

IDEA

REVISTA



V.2, n.1 . Jul./Dez. 2010

A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

THE ACHIEVEMENT OF SOCIAL RIGHTS AND THE LEGITIMACY OF THE PUBLIC PROSECUTION

Patrícia Vieira dos Santos Fernandes¹

Resumo: O presente artigo versa sobre a necessidade de concretização dos direitos sociais, uma vez que tratam-se de normas programáticas de caráter limitado. Apesar do discurso da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, previsto no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais sociais não são implementados na realidade, em razão das infundadas justificativas do Poder Público em invocar a cláusula da reserva do possível para eximir-se da obrigação de concretizá-los. Nesse contexto, insurge a legitimidade do Ministério Público, mediante a utilização de ações civis públicas, para forçar o Poder Público a cumprir os direitos sociais, bem como criar outras políticas públicas, mediante a intervenção do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais; cláusula da reserva do possível; legitimidade do ministério público; intervenção do poder judiciário; concretização dos direitos sociais.

Abstract: The present article discusses about the necessity of the Social rights (Social access) concretization, inasmuch as they concern in a limited character. Despite the immediate appliance of the Fundamental rights, foreseen in the article 5º, § 1º of the Federal Constitution from 1988, the Social Fundamental rights are not implemented in the reality, due to the unfounded justifications of Public utility by invoking the clause of “reserva do possível” (legal breach) to exempt from the responsibility of making it true. In this sense, it calls to the Public Ministry legitimacy, by the use of Public civil actions, to force the Public utility to do its part on the Social rights, as well as create other Public policies, through the intervention of the Judicial system.

Key-words: Social Fundamental rights, Public Ministry legitimacy, Judicial system intervention and concretization of the Social rights.

1. Introdução

Em que pese a disposição expressa na Constituição brasileira de 1988, da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, perceberemos no presente trabalho, que tais direitos, notadamente os direitos sociais, infelizmente, não seguem esta determinação normativa, haja vista que constituem normas abertas, as quais exigem implementação por parte do Estado. Assim, para que tais direitos sejam efetivamente concedidos, sobretudo aos mais necessitados, faz-se necessária a atuação do Estado através de recursos orçamentários. Contudo, o ente estatal não vem desenvolvendo bem seu papel, tendo em vista a má distribuição dos recursos públicos e os enormes gastos úteis por parte dos Poderes Executivo e Legislativo. É preciso enxugar a máquina pública para melhor distribuir tais recursos e, efetivamente, concretizar os direitos

¹ Especialista em Direito Público e em Direito Ambiental e Urbanístico. Professora da Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação (ESAMC) - Unidade Uberlândia/MG, onde também coordena o Núcleo de Práticas Jurídicas. E-mail: santosfv@bol.cm.br

sociais.

Para tanto, partiremos de uma definição de direitos sociais e os contextualizaremos historicamente nas quatro dimensões dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, demonstraremos que a atuação do Estado não é suficiente para concretizar tais direitos, haja vista que o mesmo se vale da cláusula da reserva do possível para justificar suas desarrazoadas omissões na concretização de tais direitos. Diante disso, indispensável a atuação do Ministério Público, órgão este legitimado legalmente e constitucionalmente para zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos assegurados na Constituição, se valendo, a seu turno, de medidas judiciais necessárias para buscar essas garantias, tais como a ação civil pública.

A atuação do Ministério Público, entretanto, não pode ser solitária ou mesmo encontrar barreiras no Poder Judiciário. Este deve, inegavelmente, intervir nos demais poderes, sem, contudo, violar o princípio da separação de poderes, para concretizar os direitos de segunda dimensão. Nesse sentido tivemos recente decisão no Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário nº 407.902, julgado em 26 de maio de 2009, reafirmando que o cidadão tem direito a determinados medicamentos fornecidos pelo Estado, os quais se tornam possíveis mediante a atuação do órgão ministerial, por intermédio da ação civil pública.

2. Direitos sociais e classificação dos direitos fundamentais

Os direitos sociais surgiram no final do século XIX, mas se consolidaram normativamente a partir do século XX. Inicialmente estavam inseridos nas constituições no contexto da ordem social, sendo a Constituição brasileira de 1934, influenciada pela constituição alemã de Weimar, a primeira carta constitucional, no Brasil, a inscrever um título sobre a ordem econômica e social.

A Constituição Federal de 1988, a ser turno, separou aqueles dois institutos, criando, por conseguinte, capítulos próprios para os direitos sociais (capítulo II, do título II) e para a ordem social (título VIII).

Os direitos sociais integram, sem sombra de dúvidas, os direitos fundamentais do homem, constituindo, portanto, segundo José Afonso da Silva, “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais” (SILVA, 2001, p. 291). Traduzem, portanto, direitos que ultrapassam a esfera dos direitos individuais. Por outro lado, possuem natureza jurídica de verdadeiros “*direitos de crédito*” (BULOS, 2002, p. 367), pois envolvem poderes de exigir, através de prestações positivas do Estado.

Os destinatários desses direitos são os hipossuficientes (sujeitos ativos), na medida em que buscam concretizar o princípio da igualdade real, amparando os menos favorecidos,

proporcionando-lhes melhores condições de vida, condignas com o primado da igualdade real. Já o sujeito passivo desses direitos é o ente estatal. Disso advém o dever-poder do Estado em assegurar, dentre outros, saúde, educação, cultura, moradia e trabalho àqueles.

Os direitos sociais pertencem à segunda dimensão (ou geração) de direitos fundamentais. Preferimos usar a expressão “dimensão” à geração, compartilhando dos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 284), o qual preleciona que o termo “gerações” de direito pode levar à falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, o que não constitui verdade, já que ambas se complementam numa gradual evolução sistemática.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgiram no século XVIII, influenciados pelas Revoluções liberais norte-americana de 1787 e Francesa de 1791. Estão consubstanciados na idéia de liberdade e constituem os direitos civis e políticos. Correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental. Constituem direitos de defesa (caráter negativo), isto é, direitos subjetivos dirigidos a uma abstenção e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, típica da segunda dimensão.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, por sua vez, surgiram no século XIX, tendo como marco histórico a Revolução Industrial. São direitos a prestações (caráter positivo). São denominados de direitos sociais, econômicos e culturais, ligados à igualdade material, cuja finalidade é reduzir desigualdades sociais.

Os direitos sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas sim, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, de distribuição e redistribuição dos recursos existentes, assim como a criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitam. Há, portanto, um caráter positivo, na medida em que não se tratam mais de liberdade do indivíduo perante o Estado, tais como os direitos de primeira dimensão, mas sim de uma liberdade por intermédio do Estado. Caracterizam-se por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, tais como assistência social, saúde, educação e trabalho.

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados, direitos de solidariedade ou fraternidade, constituem direitos de titularidade coletiva e difusa, isto é, transindividuais ou metaindividuais. Tais direitos surgiram a partir da nítida constatação das diferenças existentes entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos que necessitavam de colaboração. O rol desses direitos é meramente exemplificativo, tais como, meio ambiente, paz, progresso ou desenvolvimento, direito à autodeterminação dos povos, direito à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, entre outros.

Há, por fim, a tendência de se reconhecer uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, baseada na idéia de pluralidade. O seu marco histórico é a globalização política, traçado pelo direito à democracia, à informação e ao pluralismo político. Quando o constituinte menciona pluralismo político está abrangendo a pluralidade de idéias, manifestações artísticas, culturais, religiosas e até mesmo orientações sexuais. Isso significa que, ao falar em pluralidade, surge a necessidade de respeito ao outro, não cabendo discriminação face às opções de terceiros.

3. A necessidade de concretização dos direitos sociais e o princípio da vedação do retrocesso

De acordo com o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, todas as normas que definem direitos fundamentais (gênero, dos quais são espécies, dentre outros, os direitos sociais), têm aplicabilidade imediata, ou seja, uma vez assegurados e implementados normativamente devem ser concretizados. A letra da lei nem sempre corresponde à veracidade do que ocorre na sociedade, isso porque os direitos sociais constituem normas de caráter ou textura aberta (“open texture”), necessitando, portanto, de uma concretização por parte do Poder Público, em conformidade com os anseios da sociedade.

Ao Poder Público incumbe a tarefa e o dever de extrair das normas que definem direitos fundamentais sociais, a maior eficácia possível, outorgando-lhes, nesse sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, tendo em vista o conteúdo do próprio § 1º do artigo 5º.

Além de constituírem normas de textura aberta, os direitos sociais são, também, normas programáticas, isto é, normas de eficácia limitada, que não produzem todos os efeitos que delas se esperam desde logo. Para José Afonso da Silva, o comando do §1º do artigo 5º não resolve todas as questões, porque

a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta (SILVA, 2001, p. 185).

É inegável que a concretização dos direitos sociais necessita de recursos estatais, contudo, o Estado não deve se eximir de tais obrigações através de infundadas e desarrazoadas justificativas, tais como a alegação da famigerada cláusula da reserva do possível. O Estado deve estabelecer prioridades nos gastos públicos e garantir pelo menos o mínimo existencial a todo ser humano, em obediência ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, que jamais pode ser limitado pela escassez de recursos econômicos do Estado.

Além de garantir o mínimo existencial, o Estado não pode deixar que um direito social já concretizado seja extinto pelos poderes públicos. A isso se denomina Princípio da Proibição do retrocesso, ou “cliquet”. Este visa fazer com que o ente estatal sempre atue no sentido de melhorar progressivamente as condições de vida da população. Sendo assim, qualquer medida que tenha por finalidade suprimir garantias essenciais já implementadas para a plena realização da dignidade de um ser humano, deve ser vista com desconfiança e somente pode ser aceita

se outros mecanismos mais eficazes forem adotados para alcançar o mesmo desiderato. Nesse sentido conclui-se que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios. Assim, em tese, somente seria possível cogitar na revogação de direitos sociais se fossem criados mecanismos jurídicos capazes de mitigar os prejuízos decorrentes de sua supressão.

O princípio da vedação do retrocesso se projeta em dois planos. Num primeiro plano, objetiva restringir o poder de reforma, ou seja, se a Constituição estabeleceu uma série de direitos sociais, outras normas, nem mesmo uma emenda constitucional, não podem abolir os direitos já arduamente conquistados. Em um segundo plano, tal princípio dispõe que uma norma que assegura direito às pessoas, passa a integrar o patrimônio destas, não podendo ser delas suprimidas.

A jurisprudência brasileira também acolhe tal princípio, a exemplo do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.946 do Distrito Federal, em que este Tribunal entendeu, baseado no princípio da proibição do retrocesso, que o direito ao salário maternidade seria uma cláusula pétrea e que, portanto, não poderia ser abolido, salvo se por outra norma mais eficaz.

4. Cláusula da reserva do possível

A cláusula da Reserva do Possível tem origem na Convenção americana do Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 26, o qual preceitua:

Desenvolvimento progressivo. Os Estados Membros comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, *a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura*, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

No ordenamento jurídico brasileiro inexistente previsão expressa de tal cláusula. No que tange à jurisprudência, todavia, existe um único parâmetro previsto no Supremo Tribunal Federal, qual seja, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, que determina que a reserva do possível somente poderá ser alegada, quando houver justificativa objetivamente aferível.

A implementação dos direitos sociais necessita de recursos estatais. Diante dessa situação o ente estatal invoca a cláusula da reserva do possível, com fundamento no artigo 26 da Convenção, para justificar a não concretização dos direitos sociais em virtude da ausência de recursos, sustentando, para tanto, que os direitos sociais serão concretizados “na medida do

possível”.

A cláusula pode ser fática, isto é, o Estado alega a inexistência absoluta dos recursos, e jurídica, ou seja, existem recursos, mas não há autorização orçamentária para distribuí-los de modo a atender as expectativas da coletividade no que tange à concretização dos direitos sociais.

O problema dessa cláusula é que ela passou a ser uma justificativa para a omissão do Estado, para a não concretização dos direitos de segunda dimensão. Essa cláusula não pode ser alegada pelo ente estatal de forma desarrazoada. Se ele demonstrar que não tem vontade política para implementar a concretização dos direitos sociais, não poderá invocar a cláusula da reserva do possível, uma vez que esta invocação torna-se infundada. O Estado não pode manipular indevidamente suas atividades financeiras, políticas e administrativas, a fim de criar obstáculos artificiais que revelem o ilegítimo propósito de frustrar a inviabilidade, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições mínimas de existência.

É dever de o Estado adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição. Caso ele se abstenha de cumprir esse dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Essa é a posição do pleno do Supremo Tribunal Federal, exposta na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 MC/DF, da relatoria do Ministro Celso de Melo, julgada em 29.04.2004, senão vejamos:

A omissão do Estado, que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional, qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

Nesse sentido o Estado não pode se abster por completo do cumprimento das normas referentes aos direitos sociais, alegando a cláusula da reserva do possível. As normas programáticas possuem um mínimo existencial, segundo a doutrina constitucionalista brasileira e a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Esse mínimo deve, obviamente, ser assegurado, sob pena de as normas programáticas constituírem meras promessas utópicas e inconsequentes, sem efetiva concretização, ainda que mínima.

O escopo das Constituições modernas, e, notadamente, da Carta de 1988, é promover o bem-estar do homem, cujo ponto de partida está, segundo o Supremo Tribunal Federal, “em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência”. Todo ser humano precisa de um mínimo existencial para sobreviver. Isso representa de certo modo o princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição de 1988, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Tal princípio representa o núcleo axiológico da Constituição Federal e um sobreprincípio, capaz de nortear todo o ordenamento jurídico, seja constitucional

ou infraconstitucional.

Nesse sentido, o mínimo existencial deve ser objeto de intervenção do Estado mediante a exigência de prestações estatais positivas. A sua proteção positiva se realiza de diversas formas, como exemplo, a entrega de prestações de serviço público específico e divisível, como ocorre na prestação jurisdicional, a educação primária, a saúde pública, os programas de assistência à população carente (merenda escolar e leite, por exemplo).

Por outro lado, existe a limitação de recursos, situação que não pode ser ignorada, pois é realmente impossível coagir o Estado a providenciar imediatamente a todos os cidadãos, um emprego, uma moradia, uma vaga em creche, um tratamento médico-cirúrgico de alta complexidade, e outras prestações dessa natureza. Contudo, mesmo diante dessa situação, acreditamos ser possível a concretização dos direitos sociais, ainda que mínimos, através de organização no estabelecimento das prioridades orçamentárias estatais.

O Estado inegavelmente arrecada recursos, e muito, através, por exemplo, de inúmeros tributos cobrados direta ou indiretamente da população. Tais tributos chegam hoje a comprometer mais de 1/3 da renda das pessoas. Isso é fato comprovado, basta abrir os jornais ou assistir aos programas televisivos para nos depararmos com tal informação. O Estado arrecada muito e gasta muito de forma desorganizada. A guisa de exemplo podemos citar as recentes notícias de uso de cartões corporativos para pagamento de despesas pessoais de governamentais, a construção de “castelos” e casas luxuosas, provavelmente com desvio de verbas públicas, em verdadeira ofensa à moralidade administrativa, além de outros fatos semelhantes. É claro que os gastos estatais não se resumem somente a tais fatos, mas a um conjunto de fatores. A verdade é que o Estado arrecada muito e gasta mal. Diante disso, é necessário que o Estado se organize de modo a enxugar a máquina pública, contendo gastos desnecessários e, ao mesmo tempo, estabelecendo os alvos prioritários dos gastos públicos, tendo em vista a concretização dos direitos sociais referentes ao mínimo existencial, digno de todo o ser humano. Assim, primeiramente, deve o ente estatal atingir as prioridades do mínimo existencial, para só então, discutir o quê e em quais projetos investir com os recursos remanescentes. Caso esse mínimo existencial não seja concretizado pelo Estado, através de suas políticas públicas, deverá, incontestavelmente, intervir o Poder Judiciário.

5. A intervenção judicial na concretização dos direitos sociais

Havendo irrazoável omissão do Estado em concretizar os direitos sociais, econômicos e culturais, em razão de abusivo comportamento governamental, ou injustificável inércia estatal em assegurar as condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, deve o Poder Judiciário intervir para fim de viabilizar, a todos, o acesso aos direitos de segunda dimensão.

Em regra, tendo em vista, o princípio fundamental da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário não deveria intervir em esfera

reservada a outro Poder (Legislativo ou Executivo), para controlar, discricionariamente, as opções de organização e prestação dos serviços referentes a tais poderes, a não ser, por óbvio, quando houver evidente e arbitrária violação de dever constitucional.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, brilhantemente, já se manifestou nesse sentido, reconhecendo cada vez mais a necessária revisão do referido dogma da separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, tendo em vista que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos fundamentais.

Assim sendo, o Poder Judiciário poderá intervir nas questões de políticas públicas, estabelecendo, inclusive, as prioridades a serem alcançadas pelo Poder Executivo no que tange à concretização dos direitos sociais. Esse poder é denominado “judicialização da política”, ou seja, o Judiciário pode intervir excepcionalmente naquelas questões, sem, contudo, ferir o princípio da separação dos poderes. Isso porque discricionariedade é diferente de arbitrariedade. Em razão do princípio da proporcionalidade, o Judiciário pode intervir onde houver abuso, onde houver arbitrariedade.

Dessa forma, o Poder Judiciário está autorizado a intervir nos demais poderes para obrigar o Estado a efetivamente implementar os direitos sociais. Para tanto, deverá valer-se do órgão legitimado, qual seja, o Ministério Público, seja estadual, seja federal, a depender do caso concreto, que, mediante ação civil pública, por exemplo, poderá pleitear ao Judiciário, dentre outros, o direito à saúde e à educação, quando a cláusula da reserva do possível, invocada pelo ente estatal, for desarrazoada.

6. A legitimidade do Ministério Público na tutela dos direitos sociais

Para compatibilizar o disposto no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal (aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais) com a concretização dos direitos sociais, é necessário se valer cada vez mais de meios para implementar esses direitos, quais sejam, uma maior utilização das ações coletivas ou, segundo Hugo Nigro Mazzilli (2007, p. 28), ações civis públicas.

Quem possui legitimidade para propor as ações civis públicas é, sem sombra de dúvidas, o Ministério Público, seja estadual ou federal, não obstante outros entes também possam propô-la, uma vez que a legitimidade é concorrente e disjuntiva.

O Ministério Público é, segundo o artigo 127 da Constituição Federal, 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. Ao lhe atribuir tal missão institucional correspondente à defesa dos interesses sociais indisponíveis, o legislador constitucional, representando a soberania da vontade popular, depositou no órgão ministerial a confiança de que se caracterizaria como o guardião dos direitos sociais, conforme discriminados no artigo 6º da Constituição brasileira de 1988.

O rol do artigo 129 da Carta de 1988 enuncia, exemplificativamente, as funções

institucionais do Parquet. Dentre outras atribuições, compete-lhe zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (inciso II), bem como 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 (inciso III), tais como direito à saúde e à educação.

Além da previsão constitucional, ainda existem inúmeras previsões infraconstitucionais que disciplinam a ação civil pública, tal como a própria Lei nº 7.347/85. No seu artigo 5º, ela arrola outros legitimados para a propositura de ação coletiva, tais como a defensoria pública, introduzida recentemente pela Lei nº 11.448/07, e os entes federados. Trata-se, pois, de legitimidade concorrente e disjuntiva, mas que tem como principal legitimado atuante o Ministério Público.

Recentemente, no dia 26 de maio de 2009, a primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou o entendimento de que o Ministério Público pode pedir ao Estado, mediante ação civil pública, fornecimento de medicamentos para cidadãos necessitados. A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário 407.902, ajuizado contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS), o qual extinguiu um processo sem julgamento de mérito, alegando que não caberia ao Ministério Público atuar em favor de uma senhora que necessitava de fornecimento gratuito de remédios. Por unanimidade, os ministros do STF decidiram afastar a extinção do processo, determinando o retorno dos autos para que o Tribunal de Justiça mencionado prossiga no exame do caso.

Nesse caso o Ministério Público ajuizou a ação civil pública em favor da viúva no TJ-RS, alegando que o direito à vida de pessoa com 66 (sessenta e seis anos) de idade, com insuficiência renal crônica, anemia e cardiopatia isquêmica, necessitando urgentemente do fornecimento de remédios pelo Estado, estaria incluído no rol de suas competências, previstas no artigo 129, inciso II, da Constituição Federal.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, citou três dispositivos constitucionais para fundamentar o entendimento de que o Parquet pode atuar nesses casos: artigo 127 da Constituição, que atribui a este órgão a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis; o artigo 196 também da Constituição, que afirma ser a saúde direito de todos e dever do Estado; e, por fim, o artigo 129, inciso II da Carta de 1988, o qual prevê como função institucional do Ministério Público “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia”. Isso significa que a prestação por parte do Estado de produtos medicamentosos a pessoa impossibilitada de obtê-los por meios próprios é um serviço de relevância pública ao direito constitucionalmente assegurado da saúde.

Além da propositura de ação civil pública, pode o Ministério Público, em casos menos complexos, buscar solução para um determinado problema relacionado a não concretização dos direitos sociais, através de termo de ajustamento de conduta, previsto no artigo 5º, § 6º da Lei nº 7.347/85. Tal instituto, que possui natureza de verdadeiro título extrajudicial, e as

recomendações feitas pelo Ministério Público e acolhidas pelos destinatários que, geralmente, são agentes públicos e privados, provocam mudanças de comportamento nestes últimos, o que pode ser visivelmente observado na promoção de acessibilidade às pessoas portadoras de necessidades especiais, à proteção ao meio ambiente, ao acesso à justiça, à educação e à saúde.

Conforme sustentado em capítulos anteriores, é inegável que o Poder Público, geralmente, gasta mal o dinheiro público arrecadado. O orçamento é assunto legislativo complexo e pouco transparente, sobretudo para a sociedade, que participa pouco na gestão dos recursos públicos. A participação do Ministério Público, na formulação das políticas públicas, legitima a sua fiscalização, inclusive judicial. Ao ajuizar uma ação civil pública, o Promotor de Justiça não se vale de compreensões particulares para dizer como e onde devem ser destinados os recursos públicos. Ao promover o debate público, nos Conselhos Municipais ou durante audiências públicas e nos inquéritos civis, por exemplo, a atuação do Ministério Público se legitima socialmente e cria as condições necessárias para a fiscalização judicial do comportamento do Estado, mais precisamente, dos chefes do Poder Executivo.

Nesse sentido, não é forçoso reconhecer que os direitos de segunda dimensão, para serem efetivados, dependem de políticas públicas, não bastando o reconhecimento formal dos direitos fundamentais, mas sim imprescindível existir meios para concretizá-los. Estes, sem dúvida, traduzem a atuação do Ministério Público, mediante o ajuizamento das ações coletivas, a serem apreciadas pelo Poder Judiciário.

O Ministério Público, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado democrático de direito, encarregado de zelar pelos direitos coletivos e individuais indisponíveis, tem, portanto, o dever de monitorar e fiscalizar as políticas públicas que visam concretizar os direitos fundamentais sociais como um todo. Para tanto, precisa atentar-se para as distorções existentes e exigir dos Poderes Públicos as medidas adequadas para que os objetivos consignados na Constituição brasileira sejam efetivados.

7. Conclusão

É inegável que o Estado democrático de direito está comprometido com a concretização dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição brasileira de 1988. O legislador constituinte expressamente dispôs tais direitos, cabendo, sobretudo ao Poder Executivo, concretizar os direitos de segunda dimensão, através do controle e priorização dos gastos públicos, associados à criação de políticas públicas tendo em vista as necessidades mínimas da sociedade, em verdadeira obediência ao princípio da dignidade humana, previsto como fundamento da República Federativa do Brasil. Nesse contexto cabe ao Ministério Público exigir do Poder Executivo o cumprimento de tais políticas.

Caso o Poder Executivo, voluntariamente, não implemente políticas para buscar a concretização desses direitos, cabe, também, ao Ministério Público, pleitear tal pretensão

junto ao Poder Judiciário, mediante propositura de ação civil pública ou outros instrumentos legais cabíveis. O órgão ministerial, a quem o legislador conferiu poderes para adequadamente buscar a tutela dos interesses sociais indisponíveis, deve atuar, sem perder o foco, na busca da concretização dos direitos consagrados, por exemplo, no artigo 6º da Constituição da República.

O Poder Judiciário, por sua vez, deve intervir quando há injustificável recusa de concretização desses direitos, por parte do ente estatal, não devendo, portanto, se afastar dos superiores interesses sociais, mostrando-se aberto às decisões que repercutirão de maneira relevante no cotidiano do cidadão, deixando no passado concepções doutrinárias e jurisprudenciais que hoje se encontram despidas da realidade a que o magistrado deve estar atento quando julga, de modo a decidir os caminhos que serão trilhados pela sociedade brasileira. Assim, argumentos como a violação dos poderes, falta de previsão orçamentária, ou cláusula da reserva do possível não podem conduzir à negação de direitos assegurados pela Constituição Federal, uma vez que devem ser superados com uma melhor organização dos gastos públicos, sob pena de violação do sistema constitucional instituído.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ministério Público*. 3. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.