

O dever do Ministério Público de impedir o retrocesso social como forma de proteger a dignidade da pessoa humana

Fabricio José da Fonseca Pinto

Fabricio Marques Ferragini

Promotores de Justiça do Estado de Minas Gerais

I- Introdução

Este singelo trabalho visa fomentar a discussão acerca da atuação do Ministério Público na proteção e concretização dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais.

A dificuldade em alcançar tal desiderato tem como uma das causas a grande discrepância entre a norma constitucional e a sua efetiva aplicação, o que causa danos irreparáveis aos cidadãos de um país. É dizer, a reiterada afirmação dos direitos fundamentais sociais nos textos constitucionais não tem sido a garantia necessária de sua efetivação.

Norberto Bobbio já apontara que “*o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-lo*”. “*(...)Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados*”⁶².

Partindo da lição do professor italiano, da realidade social do Brasil e dos países periféricos e da premissa de que “não adianta assegurar direitos se não há, depois,

⁶² A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 43 e 45.

como fazê-los respeitados”⁶³, procura-se examinar aspectos doutrinários e jurisprudenciais acerca da maneira como o Ministério Público deve, segundo o sistema jurídico brasileiro, garantir a aplicabilidade e a eficácia dos direitos fundamentais sociais, especificamente dos direitos a prestações em sentido estrito, mediante a proibição do retrocesso social. Trata-se de analisar o papel do Ministério Público no “combate” contra a ação do Poder Executivo no sentido de anulação ou revogação de norma infraconstitucional ou de ato administrativo concretizadores do núcleo dos direitos fundamentais sociais – mínimo de existência condigna –, como forma de proteção do próprio direito social e do princípio superior de todo o ordenamento jurídico: dignidade da pessoa humana.

A presente investigação pretende, portanto, servir como instrumento doutrinário para auxiliar os membros do Ministério Público na árdua tarefa de garantia dos direitos mínimos indispensáveis para que todos alcancem uma vida digna e com qualidade.

A consciência da necessidade de mudança da realidade social do Brasil e do papel fundamental que exerce o Ministério Público nesse particular justificam que nos aventuremos por caminhos tão tortuosos, que poderão nos levar a equívocos e a sofrer críticas acerbas de setores do próprio *parquet*.

Nessa linha de raciocínio, analisamos o mínimo necessário à existência condigna como direito subjetivo público do titular do direito fundamental social de receber prestações sociais dos poderes públicos que garantam a sua existência digna. Posteriormente, as atenções são voltadas para a análise do princípio da dignidade da pessoa humana e a tentativa de estabelecer critérios genéricos para determinar o conteúdo do direito ao mínimo necessário à existência condigna.

Em seguida, é objeto de investigação o princípio da proibição do retrocesso social, ampliando seu âmbito de proteção para acolher não só os direitos derivados a prestações senão também os direitos originários a prestações.

⁶³ Cf. José Afonso da Silva. Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição Brasileira de 1988. Em *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica- Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos*. Instituto Iberoamericano de Derechos Constitucional: Peru, p. 166.

Por fim, dedicamo-nos ao estudo do Ministério Público e o dever imposto pela Constituição Federal de impedir o retrocesso social. A partir da atribuição constitucional do Ministério Público para defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis demonstra-se que o *parquet* tem legitimidade para postular, por meio de Ações Cíveis Públicas, mandamentos que impeçam a revogação ou anulação de atos administrativos concretizadores do mínimo necessário à existência condigna.

II- Mínimo Necessário à Existência Condigna

O Estado deve respeitar a dignidade da pessoa humana, em virtude de sua natureza jurídico-positiva e não apenas de um valor moral e ético destituído de obrigatoriedade. Decorre daí a garantia e o direito subjetivo público do indivíduo de ter a sua existência não só respeitada, senão também protegida.

A obrigação dos poderes públicos de proteger a dignidade da pessoa humana consiste não só em uma abstenção, mas também em um agir do Estado, com o objetivo de implementar e garantir os meios necessários a uma existência humana digna⁶⁴. Podemos afirmar, então, que o Estado tem uma obrigação de procurar proporcionar aos indivíduos um mínimo existencial. Como consequência, qualquer pessoa que, “por causas alheias à sua vontade, fique em situação de necessidade possui um direito subjetivo à assistência”⁶⁵, isto é, direito a uma ação prestacional do Estado.

É importante registrar que esse mínimo existencial ou mínimo necessário à existência condigna constitui o núcleo dos direitos fundamentais sociais e o seu conteúdo é extraído diretamente da constituição, sem necessidade de densificação pelo legislador

⁶⁴ No julgamento do agravo regimental interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF, na qual indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada nº 178, formulado também pela União, o Ministro Gilmar Mendes prescreveu que: “(...) **os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot, mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot)...**” (Disponível em «<http://www.stf.jus.br>». Acesso em 19 de março de 2010).

⁶⁵ Cf. Ernest Benda. Dignidad humana y Derechos de la Personalidad (*Capítulo IV*). Manual de Derecho Constitucional. Obra coletiva: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse e Heyde. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A, 2001. p.. 126.

ordinário, em razão de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana; ou, nas palavras de Gomes Canotilho, o núcleo essencial da existência mínima é inerente ao respeito pela dignidade humana. Demais disso, o mínimo vital apresenta a natureza de direito subjetivo público definitivo *prima facie*⁶⁶ e originário à prestação⁶⁷. Como consectário, impõe ao Estado o dever de garantir e prover o mínimo indispensável a uma vida digna.

A jurisprudência portuguesa reconheceu também o direito de o indivíduo não ser privado do mínimo para a sua existência condigna, bem como o direito a exigir do Estado que implemente prestações sociais, com o escopo de garantir o mínimo existencial. O Tribunal Constitucional de Portugal prescreveu, no acórdão n.º 509/2002, “que o direito ao mínimo de existência condigna se encontra constitucionalmente garantido”. Nesse mesmo aresto o eminente relator trouxe à colação a lição de Wolfgang Daubler, que afirmou que, apesar da Lei fundamental alemã não prever expressamente uma obrigação para o Estado de conceder um mínimo de bens para assegurar a subsistência das pessoas, a “jurisprudência do Tribunal Constitucional, no entanto, deduziu do art. 1.º da Lei Fundamental, que garante a dignidade do homem, um direito subjectivo aos meios necessários à existência do indivíduo(...)”. Prosseguindo, o preclaro conselheiro reconheceu que a doutrina e jurisprudência alemãs autorizam “um direito a exigir do Estado esse mínimo de existência condigna, designadamente através de prestações (...), ou seja, (...) o Estado está obrigado a garantir ao cidadão desprovido de meios, através de prestações sociais os pressupostos mínimos para uma existência humanamente digna”. Concluiu o relator dizendo que “o princípio do respeito da

⁶⁶ Robert Alexy apresenta um quadro com oito normas de estruturas diferentes, a saber: normas vinculantes que geram direitos subjetivos (1) definitivos e (2) *prima facie*; normas vinculantes que geram direitos objetivos (3) definitivos e (4) *prima facie*; normas não vinculantes que fundamentam direitos subjetivos (5) definitivos e (6) *prima facie*; normas não vinculantes que fundamentam direitos objetivos (7) definitivos e (8) *prima facie*. Com esboço nas lições do doutrinador alemão, entendemos que o mínimo necessário à existência condigna confere um direito subjetivo *prima facie* vinculante, porquanto há um mandado de otimização, que ordena que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas (Teoria de Los Derechos Fundamentales. 2ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001).

⁶⁷ A classificação como direito originário à prestação partiu da análise da lição do Professor Gomes Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 467-468). Nessa linha, o mínimo necessário à existência condigna apresenta natureza de direito subjetivo público originário à prestação porque, da norma constitucional, decorre, sem a necessidade de interposição de lei infraconstitucional, a obrigação da Administração Pública implementar e concretizar os direitos sociais e a correlata faculdade de o cidadão exigir as prestações necessárias à defesa do seu direito fundamental.

dignidade humana, proclamado logo no artigo 1º da Constituição e decorrente, igualmente da ideia de Estado de direito democrático, consignado em seu artigo 2º, e ainda aflorado no artigo 63º, nºs 1 e 3, da mesma CRP [Constituição da República Portuguesa], que garante a todos o direito à segurança social e comete ao sistema de segurança social a protecção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho, implica o reconhecimento do direito ou da garantia a um mínimo de subsistência condigna”.

Já, no acórdão n.º 349/91, o Tribunal Constitucional de Portugal diz que “a percepção de uma prestação proveniente do sistema de segurança social que lhe possibilite uma subsistência condigna (...)” decorre do artigo 63º, da Lei Fundamental, e do princípio da dignidade da pessoa humana, “(...) condensado no artigo 1º, da Constituição”⁶⁸. Por fim, no acórdão n.º 151/92, preleciona que “(...) fundando-se o direito à habitação na dignidade da pessoa humana (ou seja, naquilo que a pessoa realmente é – um ser livre com direito a viver dignamente), existe, aí, um *mínimo que o Estado sempre deve satisfazer...*”⁶⁹

Em decisão proferida na ADPF n.º 45/DF, o Ministro Celso de Mello, citando Ana Paula Barcellos (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar), admitiu que o mínimo existencial constitui o núcleo consubstanciador da dignidade da pessoa humana. O eminente Ministro assim prescreveu:

“(...) A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo

⁶⁸ Acórdãos do Tribunal Constitucional. Lisboa: Tribunal Constitucional, 19º volume, 1991 (maio a agosto), p. 507-525

⁶⁹ Jorge Miranda. Jurisprudência Constitucional escolhida. Volume I. 1ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 1996, p. 947.

existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível⁷⁰

Deflui de todo o exposto, sobretudo dos princípios do Estado social e da dignidade da pessoa humana, que o indivíduo, desprovido de recursos financeiros, possui um direito subjetivo a prestações do Estado que garantam o mínimo necessário à existência condigna. Essas prestações, em última análise, são indispensáveis para a garantia e proteção do direito à vida com qualidade e ao desenvolvimento da personalidade.

A definição do mínimo necessário à existência condigna como núcleo dos direitos fundamentais sociais teve como arrimo a teoria do interesse juridicamente protegido, segundo a qual se considera o núcleo do direito aquela parte que é absolutamente necessária para que os interesses que dão vida ao direito, resultem real, concreta e efetivamente protegidos. Em sentido negativo, o núcleo essencial seria aquela parte que, ao sofrer uma limitação, torna o direito impraticável ou desprovido da necessária proteção.

Por estar fora da disponibilidade do legislador e por que, em caso de supressão, estaria totalmente desconfigurado o direito fundamental social - deixaria de ser o que era para ser algo distinto-, o mínimo necessário à existência condigna, como consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, constitui o núcleo dos direitos fundamentais sociais.

Estabelecidos esses pressupostos doutrinários e jurisprudenciais, resta-nos a árdua tarefa de tentar desvendar o teor do conteúdo desse mínimo existencial, que denominamos direito ao mínimo necessário à existência condigna, ou mínimo vital, ou mínimo existencial, e erigimos como o núcleo dos direitos fundamentais sociais a prestações.

⁷⁰ Disponível em «<http://www.stf.jus.br>». Acesso em 19 de março de 2010.

Robert Alexy cita como exemplo de direitos fundamentais sociais mínimos o “direito ao mínimo vital, à uma vivenda simples, à educação escolar, à formação profissional e a um nível mínimo de assistência médica”⁷¹.

Apesar desses exemplos concretos, paira no ar uma pergunta: é possível estabelecer um critério genérico para definir o conteúdo do direito fundamental social mínimo ou do mínimo necessário à existência condigna?

Segundo o economista britânico Lord Beveridge, considerado o “pai da segurança social”, o mínimo necessário à existência condigna deveria ter como objetivo assegurar “o mínimo vital a todos os cidadãos dum país, mínimos que lhes seriam garantidos quaisquer que fossem as vicissitudes da sua existência”⁷².

Ora, se realmente esse objetivo fosse cumprido não existiriam milhares de excluídos no mundo e a pobreza não atingiria níveis incontrolláveis. Pobreza que pode ser classificada em três níveis: “subsistência mínima”, “mínimo adequado” e “conforto mínimo”⁷³.

Partindo da escala de pobreza, podemos estabelecer qual é o nível de exigência constitucional para que o Estado cumpra o mínimo necessário para o respeito, a proteção e a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana. Esclarecendo: a escala é necessária para estabelecer qual é o nível de pobreza que deve ser “combatido” pelo Estado, como forma de estabelecer prioridades em um modelo de Estado “pós - social” ou “pós – providência” em que a falta de recursos impede a implementação de políticas públicas em todos os níveis sociais.

Nesse contexto, urge responder uma pergunta: na crise em que se encontra o *Welfare State*, cujo resultado é a ausência de investimentos públicos na concretização dos direitos sociais, as políticas públicas necessárias à efetivação do “mínimo necessário à existência condigna” devem ser estabelecidas com o objetivo de propiciar ao titular do

⁷¹ Teoria de Los Derechos Fundamentales..., op. cit., p. 495.

⁷² Cf. Marcel Laloire. Que é o mínimo vital? In Revista de Análise Social, nº 19, vol. V. Instituto Superior de Ciências Económicas e Financeiras, 1967, p. 374.

⁷³ Cf. Relatório elaborado pela Nova Escola de Investigação Social de Nova Iorque, sob a orientação de Oscar Ornati, intitulado *Poverty and affluence* (apud Marcel Laloire. Que é o mínimo vital? Revista de Análise Social, nº 19, vol. V. Instituto Superior de Ciências Económicas e Financeiras, 1967.p.375).

direito fundamental social o mínimo suficiente para assegurar uma “subsistência mínima”, ou um “mínimo adequado” ou o “conforto mínimo”?

Parece-nos que a resposta a tal indagação depende de cada caso e da situação social, econômica e política do Estado⁷⁴, sob cuja jurisdição encontra-se o titular do direito fundamental. É dizer, o nível de prestação pública necessária à configuração do mínimo de existência condigna na Suíça, não é igual ao de Portugal, que, por sua vez, é diferente do Brasil, que, por seu turno, não é semelhante ao de Guiné - Bissau.

No entanto, é preciso partir de um pressuposto comum existente em todos os ordenamentos jurídicos que incorporaram o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. Esse pressuposto é a idéia de respeito ao homem enquanto pessoa, dotado de razão e consciência, o que representa três níveis de satisfação: físico, intelectual e moral.

Com efeito, o conteúdo do mínimo necessário à existência condigna como forma de suprir as necessidades básicas desse homem concreto deve englobar os meios materiais indispensáveis à existência física, tais como habitação, moradia, saúde, vestuário; os meios intelectuais, como educação, ensino profissionalizante; e os meios morais consistentes em fornecer todos os meios físicos e intelectuais com qualidade, isto é, proporcionar uma vida com qualidade segunda a qual valha a pena viver⁷⁵. Tais objetivos serão cumpridos quando forem supridas todas as aspirações econômicas e sociais do ser humano. Essas aspirações podem ser concretizadas por via de uma casa em local onde não haja promiscuidade e em perfeitas condições de higiene e segurança; alimentação composta por ingredientes saudáveis; roupas não degradantes; saúde em

⁷⁴ John Rawls não concorda com a utilização do critério da riqueza média do país para estabelecer o nível a ser fixado do mínimo social. O autor afirma que o mínimo social deve ser estabelecido segundo o “princípio da diferença”. Diz Rawls que: “(...) uma vez aceite o princípio da diferença, no entanto, dele decorre que o mínimo deve ser fixado no ponto que, tendo em conta o nível salarial, maximiza as expectativas do grupo menos favorecido...” (Uma Teoria da Justiça. 2ª ed. Lisboa: Fundamentos, 2001, p. 228).

⁷⁵ A Declaração Universal de Direitos Humanos assim prescreve: “Artigo XXV.1 - Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle” (extraído da obra de Marcos Maselli Gouvêa. O Controle Judicial das Omissões Administrativas. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 257).

todos os níveis, desde o atendimento básico, passando pelo odontológico, estético, ginecológico, até o tratamento psicológico.

Em síntese: o mínimo de existência condigna, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, para ser cumprido pelo Estado deve garantir ao homem uma situação tal que o faça sentir-se pessoa e não um simples objeto. Para que isso ocorra deve existir uma humanização na prestação de serviços públicos, cujo resultado será a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, a preservação de uma vida com qualidade⁷⁶ e a garantia do livre desenvolvimento da personalidade.

Retornando à questão sobre os níveis de pobreza, o mínimo de existência condigna deve corresponder às prestações necessárias para garantir uma “subsistência mínima” nos países subdesenvolvidos; um “mínimo adequado” nos países em desenvolvimento; e um “conforto mínimo” para os países desenvolvidos.

É importante esclarecer que essa graduação não significa que a dignidade da pessoa humana é constituída de níveis de concretização, mas representa uma adequação das necessidades do ser humano às condições econômicas e financeiras dos Estados, com vistas a garantir a todos uma vida com qualidade.

Exemplificando: no Brasil em que vinte e três milhões de pessoas não têm renda para se alimentar de forma equilibrada, sendo que, desse número, sete milhões de pessoas sofrem de desnutrição e precisam de ajuda médica e reforço alimentar, o mínimo de existência condigna representa a atuação do Estado com vistas a erradicar a fome, a subnutrição, e garantir a educação e saúde básicas para esse contingente de miseráveis. Esse será o mínimo necessário à concretização dos direitos fundamentais sociais para um país pobre como o Brasil e representa na nossa escala de pobreza a garantia de subsistência mínima. Por conseguinte, o Estado brasileiro deverá direcionar todo os meios econômicos e financeiros disponíveis, para cumprir o seu dever constitucional.

Tomando ainda o Brasil como exemplo não seria possível exigir um salário mínimo de mil reais (equivalente a quinhentos dólares) para a subsistência de todos os

⁷⁶ Marcos Maselli Gouvêa ressalta a imprescindibilidade da garantia do mínimo existencial para a fruição da vida e da liberdade. Diz o autor que “sem condições materiais mínimas, não há autonomia psíquica que permita ao indivíduo fazer escolhas, exercer sua cidadania e as oportunidades que formalmente a vida em sociedade lhe oferece” (O Controle Judicial..., op. cit., p. 260).

trabalhadores brasileiros se o Estado não possui os meios econômicos e financeiros, nem mesmo, para garantir comida para todos os indivíduos residentes em seu território. Dentro das limitações orçamentárias, ou da reserva do possível, é preciso estabelecer prioridades como forma de obrigar o Estado a garantir o básico em termos materiais, intelectuais e morais.

Portanto, o único critério possível para estabelecer, de forma genérica, o conteúdo do mínimo de existência condigna é aquele que parte do pressuposto de que o comportamento do Estado deve suprir as necessidades físicas, intelectuais e morais do homem enquanto pessoa. A partir daí, qual o nível de pobreza que deve ser afastado, com a implementação e concretização do direito social à prestação, depende de cada caso concreto e deve corresponder às condições econômicas, sociais e políticas do Estado.

Dito isso, o intérprete extrai, diretamente da Constituição, o mínimo necessário à existência condigna através da ponderação de dois fatores: a) quais os bens jurídicos necessários à satisfação das necessidades físicas, intelectuais e morais do homem concreto, suficientes para conceder-lhe uma vida digna e com qualidade; b) as limitações econômico-financeiras do Estado. Em outras palavras, o intérprete deve responder às seguintes questões quando analisar os casos concretos: qual é o mínimo necessário para satisfazer física, intelectual e moralmente o homem enquanto pessoa, dotado de razão e consciência? E quais são as condições econômicas, financeiras e políticas do Estado para fornecer as políticas públicas necessárias à concretização das aludidas necessidades?

A resposta encontrada será o resultado da adequação de dois fatores que se completam: (a) prestações necessárias à satisfação das necessidades do homem enquanto pessoa (b) limite dos custos que o Estado pode arcar.

Com esse trabalho hermenêutico, membros do Ministério Público, Magistrados, integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo, ao concretizarem as normas de direitos fundamentais sociais, não exorbitarão de suas funções constitucionais e também não permanecerão inertes diante da omissão do Legislador, garantindo, assim, uma vida digna e com qualidade para todos que se encontrem em situações de necessidade.

Definido o critério para estabelecer o mínimo indispensável à existência condigna, o Estado deve implementar políticas públicas que concretizem esse núcleo dos direitos fundamentais sociais, a fim de que todas as pessoas que não possam arcar com os custos das prestações sociais sejam beneficiadas e tenham garantida uma vida com qualidade.

Após o Estado cumprir o dever de agir imposto pela Constituição Federal, mediante a implementação de prestações sociais positivas, **não pode haver retrocesso na concretização do direito fundamental social ou “há uma proibição de retrocesso social”**.

II- Proibição do Retrocesso Social

Restou claramente definido que das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais decorrem diretamente, sem a necessidade de intervenção legislativa, direitos subjetivos públicos definitivos ao mínimo de existência condigna, cujos titulares são todas as pessoas que se encontram em situação de inferioridade. Como consequência, há uma obrigação correlata do Estado de respeito, proteção e garantia do mínimo necessário à existência condigna, entendido esse direito como corolário da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa hipótese, conforme já analisado, estar-se-á em face de direitos originários a prestações, isto é, direitos que fundamentam a “faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas” do direito social à prestação e, simultaneamente, o “dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos”⁷⁷.

Não é menos verdade que classificamos como direitos originários a prestações somente o núcleo dos direitos fundamentais sociais ou direito ao mínimo de existência condigna, justamente porque o seu conteúdo pode ser extraído pelo intérprete da própria Constituição. O conteúdo do núcleo do direito social à prestação é determinável através de uma interpretação direta da Constituição.

⁷⁷ Cf. Gomes Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição..., op. cit., 467.

A determinabilidade do conteúdo dos direitos fundamentais sociais não é uma regra. Ao revés, a quase totalidade dos direitos sociais “carecem de normas legais concretizadoras”⁷⁸ para a definição de seu conteúdo. Logo, as normas definidoras dos direitos sociais são, em sua maioria, normas programáticas. Por consequência, os direitos sociais são classificados como direitos derivados a prestações.

Nessa hipótese, que se constitui a regra, à medida que o Legislador elabora a legislação infraconstitucional densificadora dos direitos sociais à prestação e a Administração Pública implementa as políticas públicas necessárias à concretização da lei, o preceito constitucional ganha eficácia jurídica e fática. Concretizado o direito social com fundamento na lei infraconstitucional, surge o direito subjetivo público do cidadão de uma participação igual nas prestações públicas⁷⁹.

Decorre da concretização dos direitos sociais também o direito subjetivo público de não ser revogada a norma infraconstitucional densificadora do direito fundamental, sem que haja uma compensação ou alternativa. Após a concretização do direito fundamental por via legislativa, a norma não pode ser revogada sem a preservação do núcleo essencial desse direito. Nisso consiste a proibição do retrocesso social, também denominada “não retorno da concretização”⁸⁰ ou “cláusula de proibição de evolução reaccionária”⁸¹.

O acórdão nº 509/2002, do Egrégio Tribunal Constitucional de Portugal, ao citar excerto do acórdão nº 39/84, traz em seu bojo a seguinte definição:

“[...] a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de constituir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para

⁷⁸ Nesse sentido, Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 397.

⁷⁹ Cf. Gomes Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição..., op. cit., p. 469.

⁸⁰ Termo utilizado por Jorge Miranda, Manual..., Tomo IV, op. cit., p. 397.

⁸¹ Classificação de Gomes Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição..., op. cit., p. 469.

dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”.

Contudo, há divergências quanto à aceitação do referido princípio. Vieira de Andrade alega que a aceitação genérica, sem qualquer restrição, do princípio da proibição do retrocesso social implica a elevação das leis concretizadoras dos direitos sociais ao nível de normas constitucionais, com a consequente aplicação do regime especial de modificação da Constituição a meras leis ordinárias. Esse princípio, segundo o autor, levaria à destruição da “autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição”⁸².

Jorge Miranda refuta as críticas, alegando que a aceitação do princípio do não retorno da concretização não visa “revestir as normas legais concretizadoras da força jurídica própria das normas constitucionais ou elevar os direitos derivados a prestações a garantias institucionais”. Conclui o autor que as normas continuam com a mesma natureza de leis ordinárias, não prevalecendo sobre as demais leis da mesma hierarquia, e sujeitas, portanto, ao regime menos rigoroso de modificação e ao controle de constitucionalidade⁸³.

Instalada a polêmica, julgamos consentâneo com o desenvolvimento do nosso trabalho a posição de Gomes Canotilho, que demonstra a preocupação de impedir o retrocesso social no limite do “núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”⁸⁴.

Concretizado o direito social por uma lei infraconstitucional, esta não pode ser revogada sem a proteção do núcleo essencial desses direitos fundamentais. As medidas legislativas que revogarem as normas concretizadoras de direitos sociais, sem estabelecer outros meios de proteção do direito ao mínimo de existência condigna, considerar-se-ão inconstitucionais. Em outro falar: a lei infraconstitucional é considerada constitucionalmente garantida na medida da proteção do núcleo essencial dos direitos

⁸² Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 390-392.

⁸³ Manual..., Tomo IV, op. cit., p. 398.

⁸⁴ Direito Constitucional e Teoria da Constituição..., op. cit., p. 332.

sociais. Por ilação, a liberdade do Legislador é limitada ao núcleo essencial dos direitos sociais, em virtude deste representar a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana⁸⁵.

Ousamos, no entanto, ir um pouco além e postulamos a aplicação do princípio do não retrocesso social aos direitos originários a prestações. Senão, vejamos.

Ao considerarmos que o conteúdo do mínimo necessário à existência condigna pode ser deduzido da Constituição, sendo juridicamente vinculante, concluímos que não há necessidade de legislação infraconstitucional para a sua densificação. Reconhecemos, ainda, que decorre diretamente da Constituição um direito subjetivo público de exigir do Estado prestações públicas necessárias à garantia desse mínimo indispensável a uma existência digna. O Estado, por conseguinte, está obrigado a garantir ao titular do direito fundamental (todas as pessoas desprovidas de meios) as prestações sociais suficientes a uma vida com qualidade.

Ora, se o conteúdo do mínimo necessário à existência condigna está determinado pela Constituição, ou ao menos é determinável pelo intérprete, o princípio da proibição do retrocesso muda de enfoque, transportando-se da proibição de revogação da lei infraconstitucional densificadora do direito fundamental para a vedação de medidas administrativas que se traduzam “na prática numa anulação, revogação ou aniquilação”⁸⁶ desse núcleo essencial, sem prever medidas compensatórias que protejam, em última análise, a dignidade da pessoa humana.

Explicando melhor: como o mínimo necessário à existência condigna é um direito originário à prestação, imediatamente aplicável, a proibição do retrocesso transmuta-se de enfoque, passando a representar uma vedação não só de revogação da

⁸⁵ Assim definiu Gomes Canotilho a proibição do retrocesso social: “o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos e compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. (...) A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade humana ...” (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 340).

⁸⁶ As expressões foram utilizadas por Gomes Canotilho quando analisou a proibição do retrocesso social como proteção dos direitos derivados a prestações (Direito Constitucional e Teoria da Constituição..., op. cit., 333).

lei, senão também de proibição da Administração Pública de anular ou revogar os atos administrativos e as políticas públicas necessárias à concretização do núcleo do direito social, sem que concretize outras medidas compensatórias.

O Tribunal Constitucional de Portugal, no acórdão nº 39, de 5 de maio de 1984, da lavra do Sr. Dr. Prof. Vital Moreira, prescreveu que:

“(...)As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.

“Quer isto dizer que, a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar) também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”⁸⁷

Portanto, a proibição do retrocesso social aplica-se tanto aos direitos originários como aos derivados a prestações, uma vez que naqueles (direitos originários) deriva diretamente da constituição o dever de proteção e garantia do mínimo necessário à existência condigna. Ao proibir a anulação ou revogação das medidas concretas para proteger o direito ao mínimo vital sem que haja prestações sociais compensatórias, estar-se-á garantindo a eficácia da norma constitucional, o direito fundamental social e os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real.

Para elucidar a nossa tese é mister trazer à colação o seguinte exemplo: a Constituição do Brasil prevê que “a saúde é direito de todos e dever do Estado...” (artigo 196). Essa norma constitucional definidora do direito social à saúde é uma norma programática, que necessita de lei infraconstitucional densificadora. No entanto, determinado Prefeito Municipal decide editar um ato administrativo, nos limites de sua competência constitucional, segundo o qual fornece medicamentos, gratuitamente, aos

⁸⁷ Jorge Miranda. Jurisprudência Constitucional escolhida. Volume I. 1ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 1996, p. 922.

doentes necessitados e portadores de AIDS (SIDA), sem que exista qualquer legislação concretizadora do direito social à saúde. O fundamento do ato administrativo é a própria Constituição, que vincula todos os poderes públicos, determinando de forma cogente o respeito, a proteção e a garantia dos direitos fundamentais. Suponhamos, ainda, que haja previsão orçamentária para cumprir com as despesas decorrentes desse ato administrativo e que todos os doentes do Município, sem qualquer discriminação, são prontamente atendidos. Realizadas as eleições, outro Prefeito assume a Administração Pública e revoga o ato administrativo sob o argumento de que não há lei infraconstitucional que defina e obrigue o Município ao fornecimento de medicamentos.

Segundo o nosso entendimento, esse ato administrativo viola a Constituição, pois “aniquilou” pura e simplesmente, sem qualquer medida compensatória, o núcleo essencial do direito fundamental à saúde. A inconstitucionalidade tem por fundamento também a flagrante ofensa ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isso não significa que o hipotético ato administrativo seria alçado ao grau de norma constitucional (tal ilação seria absurda), mas a discricionariedade administrativa estaria limitada à proteção do núcleo essencial do direito fundamental social, pois este visa a proteção e efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, o hipotético Administrador Público poderia revogar o ato administrativo de seu antecessor, desde que garantisse a proteção do mínimo necessário ao tratamento satisfatório e eficiente para os doentes acometidos por AIDS (SIDA), o que garantiria uma vida digna e com qualidade para os aludidos necessitados.

O exemplo do medicamento pode-se aplicar aos casos de atos administrativos concretizadores dos direitos fundamentais ao ensino básico, à habitação digna, ao meio ambiente saudável, etc.

Nessa linha de raciocínio, a revogação de atos administrativos que concretizem direitos fundamentais sociais no limite do mínimo necessário à existência condigna, sem qualquer medida compensatória, seria inconstitucional.

Em outro enfoque, o administrador público estaria proibido de revogar ato administrativo que concedera ensino básico; fornecera habitação digna; implementara rede de esgoto indispensável à proteção do meio ambiente e para garantir uma vida digna; em razão de que o ato revocatório impediria a fruição desses direitos fundamentais pela população carente. Com efeito, ao revogar o ato administrativo concretizador do

mínimo necessário à existência condigna, o agente político coarctaria a fruição do direito fundamental e submeteria o titular desse direito a uma vida degradante, que violaria a dignidade da pessoa humana.

Portanto, o princípio da proibição do retrocesso social veda a anulação ou revogação de norma infraconstitucional ou de ato administrativo concretizadores do núcleo dos direitos fundamentais sociais – mínimo necessário à existência condigna –, como forma de proteção do próprio direito social e do princípio superior de todo o ordenamento jurídico: dignidade da pessoa humana

III- o dever de o Ministério Público impedir o retrocesso social como forma de proteger a dignidade da pessoa humana e evitar conflitos sociais

O desenvolvimento do Ministério Público recebeu grande impulso a partir da promulgação da sua Lei Orgânica – Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981- e da Lei da Ação Civil Pública- Lei nº 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.

Tais transformações 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(...)”⁸⁸.

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).

⁸⁸ 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 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. 3ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p. 25 e 26).

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 fundamentais⁸⁹. 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 fundamentais⁹⁰.

Tais elementos – democracia e direitos fundamentais –, aliados aos princípios, aos valores subjacentes às normas constitucionais e aos objetivos fundamentais previstos

⁸⁹ 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 sua eficacia jurídica. Em Revista General de Derecho. Valência: Revista General de Derecho, janeiro-fevereiro de 1997, p. 167).

⁹⁰ 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)

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 Justiça⁹¹. 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 condigna⁹².

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.

⁹¹ Gomes Canotilho 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 efetivação 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..., op. 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).

⁹² 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)

Em contrapartida, o retrocesso social, provocado pela anulação ou revogação de norma infraconstitucional ou de ato administrativo concretizadores do núcleo dos direitos fundamentais sociais, 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 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 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”⁹³, 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 Constituição⁹⁴, 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”.

⁹³ Cf. Eduardo Ritt. O Ministério Público como instrumento da democracia e garantia constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 158.

⁹⁴ *idem*, p. 155.

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 Federal.

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 difusos⁹⁵, coletivos⁹⁶ e individuais homogêneos, entre estes últimos o direito ao mínimo necessário à existência condigna.

Por essas razões, a violação do mínimo necessário à existência condigna, em razão do retrocesso social, autoriza e determina (dever) que o Ministério Público atue⁹⁷, por meio dos instrumentos jurídicos colocados à sua disposição – ação direta de

⁹⁵ Segundo o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 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).

⁹⁶ 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 nº 8.078/90).

⁹⁷ 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” (O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão Estatal no direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, 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 legítima 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).

inconstitucionalidade, recomendações e ações civis públicas –, para defender a Constituição como ordem jurídica formal e material suprema.

Ao combater o retrocesso social, 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 impõem condutas positivas aos Poderes Legislativo e Executivo e estes, após concretizarem o mínimo necessário à existência condigna, revogam os atos que permitiriam a fruição de determinado direito social, o Ministério Público possui o dever de agir para exigir o cumprimento da Constituição. Com tal atuação, o Ministério Público impede o retrocesso social.

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”.⁹⁸

A atuação Ministério Público, ao impedir o retrocesso social, visa a proteção da dignidade da pessoa humana, uma vez que impede a revogação de atos concretizadores do mínimo necessário à existência condigna.

Em última análise, o Ministério Público, ao impedir o retrocesso social em última análise, protege o próprio Estado Democrático de Direito.

IV – Conclusões

1) O mínimo necessário à existência condigna constitui o núcleo dos direitos fundamentais sociais e o seu conteúdo é extraído diretamente da constituição, sem necessidade de densificação pelo legislador ordinário, em razão de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana;

⁹⁸ Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. Disponível na Internet: «<http://www.mundojuridico.adv.br>». Acesso em 29 de agosto de 2005.

2) O Estado tem obrigação de procurar proporcionar aos indivíduos um mínimo existencial;

3) Como consequência, o titular do núcleo do direito fundamental social possui um direito subjetivo a prestações positivas do Estado;

4) Concretizado o direito social por uma lei infraconstitucional, esta não pode ser revogada sem a proteção do núcleo essencial desses direitos fundamentais. As medidas legislativas que revogarem as normas concretizadoras de direitos sociais, sem estabelecer outros meios de proteção do direito ao mínimo de existência condigna, considerar-se-ão inconstitucionais;

5) Como o mínimo necessário à existência condigna é um direito originário à prestação, imediatamente aplicável, a proibição do retrocesso transmuda-se de enfoque, passando a representar uma vedação não só de revogação da lei, senão também de proibição da Administração Pública de anular ou revogar os atos administrativos e as políticas públicas necessárias à concretização do núcleo do direito social, sem que concretize outras medidas compensatórias;

6) A revogação de atos administrativos que concretizem direitos fundamentais sociais no limite do mínimo necessário à existência condigna, sem qualquer medida compensatória, seria inconstitucional;

7) Os artigos 127, *caput*, e 129, inciso II, ambos da Constituição Federal, legitimam o Ministério Público a proteger a concretização do mínimo necessário à existência condigna;

8) A legitimação constitucional representa um dever para que o Ministério Público atue para impedir o retrocesso social, de modo a defender a Constituição como ordem jurídica formal e material suprema;

9) A atuação Ministério Público visa a proteção da dignidade da pessoa humana, uma vez que impede a revogação de atos concretizadores do mínimo necessário à existência condigna.