

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS*

*Fábio Konder Comparato ***

Sumário: 1. Introdução; 2. Caracterização dos direitos econômicos, sociais e culturais; 3. A Atuação Judicial do Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 4. Conclusão; 5. Resumo; 6. Abstract.

1. INTRODUÇÃO

A despeito do surto de privatismo e da vaga de concentração do poder capitalista, que se abateram sobre o mundo no último quartel do século XX, a criação do Estado Social de Direito, com base no “espírito de fraternidade”, invocado no art. I da Declaração Universal dos Direitos Humanos, veio para ficar. O curso da História pode apresentar recuos momentâneos, mas a sua linha direcional não é regressiva. A consciência de que “todo homem, como membro da sociedade, tem direito à seguridade social e à realização [...] dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade” (mesma Declaração, art. XXII) faz parte, hoje, do patrimônio ético da humanidade.

É, pois, assunto da maior relevância e urgência refletir sobre a essência dos direitos humanos de caráter econômico, social e cultural, e sobre a função do Ministério Público, como principal agente defensor desses direitos em juízo.

* Conferência pronunciada pelo autor no Encontro Nacional dos Procuradores da República, realizado em Manaus, de 29 de outubro a 3 de novembro de 2001.

** Professor Titular da Faculdade de Direito da USP.

2. CARACTERIZAÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

A primeira questão a resolver, no tema proposto, é de ordem categorial e terminológica. Que são direitos econômicos, sociais e culturais? Em que se distinguem eles dos demais direitos humanos?

A classificação do conjunto dos direitos humanos pelo simples critério de sucessão histórica – as impropriamente chamadas “gerações” – não tem rigor lógico, pois nada diz quanto à essência de cada espécie classificada.

Sob o aspecto subjetivo, a classificação tradicional em direitos individuais e direitos sociais não é tampouco satisfatória, pois na última categoria encontramos direitos pertencentes a todo o povo, ao lado dos direitos das minorias, e daqueles de que são titulares grupos sociais economicamente fracos, como os dos trabalhadores. A expressão “direitos coletivos”, adotada pela Constituição de 1988, carece da mesma imprecisão, com a agravante de que ela vem empregada tão só no capítulo I do título II, em contraposição aos direitos sociais, declarados no capítulo II do mesmo título.

Os Pactos Internacionais de 1966, aprovados pela Assembléia Geral das Nações Unidas e ratificados pelo Brasil, seguindo a terminologia usada, originalmente, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, distinguiram entre, de um lado, direitos civis e políticos e, de outro, direitos econômicos, sociais e culturais.

Ora, sob o aspecto subjetivo, tanto uns, quanto outros podem ter como titulares os indivíduos, ou todo o povo. O direito à democracia, por exemplo, diferentemente do direito eleitoral de votar e ser votado, pertence a todo o povo e não a cada cidadão em particular. O mesmo se deve dizer do direito à segurança, em comparação com a liberdade individual de ir e vir.

Em seu conjunto, os direitos econômicos, sociais e culturais compreendem direitos individuais reflexos, como direi mais abaixo, além de direitos de todo o povo, a exemplo do de proteção ao consumidor, que a nossa Constituição não incluiu,

no entanto, entre os direitos sociais declarados no art. 6º, preferindo capitulá-lo no art. 5º – XXXII. Segundo o critério subjetivo, a especificidade dos direitos econômicos, sociais e culturais parece residir no fato de que, na generalidade dos casos, os seus titulares são grupos sociais carentes de poder, econômico ou político. À guisa de comparação, no direito societário empresarial tais grupos seriam assimilados aos sócios não controladores, cujos interesses a lei deve defender.

A primeira exigência racional, nessa matéria, consiste, portanto, em distinguir claramente as diferentes categorias de direitos fundamentais, em função de sua diversidade estrutural. Sem esse trabalho preliminar de análise e discernimento, é impossível fazer valer com eficácia, na prática, os remédios ou garantias fundamentais para a sua defesa.

Ora, nesse esforço de precisão de conceitos, cuja utilidade é manifesta no campo operacional, a doutrina jurídica contemporânea trouxe uma relevante contribuição, ao elaborar duas novas categorias conceituais: os **princípios** e as **políticas**.

A noção de princípio, em seu novo significado, bem distinto daquele concernente aos princípios gerais de direito, mencionados no art. 4º da nossa Lei de Introdução ao Código Civil, foi originalmente utilizada no campo do direito privado, nos anos 50 do século XX.¹ A sua extensão a todos os ramos do direito, juntamente com a noção jurídica de política pública (*policy*), é devida, sobretudo, a **Ronald Dworkin**, que as apresentou em sua conhecida obra *Taking Rights Seriously*,² para demonstrar as insuficiências da visão positivista. O novo conceito de princípio, assim proposto, foi desde logo desenvolvido e aprofundado por **Robert Alexy**³, no campo específico dos direitos humanos. Quanto à noção jurídica de política pública, no entanto, ela não teve igual desenvolvimento, e ainda carece de maior precisão técnica.

Princípios são normas jurídicas, que se distinguem das demais – por esses autores chamadas **regras** (*rules, Regeln*) – em razão de três características es-

1 Sob a designação de *Grundsatz*: Josef Esser, *Grundsatz und Norm*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 4ª ed., 1990.

2 Harvard University Press, Cambridge, 1978, pp. 22 e ss. e 294 e ss.

3 *Theorie der Grundrechte*, 3ª ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996, cap. 3º.

senciais: a supremacia normativa, a não delimitação formal e substancial do seu âmbito de incidência, e a permanência em vigor nas hipóteses de conflito normativo.

Que uma norma de princípio tenha mais importância e, por conseguinte, mais força jurídica que uma simples regra é verdade imediatamente apreendida pelo bom senso. Quando a Constituição dispõe que a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais é um objetivo fundamental da República, seria ridículo sustentar que essa norma constitui mera exortação aos Poderes Públicos, podendo, portanto, ser afastada, perante a aplicação das regras de nível infraconstitucional, como aquelas referentes ao equilíbrio orçamentário, enunciadas na mal denominada Lei de Responsabilidade Fiscal.

Toda a dificuldade na utilização do conceito de princípio, porém, reside na aparente fluidez ou imprecisão dessa espécie de norma, em comparação com a clareza e rigidez de uma regra, sobretudo quando ela é reforçada por uma sanção de natureza penal. Para vencer essa dificuldade técnica, é preciso atentar para a segunda característica distintiva entre princípios e regras.

Toda norma jurídica, como frisou o Professor **Friedrich Müller**,⁴ apresenta dois elementos estruturais: o seu mandamento (por ele denominado “programa normativo”) e o respectivo campo de aplicação, vale dizer, o setor da realidade social em que esse mandamento deve produzir seus efeitos. Numa regra jurídica, ambos esses elementos são definidos ou delimitados, o que não ocorre com a norma de princípio.

Uma coisa, por exemplo, é a Constituição declarar, no *caput* do art. 5º, que se garante a todos os brasileiros e estrangeiros o direito à liberdade; outra coisa é prescrever que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (art. 5º – LXI).

4 *Juristische Methodik*, 4ª ed., Berlim, Buncker & Humblot, 1990, pp. 142 e ss.; *Strukturierende Rechtslehre*, Berlim, Duncker & Humblot, *passim*.

Nesta última norma, malgrado a extrema generalidade do titular do direito – toda e qualquer pessoa natural – tanto o mandamento, que é a proibição de prisão, quanto o campo de aplicação – as circunstâncias do flagrante delito e da ordem escrita e fundamentada de autoridade competente – são perfeitamente delimitados. Por isso mesmo, para que a regra deixe de ser aplicada, uma vez reunidos os componentes da hipótese normativa, é preciso que se abra explicitamente uma exceção: “salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. O enunciado da exceção constitui, na verdade, uma forma indireta de se precisar o campo de incidência da regra.

Com o princípio da liberdade, nada disso sucede.

De um lado, nunca se poderá dizer que brasileiros e estrangeiros chegarão, um dia, a esgotar, neste País, as dimensões possíveis de uma vida livre. Os grandes valores da vida social – como a liberdade, a igualdade e a solidariedade – têm um grau de expansão ilimitado, porque nada mais são do que um reflexo da dignidade humana. Neste sentido, como bem assinalou o Professor **Robert Alexy**,⁵ os princípios podem ser considerados como “mandamentos de otimização” (*Optimierungsgebote*).

De outro lado, o campo de aplicação do princípio da liberdade é igualmente ilimitado: é toda a vida humana, em sua mais ampla dimensão, pública e privada.

Finalmente – terceira característica diferencial dos princípios em relação às regras – um princípio não se revoga por outro, tal como sucede com as regras jurídicas, de acordo com o critério estabelecido no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. Na hipótese de ocorrer um conflito normativo entre princípios, deve ser aplicado aquele que melhor protege, no caso concreto, a dignidade da pessoa humana, fonte e razão de ser de todo o universo ético, sem que os demais princípios colidentes sejam, por isso, eliminados do ordenamento jurídico.

Ora, ainda que as normas de princípio regulem, de modo geral, tanto os direitos civis e políticos, quanto os de natureza econômica, social e cultural, é inegável

5 Op. cit., pp. 75 e s.

que a utilização de princípios representa a técnica por excelência de regulação dos direitos fundamentais da segunda categoria. O sentido promocional, ou de otimização das condições sociais de vida, é aqui bem mais saliente. “A saúde”, dispõe a Constituição em seu art. 196, “é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. No art. 208, analogamente, a Constituição determina que o direito fundamental à educação será garantido pelo Estado, mediante a promoção de várias medidas de amplo espectro, abrangendo todos os níveis e todas as espécies de ensino.

Ora, ao falarmos em atividade promocional dos Poderes Públicos, chegamos naturalmente ao segundo grande conceito que domina toda essa matéria: o de políticas públicas.

Em sua obra retromencionada, **Ronald Dworkin** caracteriza a política (*policy*) como

“aquela espécie de padrão de conduta (*standard*) que assinala uma meta a alcançar; geralmente, a melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil.”⁶

Como tive ocasião de observar,⁷ essa explicação é por demais esquemática para servir utilmente como instrumento jurídico operacional.

A política ou “polícia” pública, como se usava dizer na antiga linguagem jurídica portuguesa,⁸ é um programa de ação governamental. Ela não consiste, portanto, em normas ou atos isolados, mas sim numa atividade, ou seja, uma série ordena-

6 Op. cit., Harvard University Press, 1977, p. 22.

7 *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, Revista dos Tribunais, 737/11.

8 “Por Direito da Policia”, escreveu Francisco Coelho de Sousa e Sampaio, em suas *Prelecções do direito pátrio, público e particular*, obra editada em Coimbra e Lisboa em 1793 e 1794, “entendemos a *auctoridade, que os Princeses tem para estabelecerem e proverem os meios, e subsidios, que facilitem, e promovão a observancia das suas Leis*” (Título Sexto, capítulo I). Igualmente, na nossa Lei de 1º de outubro de 1828, que deu “nova forma às Câmaras Municipais, marcou suas atribuições, e o processo para a sua eleição e dos Juizes de Paz,” dispôs-se que ditas Câmaras deveriam promover, por “posturas policiais”, a todos os serviços públicos urbanos (art. 66).

da de normas e atos, do mais variado tipo, conjugados para a realização de um objetivo determinado. Toda política pública, como programa de ação, implica, portanto, uma meta a ser alcançada e um conjunto ordenado de meios ou instrumentos – pessoais, institucionais e financeiros – aptos à consecução desse resultado. São leis, decretos regulamentares ou normativos, decretos ou portarias de execução. São também atos ou contratos administrativos da mais variada espécie. O que organiza e dá sentido a esse complexo de normas e atos jurídicos é a finalidade, a qual pode ser eleita pelos Poderes Públicos, ou a eles imposta pela Constituição ou as leis.

O conceito de atividade, desenvolvido na ciência jurídica a partir de meados do século XX, ocupa hoje lugar de relevo, tanto em direito privado (na definição de empresa e do empresário no direito comercial, por exemplo), quanto no direito administrativo (para a caracterização do serviço público), no direito processual (o procedimento como atividade na qual se desenvolve o processo) e no direito econômico (na definição das políticas de incentivo a este ou aquele setor da economia).

Ora, uma das grandes insuficiências da teoria dos direitos humanos é o fato de se não haver ainda percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública. A generalidade dos autores continua a repetir, sem maior aprofundamento, que se trata de direitos a uma prestação estatal positiva, em contraste com o dever de abstenção dos Poderes Públicos, característico das liberdades individuais.⁹ Mas como o direito a uma prestação estatal positiva supõe uma relação direta do titular com o Estado, tropeça-se, inevitavelmente, com o obstáculo pragmático de que, salvo em raras hipóteses, das quais me ocuparei mais adiante, o ordenamento jurídico não cria pretensão e ação individual do particular contra os Poderes Públicos, para a realização desses direitos. É claramente impossível compelir o Estado a providenciar imediatamente, a todos os que o demandem, um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga em creche,

⁹ Vejam-se, como exemplo, as considerações expendidas na doutrina alemã por ROBERT ALEXI, op. cit., pp. 395 e ss., e na doutrina brasileira por INGO WOLFGANG SARLET, em sua importante monografia *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, pp. 258 e ss. ALEXI afiora a questão, de certa maneira, ao frisar que, em várias hipóteses, os chamados direitos sociais compõem-se de “feixes de posições jurídicas”, compreendendo tanto “prestações de fato”, quanto “prestações normativas” (pp. 403/404). Eles seriam, sob esse aspecto, “direitos fundamentais enquanto totalidade” (*Grundrechte als Ganzes*). Ora, essa totalidade, composta de elementos heterogêneos, mas unidos pela sua finalidade funcional, nada mais é do que uma política pública.

um tratamento médico-cirúrgico de alta complexidade, e outras prestações dessa natureza.

Diante dessa evidência incômoda, todos acabam por se resignar à conclusão de que os direitos econômicos, sociais e culturais têm uma eficácia limitada, em comparação com os direitos e liberdades individuais. Em suma, tornou-se lugar comum na doutrina afirmar que vigoraria, nessa matéria, o pressuposto implícito da “reserva do possível”.

É preciso, com urgência, corrigir esse desvio de perspectiva, pois ele equivale a esvaziar de toda força jurídica aquele conjunto de direitos fundamentais, da mais alta relevância em países subdesenvolvidos. Se o Estado não dispõe, como é óbvio, de condições materiais para atender a totalidade das demandas individuais de bens indispensáveis a uma vida digna, ele tem não obstante, inquestionavelmente, o dever constitucional de pôr em prática, com todos os meios ao seu alcance, as políticas públicas dirigidas à consecução desse objetivo. O desempenho dessa relevante função estatal não está, de modo algum, submetido à “reserva do possível”.

É isto, aliás, o que decorre, com bastante clareza, dos próprios termos utilizados no art. 2º, alínea 1, do Pacto Internacional de 1966 sobre direitos econômicos, sociais e culturais:

“Cada Estado-Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.”

Essas “medidas”, a que alude a norma, compõem programas de ação governamental, isto é, políticas públicas, compostas de vários elementos, inclusive diplomas legais (“medidas legislativas”), a serem desenvolvidas no tempo (“que visem a assegurar, progressivamente”), com a utilização de “todos os meios disponíveis”, vale dizer, mediante o emprego dos recursos financeiros minimamente ne-

cessários à realização de tais políticas.

A questão assim posta, como se percebe, é inteiramente de direito e não de fato. Não se trata de saber se o Estado tem ou não tem condições financeiras para “dar a cada um o que é seu”, nesse domínio. Cuida-se, tão só, de verificar se os Poderes Públicos desenvolvem ou não, de fato, programas de ação para “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, como determina o art. 3º de nossa Constituição.

Isto não significa dizer, obviamente, que as pessoas não tenham, enquanto indivíduos, nenhum direito a essas prestações de bem-estar social. A distribuição individual desses bens e serviços surge num segundo momento, sob a forma de direitos reflexos, como consequência da realização de políticas públicas nos diferentes setores enumerados no art. 6º de nossa Constituição. São elas agora, com o acréscimo dado pela Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000, a educação, a saúde, o trabalho (neste incluído o setor da reforma agrária), a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Importa, porém, considerar que essa enumeração de direitos sociais não é exaustiva, mas deve ser ampliada à luz da disposição de princípio, estabelecida nos artigos 1º e 3º da Constituição. Assim, o direito básico de não morrer de fome está, evidentemente, incluído no conjunto dos direitos fundamentais de caráter sócio-econômico, vinculados ao desenvolvimento de políticas governamentais. Este é mais um ponto em que se percebe a importância operacional do conceito de princípios.

Um claro exemplo dessa distinção conceitual e institucional entre políticas públicas e direitos reflexos nos é dado no campo do trabalho assalariado. A Constituição da República impõe ao Estado não só o dever de pôr em execução uma política de pleno emprego (art. 170 – VIII), como também uma política de proteção do trabalhador na relação de emprego, quer diretamente, quer mediante a atuação sindical (arts. 7º e 8º). Ambas essas políticas consubstanciam-se, primariamente, na edição de leis de ordem pública, por força das quais os trabalhadores poderão exercer, quer diretamente, quer por intermédio do seu sindicato, direitos

e pretensões contra os seus empregadores, sejam estas empresas privadas ou entidades estatais.

Constitui, portanto, grave violação dos mandamentos constitucionais deixar o Estado de pôr em prática as políticas de proteção aos trabalhadores, ou então, como ocorre hoje, sob a pressão do poder capitalista nacional e internacional, procurar o Governo desmontar as políticas trabalhistas já institucionalizadas há muitas décadas.

Muitas vezes, a realização das políticas públicas não engendra, necessariamente, direitos de natureza individual. É o que ocorre, por exemplo, entre nós, com a política indigenista, conforme o disposto no art. 231 da Constituição. A União Federal tem o dever de proteger os índios em sua organização social, línguas, crenças e tradições, bem como de demarcar as terras que constituem o seu *habitat*. Mas a especial condição de capacidade das comunidades indígenas torna geralmente impraticável a defesa individual desses direitos.

Em outros setores, a própria Constituição cria, para os indivíduos, um direito subjetivo público, ou seja, o direito de exigir do Estado uma prestação de dar, fazer ou não fazer. É o caso do acesso de todos, crianças ou adultos, ao ensino fundamental (art. 208 – I e § 1º) e do direito da pessoa portadora de deficiência, bem como do idoso, os quais comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção, ou de tê-la provida por sua família, à percepção do benefício mensal de um salário mínimo, tal como previsto no art. 203 – V da Constituição, complementado pelo disposto no art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742, de 7/12/1993).¹⁰

Analizados, portanto, dessa maneira, bem se percebe que os direitos econômicos, sociais e culturais gozam de tanta eficácia e força impositiva quanto os direitos e liberdades individuais, não mais podendo ser considerados como os primos pobres da família.

10 O art. 1º dessa lei, aliás, dispõe claramente que “a assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que prevê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”.

■ Não é mister, nessas condições, torturar o texto do art. 5º, § 1º da Constituição, a fim de se dizer, ou que a eficácia imediata nele mencionada é exclusiva dos direitos declarados no *caput* do artigo, ou então que, não obstante aplicável aos direitos sociais do art. 6º, aquela norma tem, em relação a esses últimos, uma aplicação contida ou limitada. Não, todos os direitos econômicos, sociais e culturais declarados em nossa Constituição gozam de eficácia imediata, no sentido de que as entidades da federação não podem adiar, sob pretexto da inexistência de leis (que elas próprias, aliás, produzem), a realização de políticas públicas tendentes à progressiva melhoria do nível de vida e da qualidade de vida de todos os segmentos da população.

■ Com isto, soluciona-se, sem grandes dificuldades, a questão técnica da titularidade dos direitos econômicos, sociais e culturais.

O fato de que eles têm por objeto políticas públicas, ou programas de ação governamental, já constitui em si uma boa indicação sobre a sua natureza e, por conseguinte, sobre a qualidade dos seus titulares. As políticas públicas em questão têm um elemento comum a reuni-las: elas buscam proteger, prioritariamente, os grupos sociais despidos de poder, econômico ou político, de forma a realizar, no conjunto da sociedade, o equilíbrio próprio daquela justiça proporcional, de que falou **Aristóteles**: distribuir mais aos que têm menos, e vice-versa.¹¹ Em relação a tais grupos carentes, a justiça comutativa da relação entre iguais não se aplica; ou melhor, quando aplicada, produz o efeito perverso de agravar a desigualdade.

Ora, dizer que os titulares dos direitos econômicos, sociais e culturais são, prioritariamente, classes ou grupos despidos de poder econômico ou político, significa reconhecer que esses direitos correspondem a interesses transindividuais, de natureza difusa ou coletiva. A sua defesa, em juízo ou fora dele, por conseguinte, não pode ser deixada à livre iniciativa dos seus titulares, mas implica, necessariamente, a intervenção do Estado e a atuação de associações de interesse público, na qualidade de partes substitutas.

11 cf. *Ética a Nicômaco*, 1131 a, 10 e ss;

Essa é a grande missão do Ministério Público, no quadro do Estado Social de Direito.

3. A ATUAÇÃO JUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Segundo o modelo do constitucionalismo liberal, como sabido, não compete ao Estado guiar a sociedade para a realização de fins comuns. No rigor do esquema ideológico, a única tarefa incumbente aos Poderes Públicos é a de manter a ordem e a segurança, sob a égide de leis gerais, constantes e uniformes, a fim de que cada cidadão possa realizar, livremente, o seu interesse individual.

Em oposição a esse esquema estático e puramente normativo, o Estado Social assume, hoje, a eminente função de pilotar a sociedade na rota do bem comum, entendido este, doravante, como um conjunto de metas ou objetivos a serem alcançados pelo desenvolvimento de políticas públicas. A imagem náutica, aliás, nos faz remontar às origens da reflexão política, na Grécia clássica. O verbo governar nos veio, por intermédio da *lingua mater*, do étimo grego *kubernao*, que designava a ação do piloto, *kubernetes*, na direção da nau.

A Constituição do Estado Social exerce, pois, como bem salientou o grande mestre coimbrão **J. J. Gomes Canotilho**, uma função dirigente, em vista dos objetivos fundamentais nela fixados.¹² Tais objetivos, em nossa Constituição, estão expressos no art. 3º, quais sejam:

"I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

Este último inciso resume, de certo modo, o sentido global da norma. O Estado Social é, fundamentalmente, um promotor do bem-estar coletivo. Sua legitimidade

12 *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, 1982; *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, p. 217.

não se cinge, como no modelo liberal, à edição de leis, para a manutenção de uma ordem pública neutra, sem conteúdo direcional. Ela consiste, antes de tudo, na promoção do bem comum, pelo desempenho de uma atividade programada nos mais diversos setores.

A função promocional dos Poderes Públicos era totalmente desconhecida dos antigos. Em sua análise clássica dos poderes do Estado,¹³ Montesquieu salientou a necessidade de se distinguir entre as funções de estatuir e de impedir (*la faculté de statuer et la faculté d'empêcher*). A primeira corresponde à competência de baixar normas gerais ou ordens específicas, atribuição respectiva dos órgãos legislativo e administrativo. A segunda consiste no poder de vetar uma decisão tomada por qualquer daqueles órgãos. Esta última compunha a competência própria dos tribunos em Roma. Sua importância era tal, que Augusto, ao instituir o império, reservou para si a *tribunitia potestas*, como garantia de um controle superior da atividade de todos os órgãos públicos.

Ora, no Estado contemporâneo o Ministério Público exerce, de certo modo, esse poder impediante, pela atribuição constitucional que lhe foi dada de impugnar em juízo os atos dos demais Poderes, contrários à ordem jurídica e ao regime democrático. A isto se acresce, ainda, a nova atribuição de promover a realização dos objetivos fundamentais do Estado, expressos no art. 3º da Constituição, pela defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis, consubstanciados no conjunto dos direitos humanos.

A conjugação de ambas essas atribuições, a impediante e a promocional, faz do Ministério Público um órgão eminentemente ativo, que não pode nunca reco-lher-se a uma posição neutra ou indiferente, diante da violação de direitos fundamentais, mormente quando esta é perpetrada pelos Poderes Públicos.¹⁴ Quando, sobretudo, a inércia ou a deliberada omissão do Ministério Público se manifesta na chefia do órgão e provém de sua submissão à chefia do Governo, escancara-se a mais flagrante prevaricação.

13 *De l'Esprit des Lois, in Oeuvres Complètes*, II, Gallimard, 1951, p. 401.

14 PONTES DE MIRANDA bem exprimiu essa idéia: "Trata-se de ofício particularmente *ativo*, a que se não pode emprestar, sem grave

A própria denominação Ministério Público é esclarecedora, a esse respeito. **Ministério** significa incumbência, ofício ou função. A palavra, assim como o vocábulo cognato **ministro**, provém do étimo latino *minus*. O **ministro** situa-se, portanto, sempre abaixo de outrem: do maioral ou soberano. Ora, o soberano a quem o Ministério Público deve servir, como o adjetivo esclarece, é o povo e ninguém mais. *Res publica, res populi*, diz o personagem de um diálogo de Cícero.¹⁵ Sacrificar o bem comum do povo ao interesse corporativo do órgão, ou preteri-lo, em razão do indevido compromisso de fidelidade a um governante ou a uma linha de conduta político-partidária, constitui a mais virulenta forma de criminalidade que possa ser praticada pelos integrantes do Ministério Público.

Na verdade, o bem comum do povo consubstancia-se, precipuamente, no conjunto dos direitos fundamentais. E embora formem eles um sistema solidário e indivisível, é manifesto que, num país onde se instalou, desde os primórdios da colonização, a mais funda desigualdade social, a defesa da dignidade da pessoa humana passa, em primeiro lugar, pela realização dos direitos humanos de conteúdo econômico, social e cultural, dado que eles representam, de certa forma, a condição de possibilidade para a extensão, às camadas mais pobres, das liberdades individuais clássicas.

Nessa linha de combate, o Ministério Público deve atuar, não só no plano dos direitos subjetivos públicos expressamente garantidos pela Constituição – o direito de acesso ao ensino fundamental e o de percepção do benefício de assistência social de um salário mínimo, declarado no art. 203 –, o que, aliás, vem fazendo com inegável zelo, mas deve também exigir judicialmente o cumprimento do dever constitucional de se implementarem políticas públicas nessa área.

Ora, esta última forma de atuação do Ministério Público em defesa dos direitos

deformação semântica, o significado de órgão coordenador de atividades governamentais. [...] Que é que o Ministério Público coordenaria? Ele não ordena, nem, tampouco, coordena. Ele *promove*, postula, pede, impetra, litiga. Nenhum ato dele é de ordenação, ou de coordenação. É de *promoção*". (*Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*, t. III, 2ª ed., 1970, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 406. Com a vigente Constituição, a independência do Ministério Público em relação ao Poder Executivo tornou-se um corolário do princípio da separação de Poderes. O Ministério Público federal, por exemplo, após a entrada em vigor das leis complementares relativas a ele próprio e à Advocacia-Geral da União (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 29), já não pode defender em juízo os interesses próprios da União Federal. No entanto, no Governo Fernando Henrique Cardoso um Procurador da República foi nomeado Advogado-Geral da União e aceitou a incumbência.

15 *De re publica*, livro I, XXV, 39.

econômicos, sociais e culturais passa, forçosamente, pelo exame das diferentes peças orçamentárias.

Toda política pública, com efeito, enquanto programa de ação governamental financiado com recursos públicos, deve concretizar-se nas três modalidades de orçamento, previstas na Constituição Federal: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais (art. 165). O primeiro deles, aliás, representa a síntese do conjunto de políticas públicas a cargo de cada unidade da federação.

Indaga-se se os Municípios devem também elaborar os três tipos de orçamento, previstos no art. 165. Entendo que sim, pois essa disciplina financeira é indispensável à boa administração. Mas a complexidade dessas demonstrações financeiras, claro está, irá variar em função da dimensão populacional do Município.

Dáí decorre, como primeira consequência lógica, que as verbas vinculadas à realização dos programas de ação, em cada um dos setores reconhecidos pela Constituição como de direitos sociais – basicamente aqueles mencionados no art. 6º –, devem ser discriminadas, de modo a permitir o controle do cumprimento desse dever constitucional. O Poder Executivo, ao qual incumbe a iniciativa exclusiva das leis orçamentárias (art. 165, *caput*), não é livre de fazer ou deixar de fazer essa previsão de despesas financeiras, pela boa razão de que se trata de um dever constitucional de primeira ordem, que suplanta todos os demais deveres impostos aos Poderes Públicos no Estado de Direito.

A Constituição já estabelece, no art. 198, §§ 2º e 3º, e no art. 212, a vinculação de percentuais da receita pública ao atendimento, respectivamente, das despesas com serviços públicos de saúde e de educação. O art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, objeto da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, fixa, provisoriamente, o montante dos recursos mínimos a serem aplicados em ações e serviços de saúde. Além disso, a Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro do mesmo ano, instituiu, para vigorar até 2010, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza,

“com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de

nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida" (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 79).

Os recursos financeiros que compõem esse Fundo são discriminados no art. 80 do mesmo Ato.

Essas e todas as demais áreas, não abrangidas por disposições de vinculação de receitas públicas, destinadas ao atendimento dos direitos econômicos, sociais e culturais devem ser claramente discriminadas nos orçamentos, de modo a facilitar o controle do cumprimento das metas e objetivos fixados no planos plurianuais.

Da mesma forma, a liberação das verbas orçamentárias, vinculadas às políticas de realização de direitos fundamentais, não é matéria que entre na esfera de discricionariedade administrativa. Ela não se submete a nenhum juízo de conveniência ou oportunidade. Trata-se, inquestionavelmente, de atos de administração vinculada.

Deve-se assinalar que o Poder Executivo não está autorizado a suspender a liberação de tais verbas no curso do exercício financeiro, nem mesmo sob o argumento de que as despesas correspondentes ultrapassam os limites impostos pela chamada Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4/5/2000). Ainda que esta lei assim o estabelecesse, o seu mandamento não deveria ser observado, porque seria frontalmente contrário à Constituição. Mas, na realidade, a Lei Complementar nº 101 contém disposição que ressalva casos como esse, excluindo-os da regra geral limitadora de despesas. "Não serão objeto de limitação", lê-se no art. 8º, § 2º, primeira parte, da citada lei, "as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente". Escusa lembrar que as despesas vinculadas à satisfação de direitos fundamentais da pessoa humana constituem deveres constitucionais impostergáveis do Poder Público.

Observe-se, a propósito, que a opção política consubstanciada nessa lei é sintomática do grau de abastardamento a que nos levou a ideologia do capitalismo neoliberal, com a absurda confusão entre meios e fins. As entidades da federação, que descumprem os limites de despesas com pessoal nela fixados, são sub-

metidas a severas restrições, e os administradores responsáveis podem até ser sancionados penalmente. Mas o aberto descumprimento dos deveres constitucionais de proteção da dignidade humana é considerado um pecado venial, pois o equilíbrio orçamentário, de simples meio tornou-se o objetivo maior do Estado brasileiro, em tempos de neoliberalismo.

No exercício do seu dever de fiscalização da ação governamental, o Ministério Público deveria pedir, mais freqüentemente, auditorias dos Tribunais de Contas, para a verificação do cumprimento das diretrizes, metas e objetivos dos orçamentos plurianuais, bem como para verificar se as diferentes unidades da federação cumprem as determinações constitucionais de vinculação de receitas às áreas de saúde e educação.

Assinale-se que o Poder Executivo não é livre de fazer a previsão de despesas sociais em qualquer montante, de um ano para outro, ou de uma plano plurianual para outro. Toda redução de gastos nas áreas ligadas a direitos fundamentais há de ser cumpridamente justificada.

Um impressionante exemplo do arbítrio governamental em matéria de políticas ligadas a direitos fundamentais nos é dado pelo que ocorreu durante o Governo Fernando Henrique Cardoso com os investimentos em saneamento básico (abastecimento de água potável, coleta e tratamento de esgotos), setor, como se sabe, de decisiva importância em matéria de saúde pública. A previsão de despesas subiu de 1995 até 1997, para em seguida encolher bruscamente no orçamento de 1998, voltar a subir ligeiramente no exercício seguinte, e desabar a menos de um terço em 2000 (de quase R\$ 1.600 milhões para R\$ 480 milhões). Para o exercício de 2001, o Governo, surpreendentemente, mais do que triplicou a previsão orçamentária dessas despesas em relação ao exercício anterior, muito embora haja liberado apenas pouco mais de 10% do montante previsto, até o mês de agosto.

Quando se analisa a liberação total dessas verbas orçadas durante todo esse período, verifica-se que ela corresponde a cerca de um terço da previsão orçamentária, com um nítido recuo do primeiro para o segundo mandato do Presidente: média anual de um bilhão de reais no primeiro mandato e de R\$ 263 milhões no segundo, até o mês de agosto de 2001.

Que significa isso? Por acaso a previsão e a gestão orçamentárias de investimentos em matéria de saneamento básico obedecem às reais necessidades do País, ou o Governo Federal, simplesmente, manipula tais verbas, a fim de gerar um superávit primário que o habilite a atender os crescentes e insuportáveis encargos da dívida pública? Faz sentido, no regime constitucional brasileiro, sacrificar a saúde pública à política financeira e, ainda por cima, uma política desastrosa, que leva o País inexoravelmente à insolvência?

Como se vê, os Tribunais de Contas e o Ministério Público têm o dever de controlar, rigorosamente, a maneira pela qual o Poder Executivo desempenha a sua tarefa constitucional de elaborar e executar os orçamentos, sob pena de, não o fazendo, convalidar-se o arbítrio e a completa subversão de valores, em flagrante desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Mas qual o remédio judicial adequado para sancionar a violação das normas constitucionais orçamentárias em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais?

A meu ver é sempre a ação civil pública, quer se trate da não-inclusão ou inadequada previsão, nos orçamentos, das verbas correspondentes às políticas de atendimento dos direitos fundamentais, quer se esteja diante de um desvio de despesa, ou da não-liberação de verbas no curso do exercício financeiro. O art. 3º da Lei nº 7.347, de 24/7/1985, com efeito, dispõe que a ação “poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (art. 3º). Tendo-se em vista, no entanto, a curta duração do exercício financeiro, é de prudência pedir o julgamento antecipado da lide (Código de Processo Civil, art. 303 – I e II).

A ação deve ser proposta, em ambos os casos, contra o Chefe do Poder Executivo, pois é ele o titular exclusivo do poder de iniciativa das leis orçamentárias e das emendas aos respectivos projetos (Constituição, art. 166, § 5º), bem como é de sua responsabilidade, em última instância, a liberação das verbas orçamentárias.

Uma outra questão deve ser ventilada aqui, nessa mesma linha de considera-

ções: caberia algum demanda judicial em relação ao descumprimento das normas constitucionais relativas aos orçamentos, em exercícios financeiros já finidos?

Entendo que sim. Parece-me inegável que a violação dos preceitos constitucionais acarreta, em tais hipóteses, um claro dano patrimonial, correspondente ao montante das despesas não incluídas no orçamento, ou nele incluídas, mas aplicadas em outras áreas, não prioritárias, ou então não liberadas no curso do respectivo exercício financeiro. Na representação do interesse do povo e como substituto processual dos grupos sociais titulares dos direitos fundamentais em questão, o Ministério Público pode e deve ajuizar uma ação civil pública, tendo como objeto o ressarcimento desses danos sociais. A ação será proposta contra a entidade da federação, em cujo orçamento ocorreu a violação dos preceitos constitucionais, com base no princípio da responsabilidade objetiva, cabendo à pessoa jurídica de direito público promover, conforme o caso, a ação regressiva contra o Chefe do Poder Executivo, na qualidade de agente responsável (Constituição, art. 37, § 6º).

Vou mais além. Não se deve afastar a hipótese de considerar o procedimento comissivo ou omissivo das autoridades públicas, em violação do dever constitucional de realizar as políticas públicas ligadas aos direitos fundamentais, como ato de improbidade administrativa, nos termos do disposto no art. 11 – II da Lei nº 8.429, de 2/7/1992: “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.”

4. CONCLUSÃO

O tema central deste Encontro é o Ministério Público como instrumento da democracia. O art. 127 da Constituição atribui, efetivamente, ao órgão a incumbência de defender o regime democrático.

Ora, se a democracia corresponde, institucionalmente, à conjugação da soberania popular com a defesa integral dos direitos humanos, o seu espírito, no sentido com que **Montesquieu** usou o termo em suas reflexões políticas, é o predomínio do bem comum sobre o interesse privado. A democracia é, sob esse aspecto, um regime republicano, no qual predomina o bem comum do povo, na precisa

acepção latina: *res publica, res populi*.

Principiei esta exposição, lembrando o surto de privatismo e a vaga de concentração do poder capitalista, que se abateram sobre o mundo todo, no último quartel do século XX, e cujos efeitos perversos temos sofrido dolorosamente neste País. O capitalismo, cujo espírito é a porfia exclusiva do interesse próprio, com a negação de toda possibilidade de bem comum, representa, pois, o extremo oposto do princípio de solidariedade, expresso no art. 3º de nossa Constituição.

Sucedede que a extensão desimpedida da globalização capitalista ao nosso País, a partir dos anos 90 do século XX, veio exacerbar o caráter egoísta e predatório com que tem sido exercido o poder político entre nós, desde os velhos tempos coloniais. Na desalentadora observação, sempre repetida, do primeiro historiador do Brasil, Frei Vicente do Salvador, “nem um homem nesta terra é repúblico, nem zela ou trata do bem comum, senão cada um do bem particular.”¹⁶

Como fiz questão de salientar, Ministério Público significa precisamente Ministério do Povo. A defesa do superior interesse do povo representa inegavelmente para o órgão, aquela *honor*, palavra com a qual o direito público romano designava o ofício eminente, a alta dignidade funcional.

Entendo, por conseguinte, que para realizar a sua vocação democrática, com a defesa intransigente dos interesses sociais e individuais indisponíveis, que constituem a essência dos direitos humanos, o Ministério Público Federal deveria pausar o seu programa funcional, prioritariamente, em três direções:

- 1) Potencializar as suas prerrogativas constitucionais de ação judicial em favor das classes e grupos sociais desfavorecidos, fiscalizando e impugnando a elaboração e a execução dos diferentes orçamentos, na parte referente às políticas públicas destinadas a estender e a aprofundar os direitos econômicos, sociais e culturais;
- 2) Reforçar essa sua atuação judicial, pelo estabelecimento de compromissos de ajuda mútua com as diferentes organizações governa-

16 *História do Brasil*, 1ª edição em 1627, livro primeiro, capítulo segundo.

mentais e associações civis, que defendem esses direitos fundamentais;

- 3) Firmar convênios com os Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal, para o desenvolvimento de um trabalho comum, nos setores em que as políticas públicas, ligadas aos direitos fundamentais de caráter socioeconômico, são da competência conjunta das diferentes unidades da federação brasileira, como ocorre nas áreas de educação e saúde.

Manaus, 29 de outubro de 2001

5. RESUMO

O autor trata, com a capacidade que o fato requer, do problema dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, componentes, ao lado dos Cíveis e Políticos, daqueles definidos pela ONU como formando os Direitos Humanos.

Por motivos inaceitáveis, enquanto os Direitos Cíveis e Políticos logo foram interligados, ou seja, incorporados pelas legislações dos diversos países estes tiveram e em grande parte continuam tendo a sua implantação postergada, como se portadores de importância inferior àqueles.

Longe tem sido a luta dos estudiosos defensores dos Direitos Humanos para que tais obstáculos sejam removidos. Em verdade, por ocasião de seu próprio enunciado, altas autoridades e representantes mais dotados da inteligência e da cultura opinaram pela primazia da implantação dos Direitos Cíveis e Políticos, talvez pelo clima pós-guerra em que se manifestaram, porém, de qualquer forma, prejudicando a sua admissão em conjunto harmônico como fora concebido.

No Brasil, esta luta se tem manifestado com bastante vigor, apesar dos tropeços e da pouca sensibilidade de nossos políticos e da elite governante. Um fato novo, entretanto, se revela a partir da Constituição Federal de 1988, que é poder-

dever do Ministério Público em relação aos assuntos de real interesse da coletividade, tais como os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, enquanto Direitos Humanos.

O autor situa a questão no seu ponto correto. Após tratar o tema em seu aspecto conceitual, doutrinário e em seu posicionamento na Constituição de 1988, passa a concretizar os respectivos princípios ao tratar de atuação judicial do Ministério Público em defesa desses direitos.

Partindo da autoridade do autor, sem dúvida dos mais respeitáveis professores universitários e jurista de mérito consagrado, o presente artigo que a Revista da Faculdade de Direito tem a honra de publicar, certamente está sendo fincado um marco na responsabilidade do Ministério Público, que vem cumprindo a sua missão constitucional entre nós, com tanta capacidade e responsabilidade.

Nesse sentido, o autor aponta as normas que, em sua opinião, devem pautar prioritariamente o seu programa funcional.

6. ABSTRACT

The author broaches, with the required knowledge, the problem of the Economic, Social and Cultural Rights, components, among the Civil and Political ones, of those defined by UN as part of the Human Rights.

For unacceptable reasons, while the Civil and Political Rights were incorporated by the legislations from various countries, those had and still have their implementation postponed, as if they were less important comparing to those rights.

The people that study and defend the Human Rights have been struggling for a long time in order to have those obstacles removed. Actually, because of its enunciation itself, high authorities and representatives more endowed of intelligence and culture have opined for the primacy of Civil and Political Rights, maybe for the postwar surrounding atmosphere, nevertheless, anyway, prejudicing its admission in a harmonic set as it was conceived.

In Brazil, this struggle has been disclosed more vigorously, despite the mistakes and the little sensibility of our politicians and of the governing class. A new fact, however, is revealed from the Constitution of 1988, which is duty-power "Ministério Público" concerning the really important matters for the collectivity, like the Economic, Social and Cultural Rights, as Human Rights, for instance.

The author places the issue on its exact point. After approaching the subject on its conceptual and doctrinal aspects, and on its positioning on the Constitution of 1988, he passes to the consolidation of the respective principles when the judicial acting of the "Ministério Público" on the defense of these rights is concerned.

Coming from such an authority, unquestionably one of the most respected academic professors and hallowed jurist, the present article of which "Revista da Faculdade de Direito" is honored to publish, certainly a landmark is being placed on the "Ministério Público", that has been doing its constitutional mission among us, with great capacity and responsibility.

In this direction, the author points out the norms that, in his opinion, should be the main guide its functional program.

I. INTROITO

O tema dos "delitos de improbidade" propostos e adotados pelo Brasil, sob o aspecto da nulidade e anulabilidade.

O Novo Código Civil, já mencionado no Capítulo anterior, trouxe alterações importantes nesse campo de delatos da categoria dos delitos de improbidade, com a participação de relevantes figuras como a todos pertencente a este campo de delatos, sob o aspecto do, dessa maneira, a nulidade e anulabilidade.

Deslocou, também, para o âmbito da nulidade e anulabilidade os campos dos delitos de improbidade para o dos delitos de improbidade.

Com isso, todavia, um delatante de improbidade pode ser considerado como um delatante contra credores dentro do âmbito da nulidade e anulabilidade dos delitos de improbidade.