

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS POR OMISSÃO*

Fabício J. F. Pinto, Fabício M. Ferragini

Promotores de Justiça/MG

I. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais sociais foram introduzidos na Constituição Federal justamente em virtude da perspectiva de realização social profunda que a Lei suprema do Brasil inscreve em seu texto e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.¹

Essas características – previsão no texto constitucional e concretização da dignidade da pessoa humana – justificam a inclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais como direitos, formal e materialmente, fundamentais. Os direitos sociais constituem a concretização da dignidade da pessoa humana e têm como objetivo a redução das desigualdades sociais e a busca pela justiça social mediante a imposição de comportamentos positivos (*facere*) aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Com isso, os direitos sociais materializam a igualdade real entre os titulares desses direitos.

Segundo Perez Luño, os direitos econômicos, sociais e culturais podem ser entendidos em sentido objetivo e subjetivo. Em sentido objetivo, como “o conjunto das normas através das quais o Estado leva a cabo sua função equilibradora das desigualdades sociais”. Em sentido subjetivo, como o direito à participação na vida social, o que implica na obrigação dos poderes públicos em concretizar prestações.²

Em razão do conteúdo subjetivo, os titulares dos direitos fundamentais sociais têm a faculdade de exigir do Estado o implemento das prestações indispensáveis à

* Tese aprovada por unanimidade.

1 Em sentido semelhante SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 124.

2 Los Derechos Fundamentales. 7. ed., Madri: Editorial Tecnos, 1998, p. 183-187. Em sentido semelhante, SILVA, José Afonso da. conceitua os direitos sociais como “prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais” (*Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição Brasileira de 1988*. Derechos Humanos y Constitución en IberoAmérica: Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos. Peru: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, p. 160).

realização do bem estar social, o que gera o dever correlato dos poderes públicos de satisfazê-las, sob pena de serem acionados judicialmente.

Já quanto ao conteúdo objetivo, os direitos fundamentais sociais adquirem uma dimensão de validade universal, que extrapola a relação cidadão-Estado. Essa dimensão aberta faz com que os direitos fundamentais não pertençam “nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado”,³ mas que componham “a abóboda de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula”.⁴ Outra consequência do conteúdo objetivo é a eficácia dirigente dos direitos fundamentais, ou seja, o poder de vincular e impor o cumprimento dos seus preceitos ao Estado e aos particulares.

Com efeito, de uma concepção abstencionista dos direitos civis e políticos, que protegiam as liberdades individuais através de um comportamento negativo dos poderes públicos, evoluiu-se para os direitos econômicos, sociais e culturais, cujos preceitos determinam um agir positivo, com o objetivo de garantir as condições básicas necessárias ao alcance da igualdade material de todas as pessoas, promovendo-lhes o bem-estar e uma vida com dignidade.⁵

O Estado Social e Democrático de Direito instaurou uma ordem jurídico-constitucional fundada nos direitos a ações positivas do Estado, que, segundo um conceito amplo proposto por Alexy, poderiam ser classificados como direitos a prestações em sentido amplo.⁶ É importante salientar que, no estreito limite do presente trabalho, caberá a análise apenas dos direitos denominados por Alexy como direitos a prestações em sentido estrito, ou os direitos fundamentais sociais.

Os direitos fundamentais a prestações geram obrigações preponderantemente ativas por parte do Estado, que detém a tarefa de colocar à disposição dos indivíduos os meios materiais necessários para o efetivo exercício das liberdades fundamentais. Ao contrário dos direitos de defesa, que exigem uma abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações implicam um *facere* por parte do Estado. Esses direitos integram os direitos de segunda geração ou dimensão. Ou, segundo a classificação de Jellinek, podem ser reconduzidos ao *status positivus*.

Esses direitos fundamentais representam a evolução do Estado de Direito liberal – burguês para o Estado Social e Democrático de Direito, de maneira tal que resultou uma inversão no objeto da pretensão jurídica do direito subjetivo, isto é, evoluiu-se de uma pretensão subjetiva fundada no direito de exigir que o Estado se

3 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 541.

4 *Op. cit.*, p. 541.

5 No mesmo sentido, ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDES, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II. Madri: Editorial Civitas, 1997, p. 59. Invocando o pensamento de Burdeau, os autores afirmam que, “enquanto os direitos individuais são poderes de proibir, os direitos sociais são poderes de exigir”.

6 Alexy divide os direitos a prestações em sentido amplo em três grupos: (1) direitos à proteção; (2) direitos à participação na organização e procedimento; e (3) direitos a prestações em sentido estrito (*Teoría de Los Derechos Fundamentales*. 2ª reimpressão. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 p. 430).

omitisse de interferir nos direitos, liberdades e garantias, para uma pretensão marcada pela proibição de omissão, que representa o direito de exigir que o Estado tenha um comportamento positivo para implementar as prestações necessárias à concretização do direito fundamental.⁷

Isso não significa que os direitos fundamentais sociais exigem uma ação exclusivamente positiva para a sua concretização e os direitos, liberdades e garantias impõem um comportamento exclusivamente negativo aos poderes públicos. Uma análise baseada na concepção contemporânea de direitos fundamentais, introduzida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, demonstra que a separação entre os direitos que são expressão do princípio liberal puro e os direitos que representam os princípios do Estado social é muito difícil, em virtude de não existir critérios absolutos que fundamentem essa classificação. Não basta ao Estado abster-se para a proteção da liberdade individual, mas tem o dever também de atuar de forma positiva para a proteção, respeito e garantia dos direitos fundamentais, entendidos esses direitos como inseridos num sistema uno e indivisível de princípios e regras jurídicas. Isso leva-nos a reconhecer, como já o fez García de Enterría, que a liberdade exige que o Estado assuma obrigações de não fazer e grava-o “com obrigações acessórias de fazer (...) para tornar eficaz essa liberdade que somente a abstenção já não assegura em uma sociedade necessitada e escassamente autosuficiente”.⁸

Portanto, a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações não pretende estabelecer um antagonismo extremo entre direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais, justamente porque de ambas “categorias” originam-se, em maior ou menor grau, obrigações de *facere e non facere*. O que se pretende, ao abordar apenas os direitos fundamentais a prestações, é restringir a análise a um aspecto do sistema dos direitos fundamentais.

Tal ilação parte do pressuposto de que os direitos fundamentais representam um sistema uno, indivisível, inter-relacionado e interdependente de regras e princípios, que vinculam todos os poderes do Estado, exigindo deles a realização de obrigações positivas e negativas para a proteção, respeito e garantia,⁹ tanto dos direitos, liberdades e garantias, como dos direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse senti-

7 Nesse sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2.ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 365.

8 ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDES, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo...*, op. cit. p. 60.

9 Semelhante é a posição de García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández. Esses autores reconhecem que se deduz da vinculação de todos os poderes à Constituição a “obrigação negativa do Estado de não lesionar a esfera individual ou institucional protegida pelos direitos fundamentais, senão também a obrigação positiva de contribuir para efetividade desses direitos(...)”. Contudo, ao contrário do nosso entendimento, os autores não admitem a existência de um direito subjetivo derivado diretamente da Constituição para a proteção dos direitos sociais, fundamentando sua posição no artigo 53.1, da Constituição da Espanha, que, segundo eles, constitui “matéria reservada de lei”. (*Curso de Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 62-63).

do, não há diferenças quanto ao objeto das obrigações que decorrem dos direitos econômicos, sociais e culturais e dos direitos, liberdades e garantias. A unidade do sistema deriva também da constatação de que os direitos sociais são necessários à efetividade dos direitos civis e políticos.

Como decorrência da evolução do Estado Liberal ao Estado Social e o surgimento dos direitos fundamentais sociais, o próprio Estado de Direito que, no Estado Liberal, era apenas formal, evolui para um Estado material de Direito. Decorre daí a transformação do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito. Por conseguinte, há a substituição da supremacia da lei pela primazia da Constituição,¹⁰ transformando-a em fundamento de agir dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.¹¹ Agora, não se pode falar em simples princípio da legalidade, mas de um princípio mais amplo denominado princípio da juridicidade. Tal princípio, que congrega o da legalidade e da constitucionalidade, amplia o âmbito de vinculação das pessoas e das instâncias do poder,¹² isto é, todos devem obedecer não só a lei, mas também os princípios gerais de Direito, a Constituição, enfim, o Direito como um todo.

A supremacia e a força normativa da Constituição, além de fundamentar a vinculação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário aos preceitos constitucionais definidores dos direitos fundamentais sociais, impõem-lhes atuações positivas. Os poderes estatais, para tornar possível a concretização e a realização dos direitos fundamentais sociais e os princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, devem agir positivamente, porquanto não só as ações mas também as omissões estatais violam a constituição.

A evolução constatada no âmbito dos direitos fundamentais repercutiu também na atividade administrativa. Daí que a implantação do Estado Social e Demo-

- 10 Perez Luño aduz que, visando restaurar a unidade, coerência e hierarquia do sistema normativo, que estaria em um verdadeiro caos em razão do pluralismo das fontes do ordenamento jurídico e do pluralismo jurídico, a primazia da lei cede seu posto à supremacia da Constituição (*Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional. Em La Constitución Española de 1978: 20 años de democracia*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 311). CANOTILHO, José Joaquim Gomes afirma que “o estado de direito é um estado constitucional”. O autor acrescenta que a Constituição “não é uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual”, mas “uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia...” (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003, 245). No mesmo sentido, García de Enterría reconhece que a Constituição não é só uma norma, senão precisamente a primeira das normas do ordenamento inteiro, a norma fundamental, *lex superior* (La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. 3. ed., Reimpressão. Madri: Civitas, p. 49).
- 11 A ilação baseou-se na lição de Paulo Otero, que analisou a questão da reserva vertical da Constituição quanto à Administração Pública (*Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 733 a 742).
- 12 Beatriz González Moreno traz à colação aresto do Tribunal Constitucional da Espanha em cujo teor há a seguinte afirmação: “(...) a sujeição dos poderes públicos à Constituição se traduz em um dever positivo de dar efetividade a tais direitos [direitos fundamentais] enquanto a sua vigência na vida social, dever que afeta ao legislador, ao executivo e aos juízes e Tribunais no âmbito de suas respectivas funções” (STC 18/1984, FJ 6º) (tradução livre do autor). Em *El Estado Social*. Naturaleza Jurídica y Estructura de los derechos sociales. Madri: Civitas, 2002, p. 57.

crático de Direito, “como gestor da procura existencial”,¹³ resultou em uma Administração Pública prestadora de serviços. No dizer de Perez Luño, a transformação do Estado Liberal em Estado Social de Direito atribuiu à Administração Pública a tarefa de proporcionar à generalidade dos cidadãos as prestações necessárias e os serviços públicos adequados para o pleno desenvolvimento da personalidade, ou para a consecução da chamada “procura existencial”. Esses objetivos, segundo Perez Luño, seriam alcançados não apenas por meio das liberdades tradicionais, mas também com a consagração constitucional dos direitos econômicos, sociais e culturais.¹⁴

Fábio Konder Comparato assevera que houve a transformação de um Estado liberal baseado na supremacia incontestável da lei, a que o autor denominou “Estado nomocrático”, para o Estado Social, no qual há uma proeminência da função planejadora necessária à “realização de finalidades coletivas, a serem concretizadas programadamente”.¹⁵ A evolução histórica, política, social, econômica, jurídica e constitucional pela qual o Estado passou até a chegada ao modelo de Estado Social e Democrático de Direito provocou a sua transformação de um Estado baseado na supremacia da lei, para “uma concepção que hoje o coloca como fonte provedora e mantenedora de políticas públicas estabelecidas em prol de finalidades específicas do bem comum”.¹⁶

Essa transformação culminou com a instituição de um “Estado telocrático”, segundo o qual a supremacia não se situa na lei geral e abstrata, mas nas atividades concretas executadas pelo Estado para a consecução dos fins sociais, ou seja, para a construção de uma sociedade que se fundamente nos princípios da igualdade e liberdade reais e da dignidade da pessoa humana.

Assistiu-se, então, a “transição do Estado-legislador para o Estado Administrador”,¹⁷ cujo principal objetivo é a garantia do bem-estar a todas as pessoas, a fim de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁸

A consecução desses objetivos, aliada à garantia da participação de todos os cidadãos nos bens e valores políticos, econômicos, tecnológicos e culturais, segundo Marcos Gómez Puente, caracterizam o Estado Social como um Estado prestacional, cuja ação está ordenada pela Constituição. Nesse contexto, o referido autor afirma que a Administração Pública constitui a organização através da qual o Estado cumpre as suas funções públicas.¹⁹

13 Cf. REYES, Manuel Aragon. *Libertades Económicas y Estado Social*. Madri: McGraw-Hill, 1995, p. 137.

14 Derechos Humanos, *Estado de Derecho y Constitución*. 7.ed., Madri: Tecnos, 2001, p. 224.

15 Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. Em *Revista dos Tribunais*, vol. 737, Março de 1997. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 11-22.

16 Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como instrumento de controle Judicial das chamadas políticas públicas. Em *Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/85 – 15 anos*. Obra coletiva/ Coordenador Êdis Milaré. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 753-798

17 Cf. OTERO, Paulo. *O Poder de Substituição em Direito Administrativo – Enquadramento Dogmático-Constitucional*. Vol. I. Lisboa: Lex, 1995, p. 107.

18 *Op. cit.*, v. II, p. 590-591.

19 *La Inactividad de la Administración*. 3. ed., Navarra: Editorial Aranzandi, 2002, p. 47.

Não é diferente o entendimento de Vasco Pereira da Silva, segundo o qual uma das consequências da evolução do Estado Liberal para o Estado Social foi a constituição da Administração Pública “como centro da atividade estatal”. A preeminência da Administração Pública levou o autor a denominar o Estado Social de “Estado da Administração”, o qual busca “assegurar o bem-estar dos indivíduos e da sociedade”.²⁰

Essa mudança na atuação da Administração Pública, que a colocou em posição preeminente na consecução do bem-estar dos cidadãos, elevou-a à condição de “guardiã da Constituição”.²¹

Para cumprir a função do “Estado em ação”²² e alcançar os objetivos acima mencionados, houve a necessidade de uma reorganização da atividade administrativa, porquanto a Administração Pública, que havia erigido sua estrutura visando a defesa da liberdade do indivíduo por via de um comportamento negativo, teve de adaptar-se às suas “novas atribuições” relativas a um agir positivo (*facere*), como forma de concretização dos direitos sociais.

Nesse sentido, a Administração Pública teve de evoluir para adaptar sua estrutura organizacional às novas exigências derivadas dos direitos fundamentais sociais, de maneira a suprir as carências dos indivíduos e garantir a subsistência de todos a um nível mínimo razoável.²³ Houve, assim, uma transição de um comportamento apenas de abstenção da Administração para um comportamento também positivo. Hoje, a Administração Pública deve proteger, respeitar e garantir os direitos fundamentais por intermédio de comportamentos ativos e passivos (*facere e non facere*).

O Estado telocrático impõe à Administração Pública o dever de implementar um conjunto de ações e/ou abstenções favoráveis aos particulares, que denominamos políticas públicas, com vistas a cumprir o compromisso assumido quando da elaboração do novo pacto político e social, ou seja, a finalidade de conjugar a estrutura do

20 Vasco Pereira da Silva esclarece que a expressão “Estado de Administração” foi consagrada pelo direito alemão e “realça bem o facto de ser a Administração, e não a legislação, ou a actividade jurisdiccional, [que] constitui o centro da actividade estadual” (*Em busca do acto administrativo perdido*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003 p. 74). No mesmo sentido, Antonio-Enrique Pérez Luño ressaltou que a transformação do Estado Liberal em Estado Social de direito teve como consequência a ampliação das tarefas administrativas, o que levou a denominá-lo de “Estado de Direito Administrativo” (*Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional*. Em *La Constitución Española de 1978: 20 años de democracia*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 315).

21 A expressão é de Paulo Otero. *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*. Volume I. Lisboa: Lex, 1995, p. 109.

22 Expressão utilizada por Marcos Gómez Puente para definir a Administração Pública como organização que melhor expressa o dinamismo do Estado Social. O autor afirma que o “protagonismo da Administração” resulta da transição de um Estado legislador para um Estado administrativo. *La Inactividad de la Administración*. 3. ed., Navarra: Editorial Aranzandi, 2002, cit., p. 47 e 74.

23 A idéia deriva das lições de Garcia de Enterría e Ramón Fernandez. Os autores demonstram que existiu uma mudança “realmente impressionante sobre os pressupostos em que se assenta a existência individual e coletiva”, implicando a mudança da própria imagem da Administração, que evoluiu de uma ameaça para a liberdade dos cidadãos para um componente necessário à própria existência destes. (*Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II..., cit., p. 69).

capitalismo com um sistema de proteção social efetiva para a consecução do bem-estar de todos e uma vida com qualidade.²⁴

Portanto, a evolução do Estado liberal para o Estado Social de Direito repercutiu nos âmbitos jurídico-constitucional, político, econômico, social e administrativo do Estado. Como já mencionado, a evolução exigiu uma reestruturação da Administração Pública para cumprir o dever constitucional de agir, com vistas a concretizar os direitos fundamentais sociais e garantir o bem-estar de todos.

Nas palavras de Perez Luño, as tarefas próprias do Estado Social – assistência frente ao desemprego, enfermidade, falta de habitação, degradação do meio ambiente – já não são concebidas como meras exigências morais, mas como autênticos deveres jurídicos para os poderes públicos. Segundo o autor, essa evolução é fruto de um largo e trabalhoso processo de reivindicação das classes trabalhadoras, cuja luta adquiriu especial intensidade e relevo desde o século XIX.²⁵

Nesse contexto, a Constituição Federal delegou ao Ministério Público a atribuição para garantir a implementação dos Direitos Fundamentais Sociais e combater a omissão inconstitucional da Administração Pública.

II. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO DEFENSOR DA ORDEM JURÍDICA, DO REGIME DEMOCRÁTICO E DOS DIREITOS SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS

O desenvolvimento do Ministério Público recebeu grande impulso a partir da promulgação da sua Lei Orgânica – Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981 – e da Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Essas duas leis modificaram o perfil do Ministério Público, sobretudo porque a segunda (Lei de Ação Civil Pública) conferiu-lhe a atribuição para a defesa de interesses transindividuais.

As transformações mencionadas de forma superficial culminaram com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que erigiu o Ministério Público “a uma posição até então jamais alcançada, com garantias de Poder de Estado (...)”.²⁶

24 Concordamos nesse ponto com Jose Luiz Monereo Perez, pois defendemos que o Estado é “o responsável direto e principal pela provisão do bem-estar aos cidadãos”, por intermédio de ações estatais que mantenham um nível mínimo de vida (mínimo de existência condigna) a todos os que estejam em situação de inferioridade social ou econômica (Jose Luis Monereo Perez . La política social en el Estado del bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de “desmercantilización”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 19., Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio do Trabajo y Asuntos Sociales, Julho-Setembro, de 1995, p. 13).

25 *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 193.

26 Cf. Hugo Nigro Mazzili. O professor alerta que, em virtude da sua independência funcional e das garantias constitucionais, o Ministério Público passou a agir mais efetivamente contra os governantes e poderosos. Tal atuação provocou (e provoca) “embaraços a autoridades, parlamentares, grandes empresários e poderosos em geral”. Com isso, tais autoridades propuseram emendas constitucionais para “responsabilizar pessoalmente o membro do Ministério Público, limitar ou reduzir suas garantias

A posição preeminente concedida pela Constituição Federal ao Ministério Público não o transforma em um quarto poder do Estado, mas o coloca como uma “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (artigo 127).

Ressai do mandamento constitucional que o Ministério Público tem por função precípua a defesa do próprio Estado Democrático de Direito, da Constituição e dos direitos fundamentais.

Em um Estado Constitucional de Direito, como o Estado Social brasileiro (ou pós-social ou pós-providência), existe uma vinculação entre a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos fundamentais sociais. Somente nos regimes democráticos, nos quais há a supremacia da Constituição e a participação popular na formação da vontade do Estado e na concretização de suas funções, os direitos fundamentais sociais podem ser respeitados. Por seu turno, a democracia não pode sobreviver em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos fundamentais.²⁷ Enfim, na democracia há a conjugação da soberania popular com a defesa integral dos direitos fundamentais e a vinculação de todos os poderes públicos e dos indivíduos à Constituição e ao direito como um todo (princípios e valores).

A defesa integral dos direitos fundamentais tem como corolário a realização plena dos direitos, liberdades e garantias, e dos direitos econômicos, sociais e culturais, em uma perspectiva de unidade, indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos fundamentais.²⁸

e, especialmente, voltar ao velho e bom tempo em que o governante podia escolher e demitir livremente o chefe do Ministério Público” (*O Ministério Público*. 3. ed., São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p. 25 e 26).

- 27 Norberto Bobbio diz que “(...) direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais...” (*A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 21). Em sentido semelhante, José Luiz López Gonzáles aduz que somente por meio de um Estado social eficaz, isto é, que proporcione as prestações cidadãs básicas, podem-se tornar efetivos os princípios da liberdade e da igualdade. Nesse sentido, prossegue o professor da Universidade Autônoma de Madri, o Estado de Direito para ser democrático deve ser social. Liberdade e igualdade constituem valores estreitamente ligados em nosso modelo de civilização (*Reflexiones sobre los derechos sociales y su eficacia jurídica*. Em *Revista General de Derecho*. Valência: *Revista General de Derecho*, janeiro-fevereiro de 1997, p. 167).
- 28 Invocando John Friedman, Milena Peters Melo reafirma a posição de que a “exclusão política dos indivíduos pertencentes aos extratos mais pobres da população está condicionada por sua exclusão social”. Em outro trecho de seu opúsculo, a autora conclui afirmando que “os conceitos de cidadania, democracia e direitos humanos estão intimamente ligados, um remete ao outro, seus conteúdos interpenetram-se: a cidadania não é constatável sem a realização dos Direitos Humanos, da mesma forma que os Direitos Humanos não se concretizam sem o exercício da democracia” (*A Concretização-Efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais como elemento constitutivo fundamental para a cidadania no Brasil*. Em *Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos*. San José, Costa Rica, p. 217 e 219)

Tais elementos – democracia e direitos fundamentais –, aliados aos princípios, aos valores subjacentes às normas constitucionais e aos objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da Lei suprema, integram o conteúdo material da Constituição. Donde se infere que o Estado Social e Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988 não é apenas um Estado formal de Direito, mas também um Estado de Justiça.²⁹ Por conseguinte, os Poderes Públicos devem agir para garantir e proteger o regime democrático, os direitos fundamentais, os princípios constitucionais e os valores subjacentes às normas, a fim de que o Estado busque a justiça social e garanta uma vida digna para todos os indivíduos.

O regime democrático, ademais, implica a garantia e o dever de promoção da igualdade material, conferindo a todos o direito de participação na vida política do Estado. Contudo, somente é possível alcançar essa igualdade material, garantir a liberdade e a participação de todos os indivíduos, se esses direitos estiverem acompanhados da implementação de políticas públicas que garantam o mínimo necessário à existência condigna.³⁰ É forçoso concluir que a defesa do Estado Democrático de Direito somente será completa e efetiva com a garantia de condições dignas de vida para todos os indivíduos. Enquanto existir a miséria, a fome, as desigualdades sociais, o analfabetismo, os altos índices de mortalidade infantil, não haverá, no Brasil, o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

De todo o exposto deduz-se que a concretização do Estado democrático de Direito e a defesa da ordem jurídica dependem da realização efetiva dos direitos sociais por via das prestações públicas. Em contrapartida, a omissão Administrativa não viola apenas o direito positivo constitucional. Vai além: fere de morte o próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que nega aos indivíduos o direito de serem realmente livres (princípio da liberdade material), de participarem efetivamente do Estado, de usufruírem de uma vida digna e com qualidade, e de serem tratados de forma igual aos demais membros da sociedade (princípio da igualdade real).

É exatamente nesse contexto que o Ministério Público brasileiro surge como guardião não apenas da legalidade, do direito positivo, senão também de um direito

29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes ressalta que o Estado de Direito é um Estado constitucional, o que pressupõe a existência de uma ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da constituição. É a supremacia da constituição, segundo o professor de Coimbra, que fundamenta o primado do direito. Direito que apresenta características de conteúdo e de forma: como conteúdo é “indissociável da realização da justiça, da efectivação de valores políticos, económicos, sociais e culturais; como forma, ele aponta para a necessidade de garantias jurídico-formais de modo a evitar acções e comportamentos arbitrários e irregulares dos poderes públicos” (*Direito Constitucional...*, cit., p. 244 e 245). Já Milena Petters Mello corrobora a conclusão acerca do Estado Democrático de Direito instituído pela Carta de 1988 não se identificar com um Estado de direito formal, mas com um “Estado de justiça social, concretamente realizável” (*op. cit.*, p. 228).

30 Pertinentes os comentários de Luís Roberto Gomes: “(...) de nada interessará àquele que passa fome, àquele que não tem moradia, àquele que perambula por hospitais por um tratamento de saúde, saber que é um dos que detêm o poder político soberano estatal, que é o mandante dos poderes estatais e que pode participar direta ou indiretamente da condução do poder, se não houver a concretização de direitos mínimos necessários a uma existência digna” (*O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão Estatal no direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 24).

que extrapola a norma posta e alcança o conteúdo material da Constituição. Com efeito, o Ministério Público, ao defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis garante a realização concreta dos direitos fundamentais positivados e “de valores e princípios (soberania popular, garantia da dignidade humana, pluralismo político, organização política democrática”,³¹ igualdade e liberdade) constitucionais, visando sempre realizar a inclusão social, “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º, incisos I a IV, da Constituição Federal). Em última análise, o Ministério Público garante a supremacia formal e material da Constituição,³² promove a Justiça social, protege e implementa concretamente os direitos fundamentais, sejam eles direitos, liberdades e garantias, ou direitos econômicos, sociais e culturais.

O artigo 129, inciso II, da Constituição Federal, prevê que o Ministério Público deve “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”.

Analisando o texto da Lei suprema infere-se que o Ministério Público tem a função também de dar efetividade aos direitos fundamentais, garantindo a aplicabilidade das normas constitucionais e fiscalizando as ações e omissões dos Poderes Públicos que possam violar (por ação ou omissão) a Constituição.

Daí que o Ministério Público deve atuar para impedir que os direitos de liberdade sejam violados por atuações dos particulares e dos poderes públicos, assim como deve exigir comportamentos ativos dos Poderes Legislativo e Executivo para a concretização dos direitos sociais. Com essas atuações, o Ministério Público impede ações arbitrárias dos poderes públicos e garante uma existência humana digna a todos os desvalidos. Enfim, o Ministério Público busca a igualdade e liberdade reais e a proteção da dignidade da pessoa humana.

Amalgamados os cânones do artigo 127, *caput*, e do artigo 129, inciso II, ambos da Constituição Federal, conclui-se que o Ministério Público recebe da própria Lei suprema a atribuição de defender os direitos difusos,³³ coletivos³⁴ e individuais homogêneos, entre estes últimos o direito ao mínimo necessário à existência condigna.

31 Cf. Eduardo Ritt. O Ministério Público como instrumento. da democracia e garantia constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 158.

32 *Op. cit.*, p. 155.

33 Segundo o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, interesses ou direitos difusos são os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (artigo 81, parágrafo único, inciso I).

34 Já os direitos ou interesses coletivos são os “transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (artigo 81, parágrafo único, inciso II, da Lei n. 8.078/90).

Por essas razões, a violação por omissão dos direitos fundamentais sociais autoriza e determina (dever) que o Ministério Público atue,³⁵ por meio dos instrumentos jurídicos colocados à sua disposição—ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ações civis públicas—, para defender a Constituição como ordem jurídica formal e material suprema. Ao combater a omissão inconstitucional, o Ministério Público cumpre a ordem imposta pela própria Constituição e participa da concretização no mundo real dos direitos fundamentais sociais, os quais impõem um *facere* ao Estado. Em outras palavras: se as normas definidoras dos direitos fundamentais sociais criam vínculos positivos aos Poderes Legislativo e Executivo e estes são omissos, o Ministério Público possui o dever de agir para exigir o cumprimento da Constituição, com a consequente garantia, proteção e efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Nas palavras de Clémerson Merlin Cléve, é função do Ministério Público, “como defensor dos interesses da sociedade, tomar as medidas necessárias para a adoção, pelo Estado, das políticas públicas voltadas à realização dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional”.³⁶

Para cumprir o papel de defensor dos direitos fundamentais sociais violados pela omissão da Administração Pública, o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, legitima o Ministério Público a propor ações civis públicas, que nada mais são do que instrumentos processuais hábeis à tutela judicial dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.³⁷

III. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS POR MEIO DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

Como já expendido, decorre diretamente da Constituição, sem necessidade de intervenção do legislador, o dever da Administração Pública implementar ações concre-

35 Na mesma senda, Luís Roberto Gomes preleciona que, diante da omissão ilícita que viola os postulados do Estado Democrático de Direito, cabe ao Ministério Público agir “para corrigir a iniquidade, através dos instrumentos administrativos e processuais de que dispõe”, uma vez que lhe foi atribuída pelo constituinte a “defesa da cidadania, do regime democrático e do respeito ao princípio da igualdade” (*op. cit.*, p. 25). Em outro excerto de seu opúsculo, Luís Roberto Gomes ressalta que, em decorrência da possibilidade dos direitos assegurados pela Constituição serem violados por omissão do Poder Público, detém o Ministério Público “função institucional que o autoriza a agir, promovendo as medidas necessárias para a supressão da inércia, quando ilícita”. Prossegue o membro do Ministério Público Federal dizendo que “(...) se a própria norma constitucional é expressa quando diz que o exercício de reportada função dar-se-á ‘promovendo as medidas necessárias a sua garantia’ (CF, art.129, inc. II), certamente legitima o Ministério Público a expedir recomendação ou ajuizar ação civil pública visando que a entidade responsável saia da inércia quando configurada a omissão inconstitucional, lesiva porquanto a direitos assegurados na Constituição” (*op. cit.*, p. 31).

36 *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível na Internet: «<http://www.mundojuridico.adv.br>». Acesso em 29 de agosto de 2005.

37 Hugo Nigro Mazzili aduz que a Lei de Ação Civil Pública—Lei n. 7.347/85—usou a expressão ação civil pública para “referir-se à ação para defesa de interesses metaindividuais, proposta por diversos co-legitimados ativos, entre os quais o próprio Ministério Público” (*A defesa dos interesses difusos em juízo*. 11. ed., São Paulo:Saraiva, 1999, p. 51).

tas para garantir e proteger o núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais— mínimo necessário à existência condigna. A ordem emanada da Lei suprema é corolário da força normativa da constituição, que vincula e obriga todos os poderes públicos, assim como corresponde ao novo modelo de Administração Pública instituído pelo Estado Social e Democrático de Direito.

Nessa linha de raciocínio, o não agir da Administração Pública, consistente em não implementar as ações indispensáveis para garantir uma vida digna e com qualidade aos indivíduos, é inconstitucional e viola não só os direitos fundamentais sociais, como também os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e liberdade reais, os valores subjacentes às normas e coloca em risco o próprio direito à vida e o Estado Democrático de Direito.

Constatada a omissão inconstitucional, o Ministério Público, como instituição destinada à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, deve agir, por intermédio de ações civis públicas, ou por veículo extraprocessual (por exemplo— a recomendação), para proteger o direito ao mínimo necessário à existência condigna. Essa atuação processual ou extraprocessual visa obrigar a Administração Pública a fazer, ou seja, a concretizar o núcleo dos direitos fundamentais sociais, uma vez que o Ministério Público é “o principal agente defensor desses direitos”.³⁸

A legitimidade do Ministério Público para a defesa do mínimo necessário à existência condigna justifica-se porque o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais subsume-se ao conceito de direito ou interesse individual homogêneo.

Nesse aspecto é importante salientar que, segundo nosso entendimento, não é possível enquadrar o direito fundamental ao mínimo necessário à existência condigna como interesse difuso,³⁹ porquanto são titulares dos direitos subjetivos públicos as prestações sociais gratuitas somente as pessoas necessitadas, como instrumento de concretização da igualdade real.

O fato de classificarmos o direito subjetivo público à implementação de políticas públicas concretizadoras do direito fundamental ao mínimo necessário à existência condigna como direito individual homogêneo não o exclui da legitimidade do Ministério Público para defendê-lo, nem tampouco do âmbito da Lei de Ação Civil Pública. Por força do artigo 21, da Lei n. 7.347/85, “aplicam-se à defesa dos direitos

38 Cf. Fábio Konder Comparato. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. Em *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 244.

39 Apesar de classificarmos como direito individual homogêneo, MANCUSO, Rodolfo de Camargo afirma que as políticas públicas enquadram-se como “espécie do gênero interesse difuso” (A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. Em *Ação Civil Pública* – Lei n. 7.347/85 – 15 anos. Obra coletiva/Coordenador Êdis Milaré. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 757). Tal ilação parte do pressuposto de que as políticas públicas gratuitas destinam-se a todas as pessoas, abastados ou desfavorecidos. Tem-se aqui um conceito de universalidade que não atende as necessidades da busca pela igualdade real, ou seja, tem a igualdade como ponto de partida e não de chegada.

e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990". Isto é, aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor, relativas à "defesa do consumidor em juízo (Título III)" e, especialmente, a que prevê o conceito de direito individual homogêneo, à Lei de Ação Civil Pública.

A Lei n. 8.078/90 inseriu uma cláusula de extensão ao artigo 1º, da Lei n. 7.347/85, segundo a qual a Ação Civil Pública é o instrumento processual adequado para a defesa de "qualquer outro interesse difuso e coletivo" (inciso IV do artigo 1º). A própria Constituição do Brasil já previa essa cláusula ampla quando tratou das funções institucionais do Ministério Público. Diz o artigo 129, inciso III, que é função institucional do Ministério Público "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

Urge registrar ainda que, apesar da cláusula de extensão mencionar apenas interesses difusos e coletivos, deve-se interpretá-la de forma ampla para englobar todos os direitos metaindividuais, dentre eles os direitos individuais homogêneos.

Essa cláusula fundamenta a legitimidade para a tutela coletiva dos titulares do direito ao mínimo necessário à existência condigna em caso de omissão inconstitucional da Administração Pública, pois, segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, "a condição legitimante (...) ⁴⁰ prende-se ao binômio relevância social + representação adequada".

Observando o direito fundamental ao mínimo vital conclui-se que, apesar de sua natureza de direito subjetivo, apresenta relevância social e uma origem comum. A relevância social deriva da grande quantidade de pessoas necessitadas da prestação pública, assim como da sua natureza de núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e da função primordial de proteção do direito à vida e da dignidade da pessoa humana. Por seu turno, a origem comum ressaí da circunstância dos titulares dos direitos subjetivos públicos serem todas as pessoas que, por qualquer vicissitude, estejam em situação econômico-financeira de dificuldade.

Elucidativa a lição de Mancuso ao mencionar que, "por força das normas de extensão (...), abre-se o ensejo para o exercício da ação civil pública na defesa de valores ligados a segmentos marginalizados na sociedade, genericamente referidos à rubrica dos excluídos, tais os desempregados (...), os desprovidos de um teto (...), os rurícolas sem terra (...), e assim os demais desvalidos da sorte e discriminados pela sociedade, como os que vivem em extrema pobreza, os HIV soropositivos, ou ainda o chamado povo da rua, etc" ⁴¹.

Todos esses excluídos necessitam de uma ação positiva da Administração Pública para a efetivação das políticas públicas, com vistas a garantir e proteger o direito fundamental ao mínimo necessário à existência condigna.

40 *Op. cit.*, p. 759.

41 *Op. cit.*, p. 794.

Portanto, é a própria Constituição e os preceitos insertos nas Leis n. 7.347/85 e 8.078/90 que autorizam e determinam que o Ministério Público proponha Ação Civil Pública, cujo objeto seja a buca de uma tutela jurisdicional que questione a omissão inconstitucional da Administração Pública.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em areto da lavra da Desembargadora Maria Elza, publicado em 12 de novembro de 2004, assim se pronunciou sobre a atribuição constitucional do Ministério Público para a defesa dos direitos fundamentais sociais:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO NO FORNECIMENTO DE SERVIÇO DE RELEVÂNCIA PÚBLICA DE TRANSPORTE DE DOENTES. DETERMINAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA CUMPRIMENTO DE DEVER CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES E À CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. “O Ministério Público, como defensor dos interesses da sociedade perante o Estado, possui legitimidade para zelar pelo efetivo cumprimento dos serviços de relevância pública assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129, inciso II cumulado com art. 197, da CF). Ademais, a sua atuação para assegurar a prestação de serviço de relevância pública encontra amparo no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e nos direitos sociais fundamentais à vida e à saúde. Um pedido, que concretiza objetivos, princípios e direitos fundamentais da República e que se harmoniza com o Estado Social e Democrático de Direito, consagrado pela Constituição da República de 1988, não pode ser considerado juridicamente impossível...”

Conclui a eminente desembargadora rendendo encômios à atuação do Ministério Público. Diz a magistrada:

“(...) Louve-se a atuação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na defesa permanente dos direitos sociais da população carente que, por ser menos favorecida do ponto econômico, social, político e cultural, é constante esquecida pelos donos do poder, sendo apenas lembrada em épocas eleitorais”.⁴²

Extrai-se das ilações até aqui expendidas e do teor do v. aresto que a Ação Civil Pública constitui o instrumento processual adequado para o Ministério Público postular a defesa judicial do direito fundamental ao mínimo necessário à existência condigna violado pela omissão administrativa.

42. Excertos da decisão proferida nos autos do processo n. 10686.02.040.293-5/001. Disponível na internet: «www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor/». Acesso em 27 de agosto de 2005

Clémerson Merlin Cléve ressalta que, em razão da ineficácia do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, assim como em virtude da incerteza da real utilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, há necessidade de buscar-se meios para a satisfação judicial dos direitos fundamentais contra a omissão do Poder Público. Tais meios, segundo o professor, são as ações coletivas, nomeadamente as ações civis públicas.⁴³

Visando obter uma tutela que implemente e concretize o núcleo do direito fundamental social— mínimo necessário à existência condigna —, a Ação Civil Pública tem como objeto uma pretensão condenatória positiva, isto é, visa cominar à Administração Pública uma obrigação de fazer, que recomponha a lesão ao interesse individual homogêneo violado. O artigo 3º,⁴⁴ da Lei n. 7.347/85, autoriza que o objeto da ação civil pública seja a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer.

Insta esclarecer que a omissão inconstitucional da Administração Pública constitui a causa de pedir ou o fundamento do pedido da Ação Civil Pública e não o seu objeto. Logo, a Ação Civil Pública tem como causa de pedir a inconstitucionalidade por omissão e como objeto o pedido de condenação da Administração na obrigação de fazer, consistente em implementar políticas públicas que garantam e protejam o mínimo necessário à existência condigna. A natureza da tutela almejada pelo Ministério Público visa proteger e garantir, além do direito fundamental social, o direito à vida, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade reais, e o Estado Democrático de Direito.

A análise da inconstitucionalidade incidental é possível porque o regime jurídico-político da Constituição do Brasil autoriza o controle de constitucionalidade difuso ou por intermédio de exceção.

Considerando, portanto, que a inércia da Administração Pública, consistente na não implementação de políticas públicas para tornar efetivo o direito fundamental ao mínimo de existência condigna, viola a constituição, o magistrado deve declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade por omissão.⁴⁵ Além da declaração de inconstitucionalidade, o juiz condena a Administração Pública na obrigação de fazer.

Posto isso, a Constituição conferiu ao Ministério Público o dever de proteger e garantir o direito ao mínimo necessário à existência condigna, haja vista a sua natureza de núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais. Para cumprir esse relevante mister, o Ministério Público possui à sua disposição a Ação Civil Pública como instrumento processual para buscar uma tutela jurisdicional que obrigue a Administração Pública a cumprir a ordem constitucional.

43 *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível na Internet: «<http://www.mundojuridico.adv.br>». Acesso em 29 de agosto de 2005.

44 Artigo 3º, da Lei n. 7.347/85: “A ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

IV. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PENALIDADES CIVIS, POLÍTICAS E ADMINISTRATIVAS APLICÁVEIS AOS AGENTES POLÍTICOS QUE DERAM CAUSA À VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS POR OMISSÃO

A Constituição Federal e a legislação em vigor no Brasil possibilitam punir o agente político que deu causa à violação da Lei suprema por omissão, com o escopo de, por via oblíqua, compeli-lo a concretizar o mínimo necessário à existência condigna.

No sistema brasileiro, um dos instrumentos legais⁴⁶ colocados à disposição do Ministério Público para buscar uma tutela jurisdicional que sancione o agente político omissor é a denominada Lei de Improbidade Administrativa.

A Lei n. 8.429/92 regulamentou o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal,⁴⁷ ou seja, “tipificou e sancionou, por meio de normas de Direito Administrativo, os atos de improbidade administrativa, dividindo-os em três grandes grupos: (a) atos que causam danos ao erário; (b) atos que importam prejuízo ao erário; (c) atos que lesam os princípios da Administração Pública”.⁴⁸

É exatamente a lesão aos princípios que regem a Administração Pública que será objeto de análise mais detalhada.

O artigo 37, *caput*, da Constituição Federal,⁴⁹ determina que os agentes políticos devem obedecer os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

45 Fábio Konder Comparato declara que, em matéria de política pública, “pode haver inconstitucionalidade por omissão”. Citando como exemplo a omissão de vários municípios brasileiros em implementar e executar políticas públicas exigidas pelo artigo 182, parágrafo 1º, da Constituição do Brasil, o autor conclui: “seria uma irrisão se os tribunais tivessem que se quedar inativos diante da omissão das autoridades municipais em dar cumprimento a essa norma constitucional” (*Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas...*, cit., p.20-21).

46 Marcos Maselli Gouvêa aponta, ainda, outra possibilidade de sancionar o agente político que descumpriu, por omissão, os mandados constitucionais, a saber: perseguição criminal contra o Presidente da República, Governadores de Estados e Prefeitos Municipais, pela prática de crime de responsabilidade consistente em atentar contra a Constituição Federal e, especialmente, contra o exercício dos direitos sociais, nos termos do artigo 85, inciso III, da Lei suprema (*O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 27).

47 O artigo 37, § 4º, da Constituição Federal prevê que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

48 Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. O dever de probidade administrativa e a proteção do meio ambiente: reflexões sobre a “improbidade ambiental”. Em *Direito Ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público*. Coordenadores Jarbas Soares Júnior e Fernando Galvão. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 172.

49 No mesmo sentido, o artigo 4º, da Lei n. 8.429/92 prescreve que: “os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos. Também o artigo 266º, n. 2, da Constituição de Portugal, impõe que: “os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício de suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”.

Dentre esses princípios constitucionais, o da legalidade cedeu lugar à noção de juridicidade, segundo a qual a atuação dos agentes políticos deve encontrar fundamento não apenas na lei formal, mas também na Constituição, nos direitos fundamentais, nos princípios gerais de Direito, nos valores subjacentes às normas constitucionais, enfim no Direito como um todo.⁵⁰

Nas palavras de Emerson Garcia, o princípio da legalidade integra o princípio maior da juridicidade. “Com isto”, segundo o membro do Ministério Público do Rio de Janeiro, “consagra-se a inevitável tendência de substituição do princípio da legalidade pelo princípio da constitucionalidade, o de ‘direito por regras’ pelo ‘direito por princípios’”.⁵¹

Essa transição demonstra a superação da concepção positivista do Direito.⁵² Com isso, os princípios assumem um posição autônoma em relação à lei, estabelecendo mandados imperativos, isto é, ordenando que se respeite e se cumpra o seu conteúdo.⁵³

Apesar de sua natureza de norma jurídica,⁵⁴ os princípios exercem a função de fundamento do direito. Por via de consequência, inspiram e constituem a base de todo o ordenamento jurídico. Isso significa proclamar a condição de supremacia dos princípios constitucionais sobre as outras fontes do ordenamento jurídico.⁵⁵

50 Juarez Freitas esclarece que “a interpretação e a aplicação das normas administrativistas, mesmo na tradição romano-germânica, devem cingir-se ao Direito como um todo, lembrando que este é maior do que o conjunto das normas jurídicas, tanto em significado quanto em extensão” (*O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 60).

51 *Improbidade Administrativa*. 1ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 19. Na mesma senda, Jorge Miranda ensina que o princípio da constitucionalidade acresce ao princípio da legalidade da atividade administrativa, a fim de tornar efetiva a tutela dos direitos fundamentais e de reforçar os mecanismos de garantia da Constituição (*Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 7. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 97).

52 Gustavo Zagrebelsky demonstra que houve uma mudança qualitativa do “direito por regras” do Estado de Direito legislativo e do positivismo jurídico para o modelo de “direito por princípios” do Estado constitucional contemporâneo. Para o positivismo jurídico, esclarece o professor italiano, os princípios desempenhavam uma função supletiva, segundo a qual somente entrariam em jogo quando as regras jurídicas não estivessem em condição de desenvolver plena ou satisfatoriamente a função reguladora que lhes fora atribuída. Gustavo Zagrebelsky refuta as conclusões dos positivistas e afirma que à luz da diferença estrutural entre os princípios e as regras é impossível reduzir o alcance daqueles (princípios) a uma mera função acessória destes (regras) (*El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*. 5. ed., Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 112, 117 e 118).

53 Ronald Dworkin prescreve que alguns princípios “possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em consideração por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas” (*Levando os Direitos a sério*. 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 46).

54 Os princípios diferem das regras jurídicas por serem mandados de otimização, ou seja, devem ser cumpridos segundo as condições jurídicas e fáticas. Além disso, o conflito entre princípios não é solucionado de acordo com a lógica do tudo ou nada (as regras são válidas ou inválidas), mas consoante a ponderação entre os colidentes segundo o peso de cada um deles (dimensão de peso e não de validade).

55 Nesse sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes aponta como uma das características dos princípios a sua fundamentalidade. Isso significa que “são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito)” (*Direito Constitucional...*, cit., p. 1124).

Roque Antonio Carraza prescreve que, em face de sua posição de preeminência “nos vastos quadrantes do Direito”, os princípios vinculam “o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”. Invocando as lições de Geraldo Ataliba e de Celso Antônio Bandeira de Melo, o professor brasileiro compara os princípios com os “alicerces” ou “vigas mestras” do “vasto edifício” denominado sistema jurídico. Para Roque Carraza e Celso Antônio Bandeira de Melo os princípios são os mandamentos nucleares, ou os verdadeiros alicerces, do sistema normativo.⁵⁶

Dessas conclusões é possível extrair que os princípios constitucionais que regem a atividade administrativa também situam-se em posição de supremacia no ordenamento jurídico. Nesse contexto, o princípio da juridicidade apresenta maior importância dentre aqueles estabelecidos no rol do artigo 37, da Constituição Federal, pois o mesmo condensa as regras positivas, os princípios e valores constitucionais que traçam a atuação do Estado e dos agentes políticos⁵⁷

Portanto, o agente político omissor, que não concretiza os direitos fundamentais sociais – seja por que não elabora a lei densificadora da norma constitucional (legislador) ou por que não implementa políticas públicas (administrador público) –, viola o mais importante princípio que norteia a atividade dos agentes públicos, qual seja: o princípio da juridicidade.

Além da violação do princípio da juridicidade, a omissão inconstitucional impede que o Estado cumpra os objetivos previstos no artigo 3º, da Constituição Federal, nomeadamente a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, assim como a redução das desigualdades sociais e regionais.

A violação, por omissão, do princípio da juridicidade e dos objetivos do Estado brasileiro provoca um dano muito mais grave que a transgressão de uma regra jurídica, uma vez que “o menoscabo por um princípio importa a quebra de todo sistema jurídico”.⁵⁸ A respeito da violação de um princípio constitucional, Celso Antônio Bandeira de Melo diz que “é a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade (...), porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.⁵⁹

A gravidade da violação do princípio da juridicidade é a condição essencial para configurar, em princípio, a omissão inconstitucional e ilícita do agente político como ato de improbidade administrativa tipificado no artigo 11, da Lei n. 8.429/92, em cujo cânon está prescrito que:

56 *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 31 e 32.

57 Sentido semelhante Emerson García (*op. cit.*, p. 20).

58 Cf. Roque Antonio Carraza. O eminente professor, em outro trecho de sua obra, compara a violação de um princípio constitucional à destruição de mourões de uma ponte, o que provocaria o seu desabamento. No entanto, vergastar uma regra, segundo Roque Carraza, “corresponde a comprometer uma grade desta mesma ponte, que, apesar de danificada, continuará em pé” (*Curso de Direito Constitucional Tributário...*, cit., p. 39).

59 *Apud* CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário...*, cit., p. 38-nota 25.

“Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições...”

Diz-se em princípio porque a Lei de Improbidade Administrativa, exige, além da violação dos princípios da administração pública, a demonstração de que agente político omitiu-se dolosamente. O tipo exige a união de dois elementos: (a) omissão violadora do princípio constitucional regulador da Administração Pública; e (b) dolo do agente político.

Com relação ao elemento subjetivo exigido pelo artigo 11, impõe-se registrar que se trata de dolo administrativo e não de dolo do direito penal. Para a configuração do dolo administrativo não há necessidade de que o agente tenha buscado, deliberadamente, lesar os bens jurídicos tutelados pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais. Basta que o agente político esteja ciente “dos elementos fáticos que integram o suporte da norma proibitiva”,⁶⁰ ou da norma que impõe condutas positivas.

No caso da omissão violadora do princípio da juridicidade, não pairam dúvidas que o agente político, ao não agir, está ciente dos elementos fáticos que integram o conteúdo do direito ao mínimo necessário à existência condigna, isto é, está ciente de que não cumpre o dever de agir imposto pela norma constitucional. Presente, assim, o dolo necessário à configuração do tipo previsto no artigo 11, *caput*, da Lei n. 8.429/92.

Tal ilação encontra respaldo na interpretação da aludida norma em consonância com o dever de agir dos poderes públicos imposto pelos direitos fundamentais sociais, cujo objetivo é a garantia e proteção dos princípios e valores constitucionais. Essa exegese do artigo 11, da Lei n. 8.429/92, visa a proteção do conteúdo material da Constituição e fundamenta a aplicação de sanções aos agentes políticos que não densifiquem, por meio de lei, as normas definidoras dos direitos fundamentais sociais e daqueles que não implementem políticas públicas concretizadoras do mínimo necessário à existência condigna. As vinditas administrativas e civis inibem as omissões inconstitucionais e ilícitas. Além disso, servem para excluir “da vida pública políticos e agentes que desprezam”⁶¹ a força normativa e vinculante da Constituição, assim como a posição preeminente dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais sociais.

A não concretização do mínimo necessário à existência condigna também provoca danos materiais e não-patrimoniais subjetivos, ou os denominados danos morais, aos titulares dos direitos fundamentais sociais.

60 Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *O dever de probidade administrativa...*, cit., p. 219.

61 As ilações expendidas sobre a importância do artigo 11, da Lei de Improbidade Administrativa, foram extraídas das lições de Fábio Medina Osório. Este professor, contudo, refere-se à necessidade de releitura do aludido preceito legal de acordo com “uma nova funcionalidade na gestão pública ambiental, não apenas porque constitui poderoso instrumento sancionador e, portanto, inibidor de práticas ilícitas, mas porque pode servir para excluir da vida pública políticos e agentes que desprezam a boa gestão ambiental, premiando, assim, ações eficientes e responsáveis em detrimento de condutas ilegais e ilícitas” (*op. cit.*, p. 186).

O dano material ou patrimonial é de fácil apuração, uma vez que é constituído pelos valores pecuniários gastos pelos titulares dos direitos fundamentais sociais para obter o mínimo necessário à existência condigna e suprir a omissão dos poderes públicos.

Já o dano não-patrimonial subjetivo ou moral é caracterizado pela violação dos direitos da personalidade. Ninguém questiona que o titular do direito fundamental social, que se vê desprovido do mínimo necessário à existência condigna, não recebe as prestações necessárias para o pleno desenvolvimento da sua personalidade, sobrevivendo sem as mínimas condições de dignidade.

Considerando, pois, que a prestação de serviços mínimos essenciais, como saúde, educação, segurança, representa condição especial para um completo desenvolvimento da personalidade, e tendo em vista a omissão na implementação de políticas públicas, não há como negar o dano moral.

A não implementação das políticas públicas indispensáveis à concretização do mínimo existencial priva o titular do direito fundamental social dos bens imateriais que têm um valor precípuo na sua vida e que são a dignidade,⁶² a liberdade, a integridade física, a vida com qualidade e a honra. O menoscabo à concretização do mínimo existencial provoca um sofrimento e uma dor moral excessiva ao titular do direito fundamental social.

Com efeito, o agente político que, no exercício da função pública ou do mandato eletivo, atua em desconformidade com as ordens emanadas do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, violando, por omissão, o princípio da juridicidade, impedindo a consecução dos fins do Estado e causando danos de ordem material e moral aos titulares do direito ao mínimo necessário à existência condigna, pratica ato de Improbidade Administrativa. A partir dessa omissão inconstitucional, revela-se o desvio ético do agente político.

É importante esclarecer que o agente político – entenda-se administrador público – em razão do exercício de mandato eletivo, é considerado agente público para os efeitos da Lei n. 8.429/92.⁶³

Diante de todo o exposto, não pairam dúvidas de que a omissão dos agentes políticos é considerada ato de improbidade administrativa e merece as sanções de natureza política, político-administrativa, administrativa e civil, previstas no artigo 12, inciso III, da Lei n. 8.429/92, a saber:

62 Pertinente a lição de José de Oliveira Ascensão acerca do direito da personalidade. Diz o professor português: “a dignidade da pessoa humana implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, que assegurem esta dignidade na vida social. Estes direitos devem representar um mínimo que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver sua personalidade” (apud LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 287).

63 Diz o artigo 2º, da Lei n. 8.429/92: “reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

- (a) suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos;
- (b) perda da função pública;
- (c) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos;
- (d) multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente;
- (e) reparação integral do dano.⁶⁴

Por fim, faz-se necessário ressaltar que a Ação Civil Pública é o instrumento processual adequado para o Ministério Público postular a punição do agente político que pratica ato de improbidade administrativa por violação do princípio da juridicidade, bem como para requerer a reparação coletiva dos danos patrimoniais e morais provocados aos titulares dos direitos fundamentais sociais, nos termos dos artigos 127⁶⁵ e 129, inciso III,⁶⁶ da Constituição Federal, artigo 17,⁶⁷ da Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, e artigo 1º, inciso IV,⁶⁸ da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

V. CONCLUSÕES

Ao final dessa tese, faz-se necessário expor algumas conclusões já expendidas e justificadas no decorrer do trabalho, mas que, em razão da complexidade do assunto, merecem ser aqui reproduzidas:

(a) o Estado formal de Direito do liberalismo transforma-se em um Estado material de Direito. A supremacia da lei converte-se em supremacia da Constituição. Surge o Estado Social e Democrático de Direito que se caracteriza como um Estado intervencionista e fundado no princípio da juridicidade. Com isso, todos os poderes públicos estão vinculados à Constituição, aos princípios gerais de Direito, aos valores subjacentes à norma, e não apenas à lei formal;

64 A sanção engloba a reparação dos danos patrimoniais e morais. Havendo a condenação do agente político, o valor da indenização será revertido a um fundo destinado à reconstituição dos bens lesados, nos termos do artigo 13, da Lei n. 7.347/85. Em razão da natureza de direito individual homogêneo do mínimo necessário à existência condigna e sendo os lesados perfeitamente determináveis e identificáveis, far-se-ão as reparações individuais e o saldo irá para o aludido fundo (maiores detalhes vide Hugo Nigro Mazzili. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo...*, cit., 269 a 272)

65 Artigo 127: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

66 Artigo 129, inciso III: “São funções institucionais do Ministério Público: promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

67 Artigo 17: “A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar”.

68 Artigo 1º, inciso IV: “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. A interpretação do inciso IV deve abranger os interesses individuais homogêneos.

(b) as transformações mencionadas implicaram na evolução dos direitos fundamentais: aos direitos, liberdades e garantias foram acrescidos os direitos económicos, sociais e culturais;

(b.1) a classificação dos direitos, liberdades e garantias, em direitos de defesa, que geram, exclusivamente, obrigações de abstenção por parte do Estado, e dos direitos económicos, sociais e culturais como direitos a prestações em sentido estrito, dos quais decorrem, unicamente, obrigações positivas, não encontra fundamento no conteúdo dos direitos fundamentais, pois em ambas “categorias” há exigências de obrigações de *facere* e *non facere* ao destinatário da norma;

(b.2) os direitos fundamentais são unos, indivisíveis, inter-relacionados e inter-dependentes;

(c) outra consequência da evolução constatada no âmbito dos direitos fundamentais foi a atribuição à Administração Pública do dever de prestar serviços públicos;

(c.1) concretizou-se, então, a transformação de um Estado baseado na supremacia da lei-Estado nomocrático— para um Estado Administrador, cuja principal função é executar atividades concretas à consecução do bem-estar social;

(c.2) o dever de agir da Administração Pública para concretizar o mínimo necessário à existência condigna e o correlato direito subjetivo público do titular do direito fundamental social decorrem diretamente da Constituição;

(c.3) em virtude da conclusão acima exposta, o titular do direito fundamental social possui a faculdade de exigir da Administração Pública, por meio da atuação positiva do Poder Judiciário, a implementação das prestações necessárias à concretização do mínimo necessário à existência condigna, pois o conteúdo do núcleo dos direitos fundamentais sociais está constitucionalmente determinado;

(d) o Ministério Público é uma instituição autônoma e independente, que recebe da Constituição a atribuição de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis;

(d.1) em virtude da vinculação entre a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos fundamentais sociais, o Ministério Público, ao cumprir a sua função constitucional, defende não apenas a legalidade, o direito positivo, senão também os valores e princípios constitucionais, sobretudo a soberania popular, a dignidade da pessoa humana, pluralismo político, organização política democrática, igualdade e liberdade;

(d.2) na defesa específica dos direitos fundamentais, o Ministério Público possui a atribuição de garantir a efetividade e aplicabilidade das normas constitucionais;

(d.3) no mesmo sentido, o Ministério Público deve fiscalizar a concretização, no plano real, dos direitos sociais e a atuação positiva e negativa dos Poderes Executivo e Legislativo;

(d.4) constatado que a Administração Pública não agiu positivamente quando a Constituição assim determinou (omissão inconstitucional), o Ministério Público, como instituição destinada à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, deve atuar, por intermédio de ações civis públicas, ou por veículo extraprocessual (por exemplo— a recomendação), para proteger o direito ao mínimo necessário à existência condigna;

(d.5) a atuação processual ou extraprocessual do Ministério Público visa obrigar a Administração Pública a fazer, ou seja, a concretizar o núcleo dos direitos fundamentais sociais, uma vez que o *Parquet* é o principal agente defensor do direito ao mínimo necessário à existência condigna;

(d.6) a Ação Civil Pública constitui o instrumento processual adequado para o Ministério Público postular a defesa judicial do direito fundamental ao mínimo necessário à existência condigna violado pela omissão administrativa;

(d.7) a inconstitucionalidade por omissão constitui a causa de pedir da Ação Civil Pública;

(d.8) já a condenação da Administração Pública na obrigação de fazer, consistente em implementar políticas públicas que garantam e protejam o mínimo necessário à existência condigna, constitui o objeto da Ação Civil Pública;

(d.9) o Ministério Público, por intermédio da Ação Civil Pública, visa proteger e garantir, além do direito fundamental social, o direito à vida, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade reais, e o Estado Democrático de Direito;

(e) o agente político que, no exercício da função pública ou do mandato eletivo, atua em desconformidade com as ordens emanadas do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, violando, por omissão, o princípio da juridicidade, impedindo a consecução dos fins do Estado e causando danos de ordem material e moral aos titulares do direito ao mínimo necessário à existência condigna, pratica ato de Improbidade Administrativa;

(e.1) o desvio ético e moral do agente político é revelado pela omissão inconstitucional.