civil – é instrumento privativo do Ministério Público, instaurado por via extrajudicial e serve para a coleta dos elementos necessários à formação da convicção do membro do Ministério Público. Desse convencimento podem advir os instrumentos extrajudiciais, a saber, o Pedido de Arquivamento a ser referendado pelo órgão superior, a Requisição, a Recomendação, o Termo de Ajustamento de Conduta ou o ajuizamento de Cautelar Preparatória e/ou Ação Civil Pública.

O segundo – a Ação Civil Pública –, muito embora o Ministério Público tenha legitimidade concorrente com várias outras entidades, ainda é o principal instrumento de proteção e defesa dos interesses difusos e coletivos que o *Parquet* dispõe na esfera judicial.

Justamente por ser o Inquérito Civil a melhor forma de se instruir a ACP e ser privativo do MP, isso leva a outros legitimados, por falta de estrutura, condições e prerrogativas para a coleta de provas, a representar ao MP para que investigue, o que torna o Ministério Público o principal legitimado e quem mais ajuíza ações civis públicas. Isso pode ser facilmente verificado pelas estatísticas do Poder Judiciário, em que figura o MP como autor de 90% ou mais da demanda.

4.2.1 Da Ação Cautelar Preparatória de Ação Civil Pública

A Ação Cautelar preparatória de Ação Civil Pública é instrumentalizada não apenas para garantir os efeitos da sentença condenatória, como sói ser os casos de bloqueio de bens na ação de improbidade administrativa para fins de ressarcimento ao erário mas, principalmente, quando há perigo na demora e o risco de o provimento final não ser mais útil.

³⁷⁵ MACHADO, Bruno Amaral. Ministério Público: Organização, representações e Trajetórias. Curitiba: Juruá. 2007, p. 135.

³⁷⁶ BRASIL. Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985. Inclui, entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil, dando nova redação à Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951 - Lei Afonso Arinos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7437.htm. Acesso em: 30 out. 2023.

A concessão de cautelar preparatória em ACP tem sido comum em matérias de saúde, de proteção aos idosos, de educação, do meio ambiente, dentre outras relevantes, quando se está lidando com vidas humanas ou com danos ambientais que podem se transformar em irreversíveis, caso não sanados a tempo.

Assim, as tutelas cautelares preparatórias em Ações Cíveis Públicas buscam geralmente provimentos liminares a garantir, de um lado, direitos e interesses dos cidadãos e, de outro, o cumprimento de obrigações do Poder Público e terceiros.

As tutelas de urgência nas ações coletivas são perfeitamente admitidas pelo art. 4º (medidas cautelares preparatórias) e pelo art. 12 (liminar na ação principal) da Lei da Ação Civil Pública, assim como acolhidas pela doutrina e pela jurisprudência, que reconheceram sua relevância ante a importância e dimensão dos bens jurídicos protegidos.

Ademais, além das medidas liminares, a antecipação de tutela, prevista no art. 273 do Código de Processo Civil, é perfeitamente aplicável à Ação Civil Pública, como mais uma forma de dar efetividade à ação coletiva, considerando que a própria Lei da Ação Civil Pública prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, o que levou à sua admissão por juízes e tribunais.

Por meio de cautelares, liminares e antecipações de tutela em ações cíveis públicas, foi possível resguardar direitos e interesses dos cidadãos que poderiam ter perecido, caso não tivessem sido albergados por esses mecanismos processuais a tempo.

Esses instrumentos têm sido muito eficazes na proteção e defesa de direitos dos cidadãos, a garantir remédios e tratamentos médicos para hipossuficientes e idosos, vagas e matrículas escolares para crianças, evitar alastramento de danos ao meio ambiente e à ordem urbanística, a garantir direitos dos consumidores e qualidade dos serviços públicos, resguardar o respeito à acessibilidade das pessoas com deficiência, dentre vários outros de relevância pública e interesse social.

4.2.2 Da Ação Civil Pública

Criada na década de 80, dentre os instrumentos de política ambiental, a Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) teve seu objeto alargado posteriormente pelo Código do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), passando a tutelar “qualquer outro interesse difuso³⁷⁷ ou

³⁷⁷ Direitos Difusos são aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, como: direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Em outras palavras, direitos difusos são aqueles que pertencem

coletivo³⁷⁸ e a ser um meio legítimo não apenas para responsabilizar danos causados ao meio ambiente natural e artificial, mas passando a alcançar outros bens jurídicos relevantes, em conflitos próprios da sociedade de massa. Podemos citar os direitos humanos (reconhecidos internacionalmente) e direitos fundamentais (reconhecidos internamente).

Tutela, portanto, interesses (bens e direitos) cuja titularidade recai sobre toda a sociedade (ou parte dela), não apenas a um único indivíduo. O art. 1º da Lei nº 7.347/1985 elenca os bens que podem ser defendidos por meio da ACP: 1) meio ambiente; 2) ao consumidor; 3) a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; 4) a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (incluído pela Lei nº 8.078/1990); 5) por infração da ordem econômica (redação dada pela Lei nº 12.529/2011³⁷⁹); 6) à ordem urbanística (incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001³⁸⁰); 7) à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos (incluído pela Lei nº 12.966/2014³⁸¹); e 8) ao patrimônio público e social (incluído pela Lei nº 13.004/2014³⁸²).

A lei também diz expressamente quais interesses não poderão ser protegidos por meio de ACP: Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados

à sociedade como um todo, sem ser possível identificar e individualizar os titulares. Como exemplos podemos mencionar o meio ambiente, a saúde pública, a educação pública, a segurança pública, entre outros.

³⁷⁸ Direitos Coletivos, por sua vez, são conceituados pelo art. 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, como: direitos transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. No caso dos direitos coletivos, embora ainda tenham um espectro amplo, é possível identificar uma ligação entre as pessoas lesadas, seja por pertencerem a um mesmo grupo, classe ou categoria. Como exemplo, tem-se os direitos do consumidor e os direitos trabalhistas.

³⁷⁹ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 30 out. 2023.

³⁸⁰ BRASIL. Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001. Altera a legislação das Contribuições para a Seguridade Social - COFINS, para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e do Imposto sobre a Renda, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2158-35.htm. Acesso em: 30 out. 2023.

³⁸¹ BRASIL. Lei nº 12.966, de 24 de abril de 2014. Altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), para incluir a proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12966.htm. Acesso em: 30 out. 2023.

³⁸² BRASIL. Lei nº 13.004, de 24 de junho de 2014. Altera os arts. 1º, 4º e 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, para incluir, entre as finalidades da ação civil pública, a proteção do patrimônio público e social. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113004.htm. Acesso em: 30 out. 2023.

(Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001), deixando tais matérias para as ações individuais.

Conforme anteriormente exposto, existe uma fase pré processual – denominada Inquérito Civil – exclusiva do Ministério Público. Hugo Nigro Mazzilli³⁸³ explica:

o inquérito civil é uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada basicamente a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública; subsidiariamente, serve para que o Ministério Público: a) prepare a tomada de compromissos de ajustamento de conduta ou realize audiências públicas e expeça recomendações dentro de suas atribuições; b) colha elementos necessários para o exercício de qualquer ação pública ou para se aparelhar para o exercício de qualquer outra ação a seu cargo.

O inquérito civil se destina a investigar fatos determinados, constituindo a justa causa um pressuposto material ou substancial para a sua instauração. Segundo Edis Milaré, o inquérito civil possui função preventiva, reparatória e repressiva³⁸⁴. Na visão de Roberto Moreira de Almeida, porém, a sua finalidade seria dúplice, apuração da autoria e materialidade de lesões metaindividuais e eventual ajuizamento de ação civil pública³⁸⁵.

Na Resolução nº 23/2007, o CNMP, ampliando seu objetivo, disciplinou que o inquérito civil constitui uma preparação para o exercício das atribuições inerentes às funções institucionais do Ministério Público, considerando que em inúmeras hipóteses a atuação do Ministério Público não se esgota com a proposição da ação civil pública.

Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente. Nesse caso, os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão unidos aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

³⁸³ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo, v. 7, 1995, p. 473.

³⁸⁴ MILARÉ, Edis. A ação civil em defesa do ambiente. Ação civil pública – Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. v. 7, n. 85, p. 193-267, 1995, p. 220-221.

³⁸⁵ ALMEIDA, Roberto Moreira. O inquérito civil como ferramenta de atuação do Ministério Público. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreira; CAZETTA, Ubiratan (Orgs.). Ação Civil Pública: 20 anos da Lei nº 7.347/85, v. 20, p. 221-231, p. 224.

A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento. Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

As ações deverão ser propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto (incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001).

A ação civil terá por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Poderá ser ajuizada ação cautelar objetivando, inclusive, evitar danos ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (redação dada pela Lei nº 13.004, de 2014).

Da mesma forma, poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo. A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato. A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

Segundo o artigo 5º da Lei 7.347/1985, são legitimados para propor uma ação civil pública e a respectiva ação cautelar, o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes federados (União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios), a entidades da administração indireta (autarquia, empresa pública, a fundação e a sociedade de economia mista).

A associação também é legitimada desde que cumpra alguns requisitos, a saber: 1) esteja constituída há pelo menos um ano; e 2) tenha como finalidade institucional a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, requisito conhecido como pertinência temática.

Ainda com relação aos legitimados, o requisito da pré-constituição da associação poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido (incluído pela Lei nº 8.078/1990).

O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei (ordem jurídica), sendo facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas se habilitar como litisconsortes de qualquer das partes.

Admitir-se-á, ainda, o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei (incluído pela Lei nº 8.078/1990).

Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa (redação dada pela Lei nº 8.078/1990).

Por sua vez, os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial (incluído pela Lei nº 8.078/1990).

Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção. Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.

Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.

Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados (redação dada pela Lei nº 8.078/1990).

A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (redação dada pela Lei nº 9.494/1997).

Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos (renumerado do Parágrafo Único com nova redação pela Lei nº 8.078/1990).

Não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais (redação dada pela Lei nº 8.078/1990).

Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (incluído Lei nº 8.078/1990).

4.3 Da Legitimidade do Ministério Público para Exigir Medidas no Sentido da Adoção de Política Pública

Em sua obra *Políticas Públicas e Direito à Educação*, Orlando Rochadel Moreira³⁸⁶ traça um perfil do Ministério Público, pós-CRFB/1988, concluindo que essa instituição foi direcionada a uma atuação social, referindo-se especificamente à área da educação. Afirma, a seguir, que os promotores de justiça deixaram a neutralidade de lado e passaram a atuar diretamente junto à comunidade, envolvendo-se com seus problemas e necessidades.

A legitimidade do Ministério Público para exigir do ente público a execução de uma política pública específica foi analisada em caso concreto levado ao STJ, via recursal. O Tribunal da Cidadania, apreciando a matéria, considerou que tal política pública se tornou obrigatória por meio de Resolução do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, com a determinação de inclusão de verba no próximo orçamento para atender a propostas políticas certas e determinadas.

³⁸⁶ MOREIRA, Orlando Rochadel. *Políticas Públicas e Direito à Educação*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 144.

Foi objeto de mais de decisões no âmbito do STJ, a exemplo do Recurso Especial nº 493.811/SP, da relatora Ministra Eliana Calmon, julgado aos 11 de novembro de 2003. Observe-se, entretanto, que nessa hipótese, havia uma política estabelecida por um Conselho deliberativo, que integra o próprio Poder Executivo.

Outros julgados contemplam a possibilidade de determinação, pelo Poder Judiciário, de adoção de política pública, pelo ente público, sobretudo quando estão em jogo supervalores, como são a vida e a segurança das pessoas, inclusive reforma e construção de obras, dando-lhe prazo razoável para execução da mesma ou, quando possível a espera, inclusão de verba no orçamento seguinte.

Exemplos claros dessa hipótese são a determinação de reforma de pontes que colocavam em risco a vida e segurança dos transeuntes; a reforma ou construção de escola, quando o imóvel coloca em risco a vida de crianças; a reforma ou construção de UTI pediátrica em hospital, entre outros.

A legitimidade do Ministério Público também foi reconhecida pelo STJ, para exigir a realização de obras, quando comprovada tecnicamente ser ela imprescindível, como de recuperação do solo, em prol do meio ambiente, devendo o Poder Público incluir verba própria no orçamento para cumprir tal determinação (STJ, Recurso Especial nº 429.570/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 11 de novembro de 2003).

Em ambos os casos, observa-se que, provocado pelo Ministério Público, o STJ (última instância jurisdicional para matérias infraconstitucionais no Brasil), admitiu que o Poder Judiciário possa efetuar o controle de políticas públicas, determinando medida específica a ser adotada no planejamento orçamentário. Em outras palavras, o Judiciário brasileiro pode tomar medidas contra a omissão do Poder Executivo, ao não adotar determinada política pública, visto não existir discricionariedade em não cumprir prescrições constitucionais ou legais.

Outra hipótese analisada pelo STJ diz respeito à Administração Pública agir sem razão ou extrapolar os limites de sua competência, devendo, nesses casos, o princípio da Separação de Poderes ser lido à luz da nova Constituição, que atribui novos papéis ao Estado na realização dos direitos sociais e, ao exigir atuação mais ativa da Administração Pública, exige, a par disso, uma atuação mais forte do Poder Judiciário (STJ, Recurso Especial nº 1.041.197/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Dj de 16 de setembro de 2009).

O Ministro Relator, no julgado referido no parágrafo acima, apesar de afastar o controle indiscriminado de políticas públicas pelo Judiciário, considera necessária e legítima tal interferência, sempre que a Administração Pública violar direitos fundamentais, restabelecendo, assim, a integridade da ordem jurídica violada. Nesse último caso, o STJ entendeu que nas

hipóteses de omissões injustificadas, o Judiciário não pode ser passivo, levando em conta que a Administração Pública tinha por obrigação ter previsto orçamento específico para suprir a falta de equipamentos hospitalares.

Em outra situação, a determinação de cumprimento do dever da coleta de lixo pelo ente público, por um magistrado, foi ratificada em voto do Ministro Luiz Fux, quando ainda era membro do STJ, considerando que a inércia quanto a essa obrigação causaria prejuízo à saúde, não vislumbrando ingerência do Poder Judiciário na esfera administrativa, uma vez não haver discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente (STJ, Recurso Especial nº 575.998, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ de 16 de novembro de 2004). Assim, em casos de omissão, atraso ou má prestação do serviço público, que envolvam direitos fundamentais, inúmeros são os casos de intervenção do Ministério Público brasileiro e de decisões do Poder Judiciário pátrio, ao determinar adoção de medidas relativas a políticas públicas, contribuindo como protagonistas da diminuição das desigualdades e efetivação de direitos fundamentais sociais no Brasil.

4.4 Das Principais Teses Jurídicas Utilizadas pelo Ministério Público Brasileiro para a Efetivação de Políticas Públicas

4.4.1 Mínimo Existencial *versus* Reserva do Possível

Segundo Andreas Krell, a Corte Constitucional alemã teria extraído o direito a um “mínimo de existência” do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1, I, da Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática com o princípio do Estado Social (art. 20, I, da LF).

No pensamento do autor, a Corte teria determinado uma ampliação dada ao valor da “ajuda social”, valor mínimo que o Estado estaria obrigado a pagar a cidadãos carentes. Nessa linha, concluiu Krell que a jurisprudência da Corte Constitucional alemã teria acatado a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um “mínimo vital”³⁸⁷.

³⁸⁷ KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 61.

Quanto a quem seriam os sujeitos de direito desse mínimo existencial, Miguel Carbonnel³⁸⁸ sustenta que cabe ao Estado identificar o mínimo de pessoas em estado de vulnerabilidade, que necessita dos direitos sociais e que o Poder Público precisa proteger:

En relación con el contenido mínimo, es importante señalar que se trata de un concepto aplicable no solamente a los derechos sino también a sectores de la población; concretamente, se puede aplicar para identificar al mínimo de personas a las que el Estado debe proteger en caso de crisis económica. Es decir, el contenido mínimo em relación a grupos obliga al Estado a identificar a las personas en situación de vulnerabilidad para asegurarles el disfrute de sus derechos sociales.

Assim, compete exatamente ao Ministério Público brasileiro representar esses grupos em estado de vulnerabilidade e a proteção de seus direitos. Todavia, com relação aos limites à busca judicial de efetivação desses direitos, são bastante utilizados pelo Poder Público, como contra-argumento, o princípio da “reserva do possível”, também originado da jurisprudência e doutrina alemãs, no sentido daquilo que se pode razoavelmente se exigir do Estado. O Ministro e jurista Gilmar Ferreira Mendes explica que

[...] sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível ("Vorbehalt des finanziell Möglichen"). Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre "numerus clausus" de vagas nas Universidades ("numerus-clausus Entscheidung"), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à "reserva do possível" ("Vorbehalt des Möglichen")³⁸⁹.

Esse princípio, comumente utilizado como argumento contrário às ações do Ministério Público para efetivar políticas públicas, é arguido no Brasil sob dois aspectos: o da “reserva do possível fática” (ausência de recursos financeiros) e o da “reserva do possível jurídica” (suposta impossibilidade de alteração da legislação orçamentária).

O Ministro Celso de Mello³⁹⁰, assentou em voto que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de

³⁸⁸ CARBONNEL, Miguel. Una historia de los derechos fundamentales. México, Porrúa: UNAM, CNDH, 2005, p. 62.

³⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 8, p. 131-142, 2004.

³⁹⁰ “[...] Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948” (Artigo XXV) [...] ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição, pois encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes³⁹¹, em outro caso relativo a medicamentos, afirmou claramente que o Poder Público não provou a ausência de capacidade financeira para cumprir a decisão judicial, deixando bem claro que o ônus da prova (quanto à reserva do possível) cabe ao Poder Público.

4.4.2 Proibição de Retrocesso *versus* Autonomia Legislativa

Esse princípio serviu de fundamento a julgado do Tribunal Constitucional de Portugal (TCP) em 1984, como impeditivo à atuação estatal contrária aos direitos sociais.

A partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de constituir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social³⁹².

Na ordem jurídica nacional brasileira foi utilizado como fundamento de decisão judicial, em 2004, em voto vencido do Ministro Celso de Mello, no curso de julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.150-8), ação de controle de constitucionalidade concentrado que questionava o recém instituído desconto previdenciário para os inativos, na época em curso perante o STF.

O voto vencido de Mello se posicionou pela procedência da ADIN, declarando a inconstitucionalidade da exação, por entender que consistia em verdadeiro retrocesso social e que, em razão da alegada crise que o setor de previdência social atravessava, o governo não poderia alterar as regras de aposentadoria, tributando também os inativos, que já haviam contribuído durante todo o período em que laboraram e pararam de fazê-lo quando da inativação.

³⁹¹ Suspensão de Tutela Antecipada nº 278-6 Alagoas. Relator: Ministro Presidente. Requerente(s): Estado De Alagoas. Advogado(a/s): Pge-AI - Rodrigo Siqueira Cavalcante. Requerido(a/s): Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas (Agravo Regimental em Suspensão de Execução de Liminar nº 2008.001847-2/0001.00). Requerido(a/s): Juíza de Direito da 17ª Vara Cível de Alagoas (Processo nº 001.08.083792-2) Interessado(a/s): Maria De Lourdes da Silva Advogado(a/s): Defensoria Pública do Estado de Alagoas.

³⁹² Portugal, TCP, Acórdão 39/84.

na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Por outro lado, embora o princípio da proibição do retrocesso não esteja expressamente previsto constitucionalmente, não há como negar ter sua finalidade a garantia da segurança jurídica. Assim, é possível buscar respaldo para a sua utilização no ordenamento jurídico pátrio no *caput*, do art, 5º, da CFRB/1988, na medida em que a inviolabilidade à segurança está ali prevista e, ainda, no inciso XXXVI, do mesmo dispositivo constitucional, quando estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Se há clara vedação à possibilidade de a lei *retroagir*, porque não seria razoável dar-se uma interpretação extensiva a esse princípio, admitindo-se, também, a impossibilidade de a norma retroceder, em uma espécie de direito social adquirido “por toda a coletividade”, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade?

Por outro ângulo, considerando adotarmos o sistema rígido de hierarquia das normas e que, nesse sistema, a Constituição se encontra no ápice da pirâmide; considerando, ainda, que a omissão legislativa/executiva em criar política pública prevista constitucionalmente ou a ação de instituir ou manter política pública de forma precária e deficiente possam ser consideradas inconstitucionais, é perfeitamente plausível admitir que essa inércia ou má atuação consiste em retrocesso social e em uma agressão ao valor segurança jurídica, não havendo como se admitir que o Poder Judiciário, nessas hipóteses, possa tão somente declarar a demora e notificar o legislador ou Gestor.

Entendimento, nesse sentido, pode ser extraído do julgado referido abaixo, do Tribunal Constitucional de Portugal:

Onde a Constituição contenha uma *ordem de legislar*, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível «determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade» (cfr. Acórdão nº 474/02, ainda inédito), a margem de liberdade do legislador para *retroceder* no grau de proteção já atingido é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma *inconstitucionalidade por omissão* – e terá sido essa a situação que se entendeu verdadeiramente ocorrer no caso tratado no já referido Acórdão nº 39/84³⁹³.

³⁹³ Portugal, TCP, Acórdão 509/02.

No julgado mencionado, o Tribunal Constitucional de Portugal declara a inconstitucionalidade da exclusão dos açorianos com idade entre 18 e 25 anos da lista de beneficiários, por considerar que a medida consistiria em retrocesso social vedado pela Constituição. O Tribunal adotou, assim, o entendimento de que o princípio da separação de poderes não confere plena liberdade de atuação ao legislador, ao reverso, consiste em uma limitação à essa esfera de disponibilidade do Poder Legislativo, que pode ser apreciada pelo Poder Judiciário.

O princípio da proibição de retrocesso foi consagrado na jurisprudência brasileira, como pode ser conferido no julgado do STF a seguir, de 2011:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

Assim é que restou consagrado que o princípio da vedação de retrocesso não permite a desconstituição de conquistas já alcançadas pelo cidadão, em matérias de prestações positivas do Estado, a exemplo daquelas obtidas na educação e na saúde.

No dizer do Ministro Celso Mello, na decisão supramencionada, pelo princípio da vedação de retrocesso, os direitos fundamentais individuais ou coletivos, uma vez atingidos, não podem ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Em decorrência desse princípio, o Estado, ao reconhecer direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, como também se obriga a preservá-los, sob pena de violação constitucional.

4.5 Da Criação de Métodos para a Avaliação da Aplicação dos Instrumentos

Desde o início da construção desta tese, seu objetivo era estudar o ativismo judicial e até que ponto poderíamos aplicar suas concepções nas ações de indução ou de efetivação de

políticas públicas pelo Ministério Público, fosse na esfera extrajudicial, fosse na judicial, o que poderíamos denominar de um Ativismo Ministerial.

Tal modelo não se confunde e vai além do Ministério Público Resolutivo³⁹⁴⁻³⁹⁵, uma vez não se restringe simplesmente a prevenir, reprimir e efetivar sanções. O Ativismo Ministerial participa da criação do direito, da aplicação direta da Constituição, do reconhecimento de inconstitucionalidade com base em critérios menos rígidos, da interpretação extensiva da norma posta, da imposição de efetivação de políticas públicas ao Poder Público e da utilização de normas de Direito comparado.

Ao pesquisar e estudar a doutrina internacional e nacional acerca do tema, identificamos seis métodos para poder avaliar se uma ação do Ministério Público poderia ser considerada ativista ou não e, caso sendo ativista, qual a dimensão ou grau empregado naquela ação.

Identificados tais métodos, foi idealizado um instrumento de avaliação, que propicia avaliar o quanto a tese jurídica levantada no instrumento utilizado tinha sido ativista ou não, em outras palavras, qual o grau de ativismo empregado naquela ação do Ministério Público. Assim, aplicando em ampla escala, poderíamos identificar se o Ministério Público brasileiro seria ativista ou não em determinada matéria.

Em uma escala média, poderíamos descobrir se o Ministério Público seria ativista em uma determinada região do país, conforme se verificou a Sul como pioneira em matéria de justiça restaurativa. Em uma escala mais restrita, se um determinado Ministério Público seria criativo e inovador para alcançar avanços em políticas públicas para a população local.

Com relação à dimensão/grau de ativismo, podemos adotar os sugeridas por Canon: a) altamente ativista; b) algo ativista; e c) não ativista. Na análise, procurando aferir o quão ativista era uma decisão, ele propunha uma pontuação de 1 (um), 0,5 (meio) e 0 (zero) ativista.

Com base na doutrina pesquisada e utilizada nesta tese, foram estabelecidos seis métodos de avaliação:

³⁹⁴ CNMP. Manual de Resolutividade da Corregedoria Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público. 2023. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2023/manual_de_resolutividade.pdf. Acesso em: 27 out. 2023.

³⁹⁵ CNMP. Guia de Atuação Resolutiva da Corregedoria Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público. 2023. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2023/Guia_de_Negocia%C3%A7%C3%A3o_-_Vol._1.pdf. Acesso em: 27 out. 2023.

1º Método

Critérios fixados com base nas espécies de Ativismo Judicial de Barroso e Canotilho

- 1) Houve aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário (Barroso)?
- 2) É hipótese de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição (Barroso)?
- 3) Houve a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (Barroso)?
- 4) O juiz utilizou em sua decisão, *standards* de direito comparado ou de direito internacional (Canotilho)?

2º Método

Critérios fixados com base nas dimensões do Ativismo Judicial de Kmiec

- 1) Quando ocorre a anulação de ato normativo (seja do Executivo, seja do Legislativo) cuja constitucionalidade seria demonstrável ou defensável.
- 2) Houve desrespeito à vedação de criação judicial do Direito (Legislação Judicial)?
- 3) Quando a corte se desvia de uma metodologia de interpretação aceita.
- 4) Cortes ou juízes ativistas poderiam ser os que julgam orientados pelo resultado.
- 5) Respeito aos precedentes judiciais? Decisão judicial que não se enquadraria à orientação consolidada pela jurisprudência.

3º Método

Critérios fixados com base nas dimensões do Ativismo Judicial de Canon

- 1) Majoritarismo: grau que o poder judicial invalida políticas públicas propostas pelos ramos democraticamente eleitos.
- 2) Estabilidade interpretativa: grau de alteração de jurisprudência anterior ou de doutrina de interpretação da constituição.
- 3) Fidelidade interpretativa: grau de afastamento do tribunal, na interpretação de dispositivos constitucionais, do significado do texto ou das intenções conhecidas dos autores da constituição.
- 4) Distinção entre processo democrático e políticas substantivas: considerando-se mais ativistas as interferências em políticas substantivas do que em questões que afetem o processo

democrático em si (na possibilidade de minorias se transformarem em maioria, o tribunal interferiria).

5) Especificidade política: grau em que o tribunal interfere em políticas públicas, especificando a política pública a ser seguida pelas agências governamentais.

6) Disponibilidade de um ator político alternativo: existência de outra agência governamental que poderia realizar a política pública pretendida e a real possibilidade dessa política vir a ser colocada em prática.

4º Método

Critérios fixados com base nos indicadores do Ativismo Judicial de Marshall

1) Ativismo contramajoritário: comportamento habitual dos tribunais de acatar as decisões dos ramos democraticamente eleitos.

2) Ativismo não-originalista: quando os tribunais não adotam uma interpretação originalista da Constituição, seja por se afastarem do texto, seja por não levarem em conta a intenção dos seus autores.

3) Ativismo precedencial: quando um precedente judicial não é observado.

4) Ativismo jurisdicional: quando o tribunal expande os limites de sua jurisdição.

5) Criatividade judicial: quando o tribunal cria uma nova teoria ou descobre novos direitos na doutrina constitucional.

6) Ativismo remedial: imposição, pelos tribunais, de obrigações a instituições governamentais.

7) Ativismo partidário: quando o tribunal usa do seu poder para alcançar objetivos partidários.

5º Método

Com base nos limites à judicialização dos Direitos Sociais apontados na doutrina

1) Reserva do Possível x Mínimo Existencial.

2) Violação ao Princípio da Separação dos Poderes x Hipótese de Freios e Contrapesos.

3) Autonomia Legislativa x Proibição de Retrocesso.

4) Autocontenção x Inovação.

6º Método

Critérios extraídos da decisão do STF que limitou o ativismo judicial

1) A omissão ou a política já implementada oferece condições mínimas de existência humana?

2) O pedido de intervenção é razoável?

- 3) Do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política é desarroazoadas?
- 4) A situação coloca em risco os direitos individuais ou coletivos garantidos na Constituição?
- 5) Havia verba para a implementação das medidas?

Quadro 2 – Instrumento de Avaliação das Ações

HIPÓTESE	MATÉRIA	MP	REGIÃO	RESULTADO
1º Método (Espécies de Ativismo Judicial, de Barroso e Canotilho)				
Aplicação direta da Constituição?				
Inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios rígidos?				
Imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas?				
Utilizou em sua decisão <i>standards</i> ³⁹⁶ de Direito comparado ou de Direito Internacional?				
2º Método (Dimensões do Ativismo Judicial, de Kmiec)				
Ocorre a anulação de ato normativo (seja do Executivo, seja do Legislativo) cuja constitucionalidade seria demonstrável ou defensável?				
Legislação Judicial (a decisão judicial criou direito)?				
Afastamentos da metodologia interpretativa aceita?				
Julgamento orientado a determinado resultado?				

³⁹⁶ Importante lembrar, conforme vimos no segundo capítulo, que a palavra *standards* tem o significado de “norma”.

Decisão judicial que não se enquadraria à orientação consolidada pela jurisprudência?				
3º Método (Dimensões do Ativismo Judicial, de Canon)				
Majoritarismo: grau que o poder judicial invalida políticas públicas propostas pelos ramos democraticamente eleitos				
Ativismo não-originalista: quando os tribunais não adotam uma interpretação originalista da constituição, seja por afastarem-se do texto, seja por não levarem em conta a intenção dos autores da constituição				
Ativismo precedencial: quando um precedente judicial não é observado				
Ativismo jurisdicional: quando um tribunal expande os limites de sua jurisdição				
Criatividade judicial: quando o tribunal cria uma nova teoria ou descobre novos direitos na doutrina constitucional				
Disponibilidade de um ator político alternativo: existência de outra agência governamental que poderia realizar a política pública pretendida e a real possibilidade de essa política vir a ser colocada em prática				
4º Método (Indicadores do Ativismo Judicial, de Marshall)				
Ativismo contramajoritário: comportamento habitual dos tribunais de acatar as decisões dos ramos democraticamente eleitos				
Ativismo não-originalista: quando os tribunais não adotam uma interpretação originalista da Constituição, seja por se afastarem do texto, seja por não levarem em conta a intenção dos seus autores				

Ativismo precedencial: quando um precedente judicial não é observado				
Ativismo jurisdicional: quando um tribunal expande os limites de sua jurisdição				
Criatividade judicial: quando o tribunal cria uma nova teoria ou descobre novos direitos na doutrina constitucional				
Ativismo remedial: imposição, pelos tribunais, de obrigações a instituições governamentais				
Ativismo partidário: quando o tribunal usa do seu poder para alcançar objetivos partidários				
5º Método (Com base nos limites à judicialização dos Direitos Sociais apontados na doutrina)				
Reserva do Possível x Mínimo Existencial				
Violação ao Princípio da Separação dos Poderes x Hipótese de Freios e Contrapesos				
Autonomia Legislativa x Proibição de Retrocesso				
Autocontenção x Inovação				
6º Método (Critérios extraídos da decisão do STF que limitou o ativismo judicial)				
A omissão ou a política já implementada oferece condições mínimas de existência humana?				
O pedido de intervenção é razoável?				
Do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política é desarrazoada?				

A situação coloca em risco os direitos individuais ou coletivos garantidos na Constituição?				
Havia verba para a implementação das medidas?				
RESULTADO FINAL				
QUANTIDADE DE RESPOSTAS POR MÉTODO				
CLASSIFICAÇÃO DO GRAU DE ATIVISMO JUDICIAL, SEGUNDO CANON				
Altamente ativista				
Algo ativista				
Não ativista				

Fonte: Elaborado pela autora, 2023.

4.6 Da Aplicação dos Métodos por Amostragem

Como o terceiro e quarto métodos envolvem informações de natureza orçamentária e financeira, na testagem do instrumento de avaliação, por amostragem, em algumas ações de educação e saúde serão desprezadas as questões das quais não se obtenha tais dados.

A quantidade de respostas “SIM”, proporcionalmente à quantidade de perguntas respondidas, possibilitará a extração do seu grau de ativismo e de seu percentual.

Quanto à área da educação, serão utilizados os temas: merenda escolar durante o período da Pandemia de Covid-19, retorno às aulas presenciais pós-pandemia. Vagas em creches e ação sobre estrutura de escola.

Na área da saúde, serão utilizados os temas: Ação de execução de TAC do espectro autista, repactuação do TAC do autismo, ação do oxigênio durante a pandemia e PIC sobre violência obstétrica.

4.6.1 Área da Educação

O primeiro caso a ser analisado, por meio do instrumento de avaliação, trata de distribuição da merenda escolar durante o período da Pandemia de Covid-19.

Por meio da Recomendação Conjunta nº 001/2020, o MPF e o MPAM recomendaram a adoção de providências, orientação e divulgação de medidas preventivas para a distribuição da alimentação escolar do Programa Nacional de Alimentação escolar (PNAE) pelas redes de ensino públicas.

Em decorrência da recomendação, o Governo do Amazonas anunciou, no dia 17 de abril de 2020, a distribuição de kits de merenda escolar para mais de 400 mil estudantes da rede pública estadual.

No Decreto de nº 42.196, publicado no Diário Oficial do Estado, está mencionada, nos “considerandos”, a Recomendação conjunta nº 001/2020, assinada pelo MPAM e MPF, listando várias medidas para garantir o destino correto dos gêneros alimentícios, adquiridos com verba pública, para a merenda escolar, durante este período de inatividade presencial.

O programa “Merenda em Casa”, que autoriza a distribuição dos alimentos perecíveis e não perecíveis aos alunos da rede pública nos 61 municípios do interior do Amazonas, também cita, no § 6º, do art. 1º, a ressalva dos Ministérios Públicos, frisando que “é vedado às Coordenadorias e gestores regionais e distritais a utilização da distribuição dos alimentos como mecanismos de promoção pessoal de agentes públicos ou políticos, sob pena de apuração de ato de improbidade administrativa”.

Análise da Recomendação Conjunta nº 001/2020, da “Distribuição da Merenda Escolar”:

Quadro 3 – Instrumento de Avaliação aplicado à Recomendação Conjunta nº 001/2020

HIPÓTESE	MATÉRIA	MP	REGIÃO	RESULTADO
1º Método (Espécies de Ativismo Judicial, de Barroso e Canotilho)				
Aplicação direta da Constituição?				
Inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios rígidos?				
Imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas?	MERENDA ESCOLAR EM CASA	AM	NORTE	SIM
Utilizou em sua decisão <i>standards</i> de Direito comparado ou de Direito Internacional?				

2º Método (Dimensões do Ativismo Judicial, de Kmiec)				
Ocorre a anulação de ato normativo (seja do Executivo, seja do Legislativo) cuja constitucionalidade seria demonstrável ou defensável?				
Legislação Judicial (a decisão judicial criou direito)?				
Afastamentos da metodologia interpretativa aceita?				
Julgamento orientado a determinado resultado?	MERENDA ESCOLAR EM CASA	AM	NORTE	SIM
Decisão judicial que não se enquadraria à orientação consolidada pela jurisprudência?				
3º Método (Dimensões do Ativismo Judicial, de Canon)				
Majoritarismo: grau que o poder judicial invalida políticas públicas propostas pelos ramos democraticamente eleitos				
Ativismo não-originalista: quando os tribunais não adotam uma interpretação originalista da constituição, seja por afastarem-se do texto, seja por não levarem em conta a intenção dos autores da constituição	MERENDA ESCOLAR EM CASA	AM	NORTE	SIM
Ativismo precedencial: quando um precedente judicial não é observado				
Ativismo jurisdicional: quando um tribunal expande os limites de sua jurisdição				
Criatividade judicial: quando o tribunal cria uma nova teoria ou descobre novos direitos na doutrina constitucional				
Disponibilidade de um ator político alternativo: existência de outra agência				

governamental que poderia realizar a política pública pretendida e a real possibilidade de essa política vir a ser colocada em prática				
4º Método (Indicadores do Ativismo Judicial de Marshall)				
Ativismo contramajoritário: comportamento habitual dos tribunais de acatar as decisões dos ramos democraticamente eleitos				
Ativismo não-originalista: quando os tribunais não adotam uma interpretação originalista da Constituição, seja por se afastarem do texto, seja por não levarem em conta a intenção dos seus autores				
Ativismo precedencial: quando um precedente judicial não é observado				
Ativismo jurisdicional: quando um tribunal expande os limites de sua jurisdição				
Criatividade judicial: quando o tribunal cria uma nova teoria ou descobre novos direitos na doutrina constitucional				
Ativismo remedial: imposição, pelos tribunais, de obrigações a instituições governamentais	MERENDA ESCOLAR EM CASA	AM	NORTE	SIM
Ativismo partidário: quando o tribunal usa do seu poder para alcançar objetivos partidários				
5º Método (Com base nos limites à judicialização dos Direitos Sociais apontados na doutrina)				
Reserva do Possível x Mínimo Existencial	MERENDA ESCOLAR EM CASA	AM	NORTE	MÍNIMO EXISTENCIAL

Violação ao Princípio da Separação dos Poderes x Hipótese de Freios e Contrapesos				
Autonomia Legislativa x Proibição de Retrocesso	MERENDA ESCOLAR EM CASA	AM	NORTE	PROIBIÇÃO DE RETROCESSO
Autocontenção x Inovação				
6º Método (Critérios extraídos da decisão do STF que limitou o ativismo judicial)				
A omissão ou a política já implementada oferece condições mínimas de existência humana?	MERENDA ESCOLAR EM CASA	AM	NORTE	NÃO
O pedido de intervenção é razoável?				SIM
Do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política é desarrazoada?				SIM
A situação coloca em risco os direitos individuais ou coletivos garantidos na Constituição?				SIM
Havia verba para a implementação das medidas?				(?)
RESULTADO FINAL				
QUANTIDADE DE RESPOSTAS ATIVISTAS				10
CLASSIFICAÇÃO DO GRAU DE ATIVISMO JUDICIAL, SEGUNDO CANON				
Altamente ativista				
Algo ativista				SIM
Não ativista				

Fonte: Elaborado pela autora, 2023.

Mesmo ao se levar em conta que a Recomendação analisada foi expedida para cumprimento de uma lei, pode-se considerar o protagonismo dos Ministérios Públicos Federal e Estadual ao impulsionarem os governos estadual e municipal a regulamentarem a lei a nível

local e executarem a política. Portanto, pode ser considerada uma ação Ministerial ativista de indução de regulamentação da norma e de execução da política pública.

O segundo caso da área de educação a ser analisado trata do retorno, ainda que gradual, dos alunos da rede pública às aulas presenciais e o fim do recesso do Conselho Estadual de Educação.

Por meio da Recomendação nº 0004/2020-59ª PJ, de 17 de junho de 2020, foi recomendada ao Governo estadual a revogação da Portaria que determinou o recesso do Conselho Estadual de Educação, submetendo a deliberação do retorno das aulas presenciais por ambas as redes, no sentido de participação na elaboração do Plano de Retomada das Aulas.

Ainda por meio desse instrumento, foi recomendada a promoção da participação em debates e discussões com relação à retomada das aulas, fomentando a necessidade de que o retorno dos alunos ocorresse de forma gradual, com acolhimento dos sentimentos de perda em razão da doença e da morte de familiares e amigos vitimados pela Covid-19, com base nos princípios da solidariedade e da fraternidade, trabalhando os aspectos psicológicos e sociológicos que envolvessem a situação, preparando materialmente as escolas para esse retorno, estabelecendo critérios rigorosos, humanos, materiais (condições de infraestrutura dos espaços pedagógicos), sanitários e pedagógicos para a volta dos alunos às escolas.

No mais, a recomendação deu prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de Plano de Ação, elaborado com a participação da comunidade escolar, do Conselho Estadual de Educação e das organizações da sociedade, para a retomada das atividades escolares presenciais, com diretrizes para a estruturação do calendário escolar para o ano letivo de 2020, visando o cumprimento da carga horária e dos requisitos legais mínimos para a garantia da oferta da educação de qualidade aos alunos da rede estadual, de modo compatível com a capacidade de aprendizagem diária dos alunos para cada etapa de ensino e faixa etária.

Foram recomendadas, também, questões sanitárias (que deveriam ser acompanhadas pela Fundação de Vigilância Sanitária) e questões pedagógicas (que deveriam ser acompanhadas pela Comissão de Educação da Assembleia Legislativa) que deveriam constar do Plano. Foi recomendada, ainda, a publicação do plano de retomada, disponibilizando-o para consulta, garantindo o amplo conhecimento da sociedade, transparência e previsibilidade.

Análise da Recomendação nº 0004/2020-59ª PJ, de 17 de junho de 2020, do “Retorno às Aulas Presenciais”:

Quadro 4 – Instrumento de Avaliação aplicado à Recomendação nº 0004/2020-59ª PJ

HIPÓTESE	MATÉRIA	MP	REGIÃO	RESULTADO
1º Método (Espécies de Ativismo Judicial, de Barroso e Canotilho)				
Aplicação direta da Constituição?				
Inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios rígidos?				
Imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas?	RETORNO ÀS AULAS PRESENCIAIS	AM	NORTE	SIM
Utilizou em sua decisão <i>standards</i> de Direito comparado ou de Direito Internacional?				
2º Método (Dimensões do Ativismo Judicial, de Kmiec)				
Ocorre a anulação de ato normativo (seja do Executivo, seja do Legislativo) cuja constitucionalidade seria demonstrável ou defensável?				
Legislação Judicial (a decisão judicial criou direito)?				
Afastamentos da metodologia interpretativa aceita?				
Julgamento orientado a determinado resultado?	RETORNO ÀS AULAS PRESENCIAIS	AM	NORTE	SIM
Decisão judicial que não se enquadraria à orientação consolidada pela jurisprudência?				
3º Método (Dimensões do Ativismo Judicial, de Canon)				
Majoritarismo: grau que o poder judicial invalida políticas públicas propostas pelos ramos democraticamente eleitos				

Ativismo não-originalista: quando os tribunais não adotam uma interpretação originalista da constituição, seja por afastarem-se do texto, seja por não levarem em conta a intenção dos autores da constituição	RETORNO ÀS AULAS PRESENCIAIS	AM	NORTE	SIM
Ativismo precedencial: quando um precedente judicial não é observado				
Ativismo jurisdicional: quando um tribunal expande os limites de sua jurisdição				
Criatividade judicial: quando o tribunal cria uma nova teoria ou descobre novos direitos na doutrina constitucional				
Disponibilidade de um ator político alternativo: existência de outra agência governamental que poderia realizar a política pública pretendida e a real possibilidade de essa política vir a ser colocada em prática				
4º Método (Indicadores do Ativismo Judicial, de Marshall)				
Ativismo contramajoritário: comportamento habitual dos tribunais de acatar as decisões dos ramos democraticamente eleitos				
Ativismo não-originalista: quando os tribunais não adotam uma interpretação originalista da Constituição, seja por se afastarem do texto, seja por não levarem em conta a intenção dos seus autores				
Ativismo precedencial: quando um precedente judicial não é observado				
Ativismo jurisdicional: quando um tribunal expande os limites de sua jurisdição				
Criatividade judicial: quando o tribunal cria uma nova teoria ou descobre novos direitos na doutrina constitucional				

Ativismo remedial: imposição, pelos tribunais, de obrigações a instituições governamentais	RETORNO ÀS AULAS PRESENCIAIS	AM	NORTE	SIM
Ativismo partidário: quando o tribunal usa do seu poder para alcançar objetivos partidários				
5º Método (Com base nos limites à judicialização dos Direitos Sociais apontados na doutrina)				
Reserva do Possível x Mínimo Existencial	RETORNO ÀS AULAS PRESENCIAIS	AM	NORTE	MÍNIMO EXISTENCIAL
Violação ao Princípio da Separação dos Poderes x Hipótese de Freios e Contrapesos				
Autonomia Legislativa x Proibição de Retrocesso	RETORNO ÀS AULAS PRESENCIAIS	AM	NORTE	PROIBIÇÃO DE RETROCESSO
Autocontenção x Inovação				
6º Método (Critérios extraídos da decisão do STF que limitou o ativismo judicial)				
A omissão ou a política já implementada oferece condições mínimas de existência humana?	RETORNO ÀS AULAS PRESENCIAIS	AM	NORTE	NÃO
O pedido de intervenção é razoável?				SIM
Do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política é desarrazoada?				SIM
A situação coloca em risco os direitos individuais ou coletivos garantidos na Constituição?				SIM
Havia verba para a implementação das medidas?				-
RESULTADO FINAL				
QUANTIDADE DE RESPOSTAS POR MÉTODO				10

CLASSIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM CADA DIMENSÃO, DE CANON	
Altamente ativista	SIM
Algo ativista	
Não ativista	

Fonte: Elaborado pela autora, 2023.

Da análise, podemos concluir que o Ministério Público foi mais ativista neste caso, da feita que não havia norma determinando o retorno das aulas presenciais. Na hipótese, o Ministério Público agiu com base nos prejuízos que os alunos estavam enfrentando quanto à educação. Agiu, ainda, com fulcro na obrigatoriedade da frequência escolar (CFRB/1988, art. 208 e LDB, art. 4º, inciso I), não podendo ser a educação proporcionada pelas mídias digitais (TV, internet, celular e outros), uma vez que 58% dos domicílios não tinham acesso a computadores e 33% não dispunha de acesso à internet³⁹⁷.

O terceiro caso de educação a ser analisado é relativo a “Vagas em Creches”, por meio da Resolução nº 003/2021/59ª PJ, de 24 de junho de 2021, foi recomendado ao Município de Manaus, atendimento à Meta 1 do Plano Nacional de Educação e à Lei Municipal nº 2000/2015³⁹⁸ (Plano Municipal de Educação).

Nesse passo, foram realizadas treze recomendações, dentre elas, o atendimento à população de zero a três anos e aquela que possuía quatro anos incompletos, em 31 de março daquele ano; foi recomendada, também, a priorização da ampliação de matrículas nas regiões com maior demanda; além disso, o estímulo à construção de novas creches, previstas em Meta do Plano Municipal de Educação; foi recomendada, no mais, a realização periódica, em regime de colaboração, levantamento da demanda de creche para a população de até três anos, como forma de planejar a oferta e verificar o atendimento de demanda manifesta; foi recomendada, ainda, a oferta prioritária de todas as vagas existentes nas unidades públicas no período de matrícula seguinte.

Análise do caso da Resolução nº 003/2021/59ª PJ, de 24 de junho de 2021, das “Vagas em Creches”:

³⁹⁷ Disponível em: <https://www.cetic.br/pesquisa/domicilios/>. Acesso em: 29 out. 2023.

³⁹⁸ MANAUS. Lei nº 2000, de 24 de junho de 2015. Aprova o plano municipal de educação do município de Manaus e dá outras providências. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/am/m/manaus/lei-ordinaria/2015/200/2000/lei-ordinaria-n-2000-2015-aprova-o-plano-municipal-de-educacao-do-municipio-de-manaus-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 30 out. 2023.

Quadro 5 – Instrumento de Avaliação aplicado à Resolução nº 003/2021/59ª PJ

HIPÓTESE	MATÉRIA	MP	REGIÃO	RESULTADO
1º Método (Espécies de Ativismo Judicial, de Barroso e Canotilho)				
Aplicação direta da Constituição?				
Inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios rígidos?				
Imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas?	MAIS VAGAS EM CRECHES	AM	NORTE	SIM
Utilizou em sua decisão <i>standards</i> de Direito comparado ou de Direito Internacional?				
2º Método (Dimensões do Ativismo Judicial, de Kmiec)				
Ocorre a anulação de ato normativo (seja do Executivo, seja do Legislativo) cuja constitucionalidade seria demonstrável ou defensável?				
Legislação Judicial (a decisão judicial criou direito)?				
Afastamentos da metodologia interpretativa aceita?				
Julgamento orientado a determinado resultado?	MAIS VAGAS EM CRECHES	AM	NORTE	SIM
Decisão judicial que não se enquadraria à orientação consolidada pela jurisprudência?				
3º Método (Dimensões do Ativismo Judicial, de Canon)				
Majoritarismo: grau que o poder judicial invalida políticas públicas propostas pelos ramos democraticamente eleitos				

Ativismo não-originalista: quando os tribunais não adotam uma interpretação originalista da constituição, seja por afastarem-se do texto, seja por não levarem em conta a intenção dos autores da constituição	MAIS VAGAS EM CRECHES	AM	NORTE	SIM
Ativismo precedencial: quando um precedente judicial não é observado				
Ativismo jurisdicional: quando um tribunal expande os limites de sua jurisdição				
Criatividade judicial: quando o tribunal cria uma nova teoria ou descobre novos direitos na doutrina constitucional				
Disponibilidade de um ator político alternativo: existência de outra agência governamental que poderia realizar a política pública pretendida e a real possibilidade de essa política vir a ser colocada em prática				
4º Método (Indicadores do Ativismo Judicial, de Marshall)				
Ativismo contramajoritário: comportamento habitual dos tribunais de acatar as decisões dos ramos democraticamente eleitos				
Ativismo não-originalista: quando os tribunais não adotam uma interpretação originalista da Constituição, seja por se afastarem do texto, seja por não levarem em conta a intenção dos seus autores				
Ativismo precedencial: quando um precedente judicial não é observado				
Ativismo jurisdicional: quando um tribunal expande os limites de sua jurisdição				
Criatividade judicial: quando o tribunal cria uma nova teoria ou descobre novos direitos na doutrina constitucional				

Ativismo remedial: imposição, pelos tribunais, de obrigações a instituições governamentais	MAIS VAGAS EM CRECHES	AM	NORTE	SIM
Ativismo partidário: quando o tribunal usa do seu poder para alcançar objetivos partidários				
5º Método (Com base nos limites à judicialização dos Direitos Sociais apontados na doutrina)				
Reserva do Possível x Mínimo Existencial	MAIS VAGAS EM CRECHES	AM	NORTE	MÍNIMO EXISTENCIAL
Violação ao Princípio da Separação dos Poderes x Hipótese de Freios e Contrapesos				
Autonomia Legislativa x Proibição de Retrocesso	MAIS VAGAS EM CRECHES	AM	NORTE	PROIBIÇÃO DE RETROCESSO
Autocontenção x Inovação				INOVAÇÃO
6º Método (Critérios extraídos da decisão do STF que limitou o ativismo judicial)				
A omissão ou a política já implementada oferece condições mínimas de existência humana?	MAIS VAGAS EM CRECHES	AM	NORTE	NÃO
O pedido de intervenção é razoável?				SIM
Do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política é desarrazoada?				SIM
A situação coloca em risco os direitos individuais ou coletivos garantidos na Constituição?				SIM
Havia verba para a implementação das medidas?				PLANEJAR LOA SEGUINTE
RESULTADO FINAL				
QUANTIDADE DE RESPOSTAS POR MÉTODO				11
CLASSIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM CADA DIMENSÃO, DE CANON				
Altamente ativista				

Algo ativista	SIM
Não ativista	

Fonte: Elaborado pela autora, 2023.

Da análise da Recomendação das Vagas em Creches, verifica-se um grau médio de ativismo, da feita que se está recomendando cumprimento de metas previstas nos Planos Nacional e Municipal de Educação. Por que médio, se está havendo recomendação apenas de metas pré-estabelecidas em leis? Por três motivos. Primeiro, pela manutenção caríssima das unidades em funcionamento. Construir demanda menos recursos, estruturar gera uma maior complexidade e manter tem alto custo e complexidade. Segundo, porque a demanda aumenta anualmente com o aumento da população. Terceiro, porque os recursos previstos no orçamento anual para a educação são empregados na manutenção das unidades existentes, por vezes não alcançando o aumento de demanda.

O quarto caso de educação a ser analisado é o da Ação Civil Pública ajuizada visando à realização de reforma e reparos na Escola Municipal Hemérito Cabrinha.

Nos pedidos da ACP, consta desde a reforma geral dos banheiros, adequação de cabines, pintura, conserto de infiltrações e goteiras, manutenção de aparelhos de ar-condicionado e colocação de sistemas de drenagem, instalação de geladeiras e freezers em local adequado, manutenção de caixas de passagem e de inspeção, troca dos computadores inoperantes, adequação ao sistema de prevenção e combate aos incêndios, reforma geral da quadra de esportes, implementação de sala de atendimento às necessidades dos alunos com deficiência, troca do mobiliário inadequado ou sem condições de uso e disponibilização de material didático-pedagógico para a atendimento apropriado a cada aluno com deficiência.

Análise do caso da Ação Civil Pública nº 0815082-52.2020.8.04.0001, da Estrutura da Escola Municipal Hemérito Cabrinha:

Quadro 6 – Instrumento de Avaliação aplicado à Ação Civil Pública nº 0815082-52.2020.8.04.0001

HIPÓTESE	MATÉRIA	MP	REGIÃO	RESULTADO
1º Método (Espécies de Ativismo Judicial, de Barroso e Canotilho)				
Aplicação direta da Constituição?				

Inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios rígidos?				
Imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas?	ESTRUTURA ESCOLAR	AM	NORTE	SIM
Utilizou em sua decisão <i>standards</i> de Direito comparado ou de Direito Internacional?				
2º Método (Dimensões do Ativismo, de Kmiec)				
Ocorre a anulação de ato normativo (seja do Executivo, seja do Legislativo) cuja constitucionalidade seria demonstrável ou defensável?				
Legislação Judicial (a decisão judicial criou direito)?				
Afastamentos da metodologia interpretativa aceita?				
Julgamento orientado a determinado resultado?	ESTRUTURA ESCOLAR	AM	NORTE	SIM
Decisão judicial que não se enquadraria à orientação consolidada pela jurisprudência?				
3º Método (Dimensões do Ativismo Judicial, de Canon)				
Majoritarismo: grau que o poder judicial invalida políticas públicas propostas pelos ramos democraticamente eleitos				
Ativismo não-originalista: quando os tribunais não adotam uma interpretação originalista da constituição, seja por afastarem-se do texto, seja por não levarem em conta a intenção dos autores da constituição	ESTRUTURA ESCOLAR	AM	NORTE	SIM

Ativismo precedencial: quando um precedente judicial não é observado				
Ativismo jurisdicional: quando um tribunal expande os limites de sua jurisdição				
Criatividade judicial: quando o tribunal cria uma nova teoria ou descobre novos direitos na doutrina constitucional				
Disponibilidade de um ator político alternativo: existência de outra agência governamental que poderia realizar a política pública pretendida e a real possibilidade de essa política vir a ser colocada em prática				
4º Método (Indicadores do Ativismo Judicial, de Marshall)				
Ativismo contramajoritário: comportamento habitual dos tribunais de acatar as decisões dos ramos democraticamente eleitos				
Ativismo não-originalista: quando os tribunais não adotam uma interpretação originalista da Constituição, seja por se afastarem do texto, seja por não levarem em conta a intenção dos seus autores				
Ativismo precedencial: quando um precedente judicial não é observado				
Ativismo jurisdicional: quando um tribunal expande os limites de sua jurisdição				
Criatividade judicial: quando o tribunal cria uma nova teoria ou descobre novos direitos na doutrina constitucional				
Ativismo remedial: imposição, pelos tribunais, de obrigações a instituições governamentais	ESTRUTURA ESCOLAR	AM	NORTE	SIM

Ativismo partidário: quando o tribunal usa do seu poder para alcançar objetivos partidários				
5º Método (Com base nos limites à judicialização dos Direitos Sociais apontados na doutrina)				
Reserva do Possível x Mínimo Existencial	ESTRUTURA ESCOLAR	AM	NORTE	MÍNIMO EXISTENCIAL
Violação ao Princípio da Separação dos Poderes x Hipótese de Freios e Contrapesos				
Autonomia Legislativa x Proibição de Retrocesso	ESTRUTURA ESCOLAR	AM	NORTE	PROIBIÇÃO DE RETROCESSO
Autocontenção x Inovação				
6º Método (Critérios extraídos da decisão do STF que limitou o ativismo judicial)				
A omissão ou a política já implementada oferece condições mínimas de existência humana?	ESTRUTURA ESCOLAR	AM	NORTE	NÃO
O pedido de intervenção é razoável?				SIM
Do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política é desarrazoada?				SIM
A situação coloca em risco os direitos individuais ou coletivos garantidos na Constituição?				SIM
Havia verba para a implementação das medidas?				(?)
RESULTADO FINAL				
QUANTIDADE DE RESPOSTAS POR MÉTODO				10
CLASSIFICAÇÃO DO GRAU DE ATIVISMO JUDICIAL, SEGUNDO CANON				
Altamente ativista				SIM
Algo ativista				
Não ativista				

Fonte: Elaborado pela autora, 2023.

Da análise do objeto da ACP visando à realização de reforma e reparos em determinada escola, verifica-se um alto grau de ativismo, porque mesmo baseados em perícia técnica de engenharia administrativa, foram realizados pedidos que ensejam despesas ao Poder Público sem, entretanto, indicar o recurso orçamentário destinado a tal fim ou tampouco haver pedido sua inclusão no orçamento do ano seguinte, requerendo, inclusive, multa diária por descumprimento e condenação do Município em dano moral coletivo.

4.4.2 Área da Saúde

O primeiro caso de saúde a ser analisado trata de uma Ação de Execução de Termo de TAC, proposta contra Estado do Amazonas e Município de Manaus, após dois anos de assinatura do TAC, relativa a tratamento especializado para crianças, adolescentes e adultos no Espectro Autista, considerando que, desde 2008, o Estado e o Município admitiram perante o Ministério Público a inexistência de um serviço público especializado na esfera da saúde mental.

Em meados de 2008/2009 foi postulado pelo MPE-AM que fosse delineado, efetivamente, um Plano de Atendimento às crianças, adolescentes e adultos com Autismo, com técnicas de ambas as esferas de governo, tendo sido firmado, em 24 de setembro de 2009, um Termo de Ajustamento de Conduta nesse sentido.

Todavia, em agosto de 2011, esse acordo ainda não havia sido integralmente cumprido, razão pela qual foi ajuizada a execução do TAC. Assim, nem o Município de Manaus, nem o Estado do Amazonas haviam atendido às cláusulas 1ª, alínea “b”, 3ª e 5ª, incluindo as obrigações contraídas a curto e médio prazos, obrigações essas que haviam sido delineadas pelos próprios técnicos autores do Plano de Atendimento a Crianças, Adolescentes e Adultos com Autismo.

Análise da Ação de Execução do Termo de Ajustamento de Conduta nº 0243910-78.2018.8.04.0001, do Estabelecimento de Política de Saúde Mental, quanto ao Tratamento Especializado à Pessoa no Transtorno do Espectro Autista (TEA):

Quadro 7 – Instrumento de Avaliação aplicado ao Termo de Ajustamento de Conduta nº 0243910-78.2018.8.04.0001

HIPÓTESE	MATÉRIA	MP	REGIÃO	RESULTADO
1º Método (Espécies de Ativismo Judicial, de Barroso e Canotilho)				
Aplicação direta da Constituição?				
Inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios rígidos?				
Imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas?	TRATAMENTO ESPECIALIZADO TEA	AM	NORTE	SIM
Utilizou em sua decisão <i>standards</i> de Direito comparado ou de Direito Internacional?				
2º Método (Dimensões do Ativismo, segundo Kmiec)				
Ocorre a anulação de ato normativo (seja do Executivo, seja do Legislativo) cuja constitucionalidade seria demonstrável ou defensável?				
Legislação Judicial (a decisão judicial criou direito)?				
Afastamentos da metodologia interpretativa aceita?				
Julgamento orientado a determinado resultado?	TRATAMENTO ESPECIALIZADO TEA	AM	NORTE	SIM
Decisão judicial que não se enquadraria à orientação consolidada pela jurisprudência?				
3º Método (Dimensões do Ativismo Judicial, de Canon)				
Majoritarismo: grau que o poder judicial invalida políticas públicas propostas pelos ramos democraticamente eleitos				

Ativismo não-originalista: quando os tribunais não adotam uma interpretação originalista da constituição, seja por afastarem-se do texto, seja por não levarem em conta a intenção dos autores da constituição	TRATAMENTO ESPECIALIZADO TEA	AM	NORTE	SIM
Ativismo precedencial: quando um precedente judicial não é observado				
Ativismo jurisdicional: quando um tribunal expande os limites de sua jurisdição				
Criatividade judicial: quando o tribunal cria uma nova teoria ou descobre novos direitos na doutrina constitucional				
Disponibilidade de um ator político alternativo: existência de outra agência governamental que poderia realizar a política pública pretendida e a real possibilidade de essa política vir a ser colocada em prática				
4º Método (Indicadores do Ativismo Judicial de Marshall)				
Ativismo contramajoritário: comportamento habitual dos tribunais de acatar as decisões dos ramos democraticamente eleitos				
Ativismo não-originalista: quando os tribunais não adotam uma interpretação originalista da Constituição, seja por se afastarem do texto, seja por não levarem em conta a intenção dos seus autores				
Ativismo precedencial: quando um precedente judicial não é observado				
Ativismo jurisdicional: quando um tribunal expande os limites de sua jurisdição				
Criatividade judicial: quando o tribunal cria uma nova teoria ou				

descobre novos direitos na doutrina constitucional				
Ativismo remedial: imposição, pelos tribunais, de obrigações a instituições governamentais	TRATAMENTO ESPECIALIZADO TEA	AM	NORTE	SIM
Ativismo partidário: quando o tribunal usa do seu poder para alcançar objetivos partidários				
5º Método (Com base nos limites à judicialização dos Direitos Sociais apontados na doutrina)				
Reserva do Possível x Mínimo Existencial	TRATAMENTO ESPECIALIZADO TEA	AM	NORTE	MÍNIMO EXISTENCIAL
Violação ao Princípio da Separação dos Poderes x Hipótese de Freios e Contrapesos				
Autonomia Legislativa x Proibição de Retrocesso	TRATAMENTO ESPECIALIZADO TEA	AM	NORTE	PROIBIÇÃO DE RETROCESSO
Autocontenção x Inovação	TRATAMENTO ESPECIALIZADO TEA	AM	NORTE	INOVAÇÃO
6º Método (Critérios extraídos da decisão do STF que limitou o ativismo judicial)				
A omissão ou a política já implementada oferece condições mínimas de existência humana?	TRATAMENTO ESPECIALIZADO TEA	AM	NORTE	NÃO
O pedido de intervenção é razoável?				SIM
Do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política é desarrazoada?				SIM
A situação coloca em risco os direitos individuais ou coletivos garantidos na Constituição?				SIM
Havia verba para a implementação das medidas?				(?)

RESULTADO FINAL	
QUANTIDADE DE RESPOSTAS POR MÉTODO	11
CLASSIFICAÇÃO DO GRAU DE ATIVISMO JUDICIAL, SEGUNDO CANON	
Altamente ativista	SIM
Algo ativista	SIM
Não ativista	

Fonte: Elaborado pela autora, 2023.

Da análise da Ação de Execução de TAC com relação ao tratamento de crianças, adolescentes e adultos no Transtorno do Espectro Autista, verifica-se que o Estado do Amazonas e o Município de Manaus tiveram dois anos para cumpri-lo e sequer as obrigações de curto e médio prazo foram cumpridas, tendo tido tempo suficiente para incluir essa importante política pública de saúde mental em leis orçamentárias.

Desse modo, podemos considerar que o Ministério Público agiu com alto grau de ativismo ao propor o TAC e médio grau ao executar o TAC, da feita que as propostas inovadoras ocorreram por ocasião da proposta de TAC e que na execução apenas foi buscar, em juízo, aquilo que não foi cumprido pelos poderes públicos municipal e estadual.

O segundo caso de saúde a ser analisado trata de Cautelar em Ação Civil Pública em face da União e Estado do Amazonas, proposta pelo MPF, MPAM, Defensoria Pública Estadual e Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, visando o abastecimento de oxigênio na rede pública de saúde e transferência de pacientes para outros Estados, com garantia de pagamento de TFD, identificar e reativar usinas para produção de oxigênio utilizável nas unidades de saúde, dentre outros pedidos.

Análise da Cautelar em Ação Civil Pública nº 1000577-61.2021.4.01.3200, de abastecimento de oxigênio na rede pública de saúde:

Quadro 8 – Instrumento de Avaliação aplicado à Cautelar em Ação Civil Pública nº 1000577-61.2021.4.01.3200

HIPÓTESE	MATÉRIA	MP	REGIÃO	RESULTADO
1º Método (Espécies de Ativismo Judicial, de Barroso e Canotilho)				
Aplicação direta da Constituição?				

Inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios rígidos?				
Imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas?	ABASTECIMENTO DE OXIGÊNIO	-	AM	SIM
Utilizou em sua decisão <i>standards</i> de Direito comparado ou de Direito Internacional?				
2º Método (Dimensões do Ativismo, de Kmiec)				
Ocorre a anulação de ato normativo (seja do Executivo, seja do Legislativo) cuja constitucionalidade seria demonstrável ou defensável?				
Legislação Judicial (a decisão judicial criou direito)?				
Afastamentos da metodologia interpretativa aceita?				
Julgamento orientado a determinado resultado?	ABASTECIMENTO DE OXIGÊNIO	-	AM	SIM
Decisão judicial que não se enquadraria à orientação consolidada pela jurisprudência?				
3º Método (Dimensões do Ativismo Judicial, de Canon)				
Majoritarismo: grau que o poder judicial invalida políticas públicas propostas pelos ramos democraticamente eleitos				
Ativismo não-originalista: quando os tribunais não adotam uma interpretação originalista da constituição, seja por afastarem-se do texto, seja por não levarem em conta a intenção dos autores da constituição	ABASTECIMENTO DE OXIGÊNIO	-	AM	SIM

Ativismo precedencial: quando um precedente judicial não é observado				
Ativismo jurisdicional: quando um tribunal expande os limites de sua jurisdição				
Criatividade judicial: quando o tribunal cria uma nova teoria ou descobre novos direitos na doutrina constitucional				
Disponibilidade de um ator político alternativo: existência de outra agência governamental que poderia realizar a política pública pretendida e a real possibilidade de essa política vir a ser colocada em prática				
4º Método (Indicadores do Ativismo Judicial, de Marshall)				
Ativismo contramajoritário: comportamento habitual dos tribunais de acatar as decisões dos ramos democraticamente eleitos				
Ativismo não-originalista: quando os tribunais não adotam uma interpretação originalista da Constituição, seja por se afastarem do texto, seja por não levarem em conta a intenção dos seus autores				
Ativismo precedencial: quando um precedente judicial não é observado				
Ativismo jurisdicional: quando um tribunal expande os limites de sua jurisdição				
Criatividade judicial: quando o tribunal cria uma nova teoria ou descobre novos direitos na doutrina constitucional				
Ativismo remedial: imposição, pelos tribunais, de obrigações a instituições governamentais	ABASTECIMENTO DE OXIGÊNIO	-	AM	SIM

Ativismo partidário: quando o tribunal usa do seu poder para alcançar objetivos partidários				
5º Método (Com base nos limites à judicialização dos Direitos Sociais apontados na doutrina)				
Reserva do Possível x Mínimo Existencial	ABASTECIMENTO DE OXIGÊNIO	-	AM	MÍNIMO EXISTENCIAL
Violação ao Princípio da Separação dos Poderes x Hipótese de Freios e Contrapesos				
Autonomia Legislativa x Proibição de Retrocesso	ABASTECIMENTO DE OXIGÊNIO	-	AM	PROIBIÇÃO DE RETROCESSO
Autocontenção x Inovação				
6º Método (Critérios extraídos da decisão do STF que limitou o ativismo judicial)				
A omissão ou a política já implementada oferece condições mínimas de existência humana?	ABASTECIMENTO DE OXIGÊNIO	-	AM	NÃO
O pedido de intervenção é razoável?				SIM
Do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política é desarrazoada?				SIM
A situação coloca em risco os direitos individuais ou coletivos garantidos na Constituição?				SIM
Havia verba para a implementação das medidas?				(?)
RESULTADO FINAL				
QUANTIDADE DE RESPOSTAS POR MÉTODO				10
CLASSIFICAÇÃO DO GRAU DE ATIVISMO JUDICIAL, SEGUNDO CANON				
Altamente ativista				SIM
Algo ativista				
Não ativista				

Da análise da Ação Cautelar Antecedente de Ação Civil Pública proposta em decorrência do desabastecimento de oxigênio no Estado do Amazonas, em pleno surto/pico de uma das variantes mais severas da Covid-19 (Ômicron – B.1.1.529), em janeiro de 2021, houve um alto grau de ativismo, da feita que nessa situação de emergência buscou meios para minimizar a falta de planejamento e a incompetência dos responsáveis pela rede pública de saúde, que deixaram faltar um insumo essencial ao combate aos casos graves de Covid-19, que era o oxigênio.

Esse alto grau de ativismo pode ser classificado, também, pelas alternativas de soluções a curto e médio prazo que oferecem, buscando salvar vidas humanas de um verdadeiro momento de horror que os amazonenses vivenciaram, com o desabastecimento de oxigênio na rede pública de saúde.

O terceiro caso de saúde a ser analisado trata de Ação Civil Pública em face do Estado do Amazonas, visando ao fornecimento de insumos que possibilitem a continuidade do tratamento médico da Diálise Peritoneal Automatizada domiciliar (DPA), mediante assunção, pelo Estado do Amazonas, das despesas e dos serviços necessários à entrega do material em domicílio aos pacientes da capital e do interior, tanto aos assistidos pelas clínicas conveniadas, quanto aos futuros pacientes a serem incluídos no programa, a fim de evitar a piora do estado clínico e o iminente óbito de centenas de pacientes renais que precisam desse serviço para sobreviver. Além disso, a ACP objetivou, também, a definição de estratégias políticas de ação institucional, inclusive de logística, para garantir a continuidade do tratamento médico mencionado.

Análise da Ação Civil Pública nº 0635555-19.2015.8.04.0001, dos Renais Crônicos:

Quadro 9 – Instrumento de Avaliação aplicado à Ação Civil Pública nº 0635555-19.2015.8.04.0001

HIPÓTESE	MATÉRIA	MP	REGIÃO	RESULTADO
1º Método (Espécies de Ativismo Judicial, de Barroso e Canotilho)				
Aplicação direta da Constituição?				
Inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios rígidos?				

Imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas?	TRATAMENTO DOMICILIAR RENAIIS CRÔNICOS	AM	NORTE	SIM
Utilizou em sua decisão <i>standards</i> de Direito comparado ou de Direito Internacional?				
2º Método (Dimensões do Ativismo, de Kmiec)				
Ocorre a anulação de ato normativo (seja do Executivo, seja do Legislativo) cuja constitucionalidade seria demonstrável ou defensável?				
Legislação Judicial (a decisão judicial criou direito)?				
Afastamentos da metodologia interpretativa aceita?				
Julgamento orientado a determinado resultado?	TRATAMENTO DOMICILIAR RENAIIS CRÔNICOS	AM	NORTE	SIM
Decisão judicial que não se enquadraria à orientação consolidada pela jurisprudência?				
3º Método (Dimensões do Ativismo Judicial, de Canon)				
Majoritarismo: grau que o poder judicial invalida políticas públicas propostas pelos ramos democraticamente eleitos				
Ativismo não-originalista: quando os tribunais não adotam uma interpretação originalista da constituição, seja por afastarem-se do texto, seja por não levarem em conta a intenção dos autores da constituição	TRATAMENTO DOMICILIAR RENAIIS CRÔNICOS	AM	NORTE	SIM
Ativismo precedencial: quando um precedente judicial não é observado				

Ativismo jurisdicional: quando um tribunal expande os limites de sua jurisdição				
Criatividade judicial: quando o tribunal cria uma nova teoria ou descobre novos direitos na doutrina constitucional				
Disponibilidade de um ator político alternativo: existência de outra agência governamental que poderia realizar a política pública pretendida e a real possibilidade de essa política vir a ser colocada em prática				
4º Método (Indicadores do Ativismo Judicial, de Marshall)				
Ativismo contramajoritário: comportamento habitual dos tribunais de acatar as decisões dos ramos democraticamente eleitos				
Ativismo não-originalista: quando os tribunais não adotam uma interpretação originalista da Constituição, seja por se afastarem do texto, seja por não levarem em conta a intenção dos seus autores				
Ativismo precedencial: quando um precedente judicial não é observado				
Ativismo jurisdicional: quando um tribunal expande os limites de sua jurisdição				
Criatividade judicial: quando o tribunal cria uma nova teoria ou descobre novos direitos na doutrina constitucional				
Ativismo remedial: imposição, pelos tribunais, de obrigações a instituições governamentais	TRATAMENTO DOMICILIAR	AM	NORTE	SIM

	RENAIS CRÔNICOS			
Ativismo partidário: quando o tribunal usa do seu poder para alcançar objetivos partidários				
5º Método (Com base nos limites à judicialização dos Direitos Sociais apontados na doutrina)				
Reserva do Possível x Mínimo Existencial	TRATAMENTO DOMICILIAR RENAIS CRÔNICOS	AM	NORTE	MÍNIMO EXISTENCIAL
Violação ao Princípio da Separação dos Poderes x Hipótese de Freios e Contrapesos				
Autonomia Legislativa x Proibição de Retrocesso	TRATAMENTO DOMICILIAR RENAIS CRÔNICOS	AM	NORTE	PROIBIÇÃO DE RETROCESSO
Autocontenção x Inovação	TRATAMENTO DOMICILIAR RENAIS CRÔNICOS	AM	NORTE	INOVAÇÃO
6º Método (Critérios extraídos da decisão do STF que limitou o ativismo judicial)				
A omissão ou a política já implementada oferece condições mínimas de existência humana?	TRATAMENTO DOMICILIAR RENAIS CRÔNICOS	AM	NORTE	NÃO
O pedido de intervenção é razoável?				SIM
Do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política é desarrazoada?				SIM
A situação coloca em risco os direitos individuais ou coletivos garantidos na Constituição?				SIM
Havia verba para a implementação das medidas?				SIM, MAS A ALTO CUSTO

RESULTADO FINAL	
QUANTIDADE DE RESPOSTAS POR MÉTODO	11
CLASSIFICAÇÃO DO GRAU DE ATIVISMO JUDICIAL, SEGUNDO CANON	
Altamente ativista	SIM
Algo ativista	
Não ativista	

Fonte: Elaborado pela autora, 2023.

Observa-se que a causa da utilização do instrumento judicial da ACP foi a paralisação do Programa de Diálise Peritoneal no Estado do Amazonas, cuja cobertura abrangia, à época, cerca de 250 (duzentos e cinquenta) pacientes renais crônicos, residentes e domiciliados tanto na capital, quanto no interior do estado. Essa paralisação ou desativação gradual em algumas clínicas conveniadas se daria em razão do alto custo para o transporte dos insumos de saúde para Região Norte do país e possível acomodação da Secretaria de Estado de Saúde.

Verificou-se, também, que esse Programa de Diálise Peritoneal é dispensado a pacientes renais crônicos com problemas cardíacos, rejeição ao catéter/fístula ou àqueles residentes no interior do estado, viabilizando que possam permanecer na própria residência e dar continuidade à vida laboral e familiar. Para tanto, os produtos de saúde (kits para o tratamento) seriam entregues no domicílio dos pacientes, tanto na capital, quanto nos municípios do interior.

Não tendo havido possibilidade de acordo extrajudicial, a questão teve que ser levada ao Poder Judiciário, ressaltando que existem normas administrativas da Vigilância Sanitária que tratam da matéria, uma que dispõe sobre os requisitos de boas práticas de funcionamento para os serviços de diálise (Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 11, de 13 de março de 2014) e outra que estabelece regulamento técnico para o funcionamento dos serviços de diálise (Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 154, de 15 de junho de 2004).

Analisando a ACP dos Renais Crônicos, infere-se um alto grau de ativismo na ação intentada, considerando, de um lado, não existir lei que preveja esse atendimento em domicílio e, de outro lado, haver uma justificativa que pode ser tida como plausível de alto custo para desativação gradual do programa de diálise domiciliar.

O quarto caso de saúde a ser analisado trata da Ação Civil Pública nº 1000577-61.2021.4.01.3200, de Transferência de Pacientes para hospitais públicos ou particulares

(inclusive de outros Estados), abertura de Novos Leitos Clínicos e de UTI, Implementação de Hospital de Campanha e Novas Contratações de UTIs Aéreas.

Proposta durante a pandemia de Covid-19, pelo MPF, MPAM, Ministério Público do Trabalho (MPT), Ministério Público de Contas (MPC), Defensoria Pública da União (DPU) e Defensoria Pública do Estado (DPE), a Ação Civil Pública determinou à União e ao Estado do Amazonas a imediata transferência de pacientes para leitos públicos e privados em Manaus ou em outros Estados, reservando-se vagas para pacientes do interior, seguindo o critério da gravidade de saúde.

Objetivava, ainda, que fosse determinado à União: 1) requisitar, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, leitos de UTI em Hospitais particulares de Manaus e de qualquer outra cidade do Brasil; 2) implementar Hospital de Campanha administrado pelo Governo Federal, na cidade de Manaus, com oferta de leitos clínicos e de UTI, dos quais parte das vagas devem ser reservadas para pacientes advindos do interior do Estado, proporcionalmente ao número de chamados abertos; 3) Caso não houvesse condições materiais e de pessoal em Manaus, fosse determinada a implementação de Hospital de Campanha, administrado pelo Governo Federal, em qualquer outra capital do Brasil, seja pela instalação de Hospital próprio ou por extensão de Hospital já existente, assegurando-se a reserva de leitos clínicos e de UTI para os pacientes de Manaus e do interior do Amazonas, salvo se inexistente pedido nesse sentido; e 4) Fossem realizadas novas contratações de UTIs aéreas para a efetivação de voos entre as cidades do interior do Amazonas para Manaus e de Manaus para outras cidades do Brasil.

Quanto às determinações ao Estado do Amazonas: 1) Fosse acrescido nos dados divulgados on-line, lista com nome e procedência dos pacientes transferidos para os leitos de UTI e leitos clínicos; e 2) Reservar leitos clínicos e de UTIs para os pacientes do interior, proporcionalmente à quantidade de leitos que vierem a ser disponibilizados diariamente.

Análise da Ação Civil Pública nº 1000577-61.2021.4.01.3200, a Ação dos Leitos:

Quadro 10 – Instrumento de Avaliação aplicado à Ação Civil Pública nº 1000577-61.2021.4.01.3200

HIPÓTESE	MATÉRIA	MP	REGIÃO	RESULTADO
1º Método (Espécies de Ativismo Judicial, de Barroso e Canotilho)				
Aplicação direta da Constituição?				
Inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios rígidos?				

Imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas?	AÇÃO DE ABERTURA DE LEITOS	AM	NORTE	SIM
Utilizou em sua decisão <i>standards</i> de Direito comparado ou de Direito Internacional?				
2º Método (Dimensões do Ativismo, de Kmiec)				
Ocorre a anulação de ato normativo (seja do Executivo, seja do Legislativo) cuja constitucionalidade seria demonstrável ou defensável?				
Legislação Judicial (a decisão judicial criou direito)?				
Afastamentos da metodologia interpretativa aceita?				
Julgamento orientado a determinado resultado?	AÇÃO DE ABERTURA DE LEITOS	AM	NORTE	SIM
Decisão judicial que não se enquadraria à orientação consolidada pela jurisprudência?				
3º Método (Dimensões do Ativismo Judicial, de Canon)				
Majoritarismo: grau que o poder judicial invalida políticas públicas propostas pelos ramos democraticamente eleitos				
Ativismo não-originalista: quando os tribunais não adotam uma interpretação originalista da constituição, seja por afastarem-se do texto, seja por não levarem em conta a intenção dos autores da constituição	AÇÃO DE ABERTURA DE LEITOS	AM	NORTE	SIM (UNIÃO)
Ativismo precedencial: quando um precedente judicial não é observado				

Ativismo jurisdicional: quando um tribunal expande os limites de sua jurisdição				
Criatividade judicial: quando o tribunal cria uma nova teoria ou descobre novos direitos na doutrina constitucional				
Disponibilidade de um ator político alternativo: existência de outra agência governamental que poderia realizar a política pública pretendida e a real possibilidade de essa política vir a ser colocada em prática				
4º Método (Indicadores do Ativismo Judicial, de Marshall)				
Ativismo contramajoritário: comportamento habitual dos tribunais de acatar as decisões dos ramos democraticamente eleitos				
Ativismo não-originalista: quando os tribunais não adotam uma interpretação originalista da Constituição, seja por se afastarem do texto, seja por não levarem em conta a intenção dos seus autores				
Ativismo precedencial: quando um precedente judicial não é observado				
Ativismo jurisdicional: quando um tribunal expande os limites de sua jurisdição				
Criatividade judicial: quando o tribunal cria uma nova teoria ou descobre novos direitos na doutrina constitucional				
Ativismo remedial: imposição, pelos tribunais, de obrigações a instituições governamentais	AÇÃO DE ABERTURA DE LEITOS	AM	NORTE	SIM

Ativismo partidário: quando o tribunal usa do seu poder para alcançar objetivos partidários				
5º Método (Com base nos limites à judicialização dos Direitos Sociais apontados na doutrina)				
Reserva do Possível x Mínimo Existencial	AÇÃO DE ABERTURA DE LEITOS	AM	NORTE	MÍNIMO EXISTENCIAL
Violação ao Princípio da Separação dos Poderes x Hipótese de Freios e Contrapesos				
Autonomia Legislativa x Proibição de Retrocesso				
Autocontenção x Inovação	AÇÃO DE ABERTURA DE LEITOS	AM	NORTE	INOVAÇÃO
6º Método (Critérios extraídos da decisão do STF que limitou o ativismo judicial)				
A omissão ou a política já implementada oferece condições mínimas de existência humana?	AÇÃO DE ABERTURA DE LEITOS	AM	NORTE	NÃO
O pedido de intervenção é razoável?	AÇÃO DE ABERTURA DE LEITOS	AM	NORTE	SIM
Do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política é desarrazoada?	AÇÃO DE ABERTURA DE LEITOS	AM	NORTE	SIM
A situação coloca em risco os direitos individuais ou coletivos garantidos na Constituição?				SIM
Havia verba para a implementação das medidas?				(?)
RESULTADO FINAL				
QUANTIDADE DE RESPOSTAS POR MÉTODO				10

CLASSIFICAÇÃO DO GRAU DE ATIVISMO JUDICIAL, SEGUNDO CANON	
Altamente ativista	SIM
Algo ativista	
Não ativista	

Fonte: Elaborado pela autora, 2023.

Antes de analisar o grau de ativismo dessa ação, faz-se necessária uma contextualização. No início de 2020, a rede de saúde de Manaus apresentava vários problemas, havia falta de medicamentos e uma reconhecida limitação de leitos clínicos e de Unidades de Terapia Intensiva (UTI). Por sua vez, as filas de cirurgias eletivas eram imensas, justamente por conta de falta de leitos de UTI e, às vezes, por falta de Equipamentos de Proteção Individual (EPI), componentes sem os quais não se realizam esses procedimentos.

Os pacientes de Covid-19, quando agravavam muito rapidamente, precisavam com urgência desses leitos e o Estado do Amazonas, diversamente do Estado de São Paulo, por exemplo, em que o Hospital das Clínicas comprou 200 respiradores ainda em dezembro, não tomou medidas em momento oportuno. Em fevereiro, ainda se planejava a compra desses equipamentos.

A partir de março, os eventos se aceleraram devido a uma contaminação desenfreada e as mazelas mencionadas da rede continuavam presentes. Portanto, naquele momento, havia as demandas normais e as deficiências existentes de antemão, agora somadas às relacionadas à Covid-19. De um lado, muitas pessoas precisando de UTI, de transfusão, de hemodiálise em razão de cirurgias e, de outro, os contaminados com a nova doença, ocupando a rede do Estado de média e alta complexidade.

Em termos de treinamento, o Município se preparou melhor que o Estado. Contudo, havia ocorrido uma redução significativa de profissionais de Medicina, desde a saída do Programa Mais Médicos, não sendo possível uma reposição desses profissionais em sua totalidade. Existia, portanto, uma redução dupla de médicos em unidades implantadas e de falta de assistência total em áreas de vácuo assistencial (sem qualquer tipo de assistência).

Como os pacientes não recebiam a Atenção Primária e o Município não dispunha de protocolo e serviço bem estruturados de atendimento quanto à Covid-19, muitos não obtiveram a assistência devida e acabaram com o agravamento dos sintomas em suas residências. Via de consequência, quando chegavam ao ponto de procurar a rede secundária, que é do Estado, as condições eram muito graves e rapidamente evoluíam para a necessidade de UTI.

Assim, a responsabilidade por toda a situação instaurada não foi apenas do Estado, mas também do Município. Na prática, o atendimento/tratamento era experimental, embora houvesse o protocolo do Ministério da Saúde, entretanto, não havia medicamentos necessários. Os quais só chegaram, tanto para o Estado, quanto para o Município, a partir das demandas judiciais e do clamor do próprio Estado, a ponto de o então Secretário de Saúde ter feito dramático apelo ao Ministro da Saúde da época.

A Secretaria de Estado de Saúde (SES) demorou a se dar conta de que a situação era extremamente séria, o que gerou reconhecida omissão estatal e ações tardias, que inviabilizaram a tomada de medidas a tempo. Logo se chegou ao período mais tumultuado da pandemia localmente, as pessoas adoeciam e o Plano de Contingenciamento que o Estado havia elaborado, de centralizar os pacientes de Covid-19 no Hospital Delphina Aziz, começou a não ser realizado, porque o Estado não renovou o contrato com a Organização Social (OS), celebrado em Parceria Público-Privada (PPP), e os leitos não abriram.

Os pacientes começaram a se amontoar em prontos-socorros e Serviços de Pronto Atendimento (SPA), estes com apenas um ou dois leitos de UTI e os dos prontos-socorros também não eram suficientes a atender aquela demanda. Em razão dessa insuficiência, a promotoria da saúde entrou com uma ação judicial importantíssima, para que fossem abertos novos leitos no Delphina Aziz, no Hospital Getúlio Vargas e na Beneficente Portuguesa, trata-se da Ação Civil Pública ora analisada, de nº 1000577-61.2021.4.01.3200, da Justiça Federal do Amazonas.

Quando foi deferida a liminar, esta veio determinando que todos os leitos se abrissem no Hospital Delphina Aziz, como consequência da ação da promotoria da saúde do MPAM. Então foram abertos 205 leitos, dentre clínicos e UTI no Delphina, que fez com que a rede se reorganizasse e os de UTI nas Urgências e Emergências fossem direcionados à Covid-19.

Foram suspensas todas as cirurgias eletivas, ficando apenas as da cardiologia, as da oncologia e aquelas de urgência, como por acidente grave. Os recursos humanos dos Centros de Atenção Integral à Melhor Idade (CAIMI) foram redirecionados para esses lugares em que se precisava de fisioterapeuta, psicólogo, assistente social, enfermeiros e médicos.

Ademais, outro problema surgiu, uma boa margem dos profissionais de saúde começou a apresentar atestados médicos e a Secretaria ficou desguarnecida de mão de obra, o que a obrigou a redimensionar o seu quadro e contratar pessoal. Dadas as circunstâncias, o que possibilitou a reorganização e concentração das atividades no Hospital Delphina Aziz, conforme o planejamento inicial, foi o Ministério Público. A partir das suas intervenções foi que o Ministério da Saúde enviou profissionais e respiradores e solucionou parte do problema.

O nível de contaminação continuou alto, apesar de os pacientes não agravarem como antes, por receberem assistência ainda nos primeiros sintomas e devido à população ter começado a se conscientizar sobre a necessidade de atendimento antes do agravamento. Todavia, o Estado desconsiderou a alta taxa de contaminação, porque teria mudado de política, sem a comunicação e o esclarecimento devidos aos órgãos externos de controle, como sói ser o Ministério Público.

A política de prevenção de Covid-19, que seria o isolamento social até a curva de contaminação baixar (política indicada pela OMS), foi substituída por uma política de contaminação em massa, quando liberou o convívio social. A expectativa era não haver mais tantos óbitos, porque a assistência melhorou. Entretanto, aqueles indivíduos com comorbidades, considerados pacientes de alto risco, eram os mais prováveis a falecerem, com a adoção dessa nova política.

Houve ainda a ação denominada de lockdown que, embora não se tenha solicitado o fechamento geral, apenas limitação de atividades e de horários, não foi deferida. Além disso, foi bastante criticada, sobretudo do ponto de vista econômico, que pressionava por uma flexibilização, mas foi promovida em momento de colapso na saúde pública do Amazonas e quando Manaus, sua capital, transformou-se em objeto de noticiários nacionais e até internacionais quase diariamente, com taxa de contaminação e de óbitos altíssimas, além de falta de leitos de UTI.

Assim sendo, essa ação foi movida em prol da saúde da população manauara, tendo se chegado a tal medida com fundamentação técnica séria, mas acabou sendo incompreendida e criticada até por membros do Poder Judiciário local.

Outra medida importante – desdobramento da ação dos leitos – foi a retirada das crianças com Covid-19 de dentro dos prontos-socorros infantis e transferência ao Hospital Delphina Aziz, pois aquelas contaminadas, ao adentrarem os prontos-socorros infantis, transmitiam o vírus a outras crianças.

Essa contextualização foi necessária para explicitar o grau de ativismo da Ação dos Leitos, em um contexto de patentes falta de planejamento e omissão do Poder Público em tomar medidas a tempo de enfrentar a grave crise sanitária causada com a pandemia.

Além da ampliação de leitos clínicos e de leitos de UTI, a ação visava a transferência imediata de pacientes (processo que estava demorando desarrazoadamente), a abertura de Hospital de Campanha e novas contratações de UTIs aéreas, todas políticas públicas necessárias e urgentes diante do grave quadro.

Como se pode observar, várias foram as condutas impostas ao Estado e à União para implementação de políticas públicas e ações necessárias a contenção/minimização da grave crise da saúde no Estado do Amazonas. Portanto temos um alto grau de ativismo nessa ação, que salvou tantas vidas e amenizou o sofrimento de pacientes e de familiares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da CRFB/1988, o Ministério Público brasileiro passou a ter como incumbência a guarda da Constituição e do regime democrático, além de se transformar, com as suas novas atribuições constitucionais, no “defensor da sociedade” e, nessa qualidade, passou a presidir com exclusividade inquéritos civis, mediar a realização de termos de ajustamento de conduta, expedir recomendações e ajuizar ações civis públicas, com o intuito de tornar efetivos os direitos fundamentais dos cidadãos e as políticas públicas, seja quando haja omissão do Poder Público, seja quando forem mal prestados ou executados de forma atrasada e ineficiente os serviços públicos.

O Ministério Público passou a ter legitimidade para a tutela dos direitos constitucionais do cidadão, em especial na proteção e defesa de seus direitos sociais, passando a intervir em demandas de saúde, educação, moradia, transportes públicos, idosos e portadores de necessidades especiais, além da representação dos hipossuficientes.

A par desse fenômeno, é preciso analisar e demonstrar a dimensão do papel do Ministério Público na judicialização das políticas públicas, a partir do momento que tem atuado como representante dos interesses populares, protagonizando interesses diante de tensões que envolviam o Poder Público de um lado e a população de outro, em hipóteses que evidenciavam interesses sociais, ora individuais indisponíveis, ora difusos, ora coletivos, ora individuais homogêneos e funcionou como verdadeiro instrumento de realização da democracia.

Nesse contexto, surge um Ministério Público representativo da sociedade e que, através de novas atribuições conferidas pela CRFB/1988, passa a atuar na busca da efetivação não mais apenas dos direitos sociais e políticos, mas também dos direitos sociais, culturais e econômicos dos cidadãos, seja extrajudicialmente, através de recomendações e termos de ajustamento de conduta, seja judicialmente, através de ações civis públicas e outras medidas acautelatórias.

O Ministério Público estadual brasileiro assume esse papel e passa a atuar em favor da cidadania, destacando-se nas áreas da saúde, da educação, dos transportes públicos, do idoso e do deficiente, da criança e do adolescente, da ordem urbanística, do meio ambiente, do consumidor e na defesa do patrimônio e erário públicos. O MPF passa a efetivar políticas públicas em prol dos direitos indígenas.

Considerando a incapacidade do Poder Judiciário de dar vazão a todas as demandas e em conta dos instrumentos conferidos ao Ministério Público pelas respectivas Leis Orgânicas e pela Lei da Ação Civil Pública, a exemplo do Inquérito Civil, da Requisição, da Recomendação, do Termo de Ajustamento de Conduta, a judicialização passou a ser a última alternativa.

Assim, grande parte das demandas trazidas ao conhecimento do Ministério Público passaram a ter solução parcial ou totalmente alcançadas na esfera extrajudicial, de forma mais célere, com menos prejuízos patrimoniais e menos traumática. Nessa seara, não apenas os órgãos de execução, como os Núcleos de Conciliação e Mediação, em muito têm contribuído e realizado um trabalho excepcional na área dos direitos constitucionais dos idosos, dos curatelados, dos deficientes, da saúde, da educação, do meio ambiente, do consumidor, da criança e adolescente e até mesmo do patrimônio público, a partir da possibilidade de realização do Acordo de Não Persecução Cível (ANPC),

O Ministério Resolutivo implica em um fortalecimento do perfil proativo, uma mudança necessária em relação ao perfil demandista do século XX, adaptando-se aos novos tempos, a fim de preservar a própria natureza da Instituição. Entende-se por atuação resolutiva aquela por meio da qual o membro, no âmbito de suas atribuições, contribui decisivamente para prevenir ou solucionar, de modo efetivo, o conflito, problema ou a controvérsia envolvendo a concretização de direitos ou interesses para cuja defesa e proteção é legitimado o Ministério Público, bem como para prevenir, inibir ou reparar adequadamente a lesão ou ameaça a esses direitos ou interesses e efetivar as sanções aplicadas judicialmente em face dos correspondentes ilícitos, assegurando-lhes a máxima efetividade possível por meio do uso regular dos instrumentos jurídicos que lhe são disponibilizados para a resolução extrajudicial ou judicial dessas situações.

Não são incomuns situações em que a omissão ou a política pública implementada não oferecem condições mínimas de existência humana ou é desarrazoada, merecendo uma intervenção, ainda que não haja verba orçamentária prevista para as medidas de forma imediata, mesmo que com pedidos razoáveis de medidas a curto, médio e longo prazos ou de elaboração de Planos de Atuação, dando segurança de que algo será realizado para suprir uma omissão ou corrigir uma política equivocada ou insuficiente.

O ativismo do Ministério Público vai mais além da postura resolutiva porque, a par de também buscar resultados, o faz com criatividade, inovação, aplicação direta da Constituição, aplicação de Convenções, Tratados e Direito Internacional, interpretação extensiva em prol da coletividade e da intenção do constituinte/legislador e, ainda, buscando a mudança de precedentes judiciais ultrapassados, criando novas teorias, expandindo limites, induzindo/impulsionando políticas públicas.

No Ativismo Ministerial ocorre a busca pela construção de novos direitos na doutrina constitucional, combatendo teses da reserva do possível em busca do mínimo existencial, combatendo teses de interferência de um poder sobre o outro em prol dos freios e contrapesos,

combatendo a autonomia legislativa viciada pela proibição de retrocesso e lutando contra a autocontenção pela inovação.

Tanto a execução de políticas deve se dar por conta de diagnósticos e planejamento, quanto as mudanças de paradigmas devem se pautar em autoanálise e vontade de evoluir. Assim ocorreu com a quebra de paradigma de um Ministério Público demandista para um Ministério Público resolutivo, com perfil proativo, em busca de resultados.

A pesquisa contribui para demonstrar que o Ministério Público já ultrapassou a busca de resultados fáceis, que também tem uma postura ativista, criativa, inovadora, participando ativamente da reformulação de precedentes, da descoberta de novos direitos na doutrina constitucional, afastando-se de interpretações originalistas da Constituição e das leis.

A pesquisa realizada trouxe a lume que o papel constitucional de defensor dos direitos sociais e individuais indisponíveis, previsto no art. 127 da CRFB/1988, tem sido executado de forma proativa e ativista pelo Ministério Público brasileiro, especialmente o do Amazonas, podendo ser medido o impacto social de suas ações, seja na esfera extrajudicial, seja no campo judicial.

Como exemplos desse perfil e dessa forma de atuação, podem ser mencionadas as ações empreendidas durante a pandemia da Covid-19, tanto na área da educação (merenda escolar e retorno às aulas presenciais), como da saúde (ação do oxigênio e ação dos leitos), do consumidor (planos de saúde e medicamentos) e até mesmo da execução penal (situação das pessoas privadas de liberdade durante o isolamento da Covid-19).

Um trabalho silencioso por meio de recomendações, termos de ajustamento de conduta e mesmo ações civis públicas propostas têm demonstrado que não basta a busca de resultados, pois não raras vezes não existem soluções simples ou encontradas na lei. É preciso mais. Em situações complexas ou de omissões reiteradas (inexistência ou não implementação de política pública), muitas vezes há necessidade de uma atuação corajosa, criativa e inovadora.

Para aferição da dimensão ou do grau desse Ativismo Ministerial, esta tese propôs a adoção de métodos, por meio de um instrumento de avaliação, para aferir se aquela atuação foi ativista e em que grau, se os Ministérios Públicos de uma região são ativistas e em que grau, se o Ministério Público brasileiro pode ser considerado ativista ou não e em que grau.

Esses métodos também podem ser aplicados em relação a matérias, se o Ministério Público é ativista na área da educação, se é ativista na área da saúde, se é ativista na área da infância e juventude, se é ativista na área do idoso, se é ativista na área do deficiente, se é ativista na área do consumidor, se é ativista na do meio ambiente, se é ativista no combate à violência contra a mulher, se é ativista na área dos direitos humanos em sentido estrito etc.

Se, com o resultado da aplicação de um ou mais métodos, houver respostas afirmativas para uma ou mais hipóteses, em que dimensão, em que grau, se caracterizaria esse ativismo? Esse resultado é possível de ser pesquisado pelos métodos doutrinários e jurisprudenciais apresentados, assim como pela junção deles em forma do instrumento de avaliação apresentado nesta tese.

Pela aplicação, por amostragem, efetuada ao final do quarto capítulo desta tese, foi possível aferir o quão ativista o Ministério Público foi em cada um daqueles instrumentos utilizados para solução dos problemas postos. O interessante é que, dos resultados, pôde-se verificar que a depender da matéria e das circunstâncias, o grau de ativismo varia bastante, de mediano até alto grau de ativismo, como se deu em algumas ações empreendidas durante o período pandêmico.

Todavia, os métodos apresentados trazem algumas limitações ao pesquisador que for aplicá-los e até mesmo quanto à obtenção do resultado. Uma dessas limitações seria nas questões que envolvem subjetividade para respondê-las, podendo ser obtidos resultados diferentes, se mais de um pesquisador aplicar. Outra dificuldade seria com relação à obtenção de dados orçamentários e financeiros, que não seriam facilmente obtidos, por estarem em bancos de dados do respectivo Poder responsável por aquela política pública. Por fim, uma terceira ponderação seria a respeito da ocorrência de uma possível superposição entre alguns dos parâmetros utilizados.

Em pesquisas futuras, será possível aplicar o instrumento produzido em uma escala mais ampla ou em uma amostra mais significativa, já que existem Bancos de Dados que armazenam ações ministeriais, tanto na área da educação (COPELUC), quanto na área da saúde (COPELDS), assim como, com foco apenas na aplicação do instrumento de avaliação, haveria mais tempo para a busca de todos os dados que envolvem a hipótese escolhida para aplicá-lo.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALEXY, Robert. Teoría de Los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Roberto Moreira. O inquérito civil como ferramenta de atuação do Ministério Público. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreira; CAZETTA, Ubiratan (Orgs.). Ação Civil Pública: 20 anos da Lei nº 7.347/85, v. 20, p. 221-231.

AMAZONAS. Lei complementar nº 11, de 17 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a lei orgânica do ministério público do estado do Amazonas e dá outras providências. Disponível em: <https://www.mpam.mp.br/legislacao-sp-205633478/lei-organica-do-mpam>. Acesso em: 11 set. 2023.

AMAZONAS. Lei nº 257, de 6 de maio de 2015. DISPÕE sobre o número máximo de alunos em salas de aula da Rede Pública e Privada de Ensino do Estado do Amazonas e dá outras providências. Disponível em: <https://sapl.al.am.leg.br/norma/9348>. Acesso em: 3 out. 2023.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 393.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Anuário iberoamericano de justicia constitucional, n. 13, p. 17-32, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 30 out. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade a Judicialização Excessiva: Direito à Saúde Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros Para a Atuação Judicial. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023.

BELTRAN, Miguel. Originalismo e interpretación: Dworkin vx. Bork. Una polémica constitucional. Madrid: Cuadernos Civitas, 1989.

BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Abril, 1974.

BLACKSTONE, William. Commentaries on the Laws of England: Book I, II, III, and IV. Oxford University Press, 2016.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BONFIM, Edilson Mougnot. O Ministério Público e o Júri: leitura para uma filosofia institucional. In.: ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antonio Franco da (Coord.). Funções institucionais do Ministério Público. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Emenda constitucional nº 1, de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Emenda constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996. Modifica os arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e dá nova redação ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc14.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Emenda constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Emenda constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009. Acrescenta § 3º ao art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reduzir, anualmente, a partir do exercício de 2009, o percentual da Desvinculação das Receitas da União incidente sobre os

recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição Federal, dá nova redação aos incisos I e VII do art. 208, de forma a prever a obrigatoriedade do ensino de quatro a dezessete anos e ampliar a abrangência dos programas suplementares para todas as etapas da educação básica, e dá nova redação ao § 4º do art. 211 e ao § 3º do art. 212 e ao caput do art. 214, com a inserção neste dispositivo de inciso VI. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc59.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Emenda constitucional nº 77, de 11 de fevereiro de 2014. Altera os incisos II, III e VIII do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, para estender aos profissionais de saúde das Forças Armadas a possibilidade de cumulação de cargo a que se refere o art. 37, inciso XVI, alínea "c". Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc77.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Lei complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp40.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002. Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110628.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.423, de 2022). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110741.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de

janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.966, de 24 de abril de 2014. Altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), para incluir a proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12966.htm. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.004, de 24 de junho de 2014. Altera os arts. 1º, 4º e 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, para incluir, entre as finalidades da ação civil pública, a proteção do patrimônio público e social. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113004.htm. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113185.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113869.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.987, de 7 de abril de 2020. Altera a Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009, para autorizar, em caráter excepcional, durante o período de suspensão das aulas em razão de situação de emergência ou calamidade pública, a distribuição de gêneros alimentícios adquiridos com recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) aos pais ou responsáveis dos estudantes das escolas públicas de educação básica. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113987.htm. Acesso em: 3 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114230.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16683.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985. Inclui, entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil, dando nova redação à Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951 - Lei Afonso Arinos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7437.htm. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17913.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.689, de 27 de julho de 1993. Dispõe sobre a extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps) e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8689.htm. Acesso em: 3 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999. Dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19870.htm. Acesso em: 3 out. 2023.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001. Altera a legislação das Contribuições para a Seguridade Social - COFINS, para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e do Imposto sobre a Renda, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2158-35.htm. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001. Altera a legislação das Contribuições para a Seguridade Social - COFINS, para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e do Imposto sobre a Renda, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2158-35.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. Acresce e altera dispositivos das Leis nos 8.437, de 30 de junho de 1992, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.494, de 10 de setembro de 1997, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.704, de 17 de novembro de 1998, do Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, das Leis nos 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e 4.348, de 26 de junho de 1964, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2180-35.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

CAENEGEM, Raoul Charles van. Uma introdução histórica ao direito privado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. *Judicature*, v. 66, p. 236, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editores, 1993.

CARBONNEL, Miguel. Una historia de los derechos fundamentales. México, Porrúa: UNAM, CNDH, 2005.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Da tutela preventiva dos direitos difusos e coletivos, em geral. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Temas Atuais de Direito. Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1986, p. 221-234.

CARVALHO FILHO, Raimundo Nonato. O Ministério Público maranhense na defesa da educação: relatos da passagem da campanha Escola: Direito da Criança. Dever de Todos Nós, para um programa institucional. In: Escola: Direito da Criança. Dever de Todos Nós, 1999, p. 17.

CASTILHO, Paulo Roberto da Costa. O dolo na improbidade administrativa: modernas teorias e nova legislação. 2021. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Econômico e Desenvolvimento) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3575>. Acesso em 1 out. 2023.

CASTRO, Manuel de Oliveira Chaves e. A organização e competência dos tribunais da justiça portuguesa. Coimbra: F. França Amado, 1910.

CLUNY, Antônio. Prefácio. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coord.). O Ministério Público no Brasil. O Papel do Ministério Público: estudo comparado dos países latino-americanos. Coimbra: Almedina, 2008.

CNMP. Guia de Atuação Resolutiva da Corregedoria Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público. 2023. Disponível em https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2023/Guia_de_Negocia%C3%A7%C3%A3o_-_Vol._1.pdf. Acesso em: 27 out. 2023.

CNMP. Manual de Resolutividade da Corregedoria Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público. 2023. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2023/manual_de_resolutividade.pdf. Acesso em: 27 out. 2023.

COULANGES, Fustel de; AGUIAR, Fernando de. A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Edipro, 2009.

DANTAS, Ingrid Cunha.; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 64, n. 2, p. 61, 30 ago. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/62962>. Acesso em: 30 out. 2023.

DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coord.). O Ministério Público no Brasil. O Papel do Ministério Público: estudo comparado dos países latino americanos. Coimbra: Almedina, 2008.

DOURADO, Flávio Augusto Vilhena. Três aspectos fundamentais do positivismo jurídico em Norberto Bobbio. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*. Ano 7, Ed. 4, Vol. 9, p. 16-30. 29 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/positivismo-juridico>. Acesso em: 30 out. 2023.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ENTERRÍA, Eduardo García de; MENÉNDEZ, Aurélio Menéndez. *El Derecho, la Ley e el Juez. Dos estudios. La Democracia Y el Lugar de la Ley. La distincion entre lo Jurídico Y lo Justo*. Cuadernos Civitas. 1ª Ed. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997.

FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. Desafios da Promotoria na Saúde Coletiva. In: FARIAS, Cristiano Chaves et al. (Org.). *Temas Atuais do Ministério Público*. 3ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 408.

FIORI, José Luis. Estado de bem-estar social: padrões e crises. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 7, n. 2, p. 129–147, dez. 1997. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/fioribemestarsocial.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023.

FRANCO JÚNIOR, Raul de Mello. *A importância do instituto da "recomendação" na tutela do patrimônio público e social*. São Paulo: MPSP, 2010

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: o controle da omissão estatal no Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia – teoria e práxis*. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

GUARNIERI, Carlo; MAGALHÃES, Pedro Coutinho. O Activismo judicial na Europa do Sul: semelhanças e diferenças. *Revista SubJudice Justiça e Sociedade* n. 14. Coimbra: Jan-Mar, 1999.

GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trota, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. 1983, p. 95.

HOLLAND, Keneth M. Judicial Activism in Comparative Perspective. New York: St. Martins's Press, 1991.

HUBERMAN, A. M. Situación actual y perspectivas futuras. In: MIALLARET G. (Org.). El Derecho del niño a la educación. Paris: UNESCO, s.d.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Democracia com juízes. Revista do Ministério Público, Lisboa, ano 24, n. 94, p. 31-47, jun, 2003.

KANT, Emmanuel. Réflexions sur l'éducation. Paris: Libraire Philosophique J. Vrin, 8ème édition, 2004.

KERCHE, Fábio. Ministério Público, Lava Jato e mãos limpas: uma abordagem institucional. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, p. 255-286, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/KrKf7JbpM3LW4rDhnS7JxmB/>. Acesso em: 30 out. 2023.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of "judicial activism". California Law Revie, California, v. 92, p. 1441-1477, 2004.

KRELL, Andreas. Controle Judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. A Constituição Concretizada Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

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

LIBERATI, Wilson Donizete. Conteúdo material do direito à educação escolar. In: LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). Direito à educação: uma questão de justiça. São Paulo: Malheiros, 2004.

LIMA, Ana Maria Bourguignon de; BUSATO, Paulo César. A Formação Histórica do Ministério Público. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 1, n. 1, p. 245-278, 2009. Disponível em: https://sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n.3.pdf#page=246. Acesso em: 25 jul. 2023.

LOCKE, John. Quelques Pensées sur l'éducation. Paris: Libraire Philosophique J. Vrin, 2007.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LYRA, Roberto. Teoria e Prática da Promotoria Pública. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001.

MACHADO, Bruno Amaral. Ministério Público: Organização, representações e Trajetórias. Curitiba: Juruá. 2007.

MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. University of Colorado Law Review, 2002.

- MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em: 30 out. 2023.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. Ministério Público na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. São Paulo: Saraiva. 1993.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo, v. 7, 1995.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 8, p. 131-142, 2004.
- MILARÉ, Édis. A ação civil em defesa do ambiente. Ação civil pública – Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. v. 7, n. 85, p. 193-267, 1995.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza A Recomendação Ministerial como Instrumento Extrajudicial de Solução de Conflitos Ambientais. In: Temas Atuais do Ministério Público. Salvador: Editora Juspodium, Bahia.
- MOREIRA, Orlando Rochadel. Políticas Públicas e Direito à Educação. Belo Horizonte: Forum, 2007.
- NOGUEIRA, Edylcéa Tavares de Paula. Ministério Público Federal, Memória. 2ª Ed. Brasília: Editora MPF, 1991.
- PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva; OLIVEIRA, Sandro Rogério Monteiro de. Reflexões sobre os vinte anos da Constituição Federal. Campo Grande: UFMS, 2009.
- PEREIRA, André Luiz Berro. O controle judicial sobre as políticas públicas de saúde. Quando não é viável a aplicação da reserva do possível?. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2666, 19 out. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17640>. Acesso em: 30 out. 2023.
- PIERANGELLI, José Henrique. Processo Penal: evolução histórica. Bauru: Editora Jalovi, 1983, p. 73-74, 187-188.
- RASSAT, Michèle-Laure; VOUIN, Robert. Le Ministère Public entre sôn passé et son avenir. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967.
- RAWLS, John. A Teoria da Justiça. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- RIGAUX, François. A Lei dos Juízes. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- RODRIGUES, João Gaspar. O Ministério Público e Um Novo Modelo de Estado. Manaus: Editora Valer, 1999, p. 17-28.

SAAVERDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e Democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SALLES, Carlos Alberto de. *Entre a Razão e a Utopia: A Formação Histórica do Ministério Público*. In.: IGLIAR, José Marcelo Menezes. MACEDO JUNIOR, Roberto Porto (Orgs.). *Ministério Público II – Democracia*. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direito e democracia: a reforma global da justiça*. Porto: Afrontamento, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A judicialização da política*. *Jornal Público*, v. 26, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SASSINE, Vinicius. *Adolescente agride com faca duas colegas e professora de escola em Manaus*. Folha de São Paulo, 10 de abril de 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/04/adolescente-agride-com-faca-duas-colegas-e-professora-de-escola-em-manaus.shtml>. Acesso em: 30 out. 2023.

SCHLESINGER JUNIOR, Arthur M., *The Supreme Court, Fortune*, 1947, ps. 202-208 apud KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*. *California Law Review*, California, v. 92, p. 1442-1478, nov. 2004.

SHAPIRO, Martin. *Courts, a comparative and political analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 1981.

SILVA, De Plácido e; SLAIBI FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia. *Vocabulário jurídico*. São Paulo: Forense, 1999.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo Judicial e Políticas Públicas*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2011.

TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Konfino, 1967.

TOSI, Marcela. *Brasil teve 7 ataques com mortes em escolas entre 2022 e 2023, relembre casos*. O Povo, 19 de junho de 2023. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2023/06/19/brasil-teve-7-ataques-com-mortes-em-escolas-em-2022-e-2023-relembre-casos.html>. Acesso em: 30 out. 2023.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 2. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

UNICEF. Cenário da Exclusão Escolar no Brasil – Um alerta sobre os impactos da pandemia da COVID-19 na Educação. 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/media/14026/file/cenario-da-exclusao-escolar-no-brasil.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023.

USERA, Raul Canosa. Interpretación Constitucional e Fórmula Política. Madrid: CEC (Centro de Estudos Políticos e Constitucionais), 1988.

VALLINDER, Torbjorn; TATE, Neal. The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. New York: New York University Press, 1995.

VELLANI, Mário. Il pubblico ministero nel processo. Bologna: Nicola Zanichelli, 1965.

VIANNA, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck. Ativismo Judicial Mal Compreendido. Gramsci Brasil, 14 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.acesa.com/gramsci/?page=visualizar&id=969>. Acesso em: 13 out. 2023.

VIEIRA, Judivan J. Ministério Público o 4º Poder. 2ª Ed. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

YOUNG, Ernest A. Judicial activism and conservative politics. University of Colorado Law Review, v. 73, n. 4, p. 1.139-1.216, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel. Teoría del Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta, 2007.