

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NA ANÁLISE JUDICIAL DA CONSTITUCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS ATRAVÉS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Giani Pohlmann Saad*

Resumo: O Princípio da Confiança, ao lado do Princípio da Igualdade, ganhou larga consideração no enfrentamento da constitucionalidade das políticas públicas de ordem econômica realizado pela Corte Constitucional portuguesa em cenário conhecido como “jurisprudência da crise”, reendossando as possibilidades de seu manejo no sistema brasileiro. A busca da conciliação entre a experiência jurisprudencial e bases teórico constitucionais com a prática diária do Promotor de Justiça, no objetivo de implementação de direitos fundamentais pela concretização de políticas públicas através da Ação Civil Pública inspira o presente trabalho, no sentido do levantamento das consequências da não total receptividade da constitucionalização dos sistemas jurídicos pelos aplicadores do Direito. Vislumbra-se no caminho da associação do Princípio da Confiança, seu matiz constitucional com as noções de pacto social e acesso à Justiça, sua aplicação tópica, mediante o instituto do *venire contra factum proprium* e a busca pela materialização dos direitos fundamentais por uma interpretação constitucional construtiva como caminho para evitar os excessos das extinções dos processos sem julgamento de mérito que visem o início de políticas públicas.

Palavras-chave: Princípio da Confiança. Políticas públicas. Tripartição dos poderes. *Venire contra factum proprium*. Ação civil pública.

Abstract: The Trust Principle, next to the Equality Principle, won wide consideration in addressing the constitutionality of public policies of an economic nature carried out by the Constitutional Court in Portuguese scenario known as “jurisprudence of the crisis,” increasing the possibilities for its management in the Brazilian system. The search for balance between judicial experience and constitutional theoretical bases with daily practice of the Public Prosecutor in order to implement fundamental rights through the creation of public policies through public civil action inspires this work, towards lifting of the consequences of not full receptivity of the constitutionalization of the legal system by law enforcers. Glimpses into the path of Trust principle of association, its constitutional hue

* Promotora de Justiça em Cachoeira do Sul, Rio Grande do Sul. Especialista em contratos e responsabilidade civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS. E-mail: gsaad@mp.rs.gov.br.

to the social contract notions and access to justice, topical application, by the Institute venire contra factum proprium and the search for the realization of fundamental rights by a constitutional interpretation constructive way as to avoid the excesses of extinctions of processes without judgment on the merits aimed at beginning of public policy.

1 Introdução

Por iniciativa da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul houve a oportunidade de contato mais estreito com as questões constitucionais do Direito português, vislumbrando a contemporaneidade de desafios comuns entre os ordenamentos pátrio e além-mar, através da participação no III Seminário Luso Brasileiro: “Estado de Direito, Direitos Fundamentais, combate à corrupção e interface Portugal/Brasil”, ocorrido entre os dias 07 a 09 de abril de 2015 na Universidade de Lisboa, em Lisboa, Portugal.

Na ocasião, foram expostos, por diversos palestrantes de elevado quilate, os conflitos e adversidades da compreensão da denominada “jurisprudência da crise”, conforme termo exposto por Miguel Nogueira Brito,¹ afeitos à interpretação da Corte Constitucional Portuguesa a respeito de iniciativas administrativas e legais no sentido de estancamento da crise econômica intensificada no país desde 2008.

No mesmo painel, o Professor Reis Novaes passou a situar a questão, explicando a impossibilidade de o Executivo português manejar a crise financeira com a desvalorização da moeda, em face do atrelamento ao euro, moeda oficial da União Europeia. Assim, a escolha do gestor deu-se pelo aumento de impostos para servidores públicos e pensionistas com interfaces em retroatividade fiscal.²

A partir de 2010, o Governo Português, visando evitar a crise financeira, solicitou um programa de assistência financeira internacional, que exigiu uma prestação de medidas de aumento de receita, sendo que, do ano de 2011 a 2014, vigorou o Programa de Assistência Econômica e Financeira – PAEF. Em 2010, o Governo Socialista permitiu o aumento do imposto IRS, com retroatividade aos rendimentos dos cidadãos durante a primeira metade do ano, com aparente violação ao princípio da irretroatividade fiscal. O Tribunal Constitucional, en-

¹ Conforme exposição em Painel “A interpretação dos princípios constitucionais como parâmetros de controle de constitucionalidade em tempo de crise econômica e financeira”, o qual teve como Moderador: Professor Doutor Carlos Blanco de Moraes (ICJP/FDUL) e debatedores: Ministro Gilmar Mendes (STF-EDB/IDP), Professor Doutor Jorge Reis Novais (ICJP/FDUL) e Professor Doutor Miguel Nogueira Brito (ICJP/FDUL) ocorrido no III Seminário Luso Brasileiro: “Estado de Direito, Direitos Fundamentais, combate à corrupção e interface Portugal/Brasil”, ocorrido entre os dias 07 a 09 de abril de 2015 na Universidade de Lisboa, em Lisboa, Portugal.

² *Ibidem.*

tretanto, através do Ac. 399/2010, entendeu que não houve violação ao Princípio da Proteção da Confiança, pois prevalente o interesse público qualificado sobre a tutela das expectativas sacrificadas dos contribuintes quanto a um não agravamento fiscal no ano econômico, pois haveria uma “conjuntura econômica financeira excepcional”, conforme termo destacado por Moraes (2014, p.712).

No ano de 2011, foi prevista redução dos salários dos servidores públicos, sendo que a Corte Constitucional, através do Acórdão que se tornou precedente na jurisprudência da crise portuguesa, o Ac. n. 396/2011, manifestou-se pelo caminho de que havia uma desigualdade legítima na posição entre o servidor do poder público e do privado aceitável no momento de crise. A confiança foi minimizada, sob essa leitura, pelo interesse público e pelo caráter provisório e excepcional da medida.

Secundando tal interpretação constitucional, em 2012, houve, no Orçamento, a suspensão dos subsídios de férias e de natal dos servidores públicos, cumulada com redução salarial, momento em que o Tribunal Constitucional entendeu como excessiva a intervenção e que o comportamento do Executivo sinalizava que adotaria políticas restritivas de direitos em exercícios orçamentários futuros (MORAIS, 2014). Em 2013, a edição do Ac. 187/2013 declarou definitivamente a inconstitucionalidade, utilizando-se do argumento da igualdade proporcional.³

Imediatamente, em reflexão para a contribuição a ser reduzida neste curto espaço de exposição de ideias diante da complexidade do tema, fez-se a apreensão de tal aspecto: o da segurança jurídica e posturas, comportamentos e expectativas do ente público como elemento de valoração na análise da legalidade do ato ou conjunto de atos administrativos pelo Poder Judiciário visadas através do instrumento processual da Ação Civil Pública. Como metodologia para construção do raciocínio, houve a associação do conteúdo exposto no curso, com pesquisa em relevante doutrina luso-brasileira pertinente, sempre com enfoque prático com a experiência da signatária com treze anos de trabalho nas áreas da Defesa Comunitária e Infância e Juventude, visando colaboração no esclarecimento e posicionamento do tema na prática forense.

³ Entre os principais argumentos da dialética doutrinária e jurisprudencial gerada estão: a noção da inaplicabilidade da Constituição em momento de crise; o contra argumento no sentido de que é justamente em momento sensível que a Constituição Federal cumpre seu papel; a possibilidade de limitação de direitos fundamentais com o reconhecimento da concomitante vigência constitucional em face do período excepcional de crise; impossibilidade de atrelar constitucionalidade da iniciativa de cunho fiscal à constitucionalidade com pilares em princípios tidos como vagos, como a segurança jurídica e a igualdade; o debate sobre a força normativa dos Princípios Constitucionais e necessidade do controle de evidências, ou seja, inviabilidade de declaração de inconstitucionalidade quando um dos itens de interpretação for duvidoso; rebate no sentido de que não há julgamentos geralmente unânimes, todos lançados no consoante painel no Seminário supra citado.

Portanto, em giro intercontinental da análise exposta, a respeito da intervenção da Corte Constitucional Portuguesa na política econômica para tentativas de minimização da crise europeia para a prática do dia a dia do Promotor de Justiça e do manejo da Ação Civil Pública, o ponto de contato no *insight* gerado pelo encontro das perspectivas constitucionais luso-brasileiras é a questão da confiabilidade do comportamento do Poder Público como parte integrante da análise da legalidade de suas ações, e, sobretudo, de suas omissões, no contexto das demandas diárias, sendo que se passa a expor a problemática nesse sentido e sugestão para seu enfrentamento.

2 Da problemática da análise judicial do pedido de efetivação de políticas públicas via ação civil pública

Inicialmente, pelos inúmeros significados atribuídos ao conceito, urge seja delimitado a ideia de Política Pública conforme Sampaio (2014. p. 52):

Propomos definir política pública como um conjunto sucessivo de decisões e/ou de ações, intencionalmente coerentes, tomadas por diferentes actores públicos e, por vezes, com a participação de actores não públicos, – cujos recursos, nexos institucionais e interesses variam – para resolver problemas politicamente definidos como colectivo.

Como consabido, o principal argumento a tornar limitada a apreciação judicial de atos administrativos ou políticas públicas é a vedação à interferência de um dos poderes de Estado nas competências constitucionais do outro, para além do equilíbrio eternizado pelo Princípio da Tripartição dos Poderes.

Não é raro, que julgados enfrentem a difícil questão com fórmulas prontas, em que, somente por uma demanda judicial referir-se à necessidade da materialização de uma política pública, automaticamente, receba o carimbo de negação ao acesso à justiça com base na limitação da função jurisdicional, sem fundamentação suficiente que atente ao efeito negativo da decisão em face à realidade que a coletividade está vivendo diante da carência das iniciativas de Estado ou, no dizer de Queiroz (2006), do mínimo existencial.

Em pré-conceituação hermenêutica, é comum que pedidos de obrigação de fazer, com atuação programada em fases, visando suprir omissão do Estado em iniciar atos concretos na implementação de política pública, justamente, por exigir concretização do Direito para além do clássico pedido de obrigação de dar, sejam prontamente fulminados, com extinção do processo sem julgamento de mérito, com base no argumento do Princípio constitucional da Tripartição dos Poderes, mas carente de qualquer fundamentação constitucional e ignorando que é própria da verificação da existência do direito a uma prestação

social a análise de mérito quanto à divisão de competências constitucionais (CANOTILHO apud SARLET *et al*, 2013).

Assim, à guisa de introdução, o que se critica é a extinção de processos sem julgamento de mérito, em análise cognitiva sumária e precária, sob o manto formatado da mera menção ao Princípio da Tripartição dos Poderes, sem aprofundamento na análise do caso concreto e posicionamento sobre a harmonização do princípio basilar constitucional com os demais princípios constitucionais que embasam a política pública visada judicialmente.

Verificam-se várias lacunas que ensejam a falta de fundamentação constitucional necessária nas decisões que fulminam as ações civis públicas que postulam os direitos sociais, as quais, longe de enumerá-las, somente analisam-se, por amostragem.

O princípio do acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva é, há muito, considerado como um derivativo do direito de liberdade, com algumas dimensões de direito subjetivo, bem como garantia transversa dos demais direitos fundamentais (MORAIS, 2014), havendo na sua mal fundamentada restrição, a possibilidade aberta para o reconhecimento de inconstitucionalidade difusa.

A doutrina internacional destaca, ainda, a ligação entre o direito constitucional de acesso à Justiça e o direito de resistência, este no sentido de direito não primário, mas secundário, de exercício, quando os direitos primários de liberdade, propriedade e segurança forem violados, (BOBBIO, 1992), o qual é rememorado aqui, para efeitos de evidenciar as consequências de esvaziamento de garantias constitucionais que a mera extinção sem julgamento de mérito de ações civis públicas que visem a política pública sem o enfrentamento constitucional das questões subjacentes gera.

Nesse sentido:

André Ramos Tavares, ao tratar do direito de petição, define como tendo natureza jurídica de prerrogativa de cunho democrático-participativo (*status activus*). Esse aspecto tem sido cada vez mais lembrado no direito comparado, por exemplo, consubstanciado no *Teilhaberecht* do direito constitucional alemão (RAMOS TAVARES apud MARTINS, *et al*, 2013, p. 352).

Um segundo problema constatado, é a falta de oxigenação da dimensão e compreensão da aplicação do Princípio da Tripartição dos Poderes,⁴ utilizan-

⁴ Sobre o reconhecimento do debate a respeito do sentido atual do Princípio da Tripartição dos Poderes, vide: Para Moraes: *O debate sobre a atualidade do princípio da separação dos poderes vacila, portanto, entre: i) sua recomposição dogmática à luz do reconhecimento de eventuais faculdades substitutivas do legislador pelos tribunais constitucionais (em caso de omissão inconstitucional ou em caso de adoção de leis desproporcionadas na restrição a direitos fundamentais); ii) E a travagem política de concentrações excessivas de poderes nesses órgãos, mediante remédios processuais a fixar na lei e na própria Constituição* (2014, p. 504). Conforme Sampaio: *Com efeito, é hoje*

do-o somente como fórmula genérica em julgados afeitos à matéria, ignorando a necessidade de adequação da sua formulação clássica para a desconfiança geral quanto à habilidade para exercício das competências de Estado e as críticas quanto à concentração de poder às vias políticas.

Percebe-se a presença forte do ranço positivista na nossa cultura jurídica, pois sem que a compreensão de que a análise da álea da legalidade da discricionariedade administrativa é, na verdade, uma análise da verificação da constitucionalidade dos atos ou omissões administrativos, o que exige brutalmente mais do jurista, tanto na forma de aplicação e hermenêutica, quanto na familiaridade com a Constituição e com a Ciência Constitucional, a conciliação de princípios constitucionais fica adstrita ao uso de técnicas hermenêuticas ultrapassadas.⁵

Como brilhantemente resumiu Sampaio (2014, p. 321):

Comecemos pelo neoconstitucionalismo teórico, que possui um carácter descritivo e poderia resumir-se a afirmando a constitucionalização dos sistemas jurídicos torna insustentável a infalibilidade técnica do Direito e, logo, a sua aplicação subsuntiva. Poderíamos assim, afirmar que esta tese tem uma consequência imediata no plano metateórico: a constitucionalização dos sistemas jurídicos torna inviável o positivismo teórico.

Presente o forte apego ao carácter meramente programático do elenco dos direitos sociais e sua diferenciação teórica com os direitos fundamentais, não superando a tese da inexistência intrínseca dos direitos fundamentais sociais (QUEIROZ, 2006), com fixação ao conceito de liberdade apenas negativo e, não também, positivo (SAMPAIO, 2014), o que a prática forense torna evidente, pela franca abertura do sistema judicial às demandas envolvendo direito à saúde, e seu fechamento, nas demandas afeitas à tutela urbanística, ambiental ou de defesa da cidadania.

notória a erosão do clássico sistema tripartido de separação de poderes, o que resulta claramente dos fenômenos institucionais que tem vindo a surgir, entre os quais: ' a ascensão do poder executivo não político; o declínio do parlamentarismo; a ascensão do Estado administrativo; partidos políticos; o boom das agências tecnocráticas; a proliferação da fiscalização constitucional; a privatização das entidades reguladoras; e a internacionalização das ordens jurídicas nacionais. Ou seja, parece-nos que, hoje, com tamanhas alterações que foram formando o recorte do Estado que MONTESQUIEU conhecia, ninguém duvida da existência de uma crise existencial do princípio da separação dos poderes que o transformou numa realidade muito mais complexa que a ideia de tripartição que o caracterizava inicialmente (2014, p. 456).

⁵ Nesse sentido, vide: Lopez Y Lopez, Angel M. *Estado social y sujeto privado: una reflexion finisecular*. In: Quaderni Fiorentini pel la storia del pensiero giuridico moderno, n. 25, Milano: Giunfrè Editore, 1996, p. 411-467; Prata, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina, 1988 e Andrade, Cristiano José de. *O problema dos métodos de interpretação jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

Muito comum ainda, é a remição à tese da “reserva do possível”, mas com mera fundamentação em argumento de autoridade doutrinário, mas sem qualquer busca da prova técnico-contábil da real impossibilidade financeira de Municípios e Estados de cumprirem a política pública, através do exame apurado com dados de gastos correlatos com iniciativas que não sejam para cumprimento das prioridades constitucionalmente elencadas pelo constituinte e no sistema infraconstitucional. Não se produz prova para qualquer cotejo com orçamentos anteriores, comparações com gastos em publicidade oficial, subsídio de projetos da iniciativa privada sem relevância coletiva, valores de devolução de verba do Poder Legislativo no final do ano fiscal ou gasto com cargos comissionados ou de confiança, mas tão somente, entrona-se a genérica menção à impossibilidade de análise do pedido, em face ao respeito à reserva do possível.

Se é certo que uma das maiores críticas à avaliação judicial das políticas públicas é a dificuldade técnica para sua realização (PEREIRA JUNIOR, 2012), também é correto que a instrução processual e o ampliar do olhar para a multidisciplinaridade sanam tal aspecto, sendo imperioso que o Judiciário mostre, com provas concretas, que, já que não admite a perquirição da constitucionalidade da omissão estatal, se o conteúdo mínimo de satisfação do direito fundamental que norteia a política pública está preservado.

Assim, a pré-concepção em não implementar um direito fundamental social ou não julgar a não implementação, aqui, propositadamente redundante, gera questionamento se há diferença entre a compreensão de Luis XIV do “*L’État c’est moi*” e a postura do Estado, na resignação à administração com total falta de gestão técnica e com vazão à corrupção, mesmo em cenário pós moderno de informação instantânea e consolidação dos órgãos oficiais de fiscalização, em negar direitos sociais pela histórica incapacidade de gerência dos recursos.

Conforme Zeldin (1996. p. 126), os tempos pós-modernos mudaram a noção de mera expectativa perante o poder:

Mas agora a obsessão do domínio e subordinação começa a ser desafiada por uma imaginação mais ampla, faminta de estímulo, em busca de alguém a quem ouvir, por lealdade e confiança e, acima de tudo pelo respeito. O poder de dar ordens já não basta.

Razões pelas quais, parece claro que a amplitude do que seja entendido por “legalidade” do ato administrativo precisa se tornar palpável através da conciliação da hermenêutica constitucional e análise tópica do caso concreto, dando vazão à inserção do Princípio da Confiança como parte da adequação ao sistema constitucional que se espera seja avaliada pelo Judiciário.

3 Da apreensão do princípio da confiança como parte integrante da análise da constitucionalidade/legalidade da omissão à implementação de políticas públicas

Especialmente na jurisprudência do Rio Grande do Sul, através da herança de Clóvis do Couto e Silva,⁶ propagada pela ilustre professora Judith Martins-Costa na insigne Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS, o Princípio da Boa-Fé objetiva e sua materialização através da Confiança, foi, mais cedo, integrado à composição da interpretação dos atos administrativos.

A base da concepção de boa-fé no Direito Civil decorre da ideia de *fides* romana. A confiança, por sua vez, como define Menezes Cordeiro (2001, p. 1234): “exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas”, base do citado Princípio, o qual se propõe integrativo da análise da constitucionalidade de uma política pública, evoluiu, desde a noção de *fides* romana ou *fraus*, sua divulgação no século XIX, com viés humanista do combate da exploração do homem sobre o homem em momento positivista da consagração da autonomia da vontade (RIPERT, 1937), até a noção de valor e regulador da economia (WEINGARTNER, 1999), entre outras nuances aceitas atualmente.

A *bonae fidei iudicia* era regra processual, dentro de um esquema processual denominado *legis actiones*, e se tornou implícita em todas ações envolvendo lide contratual, sendo o nascimento da boa-fé objetiva, como hoje se conhece, junto aos contratos. Ao juiz, além de determinar o valor da obrigação, cabia dizer aonde o autor ou o réu haviam falhado na obediência à boa-fé. Segundo Martins-Costa (1999), o *bonae fidei iudicium* era um procedimento perante o juiz, em que o demandante apresentava uma fórmula, postulando um direito material, mas o dando o nome de *actiones (actiones in ius conceptae)*, no qual ao invés de fundar sua pretensão na lei, fundava na *fides*.

Ou seja, já em um argumento histórico, não é absurdo exigir do Juízo, sob pena de o elemento de segurança jurídica subjacente não existir nas relações entre cidadão e Estado, que, na análise da prestação jurisdicional e na franquia do acesso à Justiça, antes de fulminar a demanda, tão somente, pela lacônica menção ao Princípio da Tripartição dos Poderes,⁷ evidencie-se, na

⁶ Vide: COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976 e *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*. In: Estudos de direito civil brasileiro e português, São Paulo: RT, 1980. p. 43-65.

⁷ Couto e Silva destaca como causa para o esquecimento da boa-fé como princípio basilar do Direito Civil, o fato de à época, o princípio da separação dos poderes Ter reduzido muito o papel da jurisprudência. In: *O princípio da boa-fé no direito civil e português*. p. 45.

decisão, se o Executivo gerou a expectativa ou não, no cidadão, quanto à concretização da política pública.

Assim, a Ação Civil Pública passa a ter um novo elemento de prova da ilegalidade da omissão do ente público: o comportamento dele ao longo do Inquérito Civil ou mesmo depois de iniciar uma política pública insatisfatória.

E, quando assim refere-se, indica-se a necessidade de os argumentos da ação civil pública, geralmente, lastreada em um Inquérito Civil que a instrumentaliza, evidenciando as diversas tentativas de mediação ou estímulo ao gestor para que apresente seu plano de ação, serem analisados na decisão judicial que fulmina o prosseguimento da ação processual.

Dados como: o pedido de explicitação clara de cronograma para início de atos encadeados para cumprimento da política pública, reiteradamente oficiados ao Poder Público e não respondidos; indicação de plano de ação, com iniciativas de levantamento de dados *in locu*, sem a prova de concretização de medidas; ausência de demonstração contábil da impossibilidade financeira de cumprimento, nada obstante pedido ministerial, tempo entre o pedido de providências da coletividade sem negativa justificada pelo ente público entre outras várias diligências comuns em Inquéritos Civil a evidenciar o comportamento contrário à confiança, pois distante da séria intenção de início efetivo da política pública em algum momento ou a concreta demonstração de sua impossibilidade.

O *venire contra factum proprium*, já amplamente aceito na Doutrina nacional e estrangeira,^{8,9} como derivação do Princípio da Confiança¹⁰ e nas relações com o Poder Público, surge como item da verificação dos atos administrativos pelo comportamento do ente público ao longo do Inquérito Civil que busca a concretização de iniciativas para o início de uma política pública.

Menezes Cordeiro (2001) aponta elementos para a caracterização de situação que enseje a aplicação da teoria do *venire contra factum proprium*, pois

⁸ A confiança vem desempenhando um papel de relevo no Direito público; assim JOHANNES MAINKA, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht* (1963), RUDOLF FRANZ STICH, *Vertrauensschutz in Verwaltungsrecht* (1963). In: Menezes Cordeiro. *A boa fé no direito civil*. p. 1250.

⁹ No Direito Português, paradigmático o Ac. 188/2009, que suscita a constitucionalidade de uma lei que restrinja liberdades em perspectiva: a) o Estado deve ter desenvolvido comportamentos capazes de gerar nos cidadãos expectativas de continuidade? (grifo nosso) b) As expectativas dos cidadãos quanto à continuidades desses comportamentos devem ser legítimas e justificadas em boas razões? c) Os cidadãos devem ter feito planos de vida tendo em conta a prognose de continuidade do comportamento do Estado e d) É necessária que a medida seja justificada a luz do critério da proporcionalidade que não ocorram, nomeadamente, razões de interesse público que justifiquem, em sede de ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa? In: Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*. p. 484.

¹⁰ Nesse sentido: Wiaecker, Weber, Merz, Lenz (que diz que o *venire* é a própria concretização do princípio da confiança) e Cannaris, conforme Menezes Cordeiro. *Ob cit.* p. 755.

reconhece que é matéria voltada a soluções tópicas, tais como: a ocorrência de um fato gerador de confiança; que a adesão da outra parte seja causada pela confiança causada por esse fato; o exercício de ato ou fato posterior em razão dessa confiança depositada e; esse fato posterior ocorrer em razão da conduta contraditória a que praticou inicialmente.

Assim, constante na prática da Defesa Comunitária, a situação da criação do fato gerador da confiança com a realização de audiências para instrumentar Inquéritos Civis, em que o ente público não aceita a assinatura de termo de ajustamento de conduta, alegando que a política pública pretendida, em todo ou em parte, já está sendo elaborada, apresentando um cronograma de atividades e recursos disponíveis, por vezes, em face de repasses federais vindouros e afins, quando, passado o tempo, cria-se a aparente ausência de lide a ensejar uma demanda judicial.

Ultrapassado o prazo para comprovação do declarado no documento público no Inquérito Civil, a adesão, conforme refere o autor citado, do órgão do *Parquet*, como representante da sociedade, no exercício de ato ou fato posterior em razão dessa confiança depositada, em não ingressando, de pronto, com a ação civil pública, decai na constatação de que não foram realizados atos concretos ou, muitas vezes, mínimos, nos termos do declarado, ensejando o prejuízo da demora no início da instrução processual e na concretização da política pública pretendida.

Poder-se-ia argumentar que se trata de mero exercício de discricionariedade do ente público em não querer iniciar a política pública em dado momento, mas é importante a distinção: a da postura, em Inquérito Civil preliminar, de prometer, declarar, organizar atos de gestão expostos ao Ministério Público formalmente, e, cobrado ao cumprimento, mesmo sem termo de ajustamento de conduta assinado, pois, aparentemente, inexistia lide, no sentido *carnelettiano* do termo, silenciar quanto à política pública, através de tal comportamento, em situação distinta da pronta discordância com a cobrança social para sua efetividade e clara posição diante do fiscal da lei.

E aqui, a sempre lembrada lição do Ministro Rui Rosado apud Silva (2013, p. 3), ao mencionar, que:

Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram.

Sutil diferença, mas que na práxis diária do Promotor de Justiça enseja grandes efeitos: a eventual perda do momento da produção da prova, como vitórias imediatas a fatos ilícitos geradores de impacto ambiental, por exemplo,

a pronta oitiva de testemunhas, com a clareza de dados, pela imediatidade da coleta da prova, resposta mais pronta da atuação ministerial à sociedade, busca de antecipação de tutela, nos casos de irreversível reparação, através de liminares, o ajuizamento de cautelares para exibição de documentos, atos esses, dilatados, em face do comportamento que gera a confiança e expectativa pelos atos fidedignos iniciais de gestão apontados ao longo do Inquérito Civil.

A proposta é que essa postura também seja avaliada pelo Judiciário: o comportamento gerador de confiança na concretização da política pública ao longo do Inquérito Civil como prova concreta da ilegalidade da omissão do ente público por violação ao princípio constitucional implícito da Confiança.

Precedente positivo quanto ao comportamento de abandono de uma política pública pelo Executivo após atos de início de execução foi o de Ação Civil Pública ajuizada por esta signatária, quando da titularidade da Promotoria Especializada da Comarca de Cachoeira do Sul, no Rio Grande do Sul, a qual buscava a criação de vagas junto ao Presídio Estadual de Cachoeira do Sul, no qual o Tribunal de Justiça do Estado, junto à Apelação n. 70049496474, 1ª Câmara Cível, Relator, Des. Luis Filipe Silveira Difini reconheceu o controle da política pública, mediante comando para a construção de uma nova galeria com acesso a mais sessenta e duas vagas, levando em conta que havia ilegalidade em não haver programação para a construção da galeria, mesmo havendo procedimento administrativo, sem impulso, desde de 2009 e presente no Inquérito Civil.

Esse comportamento omissivo e permanente ou o comportamento de cumprimento insuficiente do Poder Público é interpretado por parte jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como reflete o julgado transcrito:

Comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição e gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República (PORTO ALEGRE, Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento n. 70062255914, Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler, 2015).

O precedente do Supremo Tribunal Federal acima exposto embasou julgamento do Agravo de Instrumento n. 70062255914, junto à 3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual o Município de Capão da Canoa irressignou-se com o deferimento de liminar em Ação Civil Pública do Ministério Público, que visava a implementação plena de política pública de ações efetivas de vigilância epidemiológica e de controle do vetor *Aedes Aegypti*.

Como reiteradamente ocorre, o Poder Público deu início a uma política pública, fez contratações e arrefeceu por ocasião do seu cumprimento, pois o julgado revela que a política de combate à dengue, que nos termos da Portaria n. 1.172/2004 do Ministério da Saúde, com a qual aquiesceu o Município, estabele-

lecia cumprimento em três ciclos, tendo sido alcançado só um, que não houve a recontração de servidores lotados para o encargo, nem recursos materiais de análise laboratorial e deslocamento da equipe de saúde, o que foi brilhantemente comprovado em Inquérito Civil dos colegas com atuação naquela Comarca.

Ou seja, clara a relação com a percepção do Ministro Celso Mello, lembrada no Acórdão:

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos (PORTO ALEGRE, Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento n. 70062255914, Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler, 2015).

Exemplificativamente, ainda, a demonstração, via Inquérito Civil, de que silente o Poder Executivo desde 2007, quanto à implementação da política pública de tutela do patrimônio urbanístico ensejou ajuizamento de Ação Civil Pública pela Promotoria Especializada de Cachoeira do Sul, com reversão da sentença de improcedência de primeiro grau do pedido de canalização da Rua Araújo de Porto Alegre, naquela Cidade, junto ao Acórdão n. 70059830018, da 2ª Câmara Cível, que determinou ao Município de Cachoeira do Sul à regularização da área, no prazo de um ano, com a realização das seguintes obras: instalação de sistema de drenagem, mediante colocação, de valas, tubulações e caixas de coletas necessárias ao escoamento de águas pluviais no local (esgoto pluvial e água da chuva); cascalhamento do logradouro, demonstra que o comportamento do ente público foi argumento para o enfrentamento da sentença.

E aqui, com esses exemplos práticos e vários outros, toca-se num grande tema, o qual, mais uma vez, o encanto do aprofundamento não se sustenta nessas poucas páginas: o do reconhecimento do Princípio da Confiança como princípio constitucional implícito, e, por isso, de consideração obrigatória na interpretação constitucional do ato ou encadeamento de atos administrativos.

Conforme Morais:

Por tudo isso, a segurança jurídica constitui um imperativo constitucional implícito que qualquer ordem jurídica deve alcançar como fim, mas que, no plano dos factos, caba por não, nunca, plenamente atingido. Tal como já foi por nós escrito, o sistema jurídico reprime situações intoleráveis de insegurança, decide com base no parâmetro da segurança jurídica, mas tolera e coexiste com situações de incerteza insuperáveis.... O princípio da segurança jurídica não restringe, contudo, a sua aplicação às situações onde a Constituição o consagra. O Tribunal Constitucional português (Ac. 287/90), seguindo a jurisprudência constitucional alemã deduziu claramente o princípio da segurança jurídica do conteúdo do princípio do Estado do direito democrático, enunciado no art. 2º da CRP, reconhecendo-o, como um critério geral que vale para todos os domínios da atuação dos poderes públicos (2014. p. 480).

Do que se intui que subjacente ao direito de acesso aos Tribunais está o Pacto Social a auferir legitimidade à Constituição Federal, através da representatividade, que, ao fim e ao cabo, traz uma relação de confiança entre a população, seus representantes e seu constituinte, de modo que a verificação desse critério dentro da álea da constitucionalidade da escolha administrativa ou sua omissão tem profunda base constitucional que não pode ser ignorada.

Fundamento esse praticamente jus natural, pois, conforme Wieacher:

Com a fundamentação jusnaturalista da força vinculativa dos contratos, Grócio aborda um antigo e fundamental problema da teologia moral: a força vinculativa da promessa de cada uma das partes. Que ela *não obrigue naturaliter* (como ensina *Franc. Connannus* e outros) refuta ele, com base em Cícero, no princípio pretório *pacta sunt servanda* (D. 2,14,1 e ss), e sobretudo, na confiança na promessa de Deus na Antiga e Nova Aliança, confiança com a qual o carácter verídico do homem como imagem de Deus, se tem de confirmar (1967, p. 332).

Assim, evidencia-se que, pelas consequências constitucionais e técnicas que a questão traz, que muito raros são os casos passíveis de pronto fechamento das portas do Poder Judiciário em relação à tramitação processual de ações que visem a implementação de políticas públicas, pois, no mais das vezes, há que ser valorado se a opção pela não implementação da política pública pretendida pelo ente público não revela a traição ao pacto social e à confiança do cidadão, através do comportamento expressado e as expectativas e situações jurídicas criadas a partir de então, a ensejar inconstitucionalidade, que, de qualquer forma, não pode escapar à análise judicial.

4 Conclusões

Em linha de conclusão, uma das primeiras constatações a serem feitas é que, em matéria de ingerência do Poder Judiciário na análise de políticas públicas, a jurisprudência da nossa corte constitucional já é bastante consolidada, talvez, pela nossa triste experiência histórica com sucessivos planos e pacotes econômicos frustrados, mas nitidamente inferido do comparativo com todo o cuidado e restrições que a Corte Constitucional portuguesa enfrentou por ocasião da construção das decisões que embasaram os estudos constitucionais sobre a “jurisprudência da crise”.

A experiência do contato com as nuances constitucionais da análise da Corte Constitucional portuguesa nas situações em que a intervenção judicial nas políticas públicas fez-se necessária, evidenciou a relevância ao posicionamento auferido ao Princípio da Confiança mesmo em um sistema jurídico, em que há restrição maior que o brasileiro para aceitação da ingerência judicial nessa es-

pécie de demanda, tornando claro que o recurso à Confiança e à Igualdade são nortes de resolução de conflitos, os quais os Tribunais brasileiros não podem se despir.

Entre as diversas nuances científico-constitucionais da análise do Poder Judiciário sobre a discricionariedade administrativa está a questão da não apreensão da constitucionalização dos sistemas e da abertura interpretativa para além do positivismo teórico.

A má fundamentação ou fundamentação insuficiente nas sentenças que extinguem sem julgamentos de mérito ações civis públicas que postulam implementação de políticas públicas, com mera menção gráfica ou, por recurso de argumento de autoridade, ao Princípio da Tripartição dos Poderes ou à tese da reserva do possível, sem a análise concretizadora da Constituição, pelo cotejo aos elementos do caso concreto com a harmonia dos Princípios Constitucionais, afronta o também Princípio constitucional de Acesso à Justiça, eivando a decisão de nulidade.

A matriz *jus* natural do Princípio da Confiança, seu histórico estudo em palco das relações contratuais e sua incidência no Direito Público, já pacificada, conforme exposto, fazem com que do cenário negocial faça-se a ampliação do raciocínio para a primordial noção constitucional de Pacto Social, legitimação do Poder Constituinte e distribuição de competências constitucionais como fundamentadores da elevação constitucional a ser concedida ao citado princípio. Competências essas que trazem como supedâneo a expectativa do cidadão no cumprimento do acordo público firmado através da Carta fundamental.

Derivação imediata, é que, também a sentença tenha de abordar a adequação legal, mas, sobretudo, constitucional, pela escolha do julgador, por um ou outro caminho, com igual compatibilidade entre os elementos do caso concreto e seu cotejo com os Princípios Constitucionais para assegurar robustez de validade à decisão.

O manejo da “reserva do possível” nas decisões judiciais que obstaculizam as ações civis públicas que postulam direitos sociais precisa vir acompanhado da prova concreta, para além da alegação, da impossibilidade financeira do Estado de cumprir a política pública que lhe compete pelo compromisso constitucional. A Constituição ao estabelecer que a competência para concretizar um direito fundamental seja de uma das esferas estatais cria uma presunção *juris tantum* e quando se fala ‘*juris tantum*’, porque não dizer logo: ‘confiança’, na possibilidade de cumprimento que o Poder Público só pode se eximir e, em raros casos, com a demonstração contábil da falta de recursos e da correta eleição de aplicação das verbas onde o constituinte ou o legislador infraconstitucional estabeleceu como legais, como saúde, infância e juventude e não, em iniciativas de interesse isolado de dado momento político.

O ônus da prova, no sentido da impossibilidade de o gestor manejar os cofres públicos para a concretização da política pública que visa consolidar direitos fundamentais é do Requerido ente público, nas ações civis públicas, pois a Constituição Federal estabelece a ele uma competência e, nessa incumbência, traz a certeza da força normativa da previsão constitucional a fazer crer seu cumprimento.

No momento em que a demanda evidencie, através do inquérito civil ou outro instrumento pré-processual preparatório, que o Estado competente para assegurar o direito fundamental constitucional subjacente e fundamentador da política pública pretendida com a ação civil pública manteve posturas de promessas dilatada no tempo de concretizar seu compromisso constitucional, criando expectativas, com seu comportamento e declarações, descumprindo-os, a análise da ilegalidade pela violação ao Princípio da Confiança, sobretudo diante do entendimento da matriz *jus* natural e constitucional deste, é elemento inarredável para avaliação da ilegalidade, e, agora melhor posta a questão, da inconstitucionalidade da omissão administrativa a necessariamente ser enfrentada pelo Judiciário.

As nuances protelatórias, comprovadas através de sucessivos ofícios, audiências, entrega de documentação e demais itens, enfim, o comportamento do ente público ao longo do que Inquérito Civil, que gere a justa expectativa do início da política pública no Ministério Público, ou seja, na própria sociedade, em sendo este, seu representante constitucional, são ricos instrumentos de prova da quebra da confiança a, per si, evidenciar a inconstitucionalidade da omissão do Poder Público e sere elemento a ser enfrentado na análise judicial dos pleitos em ação civil pública.

Razões pelas quais, com enorme salto na ciência constitucional, pela brevidade do espaço aqui disponível, as decisões de extinção do processo sem julgamento de mérito nas Ações Civis Públicas que postulam atos de gestão pelo Executivo para concretização de políticas públicas envolvem profunda análise e fundamentação constitucional, por atrelarem o cotejo do Princípio da Tripartição dos Poderes com as circunstâncias concretas do caso e sua proporcionalidade ao respeito ao Princípio da Confiança e respeito ao mais antigo fundamento constitucional: o da confiança no pacto social que limitou as liberdades em prol da segurança jurídica, sob pena de violação ao direito de acesso à Justiça e ao subliminar direito de resistência ao arbítrio por omissão na concretização dos direitos fundamentais.

Assim, a Ação Civil Pública passa a ter um novo elemento de prova da ilegalidade da omissão do ente público: o comportamento e as expectativas criadas por este ao longo do Inquérito Civil ou mesmo depois de iniciar uma política pública insatisfatória, a ensejar manifestação tópica do julgador sob pena da invalidade da manifestação judicial.

Referências

- AMARAL, Francisco. *A boa-fé no direito romano*. Revista de Direito Civil, São Paulo, n. 78, p. 195-204, out./dez., 1996.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 31695 AgR. 2ª Turma. Agravante: União. Agravado: James Carlos Brito Barbosa. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 03 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/>>. Acesso em: 5 jul. 2015.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n. 70062 255914*. 3ª Câmara Cível. Agravante: Município de Capão da Canoa. Agravado: Ministério Público. Relator: DES. LEONEL PIRES OHLWEILER. Porto Alegre, 26 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 jun. 2015.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação e Reexame Necessário n. 70049496474*. 1ª Câmara Cível. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Ministério Público. Interessado: Presídio Estadual de Cachoeira do Sul. Relator: Des. Luis Filipe Silveira Difini. Porto Alegre, 08 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 jun. 2015.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação e Reexame Necessário n. 70059830018*. 2ª Câmara Cível. Apelante: Ministério Público. Apelado: Município de Cachoeira do Sul. Relator: Des. Ricardo Torres Hermann. Porto Alegre, 06 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 jun. 2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- _____. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*. In: Estudos de direito civil brasileiro e português, São Paulo: RT, 1980. p. 43-65.
- QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema de tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Menezes. *A boa fé no direito civil*. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina. 2001.
- MODESTO, Paulo. *Controle jurídico do comportamento ético da administração pública no Brasil*. Revista Diálogo Jurídico: Salvador. Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr.-maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 7 jul. 2013.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de direito constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado social*. Tomo II. v. 2. Coimbra Editora: Coimbra, 2014.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Wolters Kluwer sob a marca Coimbra Editora: Coimbra, 2010.
- PEREIRA JUNIOR, Marcus Vinícius. *Orçamento e políticas públicas infante juvenis*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937

Considerações sobre o Princípio da Confiança na análise judicial da constitucionalidade...

SAMPAIO, Jorge Silva. *O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*. Coimbra Editora: Coimbra, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

SILVA, Daniela. *O venire contra factum proprium no direito administrativo – a repressão ao comportamento contraditório na relação administração pública x administrados*. In: E-Gov. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-venire-contra-factum-proprium-no-direito-administrativo-repress%C3%A3o-ao-comportamento-contr>>. Acesso em: 5 jul. 2015.

WEINGARTEN, Celia. *El valor de la confianza para empresas y consumidores*. In: Revista do Consumidor, São Paulo, v. 33, p. 33-77, 1999.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

ZELDIN, Theodore. *Uma história íntima da humanidade*. Rio de Janeiro-São Paulo: Record, 1996.

